

ISSN 2566-378X



UNIVERZITET "DŽEMAL BIJEDIĆ" U MOSTARU
PRAVNI FAKULTET

GODIŠNJAK

PRAVNOG FAKULTETA

Tematski broj sa III naučne konferencije
"Ljudska prava pred izazovima stvarnosti"

Godina V, broj 5
Mostar 2021.

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Za izdavača – For Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Board

prof. dr. Amra Jašarbegović

glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief

prof. dr. Jozo Čizmić

prof. dr. Goran Koevski

prof. dr. Nerma Čolaković – Prguda

doc. dr. Sunčica Hajdarović

ISSN 2566-378X

Adresa uredništva: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Univerzitetski kampus b.b.

Časopis izlazi godišnje. Radovi se klasificiraju i referiraju po UDC i JEL publikacijama, London, Pittsburgh i Sydney, a svi prilozi iz Revije za pravo i ekonomiju referiraju se u EBSCO bazi.

Štampanje Godišnjaka Pravnog fakulteta finansirano je od strane Federalnog ministarstva obrazovanja i nauke.

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Mirjana Nadaždin Defterdarević LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI – CINIČNI REALIZAM DEJTONSKOG KONCEPTA	7
dr. sc. Nurko Pobrić prof. dr. Amra Jašarbegović PRAVO NARODA NA SAMOOPREDJELJENJE I SECESIJU SA STANOVIŠTA MEĐUNARODNOG JAVNOG PRAVA	28
prof. dr. Rebeka Kotlo mag. iur. Ivan Tomić SLOBODA IZRAŽAVANJA I DEMOKRACIJA	42
prof. dr. Dinka Šago ZAŠTITA OD ZLOUPORABE SLOBODE IZRAŽAVANJA NASUPROT SLOBODE MEDIJA	62
prof. dr. Alena Jurić GRAĐANSKOPRAVNA ZAŠTITA PRAVA NA ČAST I UGLED	80
prof. dr. Viktorija Haubrich dipl. iur. Branka Hrkać dipl. iur. Mirjana Kevo PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK U PARNIČNOM POSTUPKU KROZ PRIZMU ČL. 13. EUROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I TEMELJNIM SLOBODAMA	107
prof. dr. Amra Mahmutagić prof. dr. Ivona Šego - Marić OD ORDALIJA DO VINOSTI – EVOLUCIJA OSTVARIVANJA LJUDSKIH PRAVA U PROCESU KAŽNJAVANJA	135
doc. dr. Enis Omerović RATNI ZLOČINI KAO SUSTAVNO KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA I ZAŠTITE OSOBA U UVJETIMA ORUŽANIH SUKOBA	155
doc. dr. Vesna Popović doc. dr. Cvija Jurković doc. dr. Jelena Zovko OGRANIČENJA LJUDSKIH PRAVA U PRAKSI EUROPSKIH SUDOVA S OSVRTOM NA OGRANIČENJA UZROKOVANA PANDEMIJOM COVID-19	193
doc. dr. Dženana Radončić PRAVO NA DOM IZVRŠENIKA U POSTUPKU PRINUDNOG NAMIRENJA NA STAMBENOJ NEKRETNINI IZVRŠENIKA	207

doc. dr. Emina Hasanagić PASIVNE MJERE ZAPOŠLJAVANJA NA TRŽIŠTU RADA U EVROPSKOJ UNIJI	239
doc. dr. Ivana Grubešić mr. iur. Amna Hrustić PRAVO NA ZDRAVLJE I ZDRAVSTVENU SKRB U KONTEKSTU COVID-19 PANDEMIJE	252
doc. dr. Emina Hasanagić mr. iur. Amina Zaklan Kolar AKTIVISTIČKA ULOGA SUDA EVORPSKE UNIJE U ZAŠTITI PRAVA UPUĆENIH RADNIKA	272
dr. sc. Ivana Mijić Vulinović NAČELO ZABRANE DISKRIMINACIJE U REPUBLICI HRVATSKOJ U ODNOSU NA MEĐUNARODNO PRAVO S POSEBNIM OSVRTOM NA PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA.	303
dr. sc. Mirsad Čizmić DIREKтна/NEPOSREDNA DEMOKRATIJA KAO INSTRUMENT ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU OSNOVNIH LJUDSKIH PRAVA – USTAVNO I ZAKONSKO NORMIRANJE	322
PREGLEDNI NAUČNI RADOVИ	
prof. dr. Dževad Drino dipl. iur. Ajša Luković MAGNA CARTA LIBERTATUM I KORIЈENI MODERNIH LJUDSKIH PRAVA	343
doc. dr. Marija Vidić PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE U STEČAJNIM POSTUPCIMA	352
dr. sc. Nina Kulušić dipl. iur. Amna Mustafić RAZBOJNIŠTVO U KAZNENOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE U SVJETLU ZAŠTITE PRAVA NA IMOVINU KAO ZAŠTIĆENOG LJUDSKOG PRAVA	378
mr. iur. Amila Koso EFIKASNIЈI I EFEKTIVNIЈI SISTEM JAVNE UPRAVE U CILJU ZAŠTITE POЈEDINCA I DRUŠTVENE ZAJEDNICE	409
mr. iur. Faruk Đozić PRAVO NA SLOBODU UDRUŽIVANJA I ZAKON O RADIO- AMATERIZMU REPUBLIKE SRPSKE	422

IZVORNI NAUČNI RADOVI

LJUDSKA PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI – CINIČNI REALIZAM DEJTONSKOG KONCEPTA

Sažetak: Sistem ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, ustanovljen normativnim okvirom Dejtonskog ustava, nastao je u specifičnim okolnostima snažno se oslanjajući na međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, posebno na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Konvencija je na taj način bila uvedena u potpuno drugačiji društveni, pravni i politički ambijent po svemu različit od onoga u kome je nastala i kome je bila primjerena. Ustavotvorac je standard Konvencije nametnuo za zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, ali je to učinio nedosljedno, pristajući na politički iznuđeni kompromis koji će taj standard učiniti kontradiktornim i nedjelotvornim. Tripartitna struktura konstitutivnih naroda na kojoj se zasnivaju aktuelna ustavna rješenja u BiH dovela je do diferencijacije u pravima prema kriteriju etniciteta, što za posljedicu ima diskriminatorni efekat prema onima koji toj kategoriji ne pripadaju, ili se na taj način, kroz svoju etničku pripadnost, ne mogu ili ne žele odrediti.

Evropski i univerzalni standard zaštite tako se pretvorio u cinični podsjetnik neuspjeha sa kojim se Bosna i Hercegovina i više od dvije decenije kasnije teško nosi.

Analizom sadržaja i teleološkim metodom istraživanje se posebno fokusira na razloge koji su u realnom društvenom i političkom ambijentu Bosne i Hercegovine onemogućili primjenu preuzetog standarda zaštite ljudskih prava. Zapravo, istražuje koliko njegova primjena (ne)uspijeva da izbjegne relativiziranje i prilagođavanje političkom ambijentu koji odbacuje koncept individualnih prava i sloboda čovjeka i zabranu diskriminacije.

Ključne riječi: Ustav BiH - Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, konstitutivni narodi, etnička dominacija, princip jednakosti.

1. Uvod

Postoji određena politička težnja da se Bosna i Hercegovina predstavlja i afirmiše kao postkonfliktno društvo. Međutim, realni ambijent savremene Bosne i Hercegovine primjerenije je imenovati kao „društvo rizika“¹ zbog brojnih disonantnih elemenata koji ga suštinski određuju, a posebno zbog aktuelnog

1 Mustafa Imamović, Ljudska prava u rizičnom društvu, *Ljudska prava*, Godina 3, br 1- 4, Sarajevo 2002., 58

koncepta ljudskih prava definisanog u Ustavu Bosne i Hercegovine. Ustavotvorac je odabranim konceptom želio utvrditi temeljni zadatak Ustava u vezi realizacije Mirovnog sporazuma, što ga donekle opravdava, ali ga ne abolira od odgovornosti što je, izuzimajući se od nadležnosti da sam naknadno i mijenja Ustav koji je donio, isti ostavio zakonodavnom organu BiH koji tom zadatku ne želi, pa nije ni kadar, da odgovori. Pitanje je zašto ustavna rješenja koja se odnose na ljudska prava u Bosni i Hercegovini nisu uspjela da osiguraju ulogu integrativnog faktora i postanu spona vezivanja države i društva, zašto im nije data mogućnost da društvu Bosne i Hercegovine osiguraju povratak na principe tzv. pristojnog društva, društva „u kojem nema institucionalnog ponižavanja bilo koje grupe ljudi unutar tog društva, odnosno države“²? Zašto je međunarodna zajednica koja je Ustav nametnula, kao standard zaštite ljudskih prava odabrala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, da bi od njenog poštovanja sama odstupila u formulisanju ustavnih normi kršeći princip zabrane diskriminacije?

Tražeci odgovore na ova pitanja nužno je napraviti osvrt na normativna rješenja kakva u Ustavu postoje, utvrditi zašto je standard Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u koliziji sa postojećim ustavnim rješenjima, te zašto, uprkos svemu, (i lošoj praksi i lošim ocjenama iste od strane nadležnih međunarodnih tijela koja provode nadzor nad primjenom međunarodnih standarda o zaštiti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini) stanje ostaje nepromijenjeno.

2. Ljudska prava u Ustavu BiH

Evropski standard zaštite ljudskih prava u pravni sistem Bosne i Hercegovine uveden je Dejtonskim sporazum o miru u Bosni i Hercegovini³ koji je ljudskim pravima posvetio više od 70 odredbi. Najveći broj njih, što je i za očekivati, nalazi se u Ustavu Bosne i Hercegovine, Aneks IV Sporazuma.

Posvećenost ljudskim pravima u ustavnom tekstu vidljiva je već u njegovoj Preambuli gdje se navode principi, osnovne moralne vrijednosti, koji se direktno odnose na ljudska prava: poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, pozivanje na mir, pravdu, toleranciju i pomirenje.

Preambula, istina, ne referira na opšta načela međunarodnog prava, iako se jedna alineja poziva na načela Povelje UN ističući privrženost istim.

Nužnost punog poštovanje međunarodnog humanitarnog prava, opredijeljenost vrijednostima utvrđenim u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim

2 Ibid., 60.

3 Ovaj dokument najčešće se imenuje kao „Dejtonski sporazum“, obzirom da je donesen u Dejtonu, u američkoj državi Ohajo, kao vrhunac pregovora koji su sa prekidima trajali 44 mjeseca, a koji su vođeni pod pokroviteljstvom Međunarodne konferencije za bivšu Jugoslaviju i Kontakt grupe. Stupio je na snagu 14.12. 1995. godine. Originalni tekst objavljen je na engleskom jeziku: General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, with Annexes. International Legal Materials, Volume XXXV, No.1, January 1996, pp.75-183.

pravima, Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, odnosno Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Deklaraciji o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i drugim instrumentima ljudskih prava, što Preambula jednako navodi, uz značaj koji imaju za ljudska prava nesporno su i refleksija na još svježiu i opominjuću ratnu prošlost.

Sve ovo je osobito važno obzirom na činjenicu da je Odlukom Ustavnog suda BiH br. U 5/98 -III od 1. jula 2000. godine utvrđen normativni karakter Preambule Ustava, te ustavopravni principi iz Preambule imaju istu snagu kao i sve druge odredbe Ustava.

U normativnom dijelu Ustava ljudskim pravima i osnovnim slobodama u cjelini je posvećen član II koji je naslovljen „Ljudska prava i osnovne slobode“, što i formalno potvrđuje značaj koji im se pridaje.

Sam sadržaj člana II predstavlja kombinaciju materijalnih i odgovarajućih proceduralnih pravila.

Uz katalog ljudskih prava i sloboda koji je njime predviđen, ovaj član sadrži i dodatne instrumente iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Ustavna obaveza države Bosne i Hercegovine i njenih entiteta je da osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda, član II/1. (U tu svrhu, Aneksom VI Dejtonskog mirovnog sporazuma, osnovana je i Komisija za ljudska prava.)

Standard zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, utvrđen Ustavom, član II/4, izričito nalaže da će se prava i slobode iz Konvencije i njenih protokola „neposredno primjenjivati“, te da će imati „prioritet nad svim ostalim zakonima“, što direktno obavezuje državu Bosnu i Hercegovinu, kao i sudove entiteta i sudove u entitetima, sve službe, državne organe i ustanove koji su dužni da primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode, član II/2.

Za državu Bosnu i Hercegovinu, Ustav propisuje i obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora predviđenih Aneksom I Ustava, čl.II/7.⁴ Propisom o primjenjivosti 15 međunarodnih dokumenata koji su tu navedeni, ljudska prava i osnovne slobode koje oni sadrže, snagom ustavne norme postaju obavezujući. Ovo upućivanje, međutim, ne odnosi se tek na dokumente iz Aneksa I na Ustav BiH i Evropsku konvenciju iz člana II Ustava, već i na opšte principe međunarodnog prava iz člana III/3.b) Ustava BiH, mada oni nisu sačinjeni u obliku nekog dokumenta, što zahtjev za njihovu primjenu dodatno otežava. Ustavotvorac je ovim, za pretpostaviti je, u BiH dodatno želio naglasiti značaj ljudskih prava, obzirom na specifične historijske okolnosti u kojima je Ustav donesen. Praktično, međutim, to otežava dilema njihove pravne obaveznosti koja je samo u slučaju Evropske konvencije eksplicitno određena.

4 Riječ je o dokumentima koji su, najvećim dijelom, nastali pod okriljem UN i koji su već bili inkorporirani u njen pravni sistem i bili dio pravne tradicije BiH, što nije bio slučaj sa Evropskom konvencijom.

Katalog ljudskih prava naveden u Ustavu BiH, čl. II/ 3, sadrži uglavnom individualna prava. Ista prava predviđena su, uz jedan broj dodatnih, i Evropskom konvencijom. Mada je ovo preklapanje u normativnom sadržaju opravdano konstatovati, važno je naglasiti da ipak nije riječ o pukom ponavljanju istog sadržaja. To potvrđuje i zaštita proklamovanih prava utvrđenih članom II/3 Ustava BiH, koja je šira u odnosu na Evropsku konvenciju, i odnosi se kako na privatna fizička i pravna lica, tako i na javnopravne subjekte.⁵

U Aneksu I Ustava BiH, kako je već navedeno, su međunarodni sporazumi za koje je članom II/7 propisana obaveza države da će ostati ili postati njihova strana ugovornica. Ovim je stvorena obaveza za sve subjekte koji su dužni da tumače, primjenjuju i štite međunarodne pravne akte koji obavezuju državu Bosnu i Hercegovinu, a koji se odnose na ljudska prava i osnovne slobode. Ovu ustavnu odredbu treba tumačiti i primjenjivati zajedno sa odredbom koja propisuje da „svi nadležni organi vlasti u Bosni i Hercegovini će saradivati sa i obezbjeđivati neograničen 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, Međunarodnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju, ... i bilo kojom drugom organizacijom ovlaštenom od stane Vijeća sigurnosti UN-a sa mandatom koji se tiče ljudskih prava i humanitarnog prava.“, čl II /8.

Ljudska prava nisu međutim situirana samo u članu II Ustava, već je njima protkan cijeli njegov sadržaj – od Preambule, preko člana I/4 koji propisuje četiri ekonomske slobode kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala, člana II/4 koji propisuje zabranu diskriminacije za sva prava i slobode u članu II i Aneksu I Ustava BiH navodeći kao zabranjene sve poznate osnove koje mogu biti pretpostavka diskriminatornom tretmanu, do člana II/5 koji propisuje pravo izbjeglim i raseljenim licima da se vrate u svoja prijeratna mjesta stanovanja, što je dodatno normirano i u Aneksu VII Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Ustavotvorac je značaj ustavnih odredbi o ljudskim pravima dodatno pojačao „klauzulom vječnosti“, čl. X.2. Ustava BiH – Parlament može promijeniti Ustav, ali „nijednim amandmanom na ovaj ustav ne može se eliminisati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog ustava ...“

Dejtonski mirovni sporazum nije ponudio tek bogati katalog ljudskih prava. Njegovim sadržajem predviđen je i izuzetno složen institucionalni okvir u kome bi propisana ljudska prava trebala da nađu izvjesnu mogućnost za svoju realizaciju.

Pored Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Aneks VI Dejtonskog mirovnog sporazuma predvidio je formiranje Komisije za ljudska prava koja se sastojala od Ureda ombudsmana i Doma za ljudska prava. Ova dva organizaciona segmenta vremenom su se transformisala u dvije institucije koje su imale međusobno nezavisan razvoj.⁶

5 Vidjeti odluku Ustavnog suda BiH od 13.IX 2007., AP 987/06., tačka 11.

6 Institucija ombudsmana je 2001. godine na osnovu Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH

Dejtonski mirovni sporazum uz ovo je predviđao i Komisiju za raseljena lica i izbjeglice, prema Aneksu VII, Komisiju za očuvanje nacionalnih spomenika, Aneks VIII, i Privremenu izbornu komisiju, Aneks III, čije su se nadležnosti isto ticale zaštite ljudskih prava.

Prema svemu navedenom, ljudska prava u Ustavu Bosne i Hercegovine formalno zadovoljavaju standard zaštite koji predviđa Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Ta usklađenost je i očekivana obzirom na značaj koji Konvencija ima u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine - njenoj direktnoj primjenjivosti i prioritetu koji joj je dat u odnosu na sve ostale zakone.

Ovdje ne smijemo zanemariti činjenicu da u vrijeme kada je Dejtonski ustav donesen Bosna i Hercegovina nije bila članica Vijeća Evrope, u čijem okrilju je Konvencija nastala, i za čije članice, tadašnje i buduće, je bila obavezna.

Da li je međunarodni ustvotvorac na ovaj način želio da učini izvjesnijim pravac razvoja Bosne i Hercegovine ili je interpoliranjem evropskog standarda zaštite ljudskih prava pribjegao „prinudi na vrlinu“, u domenu je nagađanja.

Ustavom proklamovani nivo zaštite ljudskih prava u vrijeme kada je utvrđen bio je moralno uzvišen, no njegova realizacije podrazumijevala je istovremeno i predanost ideji ljudskih prava i odlučnost da se ona realizuje.

U Bosni i Hercegovini manjkalo je i jedno i drugo.

Istina je da je ustavotvorac standard Evropske konvencije nametnuo za zaštitu ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, ali je to učinio nedosljedno, pristajući na politički iznuđeni kompromis koji će taj standard učiniti kontradiktornim i nedjelotvornim. Tako se uvođenje evropskog standarda zaštite, kao prvobitna dobra namjera s vremenom pretvorilo u teret sa kojim se Bosna i Hercegovina već više od dvije decenije teško nosi smještena u Prokrustovu postelju svog Dejtonskog ustava i njegovih rješenja.

3. Koncept ljudskih prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u svom izvornom obliku, kao i u najvećem broju svojih protokola, garantuje u osnovi samo građanska i politička prava. Namjera Konvencije bila je da garantuje prava koja su praktična i efektivna.

Riječ je o elementarnim ljudskim pravima koja je bilo moguće efikasno zaštititi instrumentima Evropske konvencije. U kontekstu Evropske konvencije ljudska prava su uvijek, u krajnjoj liniji, individualna prava koja mora da štiti država, a koja se razlikuju od ostalih klasičnih subjektivnih i objektivnih prava

prešla pod nadležnost Bosne i Hercegovine i time se potpuno emancipovala, dok je Dom za ljudska prava transformisan u Komisiju za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, koja je djelovala do kraja 2006. godine, nakon čega je njena nadležnost prešla u ingerenciju Ustavnog suda BiH.

koja su data u svakoj modernoj državi. To su prava koja čovjeka konstituišu kao pravni i politički subjekt.

Ovaj koncept ljudskih prava počiva na ideji prosvjetiteljstva o „prirodnim i neotuđivim pravima čovjeka“ nasuprot heteronomnoj, državnoj, moći, ali i nasuprot svim drugim pojedincima.

Uvjerenje u apsolutnu vrijednost ljudskog bića suština je ovog koncepta, koji, u kontekstu filozofije individualizma XVII i XVIII vijeka, pravima pojedinaca daje prednost u odnosu na prava kolektiviteta, tvrdeći da ljudska prava prethode državi i da vrijednost države zavisi od snage i volje da ta prava štiti. U tom smislu liberalna država, ili država uopšte, je demokratska jedino ukoliko štiti individualna prava. Opšte usvojeni individualistički pristup⁷ tumačenja ljudskih prava ogleđa se i u postupcima zaštite ljudskih prava, koji se, i u nacionalnom i u međunarodnom okviru, pokreću na inicijativu pojedinca - titulara prava.

Da bi građani mogli biti međusobno jednaki eminentno politički subjekti u javnoj političkoj sferi društva oni se moraju osloboditi svake zasebne partikularne vezanosti, tipične za tradicionalno pred-političko društvo.⁸ Svaka grupna afilijacija smatrana je reliktom prošlosti i smetnjom za emancipaciju pojedinca kao slobodne ličnosti.

Individualni karakter ljudskih prava naglašen je posebno u domenu društvenog djelovanja pojedinca, odnosno njegovih društvenih odnosa, ali to nikako ne znači da je zanemaren aspekt u kome se pojedinac realizuje kao član zajednice.

Politička prava podrazumijevaju prava pojedinca da postupa po svojoj volji kada se radi o njegovoj participaciji, zajedno sa ostalim članovima zajednice kojoj pripada, u upravljanju njome.

Ratifikacijom Konvencije država ugovornica dužna je da osigura prava utvrđena u Dijelu I Konvencije za sva lica pod svojom jurisdikcijom. U skladu sa članom 13 Konvencije država ugovornica se obavezuje da osigura pristup djelotvornom pravnom lijeku pred domaćim vlastima u slučaju povrede prava i sloboda njom utvrđenih. Uživjanje prava i sloboda iz Konvencije mora biti osigurano bez diskriminacije po bilo kom osnovu (čl. 14).

Konvencija propisuje i mehanizam nadzora nad poštovanjem sadržaja konvencijskih normi prvenstveno ga povjeravajući domaćim vlastima. U slučaju nemogućnosti da se zaštita povrijeđenog prava ishodi primjenom svih raspoloživih pravnih sredstava u unutrašnjem pravnom poretku, ili u slučaju da ista nije proizvela zadovoljavajući rezultat, Konvencija predviđa mogućnost pokretanja postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava.

7 Individualistički koncept ljudskih prava slijedi Opšta deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966., koji su prvenstveno usmjereni na zaštitu pojedinca, što proizlazi iz načina kako su formulisane njihove odredbe („Svako ima pravo...“).

8 Norberto Bobio, *Liberalizam i demokracija*, Novi Liber, Zagreb, 1992., 7.

4. Ustavna norma u društvenom kontekstu Bosne i Hercegovine – bitak nasuprot trebanja

Čvrste garancije ljudskih prava koje je Sporazum predviđao trebale su da budu pouzdana osnova nametnutom miru. Politička vlast⁹ i komplikovana državna organizacija Bosne i Hercegovine, međutim, obje dosljedne u poštovanju principa etničke dominacije, nisu imale nikakvog interesa da se angažuju s tim ciljem. Međunarodna zajednica, koja je Sporazum nametnula i u Bosni i Hercegovini ostala prisutna sa namjerom da osigura njegovo efektivno provođenje je, uprkos mandatu koji je imala u Bosni i Hercegovini i mehanizmima koje predviđaju međunarodni pravni akti koji su sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine, propustila priliku da ih iskoristi.

Mirovni sporazum bio je rezultat iznuđenih kompromisa kojima su gospodari rata, koji su u međuvremenu postali mirovni pregovarači i legitimni predstavnici zaraćenih strana, željeli da i u miru sačuvaju i osiguraju pozicije koje su oružjem izborili.

Legitimiranje vlasti u tri najveća nacionalna korpusa u Bosni i Hercegovini počivalo je na pretpostavci homogeniziranja identiteta koji se formirao kao kolektivni mono-identitet porijekla, religije, jezika, simbola i kao takav postao prepreka ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava građana Bosne i Hercegovine.

Kolektivni identiteti tako potiskuju individualne identitete, a kolektivna prava individualna prava građana, pogodujući razvoju nacionalizma koji teži aparthejdu i olakšava razgraničenje prema drugim i drugačijima – samodovoljnost isključuje svaki vid multikulturalizma i tolerancije.

Ovakva društvena i politička stvarnost u Ustav Bosne i Hercegovine inicijalno je interpolirana odredbom iz Preambule kojom ustavotvorac utvrđuje da ustavnost BiH počiva na „Bošnjacima, Hrvatima i Srbima kao konstitutivnim narodima (zajedno sa ostalima) i građanima Bosne i Hercegovine“.

Bosnu i Hercegovinu tako ne čine njihovi građani već tri etno-nacije (konstitutivni narodi) što su tvorci Dejtonskog ustava prihvatili kao politički aksiom koji je postao temeljni osnov ustavnoj strukturi Bosne i Hercegovine.

Tripartitna struktura konstitutivnih naroda na kojoj se zasnivaju aktualna ustavna rješenja u BiH dovela je do diferencijacije u pravima prema kriteriju etniciteta, što za posljedicu ima diskriminatorni efekat prema onima koji favorizovanoj kategoriji ne pripadaju, ili se na taj način, kroz svoju etničku pripadnost, ne mogu ili ne žele odrediti.

Formula „konstitutivnih naroda“ bila je rezultat pokušaja da se pomire dva različita koncepta koja su oštro suprotstavljena u bosanskohercegovačkoj stvarnosti i čiji antagonizam vremenom ne jenjava – sa jedne strane to je univerzalno prihvaćeni koncept ljudskih prava kao individualnih prava čovjeka, jednako

9 Vidjeti šire: Florian Biber, *Bosna i Hercegovina poslije rata. Politički sistem u podijeljenom društvu*, Buybook, Sarajevo 2007.

dostupnih svima bez diskriminacije primjeren multikulturalnom građanstvu, a sa druge to je kriterij etničke ekskluzivnosti.¹⁰

Iznuđeni politički ustupak, a formula „konstitutivnih naroda“ koja se kroz Ustav proteže kao crvena nit to bez sumnje jeste, osiguralo je prioritet ovom drugom, te će isti tako legitimnom učiniti diskriminaciju i dvostruke standarde u zaštiti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini.

Definišući u Preambuli Ustava Bosne i Hercegovine Bošnjake, Hrvate i Srbe kao konstitutivne narode, ustavotvorac je „ostale“ i „građane“ lišio državotvornog atributa.

U duhu politike, ovo rješenje je tumačeno na način otvorenog etničkog favoriziranja, te su u Federaciji Bosni i Hercegovini status konstitutivnih naroda imali Bošnjaci i Hrvati, a isti nije pripadao Srbima koji tu žive, kao što su u Republici Srpskoj konstitutivni narod su bili jedino Srbi.

Zvuči cinično, ali je potpuno tačno sva tri konstitutivna naroda u prvoj fazi nakon donošenja Dejtonskog ustava bila su jednaka jedino na nivou države Bosne i Hercegovine čija stvarna kompetencija je bila vrlo skromna i zapravo upitna.

Formalno, što se tiče konstitutivnosti konstitutivnih naroda, do promjene je došlo nakon donošenja odluke Ustavnog Suda Bosne i Hercegovine u predmetu U 5/98, „Odluka o konstitutivnosti naroda“ od 1.VII 2000. godine,¹¹ kojom je Sud zaključio da pod pojam „konstitutivnost naroda“ potpada i princip kolektivne jednakosti ove tri etničke grupe.¹² Princip kolektivne jednakosti obavezuje entitete da poštuju princip zabrane diskriminacije pripadnika bilo kog od ova tri konstitutivna naroda, posebno ako se oni u entitetu nalaze u položaju, de facto, nacionalne manjine¹³, zabranjujući istovremeno i privilegovanje bilo kog od njih na način da se pripadnicima jednog ili dva naroda priznaju posebna dodatna prava.¹⁴ Etnički sistem podjele vlasti ovom Odlukom ostaje neizmijenjen, a njegova diskriminatorna priroda najočiglednija je u kontekstu privilegija koje potvrđuju da se kategorija konstitutivnih naroda ne svodi tek na nominalno razlikovanje, već za posljedicu ima i njihov konsekvantan različit tretman u pravima. Propuštena je prilika, kako je profesor Imamović konstatovao, da se ta odluka ne donese kao kolektivno, nego kao individualno pravo svakog građanina, da se nijedan bosanskohercegovački građanin ne može i ne smije smatrati strancem ni u jednom dijelu Bosne i Hercegovine¹⁵ (slijedeći tako obrazac presude Vrhovnog suda SAD iz 1935. u predmetu *Colgate v. Harvey*).

Status koji imaju Srbi, Hrvati i Bošnjaci nosi niz privilegija - za njih su rezervisana mjesta u Predsjedništvu BiH, u Domu naroda Parlamentarne skupštine BiH, u Domu naroda Parlamenta F BiH i Vijeću naroda Republike Srpske. U

10 Tačke 13. i 14. u Presudi Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine.

11 Treća djelomična odluka

12 U 5/98, tačka 60.

13 Ibid., tačka 59.

14 Ibid., tačka 60.

15 Mustafa Imamović, Ibid., 61.

pomenutim parlamentarnim domovima delegati iz reda konstitutivnih naroda organizovani su u klubove, a privilegovani status potvrđuje i pravo veta koje im je na raspolaganju u cilju zaštite vitalnog nacionalnog interesa. Privilegije konstitutivnih naroda protežu se i na čitav niz drugih državnih institucija, u kojima su, ako i nemaju ekskluzivno nacionalni sastav, za njih predviđene ključne pozicije. (Ustavni sud BiH, ustavni sudovi entiteta, Ombudsmen BiH).

Princip striktnog etničkog sistema podjele vlasti tako lišava određene građane, one koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici jednog od tri konstitutivna naroda, pasivnog prava glasa, prava učestvovanja u javnim poslovima i jednake dostupnosti javnih funkcija.

Nejednak tretman „konstitutivnih naroda“, „ostalih“ i „građana“ u BiH je u potpunosti suprotnosti sa ustavnom odredbom o zabrani diskriminacije.

Ljudska prava u Bosni i Hercegovini transformišu se u kolektivna prava koja pojedinca štite tek na osnovu pripadanja grupi, na osnovi grupnog, nacionalnog identiteta.¹⁶

Tvrdokornim insistiranjem na konceptu konstitutivnih naroda sve ove godine u Bosni i Hercegovini odbija se prihvatiti da kulturno-historijski, nacionalni identitet ne prejudicira politički, kao što ni politička pripadnost ne anulira kulturno-historijski identitet. To su dva odvojena sadržaja. Građanstvo, kao politički identitet, nadilazi partikularne specifičnosti afirmacijom univerzalnih demokratskih principa poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Ono djeluje iznad etnokulturnih podjela uz njihovo uvažavanje.

Etnički principi ne moraju ugrožavati postojanje i poštovanje građanskog principa, kao što ni građanski princip ne znači poništavanje etničkog.

“Logičko-istorijski spoj etničkog i građanskog čini multietičnost i multikulturalnost društva prirodnim stanjem i osnovom trajnog mira.”¹⁷

Građanstvo je jedini podesan okvir u kome se svima, uz garantovanu i zaštićenu različitost identiteta, nude i jednake šanse za učešće u oblikovanju političke zajednice. Princip slobode, potvrđen garantovanim korpusom ljudskih prava kao univerzalnom vrijednošću, koji pojedinca oslobađa tereta etnokulturne zadatosti, nudi mu mogućnost javnog djelovanja upućujući ga pri tome na saradnju sa drugima.

Zajedničku svijest pojedinaca o pripadnosti nekom društvenom i političkom entitetu, njihov kolektivni identitet, znači njihovo međusobno priznavanje obzirom na određene sličnosti i interese koje zajedno dijele. Time identitet zasnovan na toleranciji postaje polazna tačka multikulturnog građanstva.

Po svim bitnim svojstvima Bosna i Hercegovina je predestinirana za koncept multikulturnog građanstva. Koncept konstitutivnih naroda u suprotnosti je sa

16 Vidjeti šire: Ibrahim Festić, Građanski i etnički identitet, *Ljudska prava*, godina 4, br. 3-4., Sarajevo 2003., 15-16., i Elisabeth Rehn, Situacija sa ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini: Regionalne perspektive, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Dayton: od teorije do prakse*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1999., 39-45.

17 Slobodan Vukićević, Fenomen identiteta i integracioni procesi na Balkanu, Institut za sociološka istraživanja, Filozofski fakultet Nikšić, Sociološka luča V/1, Nikšić 2012., 58.

univerzalnim standardima na čije se poštovanje Bosna i Hercegovina svojim ustavom obavezala. Destruktivan je i opasan. Njegova diskriminatorska praksa, na kraju krajeva, konstatovana je sudskim presudama.

Ustavni sud BiH je po pitanju odnosa individualnih i kolektivnih prava utvrdio da potpuno isključenje iz sistema predstavljanja vrijeđa individualno političko pravo, te da kategorija „ostalih“ mora biti uvedena u sisteme predstavljanja kako bi se spriječilo potpuno isključenje individualnih prava.¹⁸ Stav Ustavnog suda BiH nije doveo ni do kakvih promjena, a istu sudbinu imale su i presude Evropskog suda za ljudska prava koje su se bavile ovim pitanjem.

Praksa različitog tretmana uvedena ustavnim normama bila je predmet kontinuiranog razmatranja pred ekspertnim tijelima međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava kojima je Bosna i Hercegovina pristupila.

U svojim Zaključnim razmatranjima Komitet za ukidanje rasne diskriminacije konstatuje¹⁹: „zakonsko razlikovanje koje favorizira i daje posebne privilegije i prednosti određenim etničkim grupama nije u skladu sa čl. 1. i 5 (c) Konvencije. Komitet dalje napominje da je ovo posebno postalo očigledno kada je prestala potreba zbog koje su posebne privilegije i prednosti bile uvedene (član 1 (4) i 5 (c). Komitet nalaže državi članici da nastavi sa izmjenama relevantnih odredbi državnog ustava i Izbornog zakona sa ciljem osiguranja jednakog uživanja prava glasa i kandidature svim građanima bez obzira na etničku pripadnost.“²⁰

Razmatrajući provođenje Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima Komitet za ljudska prava²¹ u svojim Zaključnim razmatranjima navodi: „Komitet je zabrinut jer nakon odbijanja relevantnih ustavnih amandmana 26. aprila 2006., državni ustav i Izborni zakon i dalje isključuju „ostale“, tj. lica koja ne pripadaju jednom od „konstitutivnih naroda“ države članice (Bošnjaci, Hrvati, Srbi), i njihov izbor u Dom naroda i trojno Predsjedništvo Bosne i Hercegovine (čl.2., 25., i 26.)

Država članica treba ponovo započeti razgovore o ustavnim promjenama na transparentan način i na širokim osnovama participiranja uključujući sve činioce, s ciljem usvajanja izbornog sistema koji garantira jednako uživanje prava svim građanima prema članu 25. Konvencije, bez obzira na njihovu etničku pripadnost.“²²

Kada je 2002. godine Bosna i Hercegovina postala članica Vijeća Evrope

18 Bosna i Hercegovina je 2002. godine postala članica Vijeća Evrope i bezrezervno je ratifikovala Konvenciju i njene protokole, čime je po vlastitoj želji pristala da poštuje relevantne standarde., što je dodatno aktualiziralo razmatranje ovog pitanja.

19 Komitet za ukidanje rasne diskriminacije nadzorno je, ekspertno tijelo Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije koja je usvojena je pod okriljem UN 21. XII 1965. godine, a u odnosu na BiH stupila je na snagu 16.VII 1993.

20 Dokument CERD/C/ BIH/CO/6, od 11. IV 2006., tačka 11.

21 Komitet za ljudska prava je nadzorno, ekspertno tijelo Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen je pod okriljem UN 16. XII 1966. godine, a u odnosu na BiH stupio je na snagu 6.III 1992.

22 Dokument CCPR/C/BIH/CO/1 od 22.XI 2006., tačka 8.

i bezrezervno ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama po vlastitoj želji je pristala da poštuje njene standarde. Posebno se obavezala da će „u roku od godinu dana, uz pomoć Evropske komisije za demokratiju kroz pravo (Venecijanske komisije) preispitati izborni zakon u svjetlu normi Vijeća Evrope i izvršiti izmjene tamo gdje je to potrebno“²³. Isto tako, ratifikacijom Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju s Evropskom unijom 2008. godine, Bosna i Hercegovina obavezala se da će u periodu od jedne do dvije godine „izvršiti izmjene izbornog zakona koji se odnosi na članove Predsjedništva BiH i delegate u Domu naroda kako bi zakon u potpunosti bio usklađen sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i postprijemnim obavezama prema Vijeću Evrope.“²⁴

Međutim, preuzete obaveze nisu ispunjene. Ustavna rješenja uprkos njihovim očiglednim nedostacima su i dalje ostala na snazi.

Činjenica da je Bosna i Hercegovina pristupila Vijeću Evrope i bezrezervno ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama stvorila je mogućnost djelotvorne zaštite povrijeđenih prava pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Evropski sud za ljudska prava se o povredi odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama obzirom na Bosnu i Hercegovinu prvi put očitovao u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH²⁵. Aplikanti su tvrdili da im je uskraćeno pravo na izbor u Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH i Predsjedništvo BiH po osnovu njihovog rasnog/etničkog porijekla. Diskriminaciju po etničkom osnovu Sud je smatrao jednim oblikom rasne diskriminacije²⁶, i konstatovao da se razlika u tretmanu koja se isključivo temelji na rasi ili etničkom porijeklu ne može opravdati i da predstavlja direktnu diskriminaciju.

U fazi razmatranja dopuštenosti Vlada je tvrdila da aplikacija nije kompatibilna sa Konvencijom jer se Bosna i Hercegovina ne može smatrati odgovornom za sporne ustavne odredbe budući da je Ustav Bosne i Hercegovine dio međunarodnog ugovora, Dejtonskog sporazuma.

Pozivajući se na ovaj navod Vlade, jednako kao i u naknadnim svojim presudama, Sud je smatrao da, ostavljajući po strani pitanje da li se tužena država može smatrati odgovornom za donošenje osporavanih ustavnih odredbi, ona se svakako može smatrati odgovornom što se one još uvijek održavaju na snazi.²⁷

Sud je 22.12. 2009. donio presudu kojom je utvrdio kršenje stava 14. u vezi sa članom 3. Protokola br. 1. koji se odnosi na nemogućnost aplikanata da se kandiduju na izborima za Dom naroda BiH, te povredu člana 1. Protokola br. 12 zbog nemogućnosti aplikanata da se kandiduju na izborima za Predsjedništvo BiH.

23 Presuda Sejdić i Finci protiv BiH, tačka 21.

24 Ibid., Vidjeti tačke 25. i 49.

25 Postupak je pokrenut apelacijama br 27996/06 i 34836/06

26 Vidjeti: Timishev protiv Rusije, br. 55762/00 i 55974/00, tačka 56, ECHR 2005-XII

27 Presuda Sejdić i Finci protiv BiH, tačka 30., Presuda Zornić, tačka 16.

Sporne ustavne odredbe Evropski sud je razmatrao u još četiri predmeta: Zornić protiv Bosne i Hercegovine²⁸, Pilav protiv Bosne i Hercegovine²⁹, Šlaku protiv Bosne i Hercegovine³⁰ i Pudarić protiv Bosne i Hercegovine³¹.

Razmatrajući okolnosti u navedenim slučajevima Sud je referirao na presudu Sejdić i Finci kao precedent ne samo u kontekstu već načinjene analize domaćeg relevantnog prava već i zbog okolnosti koje su pratile izvršenje presude – potpuni izostanak angažmana bosanskohercegovačkih vlasti i insistiranje nadležnih međunarodnih tijela da se presuda provede.

Komiteta ministara Vijeća Evrope, je nakon donošenja presude, vršeći svoju nadzornu funkciju u smislu člana 46. st. 2. Konvencije, usvojio tri privremene rezolucije (CM/ResDH(2011)291, CM/ResDH(2012)233 i CM/ResDH(2013)259) koje su se odnosile na provođenje presude Sejdić i Finci.

U svakoj od njih je bio poziv Bosni i Hercegovini da poduzme sve neophodne korake za potpuno izvršavanje te presude usvajanjem potrebnih mjera u cilju uklanjanja diskriminacije protiv onih koji nisu pripadnici jednog od konstitutivnih naroda kada je riječ o kandidovanju na izborima za Dom naroda i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, te da Ustav i Izborni zakon usklade sa zahtjevima Konvencije bez odlaganja.

Rezolucije ističu uvjeravanje predstavnika izvršne vlasti i glavnih političkih stranaka Bosne i Hercegovine da su sve zainteresovane političke strane potpuno predane pronalaženju odgovarajućeg rješenja za izvršavanje ove presude i istovremeno izražavaju sve veću zabrinutost³² zbog pomanjkanja ikakve djelotvorne akcije.

Komiteta ministara Vijeća Evrope na svojoj 1348. sjednici detaljno je razmatrao provođenje presude Sejdić i Finci konstatujući u svojoj odluci:

„Zamjenici su

... istaknuli da se zadržavanjem sadašnjeg diskriminatornog izbornog sistema unatoč presudi Suda u predmetu *Sejdić i Finci* iz 2009. godine, te drugim presudama iz ove grupe predmeta nedvojbeno krše zahtjevi Evropske konvencije o ljudskim pravima i da to predstavlja otvorenu povredu bezuvjetnih obaveza Bosne i Hercegovine iz člana 46. Konvencije, te time i obaveza koje je ona preuzela kao zemlja članica Vijeća Evrope;“³³

Razmatrajući okolnosti u predmetu Zornić Sud je konstatovao da je predmet identičan predmetu Sejdić i Finci, razlika je tek u porijeklu apelantata - apelantica se ne izjašnjava kao pripadnica bilo koje određene skupine, što je onemogućava da se kandiduje za Dom naroda Parlamentarne skupštine BiH, čime su povrijeđeni član 14. u vezi sa članom 3. Protokola br. 1.

28 Apelacija br 3681/06 podnesena je Sudu 19.XII 2005. Presuda je objavljena 15.VII 2014.

29 Apelacija br. 41939/07 podnesena je Sudu 24.IX 2007. Sudska presuda objavljena je 9.VI 2016.

30 Apelacija br. 56666/12 podnesena je Sudu 8.VIII 2012.. Sudska presuda objavljena je 26.V 2016.

31 Apelacija br. 55799/18 podnesena je Sudu 25.X 2018. Presuda je objavljena 8.XII 2020.

32 Treća Rezolucija pominje „najdublju zabrinutost“.

33 Tačka 1. Odluka je donesena na 1348. sjednici održanoj 6.VI 2019.

U odnosu na nemogućnost apelantice da se kandiduje za Predsjedništvo BiH učinjena je povreda i člana 1. Protokola br.12.

„Sud naglašava da je nalaz o povredi u ovom predmetu direktna posljedica propusta vlasti tužene države da uvedu mjere kako bi se povinovale presudi u predmetu Sejdić i Finci. Propust tužene države da uvede ustavne i legislativne prijedloge kako bi okončala postojeću neusklađenost Ustava i izbornog zakona sa članom 14, članom 3. Protokola br. 1, članom 1. Protokola br.12, ne predstavlja samo otežavajuću okolnost kada je riječ o odgovornosti države prema Konvenciji zbog postojećeg ili ranijeg stanja stvari, već također ugrožava buduću učinkovitost mehanizma Konvencije.“³⁴

„U presudi Sejdić i Finci Sud je primijetio da je u vrijeme kada su donesene sporne ustavne odredbe na terenu došlo do vrlo krhkog primirja, te da je cilj tih odredbi bio da zaustavi brutalni sukob obilježen genocidom i „etničkim čišćenjem“. Priroda tog sukoba bila je takva da je bilo neophodno pristati na „konstitutivne narode“ kako bi se osigurao mir. Međutim sada, više od osamnaest godina nakon završetka tragičnog sukoba, ne može postojati bilo kakav razlog za održavanje na snazi spornih ustavnih odredbi. Sud očekuje da će se bez daljeg odgađanja uspostaviti demokratsko uređenje. S obzirom na potrebu da se osigura stvarna politička demokratija, Sud smatra da je došlo vrijeme za politički sistem koji će svakom građaninu Bosne i Hercegovine osigurati pravo da se kandiduje na izborima za Predsjedništvo i Dom naroda Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije po osnovu etničke pripadnosti i bez davanja posebnih prava konstitutivnim narodima uz isključivanje manjina ili građana Bosne i Hercegovine.“³⁵

U predmetu Pilav apelant se žalio osobito zbog zakonske nemogućnosti da se kandiduje na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, te da glasa za pripadnika svoje zajednice za tu funkciju. Apelant je uz ovo naveo da isključenost Bošnjaka koji žive u Republici Srpskoj iz mogućnosti da se kandiduju za Predsjedništvo predstavlja potpuno ukidanje „same suštine“ prava, budući da je sama suština tog prava uključenost. Držeći da je njegova etnička pripadnost razlog njegovog isključivanja iz političkih prava smatra da je njegov predmet bitno sličan predmetu Sejdić i Finci.

Cijeneći okolnosti slučaja Sud je u kontekstu razmatranja relevantnog domaćeg prava slijedio presudu Sejdić i Finci, dok je razmatrani međunarodnopravni okvir proširio mišljenjem o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika

(dokument CDL-AD(2005)004 od 11.III 2005.)³⁶

U tom kontekstu, tačke 68. i 69., ono glasi: „U federalnoj državi posebni aranžmani koji osiguravaju odgovarajuće zastupanje entiteta u federativnim institucijama ne mogu biti predmet prigovora. U principu, u multietničkoj državi kakva je Bosna i Hercegovina, legitimno djeluje i da se osigura da jedan državni

34 Presuda Zornić protiv BiH, tačka 40.

35 Ibid., tačka 43.

36 Presuda Pilav protiv BiH, tačka 20.

organ odražava multietnički karakter društva. Problem je, međutim, način na koji su kombinovani teritorijalni i etnički princip.

...

Ako članovi Predsjedništva koji se biraju iz entiteta predstavljaju sve građane koji žive u tom entitetu, a ne određeni narod, teško je opravdati da se moraju izjasniti kao pripadnici određenog naroda. Takvo pravilo djeluje kao da pretpostavlja da se samo pripadnici određene etničke grupe mogu smatrati potpuno lojalnim građanima entiteta koji mogu braniti njegove interese ... Ne može se tvrditi da su samo Srbi u stanju braniti interese RS, a samo Hrvati i Bošnjaci interese Federacije. Identitet interesa na ovaj način pod etničkom dominacijom sprečava razvoj šireg osjećaja pripadnosti državi.“

Podsjećajući da je BiH ratificirala Protokol br. 12 Evropske konvencije koji garantuje uživanje svih prava predviđenih zakonom bez diskriminacije, Venecijanska komisija u svom mišljenju dalje konstatuje u tačkama 76. i 77.:

„Probleme ne stvara sistem demokratije po konsenzusu kao takav, već mješavina teritorijalnih i etničkih kriterija i očigledno isključivanje iz nekih političkih prava onih koji djeluju posebno ranjivo.“

Sud je u presudi u predmetu Pilav konstatovao da, iako pripadnik jednog od „konstitutivnih naroda“, apelant u predmetnom slučaju je isključen iz prava da bude biran za člana Predsjedništva usljed spornog zahtjeva koji se odnosi na prebivalište. Bez obzira na razlike u odnosu na slučaj Sejdić i Finci, Sud smatra da je ova isključenost zasnovana na kombinaciji etničkog porijekla i mjesta prebivališta od kojih oba služe kao osnov za različit tretman koji spada u domen člana 1. Protokola br. 12, te kao takva predstavlja diskriminirajuće postupanje suprotno članu 1. Protokola br. 12.³⁷

U predmetu Šlaku apelant se žalio zbog nemogućnosti da se kandiduje za Dom naroda i Predsjedništvo zbog svog albanskog porijekla, što po njegovom mišljenju predstavlja rasnu diskriminaciju ukazujući time na povredu člana 14 Konvencije, član 3 Protokola br.1 i član 1. Protokola br.12.

Postupajući po apelaciji Sud je uz tri navedene privremene rezolucije navedene u predmetu Zornić, obzirom na implementaciju presude Sejdić i Finci, razmatrao i odluku koju je Komitet ministara donio 4.XII 2014., ponovo ispitujući stanje implementacije navedene presude.³⁸

„Neizvršavanjem presude u predmetu Sejdić i Finci Bosna i Hercegovina je nastavila isključivati etničke manjine iz političkog učešća i zastupljenosti na najvišem državnom nivou.“³⁹

Sud zapaža da samo osobe koje pripadaju konstitutivnim narodima, prema Ustavu, imaju pravo da se kandiduju za Dom naroda i Predsjedništvo, a da je apelant, koji je pripadnik albanske nacionalne manjine i koji ne želi da se izjasni kao pripadnik konstitutivnog naroda, isključen iz tog prava.

³⁷ Ibid., tačka 48.

³⁸ Presuda Šlaku protiv BiH, tačka 13.

³⁹ Ibid., tačka 21.

Predmetni slučaj je Sud cijenio, obzirom na okolnosti, identičnim slučaju Sejdić i Finci u kojem je zaključio da su ove ustavne odredbe dovele do diskriminirajućeg različitog postupanja suprotnog članu 14, u vezi sa članom 3. Protokola br.1, te do povrede člana 1. Protokola br.12.

Sud naglašava da je povreda koja je utvrđena u predmetnom slučaju direktna posljedica propusta vlasti odgovorne države da usvoji mjere kojima bi osigurala poštovanje presude u predmetu Sejdić i Finci.

Propust odgovorne države da donese ustavne i zakonodavne prijedloge kako bi okončala postojeću neusaglašenost Ustava i izbornog zakona sa članom 14., članom 3. Protokola br. 1, te članom 1. Protokola br. 12, ne samo da predstavlja otežavajuću okolnost kada je riječ o odgovornosti te države prema Konvenciji za sadašnje ili prošlo stanje stvari, već također predstavlja prijetnju za buduću djelotvornost mehanizma Konvencije.⁴⁰

Državna vlast ostajući dosljedna svom stavu koji je zastupala pred Evropskim sudom „... da još uvijek nije vrijeme za politički sistem koji bi bio odraz vladavine većine, imajući posebno u vidu istaknuti značaj mono-etničkih političkih partija i trajnu međunarodnu upravu u Bosni i Hercegovini“ minuciozno je dograđivala svoj ciničan pristup u opravdavanju postojeće diskriminatorne prakse tvrdnjama u predmetu Zornić: „da aplikantica u predmetnom slučaju nije pripadnica bilo koje „manjine“, već je svojom voljom odlučila da se ne izjašnjava kao pripadnica niti jednog od „konstitutivnih naroda“. Ona u svako doba može promijeniti tu odluku ukoliko želi sudjelovati u političkom životu Bosne i Hercegovine“⁴¹, te, u predmetu Pilav, da bi „Ukoliko bi se preselio da živi u Federaciji Bosne i Hercegovine, aplikant uživao pravo glasa i kandidature na izborima bez ograničenja“⁴².

U predmetu Pudarić apelant se žalio Evropskom sudu za ljudska prava zbog nemogućnosti da se, kao Srbin s prebivalištem u Federaciji Bosne i Hercegovine, kandiduje na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, pozivajući se na član 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju.

Protiv odluke CIK-a, koji je odbio kandidaturu apelanta navodeći da je ista u suprotnosti sa relevantnim članovima Izbornog zakona iz 2001. godine⁴³, apelant je, u okviru raspoloživih domaćih pravnih lijekova, uložio apelaciju Ustavnom sudu BiH, koju je Ustavni sud odlukom odbacio kao nedopuštenu. U relevantnom dijelu odluke navedeno je:

„...suštinski se radi o situaciji koja je potpuno ista kao i u predmetu *Pilav*, u kojem je, nakon odlučivanja Ustavnog suda, Evropski sud donio konačnu i obavezujuću odluku. Ustavni sud smatra da u takvoj situaciji, kada je Evropski sud u tri presude u odnosu na Bosnu i Hercegovinu, od kojih se presuda *Pilav* odnosi na istu situaciju u kojoj je apelant, nedvosmisleno zaključio da je neophodno

40 Ibid., tačka 37.

41 Presuda Zornić protiv BiH, tačka 25.

42 Presuda Pilav protiv BiH, tačka 23.

43 Članovi 4.2(1) i 8.1(2) Izbornog zakona iz 2001.

promijeniti Ustav Bosne i Hercegovine, nema osnova da ponovo odlučuje o istom pitanju.

U vezi s tim, Ustavni sud uočava da su osporene odluke i apelantova nemogućnost da se kao Srbin s prebivalištem u Federaciji BiH kandidira na izborima za Predsjedništvo BiH također rezultat propusta nadležnih vlasti da preduzmu odgovarajuće mjere radi provođenja presude *Pilav, Sejdić i Finci* i *Zornić*, kojima bi se okončala neusklađenost Ustava i Izbornog zakona sa zahtjevima iz člana 1. Protokola broj 12, kako je to utvrđeno u tim presudama. Dakle, Bosna i Hercegovina, odnosno njene nadležne vlasti imaju obavezu da usklade Ustav Bosne i Hercegovine i Izborni zakon već po tri presude Evropskog suda ...“

Izjašnjavajući se na okolnosti predmeta Vlada je navela: „ da domaće vlasti i politički lideri kontinuirano ulažu izuzetne napore kako bi postigli konsenzus o neophodnim izmjenama Ustava Bosne i Hercegovine i izbornog zakona koje je potrebno izvršiti na način da se ukinu zahtjevi koji se tiču etničke pripadnosti i mjesta prebivališta kao uvjeta za kandidaturu na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, u skladu sa dobro utvrđenom praksom Suda. Pa ipak, prema mišljenju vlade, političko okruženja u tuženoj državi *još uvijek nije povoljno*⁴⁴ da bi se usvojile takve izmjene.“⁴⁵

Evropski sud za ljudska prava utvrdio primjenjivost člana 1. Protokla br. 12 na izbor za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine u ovom slučaju, jednako kao i u presudi *Sejdić i Finci*, te postojanje diskriminirajuće razlike u postupanju u ovom kontekstu, jednako kao i u predmetu *Pilav*.⁴⁶

Sud je uz ovo posebno naveo: “ ... da sam Ustav ne uvjetuje izričito ostvarivanje pasivnog izbornog prava zahtjevom o prebivalištu..., te da je takav uvjet uveden Izbornim zakonom iz 2001. godine (...). S obzirom na to, on ponavlja da se niti jedna odredba domaćeg zakona ne može tumačiti i primjenjivati na način koji nije usklađen sa obavezama države prema Konvenciji (...), naročito ako bi to bilo nespojivo sa zabranom diskriminacije, a u širem smislu, s načelima koja su u osnovi Konvencije (...). Ovo se sigurno može reći za tuženu državu čiji vlastiti Ustav daje Konvenciji „prioritet u odnosu na sve druge zakone“...“⁴⁷

5. Zaključak

Ljudska prava u Bosni i Hercegovini ne mogu se analizirati izvan konteksta njene specifične društvene i političke stvarnosti i njenog Ustava koji je dio mirovnog sporazuma.

U cilju postizanja sporazuma i uspostavljanja mira u BiH međunarodna

44 Akcentirala MND

45 Presuda *Pudarić* protiv BiH, tačka 24.

46 Vidjeti tačke 25. i 26. presude *Pudarić*

47 *Ibid*, tačka 27.

zajednica je bila spremna na kompromise. Organizacija države i glavnih političkih institucija iz tog razloga bila je predviđna tako da uspostavi ravnotežu i spriječi prevlast bilo koga od tri u ratu sukobljena naroda. Druge etničke grupe, kao ni građani koji zadržavaju pravo da ne pripadaju bilo kom etničkom kolektivitetu, bile su izostavljene iz rješenja koja su Sporazumom postignuta.

Mada, vjerovati je, predviđena rješenja nisu bila donesena sa namjerom uspostavljanja etničke dominacije, upitno je koliko je međunarodna zajednica bila svjesna opasnosti kompromisa na koji je pristala. U Ustavu Bosne i Hercegovine dato je posebno mjesto i značaj Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, vjerovatno sa namjerom da se spriječe moguće zloupotrebe predviđenih rješenja. Dokazana djelotvornost konvencijske zaštite, koja je praktično postala primjenjiva tek pristupanjem Bosne i Hercegovine Vijeću Evrope, trebala je da bude snažna garancija ljudskim pravima proklamovanim ustavom. No, umjesto da time bude otklonjena tvrdokorna praksa kršenja ljudskih prava u Bosni i Hercegovini samo se pokazalo da se i konvencijski mehanizam može učiniti nedjelotvornim.

Koncept „konstitutivnih naroda“ je vremenom evoluirao. Od sredstva on se transformisao u cilj. Postao je sama suština države i društva u Bosni i Hercegovini. Njegov neupitni značaj je takav da se i njegova očigledna kontradiktornost sa principom zabrane diskriminacije u ostvarivanju ljudskih prava od strane politike tumači kao prihvatljiva kolateralna šteta. Ukazivanje na njegov diskriminatorni karakter uvijek kao odgovor dobija zloslutnu prognozu da bi njegova eventualna promjena podrazumijevala narušavanje postojeće ravnoteže u vršenju vlasti, što bi moglo dovesti do raspirivanja tenzija koje su u Bosni i Hercegovini jednako prisutne svih ovih godina.

Zloupotreba koncepta konstitutivnih naroda posebno je izražena u insistiranju na etničkoj pripadnosti koja je postala temelj političkog artikulisanja. Etnički identitet, kao nepromjenjivi, promovisan je u politički identitet. U takvom kontekstu građani, kao slobodne osobe sa promjenjivim identitetima, i kolektivna ljudska prava drugih etničkih zajednica, koje ne uživaju poseban i povlašten status „konstitutivnih naroda“, marginalizirani su ili isključeni. Koncept multikulturalnog građanstva, za koji je Bosna i Hercegovina tradicionalno predestinirana, koji podrazumijeva pronalaženje dovoljno širokog pravno-institucionalnog modela koji će pomiriti različite postojeće vrijednosne orijentacije i osigurati pretpostavke realizacije potreba i interesa svih članova zajednice, nipošto ne podrazumijeva da priklanjanje univerzalnom i kosmopolitskom znači odbacivanje nacionalnog identiteta. Prilika da se koncept konstitutivnih naroda zamjeni konceptom multikulturalnog građanstva je bilo, ali volje da se to učini nedostajalo je na svakoj strani – i međunarodnoj zajednici i svakako domaćim vlastima.

Kao oprečan aktuelno važećem, koncept multikulturalnog građanstva se izvrcē, karikira i sotonizira od političkih elita konstitutivnih naroda koje je upravo „konstitutivnost“ (i perpetuirana diskriminatorna praksa oslonjena na Ustavnu normu) promovisala i održava na vlasti. Krajnje je cinično upravo njih pozivati da diskriminatorna rješenja isprave i uzdati se da će to uraditi.

Perpetuacijom svog diskriminatornog sadržaja Ustav BiH postao je fatalna sudbina naroda i države Bosne i Hercegovine, a mehanizam Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini našao se tako paralisan spletom okolnosti koje čine njenu društvenu, pravnu i političku stvarnost.

Opravdanje vlasti da u Bosni i Hercegovini još nije došlo vrijeme za politički sistem koji bi bio odraz vladavine većine, imajući u vidu značaj mono-etničkih političkih partija i trajnu međunarodnu upravu u BiH, može se ponavljati u nedogled.

To vrijeme neće ni doći ukoliko se ne počne sa procesom eliminacije nepovjerenja među ljudima koji uvijek traži da se načini prvi korak – da se ljudska prava i osnovne slobode garantuju jednako svima, bez razlike.

Uspostavljanjem sistema ljudskih prava koji će zaista slijediti temeljne principe bez kojih ona ne mogu biti realizovana, prije svega princip jednakosti i zabranu diskriminacije, biće eliminisan najveći rizik sa kojim je Bosna i Hercegovina suočena od rata na ovamo.

Uz tu pretpostavku načinićemo još jedan veliki korak – od rizičnog postaćemo postkonfliktno društvo.

Bibliografija:

1. Biber, Florian, *Bosna i Hercegovina poslije rata. Politički sistem u podijeljenom društvu*, Buybook, Sarajevo 2007.
2. Bobio, Norberto, *Liberalizam i demokracija*, Novi Liber, Zagreb 1992.
3. Festić, Ibrahim, Građanski i etnički identitet, *Ljudska prava*, godina 4, br. 3-4., Institut za ljudska prava Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo 2003.
4. Haller, Gret, Ljudska prava u Bosni i Hercegovini u evropskom kontekstu, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Daytonu: od teorije do prakse*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1999.
5. Hodžić, Edin i Stojanović, Nenad, *Novi-stari ustavni inženjering?: izazovi i implikacije presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH*, Analitika – Centar za društvena istraživanja, Sarajevo 2011.
6. Imamović, Mustafa, Ljudska prava u rizičnom društvu, *Ljudska prava*, Godina 3, br 1- 4, Institut za ljudska prava Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo 2002.
7. Rehn, Elisabeth, (1999.), Situacija sa ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini: Regionalne perspektive, *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini poslije Daytonu: od teorije do prakse*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1999.
8. Vukićević, Slobodan, Fenomen identiteta i integracioni procesi na Balkanu, *Sociološka luča* V/1, Nikšić 2012.

Međunarodni dokumenti i sudska praksa

1. Komitet UN-a za ukidanje rasne diskriminacije, zaključne napomene o Bosni i Hercegovini, CERD/C/BiH/CO/6, 11.4.2006.

Odluke dostupne na: <http://www.ccbh.ba/odluke> (stranica posjećena u septembru 2021.)

Odluke ustavnog suda BiH:

2. Savjetodavni komitet za Okvirnu konvenciju o zaštiti nacionalnih manjina, Mišljenje o BiH, ACFC/INF/OP/I (2005)003. 27.5.2004.
3. Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ccbh.ba/osnovni_akti (stranica posjećena u septembru 2021.)
4. Ustavni sud BiH, Odluka br AP-2678/06, 29.9.2006.
5. Ustavni sud BiH, Odluka br U-13/09, 30. 1. 2010.
6. Ustavni sud BiH, Odluka br. U 5/98-III, 1.7.2000.
7. Ustavni sud BiH, Odluka br. U-5/04, 27.1. 2004.
8. Ustavni sud BiH, Odluka br. U-7/05, 2.12.2005.
9. Ustavni sud BiH, Oduka br. U-4/05, 22.4.2005.
10. Venice Commission, Amicis Curiae Brief in the Cases of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, CDL-AD(2008)027, 22.10.2008.
11. Venice Commission, Meeting of the Venice Commission Rapporteurs with representatives of Bosnian authorities and international community of the rights of persons belonging to national minorities in Bosnia and Herzegovina, CDL(2002)32, 5.3.2002.

Presude Evropskog suda za ljudska prava:

12. Predmet Pilav protiv Bosne i Hercegovine, Ap. br. 41939/07
13. Predmet Pudarić protiv Bosne i Hercegovine, Ap. br. 55799/18
14. Predmet Sejdić i Finci protiv BiH, Ap. br. 27996/06 i 34836/06, 22.12. 2009.
15. Predmet Šlaku protiv bosne I Hercegovine, Ap. br. 56666/12
16. Predmet Zornić protiv Bosne i Hercegovine, Ap. br.3681/06

Presude dostupne na: http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/default.aspx?id=170&langTag=bs-BA (stranica posjećena u septembru 2021.)

HUMAN RIGHTS IN BOSNIA-HERZEGOVINA – THE CYNICAL REALISM OF THE DAYTON CONCEPT

Summary: The system of human rights in Bosnia-Herzegovina, established by the normative framework of the Dayton Constitution, came about under particular, post-conflict circumstances, initially relying on the European Convention on human rights and fundamental freedoms. The founders imposed the standard Convention for the protection of human rights in Bosnia and Herzegovina, but it was done inconsistently, agreeing to a political compromise that rendered the standard contradictory and ineffective in the tripartite structure of constituent peoples which is the basis of current constitutional solutions in Bosnia-Herzegovina. The formula "constituent peoples", as a forced political concession, has legitimised discrimination and double standards in human rights protection in the reality of Bosnia-Herzegovina.

In this context, the application of the Convention could be secured neither by prioritising the Convention over all other laws in Bosnia-Herzegovina, nor through diverse institutional support granted to it.

The very concept of "constituent peoples" has evolved over time. It became a single essence of the state and society in Bosnia-Herzegovina. Its unquestionable importance is such that even its apparent contradiction with the principle of non-discrimination in achieving human rights is interpreted as acceptable collateral damage by politics. The misuse of the concept of constituent peoples is particularly expressed in the insistence on the ethnicity that has become the foundation of political expression. Ethnic identity, as immutable, was promoted into political identity. In such a context, citizens as free persons with changing identities, and the collective human rights of other ethnic communities, which do not enjoy special and privileged status of "constituent peoples" are marginalized or excluded.

This is how the European standard of protection of human rights, established by the European Convention on human rights and fundamental freedoms, as the initial good intention, turned over time into a cynical reminder of the dire straights in which Bosnia and Herzegovina has been caught two decades after the Dayton Constitution and its solutions.

Using the content analysis and telelogic method, the research focuses on the reasons that in the real social and political ambience of Bosnia and Herzegovina have prevented the application of the adopted European standard of human rights protection. In fact, it explores how much its application manages (or not) to avoid relativification and adaptation to a political ambience that rejects the concept of individual rights and freedoms of man and their enjoyment without discrimination.

Keywords: Constitution-Annex IV the general framework agreement for peace in Bosnia and Herzegovina, human rights, the European Convention on human rights and fundamental freedoms, the constituent peoples, ethnic dominance, the principle of equality

Dr. sc. Nurko Pobrić

Dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta “Džemal Bijedić” u Mostaru

PRAVO NARODA NA SAMOOPREDJELJENJE I SECESIJU SA STANOVIŠTA MEĐUNARODNOG JAVNOG PRAVA

Sažetak: Rad je sistematiziran u nekoliko sadržajno određenih cjelina. Navode se osnovne napomene o genezi koncepta samoopredjeljenja i secesije, međunarodnopravni normativni okvir i savremena primjena i tumačenje međunarodnopravnih normi u postupcima pozivanja na samoopredjeljenje i secesiju. Težište rada je na analizi da li se u savremenim primjerima može uočiti novo tumačenje odgovarajućih normi međunarodnog prava, koje se odnose na samoopredjeljenje i secesiju. Utvrđuje se da savremeni primjeri pokazuju jasno razlikovanje u tumačenju normi o unutrašnjem samoopredjeljenju u odnosu na norme o vanjskom samoopredjeljenju, mada uživanje jednog prava (prava na unutrašnje samoopredjeljenje), bitno utiče na uživanje drugog prava (prava na vanjsko samoopredjeljenje). Uočava se da savremena teorija nije više istovjetna da je secesija per definitionem protupravni akt, već se prepoznaju situacije kada secesija može biti u skladu sa normama međunarodnog prava. U kontekstu naznačenog sadržaja rada, dati će se osvrt na pravnu neutemeljenost aktualnih secesionističkih zahtjeva koji se pojavljuju u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: pravo na unutrašnje samoopredjeljenje, pravo na vanjsko samoopredjeljenje, remedijalna secesija, secesionistički zahtjevi u Bosni i Hercegovini

1. Uvodne napomene

O pravo naroda na samoopredjeljenje i secesiji napisano je mnogo tekstova u dužem vremenskom periodu. Kako je o navedenim institutima literatura bogata i znanje, bilo bi logično, trebalo bi biti bogato. Međutim, i pored spomemutog, stavovi autora koji su se bavili samoopredjeljenjem i secesijom nisu ujednačeni. Atori koncepte samoopredjeljenja i secesije nerijetko tumače različito, te različito sagledavaju istovjetne ili skoro istovjetne knkretne slučajeve samoopredjeljenja i secesije, kako ostvarene tako i neostvarene. Nepouzdanost u odnosu na sadržaj koncepta samoopredjeljenja i secesije i način njihove realizacije u praksi dovodi do različitih rezultata i posljedica po one koji se, primarno, pozivaju na samoopredjeljenje. Sa stanovišta pravne nauke, svaka neujednačenost u primjeni i tumačenju prava, može narušiti pravni princip pravne sigurnosti, te dovesti do sumnje u funkcionisanje principa vladavine prava. Bazično, može doći u

pitanje pouzdanost razumijevanja o postojanju pravde ili nepravde u konkretnim slučajevima.

Težište ovog rada je na savremenosti, što implicira da postoji savremeni kocept samoopredjeljenja i secesije, za ralikom od nekog predašnjeg koncepta. Ovakav pristup nije zasnovan na promjeni normativnog okvira, nego na različitom shvatanju postojećih (važećih) pravnih normi kojima su reinterpretirani samoopredjeljenje i secesija. U vezi s navedenim konstatacijama, opravdano je postaviti pitanje-kako je moguće da se norme koje imaju dugi niz godina “standardno”, jednoznačno tumačenje, nakon proteka određenog vremena, različito tumače i primjenjuju. Jedostavan odgovor je-posredstvom primjene metode evolutivnog tumačenja.

Pravni okvir u kome se razmatraju samoopredjeljenje i secesija (za potrebe ovog rada), prvenstveno je međunarodno javnopravnog karaktera. Potrebno je istaći da oba koncepta (samoopredjeljenje i secesija) imaju svoje mjesto i u ustavnom pravu, ali razmatranje ovog koncepta, uglavnom, ostaje izvan okvira ovog rada. Fokus na međunarodno javnopravnom poimanju ipak se mora oslanjati na procese unutar država u kojima su se pojaljivali ili kojima su se “dogadali” (samoopredjeljenje i secesija). No, oni čine samo primjere koji mogu biti osnova za uopštavanje i zaključivanje o primjeni međunarodnopravnih koncepta.

Cilj rada i teksta koji slijedi, očituje se u traženju odgovora na pitanje-da li savremeni primjeri samoopredjeljenja i secesije imaju svoje specifičnosti, da li su spomenuti koncepti drugačiji nego što su bili u ranijem periodu i da li su oni zasnovani na pravu ili su puki proizvod datog političkog trenutka.

2. Geneza-historijska pozadina

Samoopredjeljenje i secesija najčeće se spominju zajedno (“u paru”), mada se kao takvi ne nalaze ni u jednom pravnom aktu, niti običajnom međunarodnom pravu. Iako se najčeće koriste oba termina (pojma) kao samostalna, neka savremena mišljenja iskazuju stav prema kome su vanjsko samoopredjeljenje i secesija ista pravna kategorija. Konkretno, prema spomenutom stavu, pravo na vanjsko samoopredjeljenje je ekstremni vid samoopredjeljenja koje se manifestuje kao otcjepljenje dijela teritorije sa stanovništvom od “matične države” i formiranje nove suverene države. Uobičajeno je, ipak, da se u pravnoj i političkoj teoriji, u odnosu na sadržaj prava, navode pravo na unutrašnje samoopredjeljenje i pravo na vanjsko samoopredjeljenje uz isticanje njihove međusobne uslovljenosti. Savremeniji koncept samoopredjeljenja ogleda se u razdvajanju političkog samoopredjeljenja kao pravno prihvatljivog i teritorijalnog samoopredjeljenja (secesije), kao pravno neprihvatljivog. Stoga, s pravom se navodi da “politički gledano, reč je o pojmu (misli se na samoopredjeljenje N.P.) koji je u isti mah i veoma radikalna i duboko subverzivna”.¹ Takođe se navodi da se porijeklo principa samoodređenja nalazi u Američkoj deklaraciji o nezavisnosti (1776) i

1 Antonio Kaseze: Samoodređenje naroda, Službeni glasnik Beograd, 2011. str. 22.

u Francuskoj revoluciji (1789) koje su najavile uzmak shvatanja po kojem su pojedinci i narodi kao kraljevi podanici, objekti koji se mogu transferisati, otuđiti, ustupiti ili zaštititi u zavisnosti od interesa monarha. Središnji principi Deklaracije i Revolucije sastoje se u insistiranju na tome da vlada treba da bude odgovorna narodu”.² Smatra se da je tvorac koncepta samoopredjeljenja predsjednik SAD Vudro Vilson. Vilson spomenuti koncept poima u slobodarskom liberalnom duhu, kao pravo svakog naroda, prvenstveno u vidu prava na dekolonizaciju i pravo slobodnog izbora svoje vlade (državne vlasti). Ovakav koncept samoopredjeljenja, pokazaće se u kasnijim vremenima (poslije Američke deklaracije o nezavisnosti i Francuske revolucije), u pojedinim situacijama kao “opasno pravo”, jer su učestali zahtjevi za samoopredjeljenje, uz prisutnu nejasnoću šta se pod tim konceptom podrazumijeva, uz neujednačenu realizaciju prava u odnosu na istovjetne (ili skoro istovjetne) slučajeve, uz sukob sa principom međunarodnog prava o suverenosti država i nepromjenjivosti njihovih granica.

Može se zaključiti da je klasično poimanje samoopredjeljenja sažeto u dva stava: 1) samoopredjeljenje je pravni koncept, 2) secesija je vanpravni koncept, nije regulisana nijednom normom međunarodnog javnog prava, secesija je protivpravni koncept, a akt secesije je akt kojim se krši pravo. Za potpuno sagledavanje koncepta samoopredjeljenja, ipak, potrebno je, taj koncept promatrati u historijskoj dimenziji i pojedinim konkretnim, ali karaktestičnim slučajevima, koji mogu biti osnov za izvođenje općenitijih zaključaka. Na ovom mjestu, “uzgred” navodimo jedno od mnogij objašnjenja i određena prava na samoopredjeljenje: “Pravo na samoopredjeljenje kao imperativno pravilo međunarodnog prava predstavlja istovremeno individualno i kolektivno pravo čoveka koje mu kao pojedincu omogućava da slobodno bira političu vlast i društveno ekonomsko uređenje i pravce spoljne politike državne zajednice. Pri čemu se u obzir uzimaju sve opcije od stvaranja nezavisnih država, ujedinenja sa drugim državama, autonomije i drugih oblika zajedničkog život do prava na secesiju. Ai realizacija takvih opcija vrši se demokratskim putem bez upotrebe sile ili prinude. Zato svaka država ima dužnost da se uzdrži od bilo kakvih nasilnih akcija kojima bi lišila narode da učestvuju u razvijanju njihovog prava na samoopredjeljenje, slobodu i nezavisnost”.³ Iz navedenog objašnjenja prava na samoopredjeljenje proizilazi da je, prema normama međunarodnog prava jednostrana secesija bezuslovno zakonita i da “matčna država” prema dijelu sopstvene teritorije (sa stanovništvom na toj teritoriji), koji se otejepljuje, ne smije upotrijebiti bilo kakve prinudne mjere. Teško je, generalno, prihvatiti navedeni stav (stav o jednostranoj, bezuslovnoj secesiji), jer taj stav nema osnova u međunarodnom pravu.

Dakle, kao što je već spomenuto, samoopredjeljenje se pojavilo, kao politički zahtjev, u drugoj polovini 19. stoljeća, kao zahtjev naroda koji su se oslobađali od strane dominacije. Zapravo, može se reći “da je kolonijalizam i postojanje strane

2 Ibid., str.31.

3 Mijat Šutović: Samoopredjeljenje naroda i raspad Jugoslavije, Kultura polisa 15/2011., Novi Sad, str. 45. i 46.

dominacije nad pojedinim područjima obilježio gotovo čitavu povijest, tako su se, kao odgovor na njih, usporedno javljale i tendencije ostvarivanja prava na samoodređenje”.⁴ Da naglasimo, koncept samoopredjeljenja pojavio se rađanjem SAD, u procesu oslobađanja od kolonijalne vlasti Engleske, a dodatno je zaokružen Francuskom revolucijom, s tim što je svaki oblik dekolonizacije važio kao samoopredjeljenje, a samoopredjeljenje se isključivo svodilo na dekolonizaciju.”⁵ Američko iskustvo i uloga predsjednika Vilsona bili su zapaženi u transferiranju koncepta samoopredjeljenja u Evropu i zalaganja da se primjenom vrijednosti ovog koncepta pristupi formiranju novih država poslije Prvog svjetskog rata. Američko poimanje samoopredjeljenja očitovalo se u bliskoj vezi sa demokratijom i ljudskim pravima, što je značilo da je narod taj koji će odlučiti u kojoj i kakvoj državi želi da živi, a svoju državu uredit će tako da ona bude demokratska država koja poštuje i garantuje prava i slobode svih građana, bez diskriminacije.

Princip samoopredjeljenja je našao plodno tlo u Evropi poslije Prvog svjetskog rata, ali selektivno, jer su njegovom primjenom upravljale države pobjednice. Stoga, teorija međunarodnog prava je jedinstvena u stavu da u periodu do Drugog svjetskog rata samoopredjeljenje postoji samo kao politički princip, ali ne i pravni. U tom periodu ne razmatra se problem secesije, s obzirom da samoopredjeljenje nije bilo tretirano kao pravni princip. Promjena suvereniteta nad teritorijima nije bila u funkciji interesa, želja i potreba naroda, već u funkciji teritorijalnih pretenzija država koje su imale vojnu i drugu moć.

Okončanjem Drugog svjetskog rata, stabilizirala se mapa svijeta i upostavio novi sistem međunarodnih odnosa. Sistem međunarodnih odnosa formaliziran je kroz osnivanje Ujedinjenih nacija i određen u njenoj Povelji. Poveljom UN garantirana je postojanost državnih granica-teritorijalni integritet država i razvijanje prijateljskih odnosa među državama zasnovanih na poštivanju ljudskih prava i pravu na samoopredjeljenje naroda. Drugačije postavljen sistem međunarodnih odnosa (u odnosu na raniji), doveo je i do drugačijeg koncepta samoopredjeljenja, u odnosu na koncept koji je postojao prije drugog svjetskog rata. Od političkog principa, samoopredjeljenje postaje pravni princip, određeno kao pravo naroda pod “tuđom vlašću” da odluči u kojoj i kakvoj državi želi da živi. Dakle, u periodu od završetka Drugog svjetskog rata do okončanja hladnog rata pravo na samoopredjeljenje prezentirano je u svom najjasnijem obliku-narodi koji su bili pod kolonijalnom vlašću tretirani su kao narodi koji imaju pravo da se oslobode kolonijalnog statusa i da uspostave samostalne i suverene države, primjenom prava na samoopredjeljenje.

Po okončanju hladnog rata (kraj 20. stoljeća), ponovo se intenzivira pozivanje na pravo na samoopredjeljenje, ali ovog puta unutar formiranih, nezavisnih i suverenih država. U tom periodu sučelili su se pravo naroda na samoopredjeljenje

4 Petra Perišić: Pravo naroda na vanjsko samoodređenje izvan kolonijalnog konteksta i slučaj proglašenja nezavisnosti Kosova, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 2/2013., str. 762.

5 Jerd Fiš: Pravo naroda na samoopredjeljenje-obuzdavanje jedne iluzije, Albatros Plus, Beograd, 2013., str. 212.

i princip teritorijalnog integriteta država. Razriješenje pravnog statusa naroda pod kolonijalnom dominacijom nije samo po sebi dovelo do nestajanja koncepta samoopredjeljenja. Ovaj koncept je i dalje ostao da egzistira, ali je svoje elemente morao modificirati i na one narode koji nisu pod kolonijalnom vlašću, ali koji više “ne žele” da žive u okvirima države u kojoj su se našli poslije Drugog svjetskog rata. Znači, praksa je pokazala da pravo naroda na samoopredjeljenje nije izgubilo svoju aktuelnost u postkolonijalnom vremenu.⁶

3. Normativni okvir

Normativni okvir samoopredjeljenja baziran je u nevelikom broju pravnih akata. Svakako, osnovni i najvažniji akt je Povelja UN u kojoj su naznačene osnovne odrednice samoopredjeljenja. Povelja UN ne definiše precizno samoopredjeljenje, niti pravi razliku između vanjskog i unutrašnjeg samoopredjeljenja. Uprkos ovom i drugim ograničenjima Povelje UN, u odnosu na samoopredjeljenje, “ovo je bio prvi put da se samoodređenje posmatra kao deo multilateralnog ugovora-ugovora koji se, treba dodati, shvata kao jedan od od osnovnih momenata zakonodavstva nove svetske zajednice.”⁷ Povelja UN predstavlja bitnu transformaciju samoopredjeljenja od političkog postulata u pravni standard ponašanja. “Tokom vremena države članice UN postepeno su preokretale samoopredjeljenje u pravilo koje neposredno obavezuje države.”⁸ U odnosu na samoopredjeljenje, za razumijevanje Povelje UN, bitne su njene odredne navedene u članu 55. i članu 2. stav. 4. Član 55 glasi:

“Da bi se stvorili uslovi ustaljenosti i blagostanja potrebni za mirne i prijateljske odnose među narodima, zasnovane na poštivanju načela ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda, Ujedinjene nacije unapređuju...

c) opšte i stvarno poštivanje čovjeka i osnovnih sloboda za sve bez razlike na rasu, spol, jezik ili vjeru.” Član 2. st. 4. glasi: “Članice se u svojim međunarodnim odnosima uzdržavaju od prijetnje silom, ili upotrebe sile, bilo protiv teritorijalne cjelovitosti ili političke nezavisnosti ma koje države, bilo koja je na ma koji način nespojiva s ciljevima Ujedinjenih nacija.”

Povelja UN, ipak, nije dodatno razradila načelo samoopredjeljenja. Na bazi važećih odredbi Povelje nastao je intenzivni proces dekolonizacije i formirane novog pravnog okvira-niza rezolucija kojima je razrađivan, kako koncept, koncept samoopredjeljenja, kao i srodni pravni instituti. Tako, na primjer, Rezolucijom Generalne skupštine UN 1414-Rezolucija o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima iz 1960. godine, po prvi put je samoopredjeljenje određeno kao pravo, i to pravo svih naroda, a čiji je sadržaj slobodno uređenje političkog statusa

6 Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Bojan Tubić: Međunarodno javno pravo, Pravni fakultet Novi Sad, 2019., str.160.

7 Antonio Kaseze, nav. rad, str, 63.

8 Ibid., str. 64.

i slobodan ekonomski, socijalni i kulturni razvoj (član 2. Rezolucije). Rezolucijama koje su potom donešene u odnosu na narode u kolonijalnom statusu, određena je potpunija slika samoopredjeljenja. Potonje rezolucije razrađivale su pravo naroda na samoopredjeljenje i kao pravo da se raspolaže prirodnim bogatstvima, pravima u ekonomskoj sferi i sl. Ovaj domen prava na samoopredjeljenje, kao uočljiv, prihvaćen je u istovjetnom tekstu člana 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članu 1. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim kulturnim pravima.

Sadržaj prava na samoopredjeljenje u spomenutim međunarodnim paktovima u osnovi prati njegove elemente ugrađene u rezolucijama o dekolonizaciji-pravo pripada svim narodima, oni slobodno uređuju svoje političko uređenje, privredni, kulturni i društveni razvoj. U stavu 2. člana 1. nevedenih međunarodnih paktova o ljudskim pravima preciziran je cilj samoopredjeljenja-slobodno raspolaganje prirodnim bogatstvima i izvorima. S obzirom na to da se odredba nalazi u paktu (ugovoru) kojim se regulišu prava pojedinca u odnosu na državu, kako sopstvenu tako i stranu državu, nesporno je da njena primjena mora biti realizirana unutar pravnog sistema svake pojedinačne države potpisnice paktova, ali i dodatno osigurana kroz nadzor međunarodne zajednice, putem komiteta za ljudska prava.

Najvažnije je za pravilno poimanje navedene odredbe (čla 1. stav 2. paktova), situiranje njenog mjesta u sistemu međunarodnog javnog prava, te u vezi s tim značaj koji ona ima za opće poimanje prava na samoopredjeljenje. Pitanje ili dilema glasi: da li je ovom odredbom formiran partikularni pravni institut ili se njome kompletira opći međunarodnopravni institut prava na samoopredjeljenje. Opredjeljenje u odnosu na postavljeno pitanje, određuje razumijevanje odrednice-”slobodno političko uređenje”. Konkretnije, da li se u navedenim paktovima o ljudskim pravima o ljudskim pravima, pravo na slobodno političko uređenje odnosi samo na unutrašnju političku organizaciju (u kakvoj državi narod želi da živi-političko samoopredjeljenje) ili ona podrazumijeva organiziranje političkog uređenja unutar novog, nezavisnog i suverenog entiteta (u kojoj državi narod želi da živi-teritorijalno samoopredjeljenje). Spomenuta dilema se razrješava pozicioniranjem paktova isključivo u domen partikularnog prava ljudskih prava, odnosno ne prenoseći ovaj izvor prava na opće međunarodno pravo. Ovakvim pristupom jasno se podupire prevalirajuća snaga principa teritorijalnog integriteta država, a narodi pravo na samoopredjeljenje zadržavaju tako što unutar držanih granica mogu uticati na to u kakvoj će državi živjeti. (političko samoopredjeljenje), ali ne i u kojoj državi (zabrana teritorijalnog samoopredjeljenja). Pravo na samoopredjeljenje razumije se, u osnovi, kao redovni sadržaj prava na unutrašnje samoopredjeljenje. Vanjsko samoopredjeljenje je izuzetna situacija, čija se primjena (osnovanost, opravdanost) mora cijeliti u sklopu sa ostalim srodnim pravnim institutima. Ovakvo tumačenje i primjena člana 1. paktova o ljudskim pravima poduprto je odredbom u tome članu koja pored političkog uređenja kao sadržaj prava na samoopredjeljenje određuje i slobodno raspolaganje i upravljanje prirodnim bogatstvima na određenoj teritoriji. Zajedničkim članom

1., s obzirom na sadržaj tog člana, u biti, pravo na samoopredjeljenje (unutrašnje) je i individualno ljudsko pravo, a ne samo pravo kolektiviteta. Međutim, u pravnoj doktrini relativizira se pravnim aktima i principima međunarodnog prava određen koncept unutrašnjeg i vanjskog samoopredjeljenja i njihov međusobni odnos, te se navodi: “Za međunarodnu zajednicu najrazumnije je balansirati između teritorijalnog integriteta država i regionalne stabilnosti s jedne strane i aspiracijama nezadovoljnih nacija kroz diplomaciju, međunarodne sporazume i međunarodne organizacije s druge strane.”⁹

Preciziranje prava na samoopredjeljenje izvršena je Deklaracijom Skupštine UN-Deklaracijom o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji među državama u skladu sa Poveljom UN od 24. oktobra 1970. godine. Za Deklaraciju se kaže da ona “uz sve nedorečenosti... vjerno odražava stupanj pozitivnog međunarodnog prava u toj oblasti...”¹⁰ Deklaracijom, odnosno odlukom međunarodne organizacije, kao izvora međunarodnog prava, države članice UN, uspjele su opredijeliti se-šta se smatra pravom na samoopredjeljenje, a šta teritorijalnim integritetom država, te kakav je suodnos ova dva pravna instituta. Iz navedene Deklaracije proizilazi: 1) očigledan otpor ka uspostavi ugovorne odredbe općeg karaktera, kojom bi se odredili konkretni elementi prava na samoopredjeljenje i 2) sveobuhvatnost teksta o samoopredjeljenju utemeljenog na Povelji UN, uklapanje sa srodnim institutima, te, po prvi put, jasno određenje dvije vrste samoopredjeljenja-unutrašnje i vanjsko. U okviru dijela teksta Deklaracije pod naslovom Principi ravnopravnosti i samoopredjeljenje naroda određen je sadržaj prava na samoopredjeljenje na slijedeći način: 1) svi narodi imaju pravo da slobodno odluče, bez vanjskog uticaja, o političkom statusu, ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju, svaka država je obavezna da poštuje ovo pravo koje pripada svim narodima, uz naglasak “u skladu sa odredbama Povelje UN”, 2) kao jedan od načina izvršenja prava na samoopredjeljenje određuje se i: formiranje suverene i nezavisne države, slobodno udruživanje ili integracija sa nezavisnom državom ili ostvarivanje drugog političkog statusa slobodno određenog od strane naroda, 3) svaka država je obavezna da se uzdrži od bilo kog nasilnog akta kojim se onemogućava narodima da ispolje pravo na samoopredjeljenje, slobodu i nezavisnost, 4) nijedan od navedenih modaliteta prava na samoopredjeljenje ne smije se koristiti kako bi se postaklo razbijanje ili umanjivanje, u potpunosti ili djelimično, teritorijalnog integriteta ili političkog jedinstva suverenih i nezavisnih država, a koje se ponašaju u skladu sa principima jednakosti i samoopredjeljenja naroda, te koje kao takve predstavljaju cjelokupno stanovništvo na svojoj teritoriji bez obzira na razlike u pogledu rase, vjere ili boje.

Sadržaj prava na samoopredjeljenje usvojen u Deklaraciji UN od 1970. godine potvrđen je i u Helsinškom završnom aktu od 1975. godine. “Helsinški proces znatno je doprinio prečišćavanju koncepta unutrašnjeg samoopredjeljenja

9 Erika Harris: Paradoks, kontradikcija i nacionalno samoodređenje, Politička misao Zagreb, 1/2015., str. 201.

10 V. Đ. Degan: Međunarodno pravo, Pravni fakultet u Rijeci 2000., str. 251.

preuzimanjem kriterijuma koji omogućuju narodima da načine stvarno slobodan i istinski izbor. Istovremeno on je predložio forme i metode zaštite manjina koje su razvijene od tradicionalnih i koje otuda mogu zadovoljiti mnoge zahteve grupa i manjina-ali pod uslovom da su ti zahtevi kreću u okviru suverenih država i da ne dovode u pitanje njihov teritorijalni integritet.”¹¹ Akti koji su doprinijeli utemeljenju prava na samoopredjeljenje su i Deklaracija usvojena na Svjetskoj konferenciji o ljudski pravima održanoj u Beču 1993. godine (Bečka deklaracija), te Deklaracija Generalne skupštine UN usvojena povodom obilježavanja 50. godina UN. Jurisprudencija Međunarodnog suda pravde takođe je doprinijela kristalizaciji i pozicioniranju prava prava na samoopredjeljenje-pozicionirano je u korpus normi erga omnes dejstva.

Prezentirani pravni okvir je još uvijek isti, obogaćen primjerima primjene i tumačenja konkretnih slučajeva. Na osnovu njega savremena teorija je odredila jasnu distinkciju između dvije vrste prava na samoopredjeljenje: 1) unutrašnje samoopredjeljenje koje se u normativnom smislu zasniva na Povelji UN i međunarodnim paktovima o ljudskim pravima, 2) vanjsko samoopredjeljenje koje se zasniva na Povelji UN i Deklaraciji o prijateljskim odnosima od 1970. godine. Iz navedenih izvora prava (s obzirom na njihovu snagu i ulogu), proizilazi da se bazična funkcija prava na samoopredjeljenje svodi na odluku u kakvoj će se državi živjeti. Pitanje u kojoj će se državi živjeti smatra se da je riješeno uspostavljanjem nezavisnih i suverenih država. Jedini dio svijeta u kome je još uvijek moguće uspostaviti potpuno novu državu, pozivom na samoopredjeljenje, ostao je u domenu kolonijalnih imperija. Upravo na tim osnovama nastala je “stara” definicija vanjskog prava na samoopredjeljenje-prava naroda pod tuđom vlašću. U savremenom svijetu pretpostavka je da nema više naroda pod tuđom vlašću, ili da bar nema takvih naroda za koje bi većina u međunarodnoj zajednici smatrala da su pokoreni i obespravljani. U spomenutom duhu može se i razumjeti ispunjenje misije prava na samoopredjeljenje u procesu dekolonizacije, ali nastavak i novog tumačenja prava za potrebe savremenog svijeta. Pravo na samoopredjeljenje, kao kompleksno i nedovoljno pravno precizirano pravo iskazuje se na način isticanja odnosa vanjskog i unutrašnjeg samoopredjeljenja, i na ovaj način: “Narod koji raspolaže spoljašnjim samoopredjeljenjem istovremeno ima i unutrašnje samoopredjeljenje. Ali unutrašnje ne donosi automatski i spoljašnje samoopredjeljenje. Odnos između unutrašnjeg i spoljašnjeg samoopredjeljenja je zato asimetričan.”¹²

U analizi sadržaja prava na samoopredjeljenje neophodno je navesti, ukratko, i pojam secesije (otcjepjenja). Riječ secesija nastala je od latinskog korijena engleskog glagola *secede* (otcjepiti se (“posebno”) i *cedere* (“ići”)-sugerira da secesija (otcjepjenje) označava napuštanje nekog mjesta ili povlačenje iz njega. Danas se secesija obično smatra formalnim povlačenjem iz saveza, federacije, političke ili vjerske organizacije i sl. Jednostavnije, a u odnosu

11 Antonio Kaseze, nav. rad, str. 338.

12 Jerg Fiš, nav. rad, str 58.

na državnu organizaciju i vlast u državi, “otcjepljenje je stvaranje nove države putem povlačenja teritorije i njenog stanovništva, pri čemu je ta teritorija bila deo posojeće držve.”¹³ Posmatrano iz ugla “matične države”, “secesija predstavlja gubitak teritorije, a iz ugla naroda, grupe, zajednice koja se izdvaja predstavlja način sticanja teritorije i momenat za ostvarenje državnosti.”¹⁴ Izraženo nastojanje određenog stanovništva neke države za odvajanjem i formiranjem nove države naziva se separatizam.

U odnosu na samoopredjeljenje može se jasno pratiti geneza od političkog principa, preko pravnog principa do prava. Geneza secesije kao pravnog instituta nije moguće pratiti, jer nije postojala jasna pravna norma, iako su se secesije događale i događaju se. Stoga je logično postaviti pitanje-da li je secesija dozvoljena ili zabranjena. U klasičnom poimanju secesije negira se pravo narodu da uspostavi svoju novu i nezavisnu državu. Secesija, kao otcjepljenje i pravno nedozvoljen akt, u svojoj biti počiva na pretpostavci uređene države, čiju vlast stanovništvo doživljava kao svoju, a državu u kojoj živi doživljava kao političku zajednicu ravnopravnih građana i prema državi iskazuju potrebnu lojalnost. S druge strane, težnja naroda da uspostavi novu državu, putem secesije, počiva na pretpostavci da se narod nalazi pod vlašću koju ne doživljava kao svoju, da se u postojećoj državi osjeća ugroženim, obespravljenim, odnosno da mu nije omogućeno ostvarivanje njegovih ljudskih prava. Slijedio bi zaključak da dok je god država demokratska smatra se da je unutrašnji vid samoopredjeljenja zadovoljen i da nema potrebe postavljati zahtjeve za vanjsko samoopredjeljenje, odnosno zahtjev za secesiju. Izuzetak od navedenog (dopuštenost secesije) je ako ustav date države propisuje mogućnost secesije. (Svega nekoliko ustava sadrži, ili je sadržavalo odredbe o secesiji).

Sa stanovišta međunarodnog javnog prava postoji opća saglasnost, da to pravo ne prediđa mogućnost akta secesije. Da li jedan teritorijalni entitet u okviru države raspolaže pravom na secesiju, prvenstveno je pitanje ustavnog, a ne međunarodnog prava. Jer, pravo na secesiju nije propisano nijednim međunarodnim aktom. Teorija međunarodnog prava je stava da je, ipak tzv. remedijalna secesija dozvoljena. Remedijalna secesija (kao pravni lijek) je nastavak prava naroda na samoopredjeljenje, ali samo ako u konkretnom slučaju postoji teško kršenje ljudskih prava tog naroda i njihova potpredstavljenost u organima državne vlasti. “Remedijalističke teorije jednostranih otcjepljenja državu, pre svega, vide kao institucionalni instrument putem kojeg grupe teže ispunjenju svojih grupnih interesa, među kojima su fizička bezbednost pojedinaca i zaštita njihovih ljudskih prava. Kada određena država ne uspeva da obavi svje zaštitničke ili druge

13 Aleksandar Pavković, Petar Radan: Stvaranje novih država-teorija i praksa otcjepljenja, Službeni glasnik Beograd, 2008. str. 13.

14 Matej Savić: Jednostrana secesija kao instrument za ostvarivanje prava na samoopredjeljenje naroda, u Zborniku: (Re)konstrukcija društvene stvarnosti, Fakultet političkih nauka Banja Luka, 2018., str. 124.

“službene” funkcije, grupa stiče pravo da stvori drugu državu koja bi ove funkcije obavljala.”¹⁵ (Remedijalistička teorija naziva se i teorijom sanacije).

Secesija se može karakterizirati kao norma sekundarnog karaktera, koja stupa na snagu kada se norme primarnog karaktera krše, bilo da se radi o zabranjenoj ili dozvoljenoj secesiji. Ukoliko bi se “slika secesije” gradila preko prava na samoopredjeljenje, moguće je izvesti nekoliko pravila: 1) pravo na samoopredjeljenje ne može se primijeniti ukoliko bi njegova primjena dovela do narušavanja mira i sigurnosti, 2) pravo na samoopredjeljenje ne znači nužno nezavisnost-gradacija autonomnosti predstavlja normalan sadržaj tog prava, 3) pravo na vanjsko samoopredjeljenje može se izuzetno primijeniti kada nije moguće konzumirati pravo na unutrašnje samoopredjeljenje i kao pravni lijek u slučaju teškog kršenja ljudskih prava (ako za takvo samoopredjeljenje postoji podrška međunarodne zajednice), u formi remedijalne secesije.

4. Secesionistički zahtjevi u Bosni i Hercegovini

“Kada se u domaćoj i međunarodnoj javnosti govori o secesionizmu u BiH misli se prije svega na mogućnost da Republika Srpska pod određenim uslovima u nekoj dogleđnoj budućnosti raspiše referendum o nezavisnosti na vlastitoj teritoriji,”¹⁶ U spomenutom radu (Savanović i dr.) autori ističu da problem secesije, pa i secesionizma u Republici Srpskoj, nemaju namjeru analizirati striktno sa formalno pravnih aspekata, nego da im je namjera da se u prezentiranom radu pokušaju markirati uzroci, razmjere i politička priroda secesionističkog diskursa u Republici Srpskoj. No, bez obzira na iskazanu namjeru autora rada, u radu su tretirani i pravni aspekti secesije i secesionističkih zahtjeva u Republici Srpskoj, jer, govoriti o secesiji a ne dtaći se njenog pravnog aspekta, naprosto nije moguće. Zapravo, kao teorijski okvir, autori rada pošli su od postavke o postojanju političke i normativne teorije secesije, navodeći karakteristike tih teorija, te sažeto određujući njihov sadržaj. “Politička teorija secesije sadrži “pozitivnu teoriju”, koja odgovara na pitanje “ko”, “kada”, “pod kojim uslovima” može provesti secesiju.” “Normativna teorija secesije odgovara na pitanje “na kojim osnovama i pod kojim uslovima je secesija moralno opravdana i sl.”¹⁷

Protagonisti secesije u Republici Srpskoj koriste kompilaciju argumenata jedne i druge navedene teorije, kojim opravdavaju secesionističke zahtjeve. U pitanju su argumenti: “argument zaštite slobode”, “liberalni paradoks”, “argument ograničenog političkog odlučivanja”, “argument olakšavajućeg ulaska”,

15 Aleksandar Pavković, Petar Radan, nav. rad., str. 304.

16 Alesandar Savanović, Aleksandar Vranješ, Nevenko Vranješ i Željko Budimir: Izvori, gena i priroda secesionističke retorike u Republici Srpskoj, Politička misao Zagreb, 1/2020, str. 94.

17 Ibid., str. 96.

“argument diskriminatorne distribucije”, “argument povećane efikasnosti i “argument samoopredjeljenja ili nacionalistički argument”.¹⁸

U odnosu na političke partije u Republici Srpskoj jedino se Savez nezavisnih socijaldemokrata (SNSD), eksplicite, zalaže za secesiju Republike Srpske (jedan od programskih ciljeva SNSD). Na 5. Saboru SNSD 25. aprila 2015. godine donesena je stranačka deklaracija pod naslovom “Republika Srpska-slobodna i samostalna”. Ovo je prvi stranački dokument u Republici Srpskoj koji predviđa mogućnost secesije-dokument u formi programske platforme SNSD. To ne znači da je “početak” secesionističkih zahtjeva 25. april 2015. godine. I prije toga referendumi, savjetodavnog tipa, rezolucije Skupštine Republike Srpske (na primjer Rezolucija o nepriznavanju jednostrano proglašene nezavisnosti Kosova i Metohije i opredjeljenjima Republike Srpske od 22. februara 2008. godine), izjava političara iz Republike Srpske, parlamentarne opstrukcije, upućuju na osnovanost zaključka da “kontinuitet secesionističkih iskaza pokazuje da je u pitanju neka vrsta strateške orijentacije. Secesionistička retorika ne događa se s vremena na vrijeme i ad hoc, na primjer u periodima predizbornih kampanja, već je konstantno prisutna u retorici određenih političkih aktera. Gotovo identične izjave za nezavisnost mogu se vidjeti u raspravama od petnaest godina.”¹⁹ I pored agresivne retorike i poduzimanja “secesionističkih radnji”, za secesionizam u Republici Srpskoj kaže se da se radi “o defanzivnoj agendi koja je u funkciji očuvanja postojećeg ustavnopravnog poretka, premda se svojom formom i jezikom koji koristi čini kao negacija istog.”²⁰ Vidljivo je da se zahtjevi za secesiju u Republici Srpskoj smatraju legalnim i legitimnim, jer su defanzivni, u funkciji su odbrane postojećeg ustavnopravnog poretka.

U pravnoj teoriji predlažu se i načini ostvarivanja prava na samoopredjeljenje u Bosni i Hercegovini, što, valjda, podrazumijeva i pravo na secesiju (ekstremni vid vanjskog samoopredjeljenja). Jedan od “ekspertske savjeta” o primjeni prava na samoopredjeljenje u Bosni i Hercegovini glasi: “Mogući scenarij koji se zagovara (gdje se zagovara”, N. P.) u primeni prava na samoopredjeljenje, u odnosu na Bosnu i Hercegovinu bio bi sledeći: Najprije bi bilo potrebno da se Hrvatska, Srbija i Bosna i Hercegovina (kao potpisnice Dejtonskog sporazuma) slože da na Dejtonski sporazum ne treba više primenjivati princip pacta sunt servanda, nego rebus sic stantibus. Potom donijeti odluku da li se vrši verifikacija Dejtonskog ustava kao budućeg ustava, da li se pristupa formulisanju novog ustava ili se primjenjuje pravo na samoopredjeljenje naroda.”²¹ Prethodno citirani stav dodatno se obrazlaže u smislu određivanja “uloge” (prava i obaveza) Srbije i Hrvatske u ratu koji se vodio u Bosni i Hercegovini od 1992. do 1995.

18 Vidjeti šire, ibid., str. 96. do 99.

19 Ibid., str. 116.

20 Ibid, str. 117.

21 Tijana Šurlan: Republika Srpska u svetlu prava na samoopredjeljenje, u Zborniku: Dejtonski mirovni sporazum dvadeset godina poslije, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, 2016., str. 425.

godine. Ističe se da ugovorne strane Dejtonskog sporazuma nisu istovremeno i ratujuće strane, pa shodno tome, prava i obaveze Srbije i Hrvatske u osnovi su usmjerene ka doprinosu u okončanju rata i uspostavljanju mira i podrške BiH na putu formiranja sopstvene državnosti. Funkcija Srbije i Hrvatske suštinski je patronska, a ne praktična.²² Prethodno navedeno stajalište o “ulozi” Srbije i Hrvatske u odnosu na Bosnu i Hercegovinu (na osnovu Dejtonskog sporazuma), ne samo da je neuvjerljiv “pravni konstrukt”, nego je prosto neistinito. U vezi s navedenim dovoljan je uvid u član 1. i član 10. Dejtonskog sporazuma.

Da zaključimo. Ustav Bosne i Hercegovine ne propisuje pravo na secesiju, pa to pravo nema ni Republika Srpska, niti na njenoj strani postoje uslovi za primjenu remedijalne secesije.

5. Zaključak

Savremeni primjeri iz teorije i prakse pokazuju da je uspostavljeno novo tumačenje prava na samoopredjeljenje i secesiju u odnosu na tumačenje ovog prava u predkolonijalnom periodu, pa i kasnije. Posebno, prihvatanjem remedijalne secesije u praksi, uveden je i novi koncept prava na samoopredjeljenje. Primjena remedijalne secesije ogleda se u ujednačenom stavu da je njena primjena moguća samo u najekstremnijim slučajevima, pa remedijalna secesija i nije neki put za stvaranje nove države. Stoga, i pravo na samoopredjeljenje, posebno u svom vanjskom obliku, u teoriji međunarodnog prava gubi na značaju. Međutim, uporedo sa navedenim stavom, savremeni primjeri (“talasi secesionizma”) pokazuju da je pravo naroda na samoopredjeljenje i dalje aktuelan institut međunarodnog prava, bez obzira na značaj drugih pravnih principa-princip državnog suvereniteta i teritorijalnog integriteta država, koji su u doticaju sa pravom na samoopredjeljenje. Ipak, kada se suoči interes države da opstane i zahtjev naroda u dijelu te države da se osamostali, veća je izvjesnost da će prevagnuti interes države. Želje naroda da se osamostali, s krajnjim ciljem da uspostavi “svoju”, najčešće tzv. nacionalnu državu, samo po sebi, nije dovoljno za primjenu prava na samoopredjeljenje. Realizacija prava, zasnovana na pravu ili “faktička secesija” zavisit će od mnogih unutardržavnih i vandržavnih (međunarodnih) faktora. Nova tumačenja prava na samoopredjeljenje-izuzev ako to pravo propisuje ustav date države (što je vema rijetko) i u slučaju postojanja uslova za remedijalnu secesiju, podređeni su principu suvereniteta i teritorijalnog integriteta države. U slučaju secesionističkih zahtjeva koji se javljaju u Republici Srpskoj može se ustvrditi da ti zahtevi nemaju pravni osnov, jer secesija nije propisana u Ustavu Bosne i Hercegovine, niti su pak, ispunjeni uslovi za primjenu remedijalne secesije.

²² Ibid., str. 412.

LITERATURA:

1. Degan V. Đ: Međunarodno pravo, Pravni fakultet u Rijeci, 2000.
2. Etinski Rodoljub, Đajić Sanja, Tubić Bojan: Međunarodno javno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2019.
3. Fiš Jerg: Pravo naroda na samoopredjeljenje-obuzdavanje jedne iluzije, Albatros Plus, Beograd, 2013.
4. Haris Erika: Paradoks, konverze i nacionalno samoodređenje, Politička misao Zagreb, 1/2015.
5. Kaseze Antonio: Samoodređenje naroda, Službeni glasnik, Beograd, 2011.
6. Pavković Aleksandar, Radan Petar: Stvaranje novih država-teorija i praksa samoopredjeljenja, Službeni glasnik Beograd, 2008.
7. Perišić Petra: Pravo naroda na vanjsko samoodređenje izvan kolonijalnog konteksta i slučaj proglašenja nezavisnosti Kosova, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 2/2013.
8. Savanović Aleksandar, Vranješ Aleksandar, Vranješ Nevenko, Budimir Željko: Izvori, geneza i priroda secesionističke retorike u Republici Srpskoj, Politička misao Zagreb, 1/2020.
9. Savić Matej: Jednostrana secesija kao instrument ostvarivanja prava na samoopredjeljenje naroda, u Zborniku: (Re)konstrukcija društvene stvarnosti, Fakultet političkih nauka Banja Luka
10. Šurlan Tijana: Republika Srpska u svetlu prava na samoopredjeljenje, Zbornik: Dejtonski mirovni sporazum dvadeset godina poslije, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, 2016.
11. Šutović Mijat: Samoopredjeljenje naroda i raspad Jugoslavije, Kultura polisa 15/2011, Novi Sad.

Nurko Pobrić, Ph.D.

Amra Jašarbegović, Ph.D., associate professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

THE RIGHT OF THE PEOPLE TO SELF-DETERMINATION AND SECESSION FROM THE POINT OF VIEW OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Summary: The paper is systematized into several content-specific units. Basic remarks on the genesis of the concept of self-determination and secession, the international legal normative framework and the modern application and interpretation of international legal norms in the procedures of invoking self-determination and secession are given. The focus of the paper is on the analysis of whether a new interpretation of the relevant norms of international law, which refer to self-determination and secession, can be observed in contemporary examples. It is established that modern examples show a clear difference in the interpretation of norms of internal self-determination in relation to norms of external self-determination, although the enjoyment of one right (right to internal self-determination) significantly affects the enjoyment of another right (right to external self-determination). It is noticed that the modern theory is no longer identical that secession is per definitionem an illegal act, but are recognized situations when secession can be in accordance with the norms of international law. In the context of the indicated content of the paper, a review will be given on the legal unfoundedness of the current secessionist demands that appear in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: right to internal self-determination, right to external self-determination, remedial secession, secessionist demands in Bosnia and Herzegovina

Dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Mag. iur. Ivan Tomić, asistent

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

SLOBODA IZRAŽAVANJA I DEMOKRACIJA

Sažetak: U članku autori analiziraju slobodu izražavanja kao jednu od temeljnih ljudskih sloboda i značaj ove slobode za demokratski razvoj društva i države. S obzirom da autori analiziraju slobodu izražavanja u odnosu na demokraciju, u radu će se prikazati praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na političare i javne službenike, ali će se ukazati i na granice slobode izražavanja u odnosu na autoritet i neovisnost pravosuđa. Analizom predmeta pred Europskim sudom za ljudska prava autori su došli do zaključka da je Sud dao odlučujući značaj slobodi izražavanja, dajući primat ovoj slobodi čak i kad ona obuhvaća ideje i informacije koje vrijeđaju i šokiraju, kao i oblik kojim se prenose. Zaključno, autori navode da sloboda izražavanja zauzima tako značajno mjesto u društvu da bi njezino negiranje dovelo u pitanje postojanje same demokracije.

Ključne riječi: sloboda izražavanja, demokracija, Europski sud za ljudska prava, političari, javni dužnosnici, autoritet i nepristranost suda

1. Uvod

Svaka moderna država koja sebe naziva demokratskom nezamisliva je bez zaštite i ostvarivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda. Od nastanka društva i države preko prirodnopravne teorije do danas prijeđen je velik put da bi se dosegla razina zaštite kakva danas postoji. Unatoč razvijenoj svijesti o značaju i svrsi ljudskih prava i temeljnih sloboda kao nečemu što kao prirodno pravo pripada svakom čovjeku, mnoge države pokazuju sklonost neopravdanom ograničavanju i kršenju ljudskih prava. Da je tomu tako pokazuje bogata praksa Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Sud) kao vrhovnog zaštitnika prava i sloboda zajamčenih Europskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

Demokracija u nekom društvu ne može se niti zamisliti ukoliko ne bi postojala demokratska pravila koja jamče građaninu stvarnu, a ne samo formalnu demokraciju. Među tim pravilima posebno se ističu ona kojima se štite temeljna ljudska prava i slobode. Budući da je svako pravo bez zaštite golo pravo, prava i slobode nije dovoljno zajamčiti nego i osigurati mehanizme zaštite i ostvarivanja tih prava i sloboda.

Posebno mjesto za jačanje demokratskog kapaciteta jednog društva i države zauzima sloboda izražavanja. O značaju ove slobode sličan stav zauzeo je i Sud

naglašavajući da je sloboda izražavanja „jedan od osnovnih temelja demokratskog društva i jedan od osnovnih uvjeta za napredak društva i razvoj svakog čovjeka.“¹ Ukoliko bi društvo i vladajući bili lišeni svake kritike, nesumnjivo bi u nekoj fazi prešli iz demokratskog u autokratski način upravljanja. Sloboda medija i javnog nastupa kao i javnost rada svih nositelja najvažnijih državnih funkcija nužne su pretpostavke za razvoj demokracije. „Sloboda izražavanja davno je u ljudskom društvu prepoznata kao izraz vrijednosti za koje je civilizirana zajednica osobito zainteresirana. Vrijednosti koje će svoju potvrdu doživjeti sigurnije i potpunije ako je sloboda izražavanja zagwarantirana su saznavanje i promicanje istine, omogućavanje aktivnog sudjelovanja građana u procesu odlučivanja, otvaranje kanala komunikacije kroz koje će se nenasilno biti riješene konfliktne situacije u društvu, i poticanje osjećaja svakog člana društva da je ispunio očekivanja koja su pred njega postavljena.“²

U radu se posebno analizira sloboda izražavanja u odnosu na javne dužnosnike, političare i sudstvo. Ukazat će se na razliku između nedopuštenog i prihvatljivog govora odnosno slobode izražavanja kojoj se pruža zaštita. Nadalje, napraviti će se razlika između političara i drugih pojedinaca u društvu budući da i praksa Suda pokazuje tendenciju slabije zaštite političara kao osoba koje su same prihvatile biti u fokusu javnosti pa stoga i kritike javnosti. Na koncu, autori će analizirati neke od predmeta koje se odnose na balansiranje između slobode izražavanja i autoriteta i nepristranosti sudstva s posebnim osvrtom na predmet Simić protiv Bosne i Hercegovine.

2. Sloboda izražavanja – pojam i pravna regulacija

Sloboda izražavanja kao jedno od ljudskih prava zajamčena je unutarnjim i međunarodnim aktima u Bosni i Hercegovini. Ustav kao najviši pravni akt slobodu izražavanja regulirao je izravno u članku II. 3. h), a neizravno u članku II. 2. navodeći da „prava i slobode predviđeni u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i u njezinim protokolima se izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.“³ Osim toga, sloboda izražavanja u pravnom sustavu Bosne i Hercegovine zajamčena je u brojnim međunarodnim sporazumima koji su sastavni dio Aneksa 1. uz Ustav.⁴ Sloboda izražavanja zajamčena je i brojnim međunarodnopravnim dokumentima

1 Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, Judgment 7 December 1976, para. 49.

2 Kazazić, V., Nadaždin Defterdarević M., Kotlo, R., Ljudska prava – praktikum, Centar za ljudska prava Mostar, Mostar, 2009., str. 87.

3 Član II. Ustava Bosne i Hercegovine.

4 U Aneksu 1. na Ustav BiH navedeno je 15 međunarodnopravnih dokumenata o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini. Vidi više: Miljko, Z., Ustavno uređenje BiH, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006., str. 121 – 122.

o ljudskim pravima od kojih se posebno ističe Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. U članku 10. Konvencije propisano je da svatko ima pravo na slobodu izražavanja koje pravo uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj članak ne sprječava države da zahtijevaju dozvole za rad od radio, televizijskih i filmskih kompanija. U stavku drugom propisana je mogućnost ograničavanja sloboda zajamčenih ovim člankom pod uvjetom da su predviđeni zakonom i koja su nužna u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja i morala, ugleda ili prava drugih, sprječavanja širenja povjerljivih informacija ili u interesu očuvanja autoriteta i nepristranosti sudstva.⁵

Sloboda izražavanja u Bosni i Hercegovini zaštićena je i na zakonskoj razini sljedećim aktima: zakonima o zaštiti od klevete⁶, zakonima o slobodi pristupa informacijama⁷, Zakonom o komunikacijama⁸ kao i Zakonom o zaštiti osoba koje prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine.^{9 10 11}

Sloboda izražavanja obuhvaća nekoliko vidova slobode: slobodu mišljenja, slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja. „Pod slobodom mišljenja, u političkom smislu, shvaća se pravo čovjeka ne samo da misli nego da javno

5 Članak 10. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, dostupno na: https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Europska_konvencija_o_ljudskim_pravima.pdf (5.11.2021.)

6 Zakon o zaštiti od klevete Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br. 14/03), Zakon o zaštiti od klevete FBiH („Službene novine FBiH“, br. 19/03,73/05), Zakon o zaštiti od klevete Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 37/01).

7 Zakon o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj 28/00, 45/06, 102/09, 62/11, 100/13), Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH, broj 32/01, 48/11), Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 20/01).

8 Zakon o komunikacijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 33/02, 31/03, 75/06, 32/10, 98/12).

9 Zakon o zaštiti osoba koje prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 100/13), Zakon o zaštiti osoba koje prijavljuju korupciju („Službeni glasnik RS“, br. 62/2017).

10 Zakonima iz područja zaštite osoba koji prijavljuju korupciju obuhvaćen je jedan vid zaštite tzv. zviždača - osoba koje prijavljuju ili otkrivaju informacije o prijetnjama ili šteti po javni interes. Budući da se u ovom radu prvenstveno analizira sloboda izražavanja u odnosu na javne dužnosnike i političare, o praksi Europskog suda za ljudska prava u području zaštite zviždača vidi više: Bychawska – Siniarska, D., Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2017., str. 102. – 105.

11 Važnost slobode izražavanja za razvoj demokracije i vladavine prava prepoznala je i Europska komisija u mišljenju o zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u Europskoj uniji navodeći kao jednu od preporuka garantiranje slobode izražavanja i primjenu odgovarajućih mehanizama zaštite slobode izražavanja. Vidi više: Mišljenje Komisije o zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u Europskoj uniji, dostupno na: <https://europa.ba/wp-content/uploads/2019/06/Mišljenje-Komisije-o-zahtjevu-Bosne-i-Hercegovina-za-%C4%8Dlanstvo-u-Evropskoj-uniji.pdf> (5.11.2021.)

izrazi svoju misao putem tiska i drugih sredstava javnog priopćavanja, putem slobode govora, javnog nastupanja i osnivanja sredstava javnog priopćavanja.“¹² Razvidno je da se i sloboda mišljenja može razdijeliti na nekoliko sloboda pri čemu se naglasak stavlja na slobodu javnog izražavanja mišljenja neovisno o tomu je li takvo mišljenje vladajuće odnosno podudara li se s mišljenjem većine pripadnika nekog društva ili ne. Štoviše, kod slobode mišljenja kao aspekta slobode izražavanja naglasak treba biti na mišljenju koje se razlikuje od mišljenja većine drugih pripadnika društva budući da upravo različito i kritičko mišljenje pomaže razvoju demokratskih vrijednosti u nekom društvu. Svaka vlast pokazuje sklonost dominaciji - stoga je najvrjednije u jednom pluralnom društvu razlikovno mišljenje. Međutim, nije dovoljno zajamčiti samo slobodu mišljenja, nego je nužno osigurati mogućnost javnog izražavanja takvog mišljenja bez sankcija ili pak nerazumnih ograničavanja pri osnivanju sredstava tiska i javnog priopćavanja.

Sloboda izražavanja dalje obuhvaća slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja. Sud je zauzeo stav da se ovaj članak ne odnosi samo na informacije ili ideje koje su pozitivno prihvaćene ili neuvredljive ili se primaju s ravnodušnošću, već također i one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiravaju.¹³ Ovaj aspekt slobode izražavanja obuhvaća i pravo na pristup informacijama. Iako Sud početno nije tumačio ovaj članak tako da obuhvaća pristup informacijama, u predmetu *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung* protiv Austrije Sud je utvrdio da je došlo do povrede članka 10. zbog činjenice da je podnositeljici zahtjeva onemogućen pristup informacijama.¹⁴

Sloboda izražavanja nije apsolutna nego se može ograničiti pod uvjetom da se ispune sljedeće pretpostavke: da je takvo miješanje propisano zakonom, da je miješanje nužno u demokratskom društvu te ukoliko je takvo miješanje u cilju zaštite specifičnih vrijednosti navedenih u stavku 2. članka 10. Konvencije. Sud je pri tome zauzeo stav da se izuzeci kada je dopušteno ograničavanje slobode izražavanja moraju strogo tumačiti što znači da „nijedan drugi kriterij osim onih navedenih u samoj odredbi o izuzećima ne može biti osnova za bilo koje ograničenje, a ti kriteriji moraju se shvatiti na način da se njihove formulacije ne proširuju izvan uobičajenog značenja riječi koje ih čine.“¹⁵

U odnosu na zahtjev zakonskog nametanja ograničenja, Sud je utvrdio da zakon mora udovoljavati zahtjevima dostupnosti i predvidljivosti pri čemu se pod zakonom obuhvaća i običajno pravo: „svakako bi bilo suprotno namjeri tvorca Konvencije smatrati da ograničenje nametnuto po osnovi običajnog prava nije propisano zakonom samo zbog toga što nije objavljeno kroz legislativu - to bi

12 Hrženjak, J., Međunarodni i europski dokumenti o ljudskim pravima – Čovjek i njegove slobode u pravnoj državi, Informator, Zagreb, 1992., str. 65.

13 Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H., Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima, Muller, Sarajevo, 2001., str. 526.

14 Case of *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Austria*, Application no. 39534/07, Judgment 28 November 2013

15 Bychawska – Siniarska, D., op.cit., str.35.

državu s običajnim pravom, a potpisnicu Konvencije lišilo zaštite članka 10. stavka 2. i značilo bi udarac samim korijenima njezinog pravnog sustava.“¹⁶

Pri ocjeni je li ograničenje nužno u demokratskom društvu uzima se u obzir proporcionalnost između cilja i upotrijebljenih sredstava pri čemu je Sud naglasio da ovaj članak „ne daje državama neograničeno pravo slobodne procjene nego da domaći stupanj slobodne procjene ide ruku pod ruku s europskim nadzorom koji obuhvaća ne samo osnovni zakon nego i odluku koja ga primjenjuje, čak i onu donesenu od strane nezavisnog suda.“¹⁷

Sud u svojoj praksi pravi distinkciju ovisno o adresatima konkretnog slučaja. Sud je u predmetu *Van Hannover protiv Njemačke*, ispitujući ravnotežu između prava na privatnost po članku 8. Konvencije i javnog interesa da se bude informiran, presudio u korist prava na privatnost. Sud je u navedenom predmetu zauzeo stajalište da treba praviti fundamentalnu razliku između izvješćivanja o činjenicama – pa čak i onim kontroverznim – koje pridonose raspravi u demokratskom društvu u odnosu prema, primjerice, političarima u obnašanju njihovih dužnosti, s jedne strane, i izvješćivanja o činjenicama iz privatnog života pojedinaca koji ne obnaša nikakve službene funkcije, s druge strane.¹⁸

Pri ocjeni ravnoteže između slobode izražavanja i prava na privatnost Sud koristi nekoliko kriterija: doprinos raspravi od javnog interesa, koliko je osoba poznata javnosti i što je predmet, prijašnje ponašanje osoba, sadržaj, oblik i posljedice objavljivanja, okolnosti u kojima su fotografije snimane te način prikupljanja informacija i njihova vjerodostojnost i težina izrečene sankcije (posljednja dva kriterija uključena su u ocjenu ravnoteže kada se u postupku kao tužitelji odnosno podnositelji zahtjeva pojavljuju mediji).¹⁹

Nadalje, Sud prilikom procjene je li miješanje u slobodu izražavanja dovelo do povrede pravi razliku između činjenica i vrijednosnih ocjena. Po mišljenju Suda potrebno je napraviti pažljivu distinkciju između činjeničnih i vrijednosnih procjena. Postojanje činjenica moguće je dokazati dok istinu o vrijednosnim procjenama nije.²⁰

Bez nastojanja da se ovdje prikaže pojam slobode izražavanja i mogućih ograničenja u potpunosti, što bi bilo i nemoguće u ovom kratkoj analizi, autori će se u sljedećim dijelovima rada ograničiti na slobodu izražavanja u odnosu na političare, javne dužnosnike i autoritet i nepristranost sudstva. Navedene kategorije bit će analizirane iz razloga što granice slobode izražavanja koje propisuje neko nacionalno zakonodavstvo, a potvrđuje (ustavno)sudska praksa mogu biti dobar pokazatelj (anti)demokratskih tendencija nekog društva i države.

16 *Sunday Times vs. The United Kingdom*, Application no. 6538/74, Judgment 26 April 1979, para 47.

17 *Ibid.*, para. 59.

18 Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški aquis*, Novi informator, Zagreb, 2014., str. 1239.

19 *Ibid.*, str. 1243.

20 *Van Dijk*, op.cit., str. 538.

3. Sloboda izražavanja u odnosu na neke specifične kategorije adresata

Zaštita ugleda i prava drugih je legitimni cilj naveden u stavku 2. članka 10. Konvencije. Države se mogu pozvati na zaštitu ugleda i prava drugih kao opravdani razlog ograničenja slobode izražavanja u konkretnom slučaju. Međutim, navedeni legitimni ciljevi ne mogu uvijek biti opravdanje za ograničavanje slobode izražavanja. Ukoliko bi se ovaj cilj apsolutno zajamčio, tada bi države bile slobodne vršiti cenzuru govora i javnog nastupa pod plaštom legitimnog cilja.

Praksa Suda, koju ćemo analizirati kasnije u radu, pokazala je sklonost država k ograničavanju slobode izražavanja, posebno u odnosu na političare i visoke dužnosnike. Upravo navedene kategorije osoba uživaju niži stupanj zaštite u praksi Suda kako bi se omogućio razvoj demokratskih uzusa ponašanja. Bez slobode izražavanja prema političarima, demokracija ostaje neostvareni ideal u nekoj državi. Ključno je stoga zajamčiti ovu slobodu, posebno u odnosu na političare i javne dužnosnike budući da su oni u najvećem broju slučajeva donositelji najvažnijih pravnih i političkih odluka u nekom društvu i državi.

3.1. Ugled javnih osoba – predmet *Von Hannover protiv Njemačke*

U ovom predmetu podnositeljica zahtjeva bila je Caroline von Hannover, kći princa Rainiera III od Monaka. Podnositeljica zahtjeva bila je predsjednica nekoliko kulturnih i humanitarnih zaklada, ali nije obnašala niti jednu funkciju za državu Monako niti za njezine institucije. Srž predmeta odnosila se na činjenicu da je nekoliko njemačkih medija objavilo fotografije koje su prikazivale podnositeljicu u društvu s glumcem Vincentom Lindonom u zadnjem dijelu dvorišta jednog restorana, dok sjedi na konju, s njezinom djecom, u kupovini s tjelohraniteljem, u društvu s princem Ernstom Augustom von Hannoverom na sajmu konja, odnosno dok igraju tenis, te podnositeljicu u Monte Carlo Beach Club-u, obučenu u kupaći kostim i omotanu ručnikom, kako se spotiče na nešto i pada na tlo. Njemački sudovi usvojili su zahtjev podnositeljice u odnosu na fotografije u društvu s glumcem Vincentom Lindonom te fotografije na kojima se nalazi s djecom. U odnosu na ostale fotografije, njemački sudovi su odbili zahtjev podnositeljice.²¹

Podnositeljica zahtjeva obratila se Sudu tražeći zaštitu po članku 8. Konvencije – pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Sud je u obrazloženju presude naveo da objavljivanje fotografija podnositeljice zahtjeva, putem raznih njemačkih časopisa, i to bilo nje same ili s drugim osobama, spada u domenu njezinog privatnog života. Međutim, iako pravo na slobodu izražavanja također obuhvaća objavljivanje fotografija, ovo je područje u kojem je zaštita prava i ugleda drugih od posebne važnosti. Ovaj slučaj se ne odnosi na širenje nekih ideja, nego

²¹ Case of Von Hannover vs. Germany, Application no. 59320/00, Judgment 24 June 2004.

slika koje sadrže vrlo osobne ili čak intimne informacije o pojedincu. Nadalje, Sud smatra da je u traženju ravnoteže između zaštite privatnog života i slobode izražavanja odlučujući faktor učinak koji objavljene fotografije i članci imaju u stvaranju mišljenja od interesa javnosti. Razlika je između iznošenja podataka o jednom političaru čije mišljenje može imati utjecaja na mišljenje javnosti i iznošenja pojedinosti iz privatnog života osobe koja ne obnaša niti jednu službenu funkciju. Dakle, u ovom slučaju fotografije nisu imale takav učinak s obzirom da podnositeljica zahtjeva ne obnaša niti jednu službenu funkciju, a fotografije i popratni članci se isključivo odnose na pojedinosti iz njezinog privatnog života.

Nadalje, Sud smatra da javnost nema legitimni interes da zna gdje se podnositeljica zahtjeva nalazi i kako se obično ponaša u svom privatnom životu, pa čak ako se pojavljuje na mjestima koje se ne mogu uvijek opisati kao osamljena i usprkos činjenici da je ona jako dobro poznata u javnosti. Čak da takav interes i postoji, kao što postoji poslovni interes časopisa da objavljuju fotografije i popratne članke, u ovom slučaju ti interesi moraju popustiti pred pravom podnositeljice zahtjeva na djelotvornu zaštitu njezinog privatnog života.

Na kraju, po mišljenju Suda, kriteriji ustanovljeni pred domaćim sudovima nisu bili dovoljni u osiguranju djelotvorne zaštite privatnog života podnositeljice zahtjeva, te ona i dalje treba imati „legitimna očekivanja“ u zaštiti i poštivanju njezinog privatnog života. Uzimajući sve navedeno u obzir, Sud smatra da njemački sudovi nisu postigli poštenu ravnotežu između zaštite privatnog života i slobode izražavanja.

3.2. Sloboda izražavanja u odnosu na političare

Za razliku od drugih kategorija osoba, političari predstavljaju one koji svjesno izlažu svoj privatni život u centar pažnje. Navedeno posebno vrijedi kada se kritike odnose na pitanja povezana s obnašanjem javnih dužnosti. Vršanjem javne dužnosti, političari donose odluke koje utječu na svakodnevni život građana. Njihova postupanja mogu biti put u demokraciju te je stoga nužno zaštititi mogućnost kritike istoga. Ovakav stav podudaran je s praksom Suda budući da je i Sud zaključio „da time što su spremni raditi u javnoj sferi, političari sebe dobrovoljno stavljaju u centar pažnje i samim time trebaju tolerirati više kritike.“²²

Kao usmjeravajući predmet u odnosu zaštite ugleda političara i slobode tiska može se navesti predmet *Lingens protiv Austrije*.²³ Lingens, austrijski državljanin, po zanimanju novinar objavio je u časopisu Profil dva članka u kojima je oštro kritizirao Brunu Kreiskog, koji je u to vrijeme bio savezni kancelar, zbog njegovog stava prema vođi jedne političke stranke koji je tijekom Drugog svjetskog rata bio član SS brigade, kao i zbog napada na Simona Vizentala koji je javno govorio o političkoj povijesti tog političara. Kreiski je pokrenuo postupak po privatnoj tužbi za klevetu u sredstvima javnog informiranja. Bečki okružni sud je djelomično

22 Bychawska – Siniarska, D., op.cit., str. 62.

23 Case of Lingens v. Austria, Application no. 9815/82, Judgment 8 July 1986.

usvojio tužbeni zahtjev i kaznio Lingensa. Budući da su obje strane uložile žalbe, apelacijski sud je poništio presudu i vratio predmet Bečkom okružnom sudu na ponovno razmatranje koji je potvrdio svoju raniju presudu. Kreiski i Lingens su ponovo uložili žalbe i Bečki apelacijski sud je u svojoj presudi smanjio kaznu.

Sud je zaključio da je presuda domaćih sudova kojom je Lingens osuđen za klevetu predstavljala miješanje javne vlasti u njegovo pravo na slobodu izražavanja. Miješanje je bilo propisano zakonom i imalo je legitiman cilj u skladu s člankom 10. Konvencije. Austrijska vlada je tvrdila da je u ovom slučaju postojao sukob prava na slobodu izražavanja i prava na poštovanje privatnog života. Sud je ukazao da se Lingensova kritika odnosila na javnu izjavu Kreiskog i njegove političke stavove tako da nije bilo potrebe da se članak 10. ispituje u svjetlu članka 8.

U odnosu na pitanje je li miješanje bilo propisano zakonom i je li imalo legitiman cilj „Sud se slaže s Komisijom i Vladom da se predmetna osuda nesporno temelji na članku 111. austrijskog Kaznenog zakona, štoviše, osmišljen je da zaštiti ugled ili prava drugih i nema razloga pretpostavljati da je imao bilo kakvu drugu svrhu. Osuda je prema tome bila propisana zakonom i imala je legitimni cilj prema članku 10. stavku 2. Konvencije.“²⁴

U odnosu na pitanje je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu, podnositelj zahtjeva pozivao se na svoju ulogu političkog novinara u pluralističkom društvu; kao takav smatrao je da je dužan izraziti svoje stajalište o osudama g. Kreiskyja g. Wiesenthala. Sud je smatrao da je političar koji je i sam navikao napadati svoje protivnike morao očekivati žešće kritike od ostalih ljudi. Sud je istaknuo da „sloboda tiska pruža javnosti jedno od najboljih sredstava za otkrivanje i formiranje mišljenja o idejama i stavovima političkih vođa. Općenitije, sloboda političke rasprave u samoj je srži koncepta demokratskog društva koji prevladava u cijeloj Konvenciji. Granice prihvatljive kritike prema tome su šire prema političaru kao takvom nego prema privatnoj osobi. Za razliku od potonjeg, prvi se neizbježno i svjesno stavlja pod budan nadzor svake svoje riječi i djela kako novinara, tako i šire javnosti, te prema tome mora pokazivati veći stupanj tolerancije. Bez sumnje članak 10. stavak. 2 omogućava zaštitu ugleda drugih - to jest svih pojedinaca , a ta zaštita proteže se i na političare, čak i kada ne djeluju u privatnom svojstvu; ali u takvim slučajevima zahtjevi takve zaštite moraju se odvagnuti u odnosu na interese otvorene rasprave o političkim pitanjima.“²⁵

Sud je, *inter alia*, razmatrao i utjecaj osude novinara na slobodu tiska. Sud je naveo da iako kazna koja je izrečena autoru nije striktno spriječila da se izrazi, ona je ipak predstavljala neku vrstu cenzure, koja bi ga vjerojatno obeshrabrila da ubuduće opet ne kritizira. U kontekstu političke rasprave takva bi rečenica vjerojatno odvrtila novinare od doprinosa javnoj raspravi o pitanjima koja utječu na život zajednice. Na isti način, sankcija poput ove mogla bi ometati tisak u

24 Ibid., para. 36.

25 Ibid., para. 42.

izvršavanju njegove zadaće kao dobavljača informacija i javnog čuvara.²⁶ Zbog svega navedenog, Sud je utvrdio da miješanje u ostvarivanje slobode izražavanja podnositelja zahtjeva nije bilo nužno u demokratskom društvu te je stoga došlo do povrede članka 10. Konvencije.

U predmetu *Otegi Mondragon protiv Španjolske* Sud je istaknuo da članak 10. stavak 2. ne ostavlja nimalo mjesta za sužavanje slobode izražavanja u oblasti političkih govora i debata – u kojima sloboda izražavanja ima najviši značaj – ili kod pitanja od općeg interesa. Dragocjena za svakog, sloboda izražavanja je ipak najdragocjenija za narodne predstavnike; oni predstavljaju svoje birače, prenose njihovu zabrinutost i štite njihove interese. U skladu s tim, miješanje u slobodu izražavanja nekog zastupnika nalaže Sudu obavezu provesti najstriktniju moguću kontrolu.²⁷

Političar svakako ima pravo na zaštitu vlastitog ugleda, čak i izvan okvira privatnog života, ali imperativi te zaštite moraju se staviti u ravnotežu s interesima slobodnog diskutiranja političkih pitanja s obzirom da se izuzeci od slobode izražavanja moraju uže tumačiti.²⁸ Posebno je značajno da je Sud u navedenom predmetu naglasio nesukladnost s duhom Konvencije domaćeg zakona koji bi jamčio višu razinu zaštite od širenja informacija ili mišljenja koja se na njih odnose u odnosu na druge osobe ili institucije te kojim se predviđa oštrija kazna za autore spornih izjava. Štoviše, Sud je smatrao da činjenica da kralj ne podliježe odgovornosti na osnovu španjolskog ustava, konkretno na kaznenom planu, ne može sama po sebi predstavljati prepreku slobodnoj debati o njegovoj eventualnoj institucionalnoj odnosno simboličkoj odgovornosti na čelu države, u granicama poštovanja njegovog ugleda kao osobe. Sud je zauzeo stav da, iako su za određivanje kazne u načelu zaduženi domaći sudovi, kazna zatvora propisana za povredu zakona u domenu političkog govora nije kompatibilna sa slobodom izražavanja zagwarantiranom članom 10.

Iako političari uživaju manji stupanj zaštite ugleda u odnosu na druge i kao takvi moraju prihvatiti da sebe izlažu očima javnosti i višem stupnju kontrole, pa čak i izlaganja privatnog života, ipak moraju imati mogućnost braniti se kada smatraju da je publikacija koja baca sumnju na njihovu ličnost neistinita i može navesti javnost na pogrešno mišljenje u pogledu načina na koji vrše vlast. Prema mišljenju Suda, treba uspostaviti poštenu ravnotežu između privilegija dodijeljenih novinarima da kritiziraju postupke političara i prava potonjih da im mogu odgovoriti, zaštititi svoj ugled i obavijestiti javnost o tome kako vrše vlast.²⁹ Sud smatra da, iako sloboda izražavanja novinara uključuje moguće pribjegavanje dozi pretjerivanja ili čak provokacije, političari koji putem tiska odgovara na kritike na njegov račun moraju to moći činiti prema istim načelima.³⁰

26 Ibid, para.44.

27 Case of Otegi Mondragon v. Spain, Application no. 2034/07, Judgment 15 March 2011, para.50.

28 Loc.cit.

29 Affaire Sanocki c. Pologne, Requête no 28949/03, Arrêt 17 juillet 2007 para.62.

30 Ibid, para.65.

3.3. Sloboda izražavanja u odnosu na javne službenike

U praksi Suda napravljena je gradacija zaštite slobode izražavanja u odnosu na različite kategorije na koje je usmjerena kritika. Niži nivo zaštite u odnosu na kritiku usmjerenu prema političarima daje se u pogledu uvrede ili klevete visokih dužnosnika (uključujući predsjednika države, ministre, zastupnike itd.) ili državnih službenika (uključujući policijske službenike, tužitelje i službenike koji sprovode zakon, i sve zaposlene u javnom sektoru).³¹

U predmetu *Thorgeir Thorgeirson protiv Islanda*³² podnositelj zahtjeva objavio je dva članka o policijskoj brutalnosti pri tome koristeći riječi zvijeri u odori, džungla noćnog života, pojedinci svedeni na mentalnu dob novorođenog djeteta, sadisti. Podnositelj je u drugom članku naveo da je njihovo (policijsko) ponašanje bilo toliko tipično za ono što postupno postaje javna slika policije: nasilništvo, krivotvorenje, protupravne radnje, sujevjerje, brzopletost i nesposobnost. Ministarstvo pravosuđa obavijestilo je podnositelja zahtjeva da se navedeni problemi ispituju na različitim razinama te da je to pitanje na dnevnom redu parlamenta. Zbog spornih navoda protiv podnositelja zahtjeva javni tužitelj podigao je optužnicu kojom se tereti za klevetu neodređenih pripadnike policije. Podnositelj zahtjeva osuđen je na plaćanje novčane kazne od 10.000 islandskih kruna ili u slučaju neplaćanja u roku od četiri tjedna od dostave presude, na osam dana zatvora. Također mu je naloženo da plati sve troškove slučaja, uključujući naknade svog branitelja. Podnositelj zahtjeva obratio se Sudu s tvrdnjom da je bio žrtva kršenja slobode izražavanja propisane člankom 10. Konvencije. U postupku Sud je utvrdio da je miješanje u slobodu izražavanja bilo propisano zakonom i imalo legitimni cilj zaštite ugleda drugih. Ispitujući je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu Sud je opovrgnuo navode vlade ističući da u praksi ne postoji osnova za razlikovanje političkih rasprava od rasprava o drugim pitanjima od javnog interesa. Podnositelj zahtjeva u osnovi je izvještavao o tome što su drugi govorili o policijskoj brutalnosti. Kazneni sud u Reykjaviku osudio ga je za kazneno djelo dijelom zbog toga što nije opravdao ono što smatra svojim vlastitim navodima, naime da su neodređeni pripadnici policije u Reykjaviku počinili niz djela ozbiljnog napada što rezultira onesposobljavanjem njihovih žrtava, kao i krivotvorenjem i drugim kaznenim djelima. U mjeri u kojoj se od podnositelja zahtjeva tražilo da utvrdi istinitost svojih izjava, on se, prema mišljenju Suda, suočio s nerazumnim, ako ne i nemogućim zadatkom.³³

Članci su sadržavali, što zapravo nije bilo sporno, pitanje koje je ozbiljno zabrinulo javnost. Istina je da su oba članka formulirana posebno snažno. Međutim, uzimajući u obzir njihovu svrhu i utjecaj koji su zamišljeni da imaju, Sud smatra da se jezik koji se koristi ne može smatrati pretjeranim. Sud smatra

31 Bychawska – Siniarska, D., op.cit., str. 64.

32 Case of Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Application no. 13778/88, Judgment 25 June 1992.

33 Ibid, para.65.

da su osuđujuća presuda i kazna mogli obeshrabriti otvorenu raspravu o pitanjima od javnog interesa na osnovu čega je Sud zaključio da takvo miješanje nije bilo nužno u demokratskom društvu.

Kritici državnih službenika daje se šira zaštita od one upućene privatnim osobama, ali se pravi gradacija u odnosu na političare. U predmetu *Thoma protiv Luksemburga*³⁴ podnositelj zahtjeva tvrdio je da mu je povrijeđena sloboda izražavanja time što su domaće vlasti naredile da plati odštetu zbog izjave da su svi službenici Komisije za vodoprivredu i šumarstvo, osim jednog, podmitljivi. Pred Sudom je osporavao miješanje u slobodu izražavanja po sva tri osnova tvrdeći da takvo miješanje nije bilo propisano zakonom, nije imalo legitiman cilj niti je bilo nužno u demokratskom društvu. Sud je u obrazloženju presude naveo da su državni službenici koji djeluju u službenom svojstvu, poput političara, podložni širim granicama prihvatljive kritike od privatnih osoba. Međutim, ne može se reći da su državni službenici svjesno otvoreni za pomno ispitivanje svake svoje riječi i djela u onoj mjeri u kojoj to čine političari te bi ih se stoga trebalo tretirati ravnopravno s drugima kada je riječ o kritici njihovog ponašanja.³⁵ Nadalje, kao opće načelo, nužnost bilo kojeg ograničenja slobode izražavanja mora se uvjerljivo utvrditi. Doduše, na prvom je mjestu da nacionalne vlasti procijene postoji li hitna društvena potreba za ograničenjem i, donoseći svoju ocjenu, uživaju određenu slobodu procjene. U slučajevima koji se tiču tiska, nacionalna slobodna procjena ograničena je interesom demokratskog društva da osigura i održi slobodni tisak.³⁶ Iako je naveo gradaciju u odnosu na političare, Sud je našao povredu članka 10. Konvencije budući da se predmetno pitanje ticalo općeg interesa, a „kaznjavanje novinara zbog pomaganja u širenju izjava druge osobe ozbiljno bi otežalo doprinos tiska raspravi o pitanjima od javnog interesa i ne bi se trebalo predvidjeti ukoliko ne postoje posebno snažni razlozi za to.”³⁷

Kada je u pitanju kritika upućena vladi, Sud je bio sklon pružiti zaštitu slobodi izražavanja ispred zaštite časti i ugleda vlade odnosno države. U predmetu *Castells protiv Španjolske* podnositelj predstavke, senator u španjolskom parlamentu ispred političke stranke koja podržava neovisnost Baskije, u jednom dnevnom listu objavio je članak u kojem je optužio Vladu da stoji iza ubojstava u Baskiji navodeći da vlast neće istraživati samu sebe. Kazneno odjeljenje Vrhovnog suda osudilo ga je na godinu dana zatvora i sporednu kaznu zabrane vršenja javne službe i bavljenja svojom profesijom u tom periodu. Ispitujući je li miješanje nužno u demokratskom društvu, Sud je naveo da sloboda tiska predstavlja jedno od osnovnih sredstava pomoću kojih se javnost upoznaje s idejama i stavovima političkih vođa i formira mišljenje o njima, dok političarima s druge strane omogućava da komentiraju pitanja od značaja za javno mnijenje i svakome omogućnost da se uključi u slobodnu političku debatu. Iako sloboda

34 Case of *Thoma v. Luxembourg*, Application no. 38432/97, Judgment 29 March 2001.

35 *Ibid.*, para 47.

36 *Ibid.*, para 48.

37 Case of *Jersild v. Denmark*, Application no. 15890/89, Judgment 23 September 1994, para. 35.

političke debate nije apsolutna i bez ikakvih ograničenja, granice dozvoljene kritike su šire kada je u pitanju Vlada, nego kada su u pitanju privatne osobe, ili čak političari.³⁸ Ovakav stav Suda od presudne je važnosti za razvoj demokracije u svakoj državi jer opozicija i tisak predstavljaju glavne stupove kontrole vlade kao donositelja najvažnijih političkih odluka. Nepostojanje opozicije dovodi u pitanje opstanak demokracije u nekoj državi, a cenzura opozicijskih političara jednaka je i nepostojanju opozicije.

3.4. Sloboda izražavanja u odnosu na sudstvo

Sudstvo uživa veći stupanj zaštite u odnosu na prethodno navedene kategorije političara i javnih službenika. Unatoč većem stupnju zaštite koja se pruža autoritetu i nepristranosti sudstva, „ono ipak ne funkcionira u vakuumu i pitanja o provođenju pravde mogu također biti dio javne rasprave.“³⁹

Kao ogledni primjer prakse Suda u odnosu na sudstvo može se uzeti predmet *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴⁰ Između 1958. i 1961. Distillers Company proizvodilo je i prodavalo po licenci u Ujedinjenom Kraljevstvu lijekove koji sadrže sastojak koji je prvotno razvijen u Saveznoj Republici Njemačkoj i poznat je kao talidomid. Lijekovi su propisani kao sedativi, osobito budućim majkama. Godine 1961. brojne žene koje su uzimale lijek tijekom trudnoće rodile su djecu koja su patila od teških deformacija; s vremenom je bilo oko 450 takvih poroda. Proizvođači su povukli sve lijekove koji sadrže talidomid s britanskog tržišta u studenom iste godine. Sunday Times objavio je članak pod naslovom “Naša djeca iz Thalidomida: uzrok nacionalne sramote” u kojem je analizirana visina predložene odštete u nagodbama koje je ponudilo društvo koje je proizvodilo sporne lijekove kvalificirajući ih kao “groteskno nerazmjerne pretrpljenim ozljedama”. U predmetnom članku Sunday Timesa najavljeno je da će u novom članku analizirati tragedija koja se dogodila primjenom spornog lijeka. Domaći sudovi zabranili su objavu budućeg članka s obrazloženjem da bi takva objava predstavljala nepoštivanje suda.

Sunday Times obratio se Sudu s tvrdnjom da im je povrijeđena sloboda izražavanja zajamčena člankom 10. Konvencije. Ispitujući okolnosti slučaja Sud je naveo da je predloženi članak Sunday Timesa predstavljen umjereno i nije iznio samo jednu stranu dokaza, iako je detaljno analizirao dokaze protiv Distillera, također je sažeo argumente u njihovu korist i zatvorio riječima: “Čini se da ne postoji uredan skup odgovora ...”. Prema mišljenju Suda, učinak članka, ako bi bio objavljen, stoga bi varirao od čitatelja do čitatelja. Sukladno tome, čak i do

38 Case of Castells v. Spain, Application no. 11798/85, Judgment 23 April 1992, para. 46.

39 Bychawska – Siniarska, D., op.cit., str.69.

40 Case of Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, Judgment 6 November 1980.

te mjere da je članak mogao navesti neke čitatelje da stvore mišljenje o pitanju nemara, to ne bi imalo štetne posljedice za "autoritet sudstva".⁴¹

Općenito je poznato da sudovi ne mogu raditi u vakuumu. Iako su mjesta za rješavanje sporova, to ne znači da ne može biti prethodne rasprave o sporovima negdje drugdje, bilo u specijaliziranim časopisima, u općem tisku ili u široj javnosti. Nadalje, iako masovni mediji ne smiju prekoračiti granice nametnute u interesu pravilnog provođenja pravde, oni su dužni davati informacije i ideje u vezi s pitanjima koja dolaze pred sudove, baš kao i u drugim područjima od javnog interesa. Ne samo da mediji imaju zadatak prenositi takve informacije i ideje: javnost također ima pravo na njihovo primanje.⁴² Katastrofa talidomida bila je predmet nespornog javnog značaja. Postavilo se pitanje je li moćna tvrtka koja je plasirala lijek snosila pravnu ili moralnu odgovornost prema stotinama pojedinaca koji su doživjeli zastrašujuću osobnu tragediju ili su žrtve mogle zahtijevati ili se nadati obeštećenju samo od zajednice u cjelini; pokrenuta su temeljna pitanja koja se odnose na zaštitu i naknadu za ozljede proizašle iz znanstvenog razvoja i dovedeni su u pitanje mnogi aspekti postojećeg zakona o tim temama. Osim toga, obitelji pogođene ovom tragedijom imale su pravo biti informirane činjenicama ovog slučaja te bi bili lišeni svih pravnih i činjeničnih okolnosti ukoliko bi autoritet sudstva nadjačao slobodu izražavanja. Stoga je Sud zaključio da ovakvo miješanje nije odgovaralo društvenoj potrebi odnosno ograničenje slobode izražavanja nije bilo potrebno u demokratskom društvu da bi se očuvao autoritet sudstva.

Kada je u pitanju sloboda izražavanja odvjetnika prema sudovima, u predmetu *Nikula protiv Finske*⁴³ podnositeljica zahtjeva bila je odvjetnica koja je tvrdila da taktika tužitelja predstavlja zloupotrebu položaja i nezakonito iznošenje dokaza te povredu njegovih javnih dužnosti. Tužitelj je u privatnom postupku teretio podnositeljicu zahtjeva za klevetu zbog koje je i osuđena pred domaćim sudovima. Sud je ponovio da pravnim zastupnicima njihov poseban položaj, kao posrednika između javnosti i sudova, daje centralno mjesto u primjeni pravde. Štoviše, sudovi - jamci pravde, čija je uloga ključna u državi zasnovanoj na vladavini prava - moraju uživati povjerenje javnosti. Imajući u vidu ključnu ulogu pravnih zastupnika na ovom polju, opravdano je od njih očekivati da doprinesu odgovarajućoj primjeni pravde i da time održavaju javno povjerenje. Iako i pravni zastupnici sigurno imaju pravo na javni komentar primjene pravde, njihove kritike ne smiju prekoračiti izvjesne granice. U vezi sa tim, mora se voditi računa o potrebi da se uspostavi pravična ravnoteža između različitih interesa, koji uključuju pravo javnosti da primi obavještenja o pitanjima koja su posljedica sudskih presuda i da zahtjeva odgovarajuću primjenu pravde i dostojanstvo pravne profesije. Iako su neki od izraza bili neprimjereni, kritika podnositeljice zahtjeva bila je strogo ograničena na djelovanje T. kao tužioca u postupku protiv klijenta podnositelja predstavke, a nije bila usmjerena na opće profesionalne ili druge osobine T. U

41 Ibid, para. 63.

42 Ibid., para. 65.

43 Case of Nikula v. Finland, Application no. 31611/96, Judgment 21 March 2002.

kontekstu samog postupka T. je morao tolerirati vrlo ozbiljnu kritiku od strane podnositeljice u njenom svojstvu pravnog zastupnika obrane. Sud je, štoviše, primijetio da su tvrdnje podnositeljice bile ograničene na sudnicu, za razliku od kritika sudaca ili tužitelja iznesenih, na primjer, u medijima. Sud također nije mogao zaključiti da je kritiziranje tužitelja od strane podnositeljice, budući da je bilo procesnog karaktera, predstavljalo osobnu uvredu.

Sud je dalje naveo da opasnost od *ex post facto* preispitivanja kritike pravnog zastupnika druge strane u kaznenom postupku - što se bez sumnje mora smatrati da je javni tužitelj bio - je teško pomiriti s dužnošću pravnog zastupnika obrane da revnosno brani interese svog klijenta. Slijedi da prvenstveno sami pravni zastupnici, pod nadzorom suca, trebaju procijeniti relevantnost i korisnost tvrdnji u obrani, bez straha od moguće, makar i relativno lake, kaznene sankcije ili obveze da se plati nadoknada pretrpljene štete ili troškova postupka. Stoga samo u izuzetnim slučajevima ograničenje - čak i putem blage kaznene sankcije - slobode izražavanja pravnog zastupnika obrane može biti prihvaćeno kao nužno u demokratskom društvu.

U predmetu *De Haes i Gijssels protiv Belgije*⁴⁴ podnositelji zahtjeva bili su novinari koji su u pet članaka oštro kritizirali suce Apelacijskog suda u Antwerpenu jer su u brakorazvodnoj parnici djecu dodijelili ocu koji je bio notar. Oca su bivša supruga i njezini roditelji optužili za seksualno zlostavljanje, ali je istraga okončana bez podizanja optužnice. Kritizirani suci i tužitelj tužili su novinare i novinski list za klevetu. Domaći sudovi smatrali su da su dvojica novinara doveli do ozbiljne sumnje u nepristranost sudaca s natpisima da su suci namjerno pogrešno presudili zbog političkog odnosa s notarom.

Ispitujući je li miješanje u slobodu izražavanja bilo nužno u demokratskom društvu, Sud je istakao da je na tisku prenošenje informacija i ideja od javnog interesa. Ne samo da tisak ima zadatak prenositi takve informacije i ideje, javnost također ima pravo na njihovo primanje. To je posebno vrijedilo u ovom slučaju s obzirom na ozbiljnost optužbi koje su se ticale i sudbine male djece i funkcioniranja pravosudnog sustava u Antwerpenu. Štoviše, podnositelji zahtjeva su se s tim u vezi sasvim jasno izjasnili kada su u svom članku napisali: "Nije za novinare da uzurpiraju ulogu pravosuđa, ali u ovom nečuvenom slučaju nemoguće je i nezamislivo da mi trebamo šutjeti."⁴⁵ Sud je dalje naglasio da novinarska sloboda obuhvaća i moguće pribjegavanje stupnju pretjerivanja ili čak provociranja. Iako su komentari g. De Haesa i g. Gijsselsa bez sumnje bili ozbiljno kritični, ipak se čine proporcionalnim uznemirenju i ogorčenju izazvanim pitanjima navedenim u njihovim člancima. Što se tiče polemičnog, pa čak i agresivnog tona novinara, koji Sud ne bi smio prihvatiti, valja imati na umu da članak 10. štiti ne samo suštinu izraženih ideja i informacija, već i oblik u kojem oni se prenose. Sud smatra da, uzimajući u obzir ozbiljnost okolnosti slučaja i spornih pitanja, nije dokazana

44 Case of De Haes and Gijssels v. Belgium, Application no. 19983/92, Judgment 24 February 1997.

45 Ibid., para 39.

nužnost miješanja u ostvarivanje slobode izražavanja podnositelja zahtjeva te je stoga došlo do kršenja članka 10. Konvencije.

Razvidno je da je Sud u navedenim predmetima bio sklon pružiti zaštitu slobodi izražavanja, pa čak i kad takvo izražavanje obuhvaća pretjerivanje, provociranje ili oblik koji je uznemiravajući i šokirajući. Neovisno i efikasno pravosuđe od posebnog je značaja za uspostavu demokracije u državama tranzicije. Stoga, kontrola rada pravosuđa od strane različitih aktera, a posebice novinara, ima nezamjenjivu ulogu u napretku na viši stupanj ozbiljenja demokracije. „Domaći sudovi moraju odmjeriti vrijednosti i interese koji su dovedeni u pitanje u predmetima u kojima se kritiziraju suci i drugi sudski akteri. Sud mora uspostaviti ravnotežu između časti suca i slobode tiska da izvještava o pitanjima od javnog interesa i da odluči što je prioritet u demokratskom društvu. Naravno, kada je kritiziranje prvenstveno usmjereno na vrijeđanje ili klevetanje pripadnika pravosuđa, a da pri tom ne doprinosi javnoj raspravi o provođenju pravde, zaštita koja se daje slobodi izražavanja može biti uža.“⁴⁶

3.4.1. Predmet Simić protiv Bosne i Hercegovine

U predmetu *Simić protiv Bosne i Hercegovine*⁴⁷ podnositelj zahtjeva bio je bivši sudac Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Prije nego što je postao sudac, podnositelj zahtjeva bio je član političke stranke Savez nezavisnih socijaldemokrata i član Narodne skupštine Republike Srpske. U jednom pismu podnositelj zahtjeva obratio se predsjedniku SNSD-a sljedećim riječima: „Uostalom, uvijek Ti stojim na raspolaganju ali u frci i trci koja Te okružuje bojim se da malo koristiš moje iskustvo i mogućnosti, a moj stav nije da Ti se namećem, jer sam svjestan u kakvim problemima bitišeš...“⁴⁸ Nadalje, podnositelj zahtjeva u jednom lokalnom časopisu dao je intervju navodeći da će podijeliti, kada za to dođe vrijeme, sva saznanja do kojih je došao za vrijeme svog mandata, a koja mogu ozbiljno kompromitirati rad Ustavnog suda i sudaca, a i pojedinih visokih političara. U drugom intervjuu istim novinama naveo je da će pojasniti tko i na koji način radi u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i koliko se kriminal ugnijezdio u najvišu pravosudnu instituciju jedne države. Ustavni sud optužio je za korupciju te za uplitanje kriminala i politike u rad Ustavnog suda.

Ustavni sud je na izvanrednoj plenarnoj sjednici jednoglasno utvrdio da je aplikant prekršio pravilo 94. (2) Pravila suda jer je svjesno narušio ugled Ustavnog suda, kao i ugled sudaca, te je odlučio razriješiti dužnosti. U svojoj odluci Ustavni sud je naveo da u skladu s ustavnopravnim načelom vladavine prava, mora biti neovisno i nepristrano ustavno tijelo. To se, u načelu, prije svega podrazumijeva u odnosu na izvršnu vlast. Neovisnost i nepristranost Ustavnog suda pretpostavlja da su suci Ustavnog suda slobodni, da ne moraju polagati račun bilo kome, kao i da nisu vezani bilo čijim uputama. Štoviše, za suce Ustavnog suda je nužno ne

46 Bychawska – Siniarska, D., op.cit., str.72.

47 Simić protiv Bosne i Hercegovine, Aplikacija br. 75255/10, Odluka 15.11.2016.

48 Ibid., para. 6.

samo da su zaista neovisni već i da tako djeluju, što podliježe objektivnom testu. Ustavni sud naglasio je da je sloboda izražavanja izuzetno bitna za demokraciju i demokratske procese u društvu. Država mora obratiti posebnu pažnju na ovu slobodu. Za članak 10. Europske konvencije karakteristično je da štiti izražavanje koje nosi rizik ugrožavanja, ili zaista ugrožava interese drugih. Ovaj članak štiti ne samo informacije i ideje koje su primljene pozitivno, ili se smatraju bezopasnim, ili prema njima nema stava, već i one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiravaju, a to je ono što zahtijeva tolerantnost i pluralizam bez kojih nema demokratskog društva. Ustavni sud je dalje naglasio da sloboda izražavanja nije apsolutna. Naprotiv, u demokratskim i pravnim državama gotovo nijedno ljudsko pravo i sloboda, ma koliko bili primarni ili značajni, nisu i ne mogu biti apsolutni i neograničeni. Ustavni sud smatra da sankcija razrješenja suca s funkcije suca Ustavnog suda može biti opravdana mjera nepoštivanja ograničenja slobode izražavanja.

Gospodin Simić obratio se Europskom sudu za ljudska prava tvrdeći, između ostalog, da mu je povrijeđena sloboda izražavanja iz članka 10. Konvencije. U obrazloženju presude Sud ponavlja da se članak 10. također primjenjuje i u odnosu na radno mjesto, tako da državni službenici uživaju pravo na slobodu izražavanja, ali navodi da ima u vidu da su zaposlenici dužni biti lojalni, suzdržani i diskretni u odnosu na poslodavca. Ovo je posebno slučaj kada je riječ o državnim službenicima budući da sama priroda državne službe zahtijeva da se državni službenik obveže na lojalnost i diskreciju. Sud ponavlja da pitanja o radu pravosudnog sustava predstavljaju pitanja od javnog interesa, a debata o njima uživa zaštitu članka 10. Međutim, Sud je u brojnim prilikama naglasio posebnu društvenu ulogu pravosuđa, koje kao garant pravne zaštite, a koja predstavlja temeljnu vrijednost u državi zasnovanoj na vladavini prava, mora uživati povjerenje javnosti da bi bilo uspješno u vršenju svoje dužnosti. Stoga se može pokazati neophodnim da se to povjerenje zaštititi od, u biti, neosnovanih destruktivnih napada, posebno s obzirom na činjenicu da su suci koje su predmet kritika obvezani na diskreciju koja ih sprječava da odgovore na njih. Sud je, dalje, naveo da su javni službenici koji služe u pravosuđu dužni pokazati suzdržanost u ostvarivanju svoje slobode izražavanja u svim slučajevima kada autoritet i nepristranost pravosuđa mogu biti dovedeni u pitanje.

Ispitujući tvrdnje podnositelja zahtjeva da mu je povrijeđena sloboda izražavanja, Sud je naveo da je podnositelj razriješen dužnosti zbog nanošenja štete ugledu Ustavnog suda i ugledu suca, čime je propustio ispuniti svoju obvezu. Ustavni sud je ispitao podnositeljevu pritužbu prema članku 10. i donio detaljnu i dobro obrazloženu odluku. Njeno obrazloženje adekvatno potkrjepljuje zaključak da su podnositeljevi postupci ozbiljno ugrozili autoritet Ustavnog suda i povjerenje javnosti u pravosuđe u cjelini. Zbog navedenog, Sud je smatrao da nema pokazatelja da je došlo do povrede članka 10. Konvencije te da je pritužba očigledno neosnovana zbog čega ju je odbacio kao nedopuštenu.

4. Zaključak

Sloboda izražavanja kao ljudsko pravo predstavlja *conditio sine qua non* demokracije u nekom društvu. Iako je relativna s obzirom na mogućnost ograničavanja u određenim okolnostima, demokratski standardi ne trpe nerazmjerno, nepotrebno i arbitrarno ograničavanje slobode izražavanja. Predmetna sloboda obuhvaća slobodu izražavanja, primanja i prenošenja ideja bez cenzure i nerazmjernih ograničenja. Preširoko tumačenje legitimnih ciljeva, a posebno standarda nužno u demokratskom društvu kao mogućeg elementa ograničenja, slobodu izražavanja može pretvoriti u iluzorno pravo.

Europski sud za ljudska prava u brojnim predmetima pokazao se zaštitnikom slobode izražavanja i svih prednosti koje ona pruža za demokraciju i pluralno društvo. Ovom slobodom štite se i informacije koje šokiraju, informacije koje se ne primaju blagonaklono od onoga/onih na koga/koje se odnose. Uloga medija i slobodnog tiska nezamjenjiv je kontrolni instrument protiv uzurpacije vlasti koja bi vodila rušenju demokracije u nekom društvu. Autori su u radu nastojali, prikazom pojedinačnih slučajeva, prikazati stavove Suda i ukazati na gradaciju zaštite slobode izražavanja ovisno o adresatu. Političari i visoki državni dužnosnici dužni su trpjeti šire granice slobode izražavanja zbog prirode posla koji obavljaju. Svaka cenzura kritike postupaka navedenih kategorija osoba nužno bi pokazivala antidemokratske intencije onih koji provode takva ograničavanja.

Vis-à-vis demokratskog kapaciteta slobode izražavanja treba istaknuti da demokracija podrazumijeva, pored postojanja i konzumiranja prava, u jednakoj, ako ne i većoj mjeri, razumno korištenje prava i poštivanje propisanih ograničenja. Svako pravo podrazumijeva i obvezu, makar to bila obveza razumnog ostvarivanja prava i sloboda. Sud nije pružao zaštitu slobodi izražavanja u predmetima koji su predstavljali zlouporabu slobode izražavanja. Predmet Simić protiv Bosne i Hercegovine dobar je primjer standarda koje primjenjuje Sud. Iako je Sud u svojoj praksi bio sklon pružiti široki obujam zaštite slobodi izražavanja, ipak je razvidno da se zaštita ne može pružiti u svakom slučaju, posebno kada sloboda izražavanja poprima destruktivne konotacije. Unatoč velikom značaju slobode izražavanja za demokratske procese i stanje demokracije općenito, upravo demokratski karakter države i prava ne može dopustiti da se sloboda izražavanja vrši neograničeno, nego da i predmetna sloboda podliježe Konvencijom propisanim ograničenjima.

LITERATURA:

KNJIGE:

1. Bychawska – Siniarska, D., Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2017.
2. Hrženjak, J., Međunarodni i europski dokumenti o ljudskim pravima – Čovjek

- i njegove slobode u pravnoj državi, Informator, Zagreb, 1992.
3. Kazazić, V., Nadaždin Defterdarević M., Kotlo, R., Ljudska prava – praktikum, Centar za ljudska prava Mostar, Mostar, 2009.
 4. Miljko, Z., Ustavno uređenje BiH, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006.
 5. Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški aquis, Novi informator, Zagreb, 2014.
 6. Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H., Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima, Muller, Sarajevo, 2001.

SUDSKA PRAKSA

1. Affaire Sanocki c. Pologne, Requête no 28949/03, Arrêt 17 juillet 2007
2. Case of Castells v. Spain, Application no. 11798/85, Judgment 23 April 1992
3. Case of De Haes and Gijssels v. Belgium, Application no. 19983/92, Judgment 24 February 1997
4. Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, Judgment 7 December 1976
5. Case of Jersild v. Denmark, Application no. 15890/89, Judgment 23 September 1994
6. Case of Lingens v. Austria, Application no. 9815/82, Judgment 8 July 1986
7. Case of Nikula v. Finland, Application no. 31611/96, Judgment 21 March 2002
8. Case of Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Austria, Application no. 39534/07, Judgment 28 November 2013
9. Case of Otegi Mondragon v. Spain, Application no. 2034/07, Judgment 15 March 2011
10. Case of Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, Judgment 6 November 1980
11. Case of Sunday Times vs. The United Kingdom, Application no. 6538/74, Judgment 26 April 1979
12. Case of Thoma v. Luxembourg, Application no. 38432/97, Judgment 29 March 2001
13. Case of Thorgeirson v. Iceland, Application no. 13778/88, Judgment 25 June 1992
14. Case of von Hannover vs. Germany, Application no. 59320/00, Judgment 24 June 2004
15. Simić protiv Bosne i Hercegovine, Aplikacija br. 75255/10, Odluka 15.11.2016.

PRAVNI PROPISI:

1. Europska konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, dostupno na: https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Europska_konvencija_o_ljudskim_pravima.pdf (5.11.2021.)

2. Ustav Bosne i Hercegovine
3. Zakon o komunikacijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj 33/02, 31/03, 75/06, 32/10, 98/12)
4. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, broj 28/00, 45/06, 102/09, 62/11, 100/13)
5. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH, broj 32/01, 48/11)
6. Zakon o slobodi pristupa informacijama u Republici Srpskoj („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 20/01)
7. Zakon o zaštiti od klevete Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br. 14/03)
8. Zakon o zaštiti od klevete FBiH („Službene novine FBiH“, br. 19/03,73/05)
9. Zakon o zaštiti od klevete Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 37/01)
10. Zakon o zaštiti osoba koje prijavljuju korupciju („Službeni glasnik RS“, br. 62/2017).
11. Zakon o zaštiti osoba koje prijavljuju korupciju u institucijama Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 100/13)

INTERNET IZVORI:

1. Mišljenje Komisije o zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u Europskoj uniji, dostupno na: <https://europa.ba/wp-content/uploads/2019/06/Misljenje-Komisije-o-zahtjevu-Bosne-i-Hercegovina-za-%C4%8Dlanstvo-u-Evropskoj-uniji.pdf> (5.11.2021.)

Rebeka Kotlo, Ph.D., associate professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Ivan Tomić, Ph.M., assistant

Faculty of Law, University of Mostar

FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRACY

Summary: In this article, the authors analyze freedom of expression as one of the fundamental human freedoms and the importance of this freedom for the democratic development of the society and the state. Since the authors analyze freedom of expression in relation to democracy, the paper will present the case law of the European Court of Human Rights in relation to politicians and public officials, but will also point out the limits of freedom of expression in relation to the authority and independence of the judiciary. After analyzing the cases before the European Court of Human Rights, the authors concluded that the Court gave decisive importance to freedom of expression, giving priority to this freedom even when it encompasses ideas and information that offend and shock, as well as the form in which they are transmitted. In conclusion, the authors state that freedom of expression has such an important place in society that its denial would call into question the existence of the democracy itself.

Keywords: freedom of expression, democracy, European Court of Human Rights, politicians, public officials, authority and impartiality of the court

ZAŠTITA OD ZLOUPORABE SLOBODE IZRAŽAVANJA NASUPROT SLOBODE MEDIJA

Sažetak: U ovom radu autorica analizira pravo na slobodu izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava, važno kako za razvoj svakog pojedinaca tako i za svaki demokratski sustav. No, imajući u vidu kako to pravo nije apsolutno, nastoje se odrediti njegove granice. Pravna praksa razvila je standarde kojima se dokida diskrecijsko odlučivanje u pojedinoj pravnoj stvari gdje sukobljena prava uživaju jednaku zaštitu, već se ocjena balansa između njih provodi dosljedno, primjenjujući test proizašao iz predmeta *Axel Springer AT vs. Njemačka* o kojem je odlučivao Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP). U tom predmetu, ESLJP navodi šest okolnosti temeljem kojih procjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta ravnoteža suprotstavljenih prava. U radu ćemo se osvrnuti na navedene okolnosti u kontekstu medijskih sloboda.

Ključne riječi: ljudska prava, mediji, sloboda izražavanja.

1. Uvod

Sloboda izražavanja i pravo na privatnost temeljna su ljudska prava zaštićena na međunarodnoj i nacionalnoj razini. Sloboda izražavanja mišljenja i stajališta ključan je element komunikacije, socijalizacije, osobnog razvoja te informiranosti pojedinca. Pravo na privatnost neophodno je za održavanje ugleda, časti i poštovanja u društvu, očuvanje dostojanstva te za osjećaj sigurnosti.¹ Ta prava čine preduvjet i temelj demokracije, stoga je važno da se poštuju u svim područjima, a posebice pri izvještavanju u medijima. Mediji su glavni izvor informiranja ljudi te u demokratskom sustavu imaju kritičku ulogu pri analiziranju društvenih pojava. Međutim, u današnjoj medijskoj industriji, kada profit ima najveću vrijednost i senzacionalizam vlada medijima, sloboda izražavanja i pravo na privatnost često se zanemaruju. Dapače, sloboda izražavanja zloupotrebljava se na štetu prava na privatnost. Navedena zloupotreba i nepoštivanje osobito su prisutni u online medijima budući da su novinari pod stalnim pritiskom od učestalih rokova objava vijesti.²

1 ALABURIĆ, V., Sloboda misli, mišljenja, izražavanja i informiranja, Hrvatska pravna revija, 2003., 3 (6): str. 1-21.

2 BORIĆ, F., (Samo)regulacija socijalnih i *on line* medija: Protiv virtualnih vjetrenjača, Centar za politiku i upravljanje, dostupno na mrežnim stranicama: www.cpu.org.ba, str. 1-5.

Sloboda izražavanja je osnovno pravo pojedinca i temelj za razvoj društva. Sloboda izražavanja zaštićena je na međunarodnoj razini. Opća deklaracija o pravima čovjeka, usvojena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda 1948. godine,³ slobodu izražavanja člankom 19. uređuje i definira riječima: „Svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja; to pravo uključuje slobodu zadržavanja mišljenja bez uplitanja i slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja putem bilo kojeg medija i bez obzira na granice.” Iste vrijednosti štite se člankom 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1976)⁴ te člankom 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1953).⁵

Pravo na privatnost je zaštićeno međunarodnim dokumentima. Tako se člankom 12. Opće deklaracije o pravima čovjeka (1948) jamči pravo svakoga na zaštitu osobnog ugleda i časti te zaštitu od miješanja drugih u privatni i obiteljski život pojedinca, komunikacijske procese i dom. Jednaka zaštita jamči se člankom 9. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1953), člankom 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1976) te člankom 35. Ustava Republike Hrvatske.⁶

2. Pravo na slobodu izražavanja i pravo na slobodu medija

Sloboda izražavanja mišljenja i stajališta ključan je element komunikacije, socijalizacije, osobnog razvoja te informiranosti pojedinca. Pravo na privatnost neophodno je za održavanje ugleda, časti i poštovanja u društvu, očuvanje dostojanstva te za osjećaj sigurnosti. Ta prava čine preduvjet i temelj demokracije, stoga je važno da se poštuju u svim područjima, a posebice pri izvještavanju u medijima.

Sloboda izražavanja je ustavna i konvencijska kategorija koja je utvrđena i zajamčena kao ljudsko pravo i temeljna sloboda. Ustav je u članku 38. stavak 1. naziva “slobodom mišljenja i izražavanja misli.” Prema stavku 2. članka 38. Ustava sloboda izražavanja misli obuhvaća osobito: a) slobodu tiska i drugih sredstava priopćavanja, b) slobodu govora i javnog nastupa, c) slobodu osnivanja svih ustanova javnog priopćavanja. Ustav u članku 38. stavku 3. izrijekom zabranjuje cenzuru, a novinarima jamči pravo na slobodu izvješćivanja i pristupa informaciji, dok u stavku 4. jamči pravo na ispravak svakome komu je javnom viješću povrijeđeno ustavom i zakonom utvrđeno pravo. Ta sloboda nije apsolutna,

3 Opća deklaracija o ljudskim pravima usvojena i proglašena na općoj skupštini ujedinjenih naroda rezolucijom br. 217 /iii 10. prosinca 1948. godine.

4 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Rezolucija br. 2200 A/XXI, 1976.

5 (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

6 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

jer Ustav u članku 35. svakom građaninu jamči štovanje i pravnu zaštitu njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.⁷

Prema čl. 10. Konvencije sloboda izražavanja obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ova odredba ne sprječava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost. Ostvarivanje ovih sloboda obuhvaća dužnost i odgovornost, te stoga može biti podvrgnuto uvjetima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom, što je nužno radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti.⁸

Potrebno je pronaći ravnotežu između prava da se u medijima istinito i potpuno izvještava o postupcima svake fizičke i pravne osobe i prava te osobe na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda, časti i drugih prava osobnosti.⁹

Ustavni sud izražava stajalište da članak 10. Europske konvencije ne jamči potpuno neograničenu slobodu izražavanja. Naime, prema uvjetima iz st. 2. ta sloboda nosi određene dužnosti i odgovornosti.¹⁰

Ustavni sud je zauzeo stajalište da je sloboda izražavanja jedan od bitnih temelja svakog demokratskog društva. Njezina zaštita posebno je važna kada je riječ o tisku jer je tisak dužan objavljivati informacije javnog značaja. Međutim, sloboda objavljivanja informacija u tisku ograničena je zaštitom ugleda i prava drugih osoba.¹¹

Ustavno pravo na ispravak razrađeno je detaljnije u organskom zakonu tj. Zakonu o medijima (dalje: ZM).¹² U odnosu na Ustav, sadržaj slobode izražavanja misli proširen je člankom 3. stavkom 1. ZM kojim je propisano: „Jamči se sloboda izražavanja i sloboda medija“, iako Ustav jamči samo „slobodu mišljenja i izražavanja misli“ i pritom ne daje jamstvo slobodi medija kao što to čini ZM. Osim toga, stavak 2. članka 3. ZM značajno proširuje sadržaj slobode medija u odnosu na Ustav te precizira da sloboda medija obuhvaća osobito: slobodu izražavanja

7 LEDIĆ, S., Procesne pretpostavke za podnošenje tužbi u zaštiti prava osobnosti prema Zakonu o medijima, Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, Split, 2016., str. 415 – 416.

8 CRNIĆ, I., Mediji – moć bez pravog nadzora – Odgovornost nakladnika medija za novčanu naknadu štete, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXVIII. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 20., 2013., str. 142.

9 *Ibid.*, str. 140.

10 Odluka Ustavnog suda U-III-5408/2008 od 4. 4. 2012. koja se referira na pravna stajališta Europskog suda za ljudska prava izražena u predmetu Europapress holding d.o.o. protiv Hrvatske (presuda 22. listopada 2009., zahtjev 25333/06).

11 Tako Ustavni sud u odluci U-III-2256/03 od 5. 7. 2007., objavljenoj u Narodnim novinama, br. 82/07.

12 Zakon o medijima, Narodne novine, br. 59/04, 84/11, 81/13.

mišljenja, neovisnost medija, slobodu prikupljanja, istraživanja, objavljivanja i raspačavanja informacija u cilju informiranja javnosti; pluralizam i raznovrsnost medija, slobodu protoka informacija i otvorenosti medija za različita mišljenja, uvjerenja i za raznolike sadržaje, dostupnost javnim informacijama, uvažavanje zaštite ljudske osobnosti, privatnosti i dostojanstva, slobodu osnivanja pravnih osoba za obavljanje djelatnosti javnoga informiranja, tiskanja i raspačavanja tiska i drugih medija iz zemlje i inozemstva, proizvodnju i obavljanje radijskog i televizijskog programa, kao i ostalih elektroničkih medija, autonomnost urednika, novinara i ostalih autora programskih sadržaja u skladu s pravilima struke. Usprkos tome što Ustav ne jamči slobodu medija, nema sumnje da je sloboda medija upravo temeljna pretpostavka slobode izražavanja u demokratskom društvu.¹³ To prije svega stoga što su mediji po prirodi stvari kreatori javnog mijenja koje se oblikuje slobodom izražavanja misli.¹⁴ Tome pridonosi ubrzani razvoj informacijskih tehnologija koji razvijaju medijske mogućnosti, a mediji brže i lakše dolaze do podataka i na određeni način postaju kvalificiraniji poznavatelji društvenog života.¹⁵ Međutim, sloboda izražavanja, kao ni sloboda medija nisu apsolutni ni neograničeni, već su ograničeni i ustavom i zakonom.

Ustav RH u članku 16. stavku 1. dopušta da se ustavne slobode i prava ograniče, a to znači da se i pravo na slobodu izražavanja misli može ograničiti, i to samo zakonom radi zaštite slobode i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja. Pritom valja voditi računa o tome da ta ograničenja budu u okvirima koje dopušta odredba članka 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te protokoli uz tu konvenciju, s tim da je stavkom 2. istog članka određeno da svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. U cilju onemogućavanja zlorabe slobode izražavanja i slobode medija, člankom 3. stavkom 3. ZM - a propisano je da je slobodu medija dopušteno ograničiti samo kada je i koliko je to nužno u demokratskom društvu zbog interesa nacionalne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnoga reda i mira, sprječavanja nereda ili kažnjivih dijela, zaštite zdravlja i morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprječavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta ili nepristranosti sudbene vlasti samo na način propisan zakonom. Stavkom 4. članka 3. ZM -a propisano je da je zabranjeno prenošenjem programskih sadržaja u medijima poticati ili veličati nacionalnu, rasnu, vjersku, spolnu ili ostalu neravnopravnost ili neravnopravnost

13 „Pravo na slobodu izražavanja jedan je od kamena temeljaca na kojima počiva razvoj suvremene moderne demokracije, ostvarivanja tradicija, ciljeva i ideala slobodnog društva, slobodnih i ravnopravnih pojedinaca u slobodnoj i demokratskoj društvenoj i državnoj zajednici vladavine prava i ustava.“ ARLOVIĆ, M., Pravo na slobodu izražavanja misli, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.53, br. 2., 2016, str. 381.

14 RADOLOVIĆ, A., Odnos prava osobnosti i medijskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2007., str. 5.

15 BOBAN, M., Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2012., vol. 49., br. 3., str. 575 - 598.

na temelju spolne orijentacije, kao i ideološke i državne tvorevine nastale na takvim osnovama te izazivati nacionalno, rasno, vjersko, spolno ili drugo neprijateljstvo ili nesnošljivost, neprijateljstvo ili nesnošljivost na temelju spolne orijentacije, poticati nasilje i rat.¹⁶

3. Značaj predmeta Axle Springer AT vs. Njemačka¹⁷

Pravna praksa razvila je standarde kojima se dokida diskrecijsko odlučivanje u pojedinoj pravnoj stvari gdje sukobljena prava uživaju jednaku zaštitu, već se ocjena balansa između njih provodi dosljedno, primjenjujući šestorazinski test proizašao iz predmeta Axle Springer AT vs. Njemačka o kojem je odlučivao Europski sud za ljudska prava (ESLJP). U tom predmetu, ESLJP navodi okolnosti temeljem kojih procjenjuje je li u konkretnom slučaju postignuta ravnoteža suprotstavljenih prava, a one su:

- a) doprinos raspravi u javnom interesu;
- b) u kojoj je mjeri osoba u pitanju poznata javnosti i kakav je sadržaj danih izjava;
- c) prethodno ponašanje osobe na koju se izjava odnosi;
- d) metode prikupljanja informacija i njihova provjerljivost;
- e) sadržaj, forma i posljedice objavljene informacije;
- f) ozbiljnost dosuđene sankcije i obeshrabrujući učinak (tzv. *chilling effect*).¹⁸

ESLJP je našao kako članak objavljen u Bild-u nije sadržavao detalje iz privatnog života gospodina Schrödera u svrhu zadovoljenja interesa javnosti, već se odnosio na obavljanje njegove premijerske funkcije i kontroverznog imenovanja na mjesto predsjednika nadzornog odbora rusko-njemačkog konzorcija nakon gubitka na parlamentarnim izborima.

Njemački sudovi su ustanovili da iako gospodin Schröder nije bio osumnjičen da je počinio kažnjivo djelo, u članku su izražene ozbiljne i uvredljive sumnje protiv njega. Sudovi su kritizirali nedostatak objektivnosti i balansa jer se časopis prethodno nije konzultirao s Gerhardom Schröderom niti članom njegovog tima.

Časopis Bild je u članku iznio stavove gospodina Thielea, predsjednika parlamentarne skupine Liberalne demokratske stranke. ESLJP je zaključio kako je njegova izjava više predstavljala njegov vrijednosni sud, a ne činjenice koje su bile podložne dokazivanju.

ESLJP je našao da je drugostupanjski sud, za razliku od prvostupanjskog, uzeo u obzir kako postoji dovoljno činjenica koje ukazuju na sumnju glede postupanja gospodina Schrödera. Međutim, drugostupanjski sud je kritizirao

¹⁶ LEDIĆ, S., *op. cit.* (bilj. 7.), str. 417.

¹⁷ Case of Axle Springer AG v. Germany (Application no. [39954/08](#)) Judgment Strasbourg 7. February 2012.

¹⁸ Vidi i <https://www.ombudsman.hr/hr/odnos-slobode-medija-i-zastite-od-zlouporebe-slobode-izrazavanja/>

časopis zbog spominjanja samo onih dokaza koji idu u prilog navodnom protuzakonitom postupanju gospodina Schrödera, bez da je ispitao i drugu stranu. Drugostupanjski sud je ukazao kako časopis prije objavljivanja spornog članka nije proveo istraživanje kojim bi se razjasnilo činjenično stanje, niti se konzultirao s gospodinom Schröderom.

ESLJP je ustanovio kako su sporna pitanja na naslovnici časopisa Bild bila političke prirode i od interesa za širu javnost te nisu optužila gospodina Schrödera da je počinio kažnjivo djelo. ESLJP se složio sa stavom drugostupanjskog suda prema kojemu su pitanja gospodina Thielea mogla proizaći iz različitih činjenica te kako je odluka o imenovanju gospodina Schrödera predsjednikom nadzornog odbora konzorcija javno medijski popraćena te se o njoj raspravljalo i u parlamentu. ESLJP se nije složio sa stavom njemačkih sudova prema kojemu je članak trebao sadržavati i dio koji bi išao u prilog gospodina Schrödera, s obzirom na to da je riječ o bivšem premijeru, pa je samim tim trebao pokazati veći stupanj tolerancije na kritiku od običnog građanina.¹⁹

ESLJP je ustanovio kako su sporni komentari proizašli iz izjave političara, člana jedne od njemačkih parlamentarnih stranaka. Naglasio je kako je uloga medija u priopćavanju informacija i ideja koje su od interesa za javnost i to sukladno svojim obvezama i odgovornosti koju imaju. Sloboda izražavanja je na političkoj sceni iznimno važna, a upravo mediji imaju ključnu ulogu u obavještanju javnosti o političkim zbivanjima. Kažnjavanje novinara koji je objavio izjavu određene osobe, može ozbiljno ugroziti doprinos kojeg mediji imaju u raspravama od javnog interesa. ESLJP je izrazio mišljenje kako novinari ne mogu svaki put provjeravati osnovanost izjave koju je jedan političar dao o drugom političaru, ako je takva izjava dio javne rasprave političke prirode. Isto tako, kako bi zabrana objavljivanja spornog članka u časopisu Bild mogla ugroziti pravo na slobodu izražavanja. Zaključio je kako časopis Bild u konkretnom slučaju nije prekoračio granice novinarske slobode. Njemački sudovi nisu dokazali kako je zaštita ugleda bivšeg premijera bila važnija od zaštite podnositeljevog prava na slobodu govora te promoviranja tog prava u službi javnog interesa. Sud je ustanovio kako je došlo do povrede čl. 10. Konvencije.²⁰

Članak 10. Europske konvencije (EKLJP) izričito navodi da pravo na slobodu izražavanja ne isključuje mogućnost “licenciranja radijske, televizijske i kinematografske djelatnosti.” Ipak, izdavanje dozvola bi se pravilno trebalo promatrati kao mehanizam koji osigurava pravednu raspodjelu pristupa medijima. Europski sud za ljudska prava je odbio ideju po kojoj država može igrati ikakvu ulogu u prethodnim ograničenjima – ili da odlučuje o čemu mediji mogu govoriti.

Upravo je ozbiljnost utjecaja eventualne sankcije po slobodu izražavanja

19 Pregled prakse Europskog suda za ljudska prava, Informacije o najnovijim presudama i odlukama Europskog suda za ljudska prava srpanj – rujna 2014., Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, Vlada Republike Hrvatske, str. 23 – 25.

20 https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/PREGLED%20PRAKSE/pregled%20prakse%203_14.pdf

nužno razmotriti prilikom odlučivanja o miješanju u to pravo, odnosno nametnuta sankcija ne smije biti prekomjerna već razmjerna cilju koji se želi postići. Pritom očuvanje načela pravne sigurnosti također podrazumijeva primjenu adekvatnih pravnih instrumenata za zaštitu prava, kako onog na slobodu izražavanja, tako i prava na zaštitu od zloupotrebe izražavanja, koja odgovornost je na nositeljima prava kao i na onima koji o tome odlučuju.

Poštujući načelo neovisnosti i samostalnosti sudbene vlasti, u cilju praćenja primjene navedenih standarda u sudskoj praksi, treba pogledati podatke o broju predmeta u kojima je zatražena privremena mjera radi osiguranja nenovčane tražbine predviđena člankom 346. st. 1. u vezi. članka 347.st. 2. Ovršnog zakona,²¹ a kojom se protivniku osiguranja zabranjuje objavljivanje programskih sadržaja svih vrsta kojima se koristi (elektroničke publikacije, teletekst i ostali oblici dnevnog ili periodičkog objavljivanja urednički oblikovanih programskih sadržaja prijenosom zvuka i slike), a u kojima se iznose informacije koje se odnose na dostojanstvo, profesionalni radi i profesionalna dostignuća predlagatelja osiguranja.

4. Ograničenje slobode izražavanja

Sloboda izražavanja nije apsolutno pravo. To je opće načelo zakona o ljudskim pravima, ugrađeno u dokumente UN-a i Europske konvencije (čl. 17.), da ljudska prava ne smiju biti korištena tako da ugrožavaju prava drugih. Članak 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (MPGPP) i članak 10. Europske konvencije za ljudska prava (EKLJP) iznose nekoliko uvjeta u kojima sloboda izražavanja može biti ograničena: Ostvarenje prava predviđenih stavkom 2. ovoga članka nosi sa sobom posebne dužnosti i odgovornosti. Stoga se ono može podvrgnuti određenim ograničenjima, ali samo takvima koja su predviđena zakonom i koja su prijeko potrebna radi: a) poštivanja prava i ugleda drugih; b) zaštite državne sigurnosti, javnog reda (ordre public), zdravlja ili morala. (MPGPP).

Ustav Republike Hrvatske člankom 35. jamči svakome poštovanje i pravnu zaštitu njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. ZM u članku 7. stavku 1. propisuje da svaka osoba ima pravo na zaštitu privatnosti, dostojanstva, ugleda i časti, te u isto vrijeme određuje i granice slobode medija po pitanju zaštite prava privatnosti ako se isto razumije kao osobni i obiteljski život, a prije svega pravo na život prema vlastitom izboru i opredjeljenju. Tako prema članku 7. stavku 2. ZM osoba koja obavlja javnu službu ili dužnost ima pravo na zaštitu privatnosti, osim u slučajevima koji su u vezi s javnom službom ili dužnosti koju osoba obavlja, dok je stavkom 3. istog članka propisano da osoba koja svojim izjavama, ponašanjem i ostalim djelima u vezi s njezinim osobnim ili obiteljskim životom sama privlači pozornost javnosti, ne može zahtijevati

21 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20.

jednaku razinu zaštite privatnosti kao ostali građani. Iz naprijed navedenoga jasno je da se pravo na slobodu izražavanja i misli i pravo na zaštitu privatnosti po naravi često sukobljavaju, pa je potrebno pravično razriješiti taj sukob. Pri razrješenju tog sukoba temeljno je pravno načelo da se uporabom jednog prava ili slobode ne smije ugroziti ili ukinuti neko drugo pravo ili sloboda, nego se svako pravo i sloboda u određenoj mjeri ograničuje kako bi opstalo i ono drugo pravo ili sloboda.²² Temeljni kriterij utvrđivanja granice slobode izražavanja misli prema pravu na zaštitu privatnosti je opravdani interes javnosti pri čemu u svakom konkretnom slučaju u kojem postoji opravdani interes javnosti da bude upoznata s osobnim ili obiteljskim životom pojedinca, sloboda izražavanja smatra se važnijom od prava na zaštitu privatnosti, pa se povreda privatnosti u tom slučaju smatra dopuštenom.²³

Članak 8. ZM propisuje da nema povrede prava na zaštitu privatnosti ako u pogledu informacije prevladava opravdani javni interes nad zaštitom privatnosti u odnosu na djelatnost novinara ili na informaciju.

Neki autori daju formulu za rješenje sukoba slobode medija i prava osobnosti prema kojoj sloboda medija nije u stanju učiniti dopuštenim zadiranje u čast i ugled, privatnost ili identitet: 1) kada se da odrediti na koju osobu se osobno odnosi informacija koja je podobna biti štetna, 2) a ta osoba ili druga ovlaštena osoba nije dala valjani pristanak za njezino objavljivanje ili je pristanak opozvala, 3) niti objavljivanje služi ostvarenju nekog legitimnog, tim pravima bar jednako vrijednog ili u odnosu na njih pretežnijeg interesa, 4) a ako služi ostvarenju takvog interesa, onda kada bi se taj interes ionako mogao ostvariti i drugačijim objavljivanjem, bez povrede časti, ugleda, privatnosti ili identiteta, ili uz manju povredu.

Ako ovi uvjeti postoje, prekoračena je sloboda medija i protupravno povrijeđena osoba o čijoj se časti, ugledu, privatnosti ili identitetu radi, pa je tada dopušteno ograničiti slobodu medija radi ostvarenja, poštovanja i zaštite prava na čast i ugled, privatnost ili identitet.²⁴

Pravo na slobodu izražavanja, podliježe i određenim ograničenjima odnosno sankcijama predviđenim zakonom. Neophodne su u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja i morala, ugleda ili prava drugih, sprječavanja širenja povjerljivih informacija ili u interesu očuvanja autoriteta i nepristranosti sudstva.

22 PRANČIĆ, V., Pravo na ispravak objavljene informacije i pravo na odgovor na objavljenu informaciju, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58., br. 5., 2008., str. 1234.

23 LEDIĆ, S., *op. cit.* (bilj. 7.), str. 417.

24 Vidi i RADOLOVIĆ, A. Odnos prava osobnosti i medijskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2007., str. 17.

5. Sloboda izražavanja i govor mržnje

Sloboda izražavanja i govor mržnje usko su povezani, ali upitna je granica između. S tim u vezi, treba znati gdje su te granice između dozvoljenog i zabranjenog, a da nema štetne posljedice na slobodu izražavanja. Njihova povezanost se temelji na činjenici da postoje brojni napor na međunarodnoj razini oko utvrđivanja granica slobode izražavanja. Krovni zakon koji uređuje pitanje govora mržnje je Zakon o suzbijanju diskriminacije (ZSD)²⁵ koji govor mržnje prepoznaje kao oblik diskriminacije. ZSD u svojim odredbama, između ostalog, popisuje mogućnost podizanja jedne od nekoliko vrsta privatnih antidiskriminacijskih tužbi kao i mogućnost podnošenja optužnog prijedloga po jednoj od prekršajnih odredbi.

ESLJP nastoji učinkovito uspostaviti ravnotežu između slobode izražavanja i suzbijanja onih izražavanja koja se smatraju uvredljivim, neprimjerenim ili govorom mržnje. Iako ne može biti od značajne pomoći domaćim tijelima u razmatranju slobode izražavanja, ipak predstavlja dovoljnu osnovu za razumno razgraničenje onoga što je prema članku 10. Konvencije dopušteno i onoga što nije. Ograničavanje ili sankcioniranje govora mržnje mora biti propisano zakonom, radi zaštite legitimnih prava društvenih skupina i njihovih pripadnika, te neophodno zbog zaštite tih legitimnih prava. Ako nije ispunjena neka od spomenute tri kumulativne pretpostavke (uvredljivim, neprimjerenim ili govorom mržnje), ograničenje ili sankcioniranje bilo kojeg govora, pa i govora mržnje, smatra se povredom slobode izražavanja. To je temeljno stajalište ESLJP-a u predmetima koji se odnose na članak 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Nije jednostavno utvrditi granicu između slobode govora i govora mržnje, niti svaki govor mržnje ima jednaku težinu, te stoga traži i drugačiju regulaciju, tj. drugačiji stupanj ograničavanja slobode govora. Neki oblici govora mržnje mogu predstavljati kazneno djelo, a neki prekršaj. Neki blaži oblici govora mržnje mogu spadati u područje povrede etičkih načela ili pravilnika u novinarstvu i izdavaštvu.²⁶

25 Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, br. 85/08, 112/12.

26 U tom smislu, jedan od ključnih UN-ovih dokumenata koji razlaže problematiku i odnose slobode govora i govora mržnje prema Konvenciji, tzv. Rabat plan, navodi određene stupnjeve pojavnosti govora mržnje – “u smislu općih načela, trebalo bi napraviti jasnu razliku između tri vrste izraza: izraz koji predstavlja krivično djelo; izraz koji nije kazneno kažnjiv, ali može opravdati parničnu tužbu ili administrativne sankcije; izraz koji ne izaziva kaznene, građanske ili administrativne sankcije, ali ipak izaziva zabrinutost u pogledu tolerancije, uljudnosti i poštivanja prava drugih.” Također, u istom dokumentu se razlaže “šestorazinski test”, koji daje smjernice za prepoznavanje najtežih oblika govora mržnje koji podliježu kaznenim sankcijama: 1. Kontekst je izuzetno bitan za procjenu mogu li određene izjave potaknuti diskriminaciju, nasilje ili nesnošljivost prema ciljanoj skupini. 2. Govornici, odnosno njihova pozicija ili status u društvu. 3. Namjera: potreban je trosmjerni odnos između subjekta, objekta i publike. 4. Sadržaj ili forma: analiza sadržaja može uključiti i procjenu razine provokativnosti i izravnosti govora mržnje. 5. Opseg govora: odnosno domet govora, pitanje javnost, metoda diseminacije, frekvencija, količina i intenzitet komunikacije.

U hrvatskom pravnom sustavu, sloboda govora je jedno od najvažnijih demokratskih prava koje prepoznaje niz nacionalnih pravnih akata gdje se dalje razrađuje i penalizira njegova zlouporaba, od Ustava Republike Hrvatske (čl. 38.) pa do Zakona o medijima (čl. 3. st. 4.), Zakona o elektroničkim medijima (čl. 12.),²⁷ Zakona o Hrvatskoj radioteleviziji (čl. 8; čl. 9.),²⁸ Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima (čl. 4. st. 1. t. 5.; t.7.),²⁹ Zakona o javnom okupljanju (čl. 3. st. 2; čl. 18. st. 2. i čl. 37. st. 2.), Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira (čl. 5.), Zakona o ravnopravnosti spolova koji zabranjuje svaku diskriminaciju (čl. 6.), izravnu ili neizravnu, temeljem spola, bračnog ili obiteljskog statusa, spolne orijentacije (čl. 7.) te spolno uznemiravanje (čl.8.), Zakona o suzbijanju diskriminacije koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine i zabranjuje izravnu i neizravnu diskriminaciju (čl. 2.), uznemiravanje i spolno uznemiravanje (čl.3.),¹ poticanje na diskriminaciju (čl.4.st.1.). Osim toga, Kazneni zakon dosljedno i strože sankcionira neke ekstremne oblike govora mržnje kao što su izravno i javno poticanje na genocid (čl. 88. st. 3.), izravno i javno poticanje na zločin agresije (čl. 89. st. 3; čl. 89. st. 20.) te javno poticanje na terorizam (čl. 99.). Neka druga kaznena djela koja se mogu počiniti javnim izražavanjem, poput onih protiv časti i ugleda su: uvreda (čl.147.), teško sramoćenje (čl. 148.), kleveta (čl. 149.) te povreda ravnopravnosti građana (čl. 125.).

Upravo su ograničavanje slobode izražavanja i sankcioniranje govora mržnje jedan od glavnih izazova u zaštiti slobode izražavanja u digitalnom okruženju. Govor mržnje se sve učestalije pojavljuje na internetu i širi razvojem društvenih mreža, te je zbog masovnosti, dosega i količine sadržaja koji nastaje u vrlo kratko vrijeme poseban izazov za regulaciju.

Predmet vezan za govor mržnje *on line* je *Pihl protiv Švedske, 2017*.³⁰ Podnositelj predstavke je bio izložen klevetničkom *on-line* komentaru, koji je objavljen anonimno na blogu. On je podnio građansku tužbu protiv malog neprofitnog udruženja koje je vodilo blog, tvrdeći da bi isto trebalo biti odgovorno za komentar treće strane. Švicarski sudovi i ministar pravde su odbili takav zahtjev. Podnositelj predstavke žalio se ESLJP-u da su neutvrđivanjem odgovornosti udruženja, vlasti propustile zaštititi njegov ugled, čime su povrijedile njegovo pravo na poštovanje privatnog života. ESLJP je predstavku proglasio neprihvatljivom kao očigledno neosnovanu. Posebno je naglasio da u ovakvim slučajevima mora postojati ravnoteža između prava pojedinca na poštovanje njegovog privatnog života i prava na slobodu izražavanja koje uživa osoba ili grupa koja vodi internet

6. Vjerojatnost, uključujući i neposrednu vjerojatnost pojave nasilja ili mržnje: poticanje je po definiciji zločin u pokušaju, a ono na što se potiče se ne mora dogoditi da bi poticanje bilo kažnjivo. Ipak, potrebno je utvrditi stupanj rizika za nastanak određene štete.

27 Zakon o elektroničkim medijima, Narodne novine, br. 111/21.

28 Zakon o Hrvatskoj radioteleviziji, Narodne novine, br. 137/10, 76/12, 78/16, 46/17, 73/17, 94/18.

29 Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, Narodne novine, br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11.

30 Odluka Pihl protiv Švedske (br. 74742/14).

portal. U svjetlu okolnosti ovog predmeta, ESLJP je utvrdio da su nacionalne vlasti postigle ravnotežu kada su odbile zahtjev da udruženje bude odgovorno za anonimni komentar. Ovo naročito iz razloga što, iako je komentar bio uvredljiv, to nije dovelo do govora mržnje ili poticanja na nasilje; komentar je objavljen na malom blogu koji vodi neprofitno udruženje; uklonjen je dan nakon što je podnositelj predstavke podnio žalbu; i nalazio se na blogu oko devet dana.³¹

Zbog sve veće prisutnosti govora mržnje i njegove pojave kao globalne prijetnje slobodi izražavanja, ali i u cilju promoviranja standarda zaštite slobode izražavanja kao ljudskog prava, UN-ov Specijalni izvjestitelj za slobodu izražavanja je u 2019. godini objavio tematski izvještaj o govoru mržnje.³² U izvještaju se pojašnjava okvir koji postojeći međunarodni standardi zaštite ljudskih prava pružaju državama koje razmatraju regulatorne mogućnosti, kao i kako druge pravne osobe i tvrtke trebaju djelovati unutar tog okvira. Posebni izvjestitelj započinje uvodom u međunarodni pravni okvir, usredotočujući se na međunarodne konvencije Ujedinjenih naroda i vodeće tumačenje odredbi koje se odnose na govor mržnje. Potom ističe ključne obveze države u zaštiti i promociji prava na izražavanje i govori o tome kako tvrtke koje moderiraju sadržaj mogu osigurati poštivanje ljudskih prava korisnika i javnosti, te donosi i preporuke za države i tvrtke. Prva preporuka koja je dana jest da države trebaju osigurati jednaku zaštitu ljudskih prava i prava na slobodu izražavanja u digitalnom i fizičkom okruženju, to jest izvanmrežnom i mrežnom okruženju, te da ne bi trebala postojati posebna kategorija za govor mržnje na internetu za koji su sankcije veće nego za govor mržnje koji nije na mreži. Uz navedeno, dana je i vrlo jasna preporuka informacijskom i komunikacijskom sektoru da revidira svoje poslovanje i razvoj usluga u skladu s međunarodnim standardima za zaštitu i promociju ljudskih prava, te je jasno naglašeno da su one dužne to napraviti obzirom da imaju sve veći utjecaj na društvo, pojedince i javnost.

Upravo su informacijske i komunikacijske tvrtke jedan od ključnih aktera u području zaštite slobode izražavanja u digitalnom okruženju. Na razini Europske unije, taj fenomen je prepoznat i od strane Europske komisije i država članica EU, ali i od samih informacijskih i komunikacijskih tvrtki koje su 2016. godine zajedno donijele Kodeks o postupanju za borbu protiv nezakonitog govora mržnje

31 BODUL, D., Jesu li nadolazeće izmjene Zakona o elektroničkim medijima u pogledu odgovornosti pružatelja elektroničkih publikacija u skladu s konvencijskim pravom?, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1457>

32 Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression 2019 Report on Hate Speech. Dostupno na: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A_74_486.pdf

na internetu.^{33 34} S druge strane, upitno je u kojoj mjeri je Kodeks dovoljan i pravi odgovor na pojavnost govora mržnje na internetu. Naime, iz perspektive slobode govora, ali i općenito iz perspektive zaštite ljudskih prava, ovakav pristup ima više manjkavosti i zbog toga je i kritiziran od strane nezavisnih institucija i organizacija civilnog društva. Ono što zabrinjava u provedbi Kodeksa je da je sama definicija govora mržnje u Kodeksu preširoka, te da nije u skladu s međunarodnim standardima zaštite slobode govora; zatim praksa u kojoj se tvrtkama daju ovlasti koje im ne bi trebale pripadati, te nedostatak participacije i transparentnosti tvrtki koje sudjeluju u procesu uklanjanja govora mržnje. Također, iako se u Kodeksu navodi više aktivnosti koje su se tvrtke obvezale provoditi u cilju suzbijanja govora mržnje, poput šire edukacije i boljeg informiranja korisnika o standardima, govoru mržnje i slobodi govora, naglasak u provedbi se u najvećoj mjeri oslanja na uklanjanje sadržaja. Međutim, samo uklanjanje sadržaja nije i ne može biti jedini odgovor na kompleksno pitanje pojave govora mržnje, a prekomjerno uklanjanje može dovesti do povrede slobode izražavanja i prekomjernog nadzora.

U Hrvatskoj je slična inicijativa bila pokrenuta najavom donošenja Zakona o sprječavanju neprimjerenog ponašanja na društvenim mrežama, koji je bio najavljen u zakonodavnom Planu zakonodavnih aktivnosti Ministarstva pravosuđa za treće tromjesečje 2019. godine.³⁵ Naime, govor mržnje u Hrvatskoj jest u porastu, te predstavlja izazov u zaštiti slobode izražavanja, na što je upozorila Europska komisija protiv rasizma i netolerancije Vijeća Europe (ECRI) u izvješću za Hrvatsku objavljenom u svibnju.³⁶ Na porast govora mržnje u Hrvatskoj

33 Kodeks o postupanju za borbu protiv nezakonitog govora mržnje na internetu. Dostupno na: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf Kodeks su donijele tvrtke Facebook, Microsoft, Twitter i Youtube, koje su njime potvrdile da “zajedno s drugim platformama i društvenim medijima snose kolektivnu odgovornost za promicanje i omogućavanje slobode izražavanja na internetu” te da “prihvaćaju obvezu suzbijanja nezakonitog govora mržnje na internetu (...) i podupiru Europsku komisiju i države članice EU-a u nastojanjima da osiguraju da internetske platforme ne pružaju mogućnosti za masovno širenje nezakonitog govora mržnje na internetu.”

34 Obveze tvrtki koje su potvrđene Kodeksom obuhvaćaju širok raspon djelovanja, od uspostavljanja bolje suradnje na međunarodnoj razini, edukacija i informiranja korisnika usluga, ali temeljna odredba Kodeksa je da tvrtke imaju obavezu da u 24 sata pregledaju i uklone prijavljeni sadržaj koji predstavlja govor mržnje prema nacionalnom kaznenom zakonodavstvu. Provedba ove inicijative u smislu uklanjanja sadržaja koji predstavlja govor mržnje prema nacionalnom kaznenom zakonodavstvu do sada donosi dobre rezultate jer “informatička poduzeća brzo reagiraju na prijavljeni rasistički i ksenofobni govor mržnje, međutim, moraju se pobrinuti za bolje povratne informacije korisnicima koji prijave sadržaj i transparentnije izvještavati o prijavama i uklanjanju sadržaja”. Europska komisija. Priopćenje za tisak 04. veljače 2019.: Borba protiv nezakonitog govora mržnje na internetu – EU-ov Kodeks postupanja osigurava brzu reakciju. Dostupno na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/hr/IP_19_805

35 Prijedlog Plana zakonodavnih aktivnosti Vlade RH za 2019. godinu. Dostupno na: <https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Pravo%20na%20pristup%20informacijama//Plan%20zakonodavnih%20aktivnosti%20za%202019.%20godinu.pdf>

36 ECRI Report on Croatia (fifth monitoring cycle), 2018. Dostupno na: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-croatia/16808b57be>

upozoravale su i organizacije civilnog društva za ljudska prava, akademska zajednica i kao i pravobraniteljstva.³⁷

Obzirom na već navedene manjkavosti tog pristupa, postoji zabrinutost da bi uvođenje ovakvog zakonodavnog rješenja u Hrvatskoj moglo imati ozbiljne posljedice na slobodu izražavanja, te bi moglo dovesti do prekomjernog uklanjanja sadržaja, posebno uzimajući u obzir postojeće izazove i kršenja ljudskih prava koja su zabilježena u ovom području u prošlim godinama.³⁸ Također zabrinjava da u vezi s najavljenim Zakonom o sprječavanju neprimjerenog ponašanja na društvenim mrežama nije provedena široka javna i stručna rasprava po tom pitanju, niti je transparentno objavljeno koje su aktivnosti poduzete kako bi se pristupilo izradi zakona.

Uzimajući u obzir sve navedeno, jasno je da je pitanje slobode izražavanja i suzbijanja govora mržnje kompleksno pitanje, te da se ne može svesti samo na sankcioniranje i uklanjanje takvog sadržaja iz javnosti, bilo da se radi o govoru mržnje na internetu ili u bilo kojem drugom javnom prostoru. Govor mržnje ne može se rješavati parcijalno, samo na društvenim mrežama, već treba razmišljati o holističkim i komplementarnim rješenjima koja uključuju efikasno i brzo sankcioniranje najtežih oblika govora mržnje, ali i osnaživanje skupina ili osoba koje su meta govora mržnje, građanski odgoj i obrazovanje, medijsku pismenost.

6. Zaključna razmatranja

Sloboda izražavanja važna je ne samo za osobu koja neku informaciju iznosi, već i za sve koje je primaju, kao jedan od načina razvitka pluralizma, što je od iznimne važnosti u demokratskim društvima. Neizostavnu ulogu pri tome imaju mediji koji osiguravaju pravo građana da budu informirani i sami vrednuju važnost pojedinih informacija. U sve umreženijem društvu sve je češće iznošenje neistinitih podataka u medijima, kao i daljnja zloupotreba takvih objava, čime se može utjecati na javno mnijenje te uzrokovati događaje do kojih možda i ne bi došlo da su građanima prezentirane činjenice.

Značajan dio rada pučkog pravobranitelja odnosi se i na promociju ljudskih prava i jednakosti te podizanje svijesti o njihovu značaju za svakodnevni život građana, pri čemu su odnosi s javnošću iznimno važan alat, a uključuju suradnju s medijima, informiranje putem službene stranice www.ombudsman.hr, društvenih mreža i newslettera te organiziranje tematskih događaja.³⁹

37 <https://www.ombudsman.hr/hr/izrazavanje-u-javnom-prostoru/>

38 ĐAKOVIĆ, T., NOVOSEL, I., Ljudska prava u Hrvatskoj: pregled stanja za 2018. godinu. Kuća ljudskih prava Zagreb, Zagreb, ožujak 2019. Dostupno na: <https://www.kucaljudskihprava.hr/wp-content/uploads/2019/03/Ljudska-prava-u-Hrvatskoj-2018.pdf>

39 Tijekom 2019. novinarska strukovna udruženja ukazivala su na povećan broj tužbi protiv novinara i medija zbog objavljivanja činjenica, prenošenja izjava i drugoga, smatrajući da se time novinare i medije zastrašuje te onemogućuje da izvještavaju o istaknutim pojedincima i društvenim problemima, odnosno da daju vlastiti vrijednosni sud i kritiku o pojavama važnima za društvo. Tako

Sloboda izražavanja je temeljno ljudsko pravo, odvažnost i kako za pojedince tako i za zajednicu u kojoj živi. Poštivanje ove slobode omogućuje slobodan protok različitih ideja i informacija, čime se ostvaruju uvjeti za javnu raspravu. Danas smo suočeni s velikim utjecajem medija na mišljenje javnosti, ali također s manipuliranjem istih tih medija s mišljenjem javnosti. S obzirom da mediji teže povećanju tiraže, često pribjegavaju senzacionalizmu.⁴⁰

Sloboda izražavanja i pravo na privatnost često se zanemaruju. Sloboda izražavanja zloupotrebljava se na štetu prava na privatnost. Način izvještavanja u digitalnim medijima predstavlja nove prijetnje slobodi izražavanja i pravu na privatnost.⁴¹ S jedne strane, internet omogućuje brzo informiranje, komunikaciju sa svima bez obzira na granice te čitanje o događajima koji se odvijaju na drugoj strani svijeta.⁴² S druge strane, novinari u digitalnim medijima moraju brže objavljivati vijesti i ažurirati ih svakih nekoliko minuta, zbog čega imaju manje vremena za prikupljanje i provjeru informacija. Takav način rada donosi složene etičke probleme. Smatramo potrebnim intervenirati u odredbe Zakona o elektroničkim medijima na način da se predvidi odgovornost *online* medija u vezi sa sadržajem treće strane, kao što su komentari i drugi sadržaji napravljeni od strane korisnika. Međutim, ako se donese odluka da se uredi odgovornost medija na internetu u vezi sa sadržajima trećih, kao što su komentari i sadržaji kreirani od strane drugih korisnika, regulatorni okvir kao i kasnija praksa sudova trebali bi biti u skladu sa standardima i sudskom praksom ESLJP-a.⁴³

Na medijske slobode svakako utječe i pitanje preširoke, odnosno dvostruke, građanske i kaznene odgovornosti novinara, urednika i nakladnika te neujednačena sudska praksa koja produbljuje pravnu nesigurnost u obavljanju novinarskog posla. Naime, pored građanske odgovornosti za neimovinsku štetu, Kaznenim zakonom⁴⁴ iz 2013. uvedeno je kazneno djelo sramoćenja, kojim je bila propisana kazna od 360 dnevnih dohodaka za kvalificirani oblik, odnosno protiv onoga tko je putem tiska, radija, televizije, računalnog sustava ili mreže, na javnom skupu ili neki drugi način većem broju osoba prenio ili iznio određenu tvrdnju koja može škoditi časti i ugledu neke osobe. Dakle, sramoćenje počinjeno

se, prema podacima HND-a s početka 2019., protiv novinara i nakladnika 18 medijskih kuća vodilo ukupno 1.160 sudskih postupaka, a HRT je u prvom tromjesečju 2019. podigla 33 tužbe protiv nakladnika i novinara s ukupnom vrijednošću predmeta sporova od 2,17 milijuna kuna. <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjescje-pucke-pravobraniteljice-za-2019-godinu/?wpdmdl=7580&refresh=619673735b86b1637249907>

40 MARKOVIĆ, S., Naknada štete zbog objave netočnih i nepotpunih informacija u medijima, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXVI. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 18., 2011., str. 643 – 651.

41 BOBAN, M., *op. cit.* (bilj. 15), str. 575-598.

42 RUŽIĆ, N., Zakonska ograničenja ili sloboda izražavanja na internetu?, *MediAnali*, 2 (4): 2008., str. 101-111.

43 BODUL, D., NAKIĆ, J., Odgovornost pružatelja elektroničkih publikacija (povodom Konačnog prijedloga Zakona o elektroničkim medijima), *Pravo u gospodarstvu*, br. 5., 2021., str. 729 – 730.

44 Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21

putem Interneta smatra se kvalificiranim oblikom ovog kaznenog djela, ali zbog specifičnog anonimnog načina komunikacije na Internetu, ne može se očekivati veliki broj tužbi za sramoćenje počinjeno na takav način. Međutim, povezivanje mogućnosti komentiranja samo sa Facebook profilom, omogućava otkrivanje identiteta „anonimnog komentatora“ i potom njegovo prijavljivanje jer „anonimni komentatori“ i nisu anonimni jer preko IP adrese nadležne službe mogu biti locirani i identificirani, a u takvim slučajevima, kada MUP zatraži podatke, uredništvo i vlasnici portala su im dužni te podatke i dati. Naravno, nepostojanje jezične barijere i postojanje ogromne globalne dijaspore, jedan dio ovih komentara ostavlja izvan nadležnosti relevantnih tijela RH.⁴⁵

Kako je građanska odgovornost šira od kaznene, odnosno može postojati i bez nje, mediji i novinari izloženi su mogućnosti da se protiv njih, za povredu časti i ugleda, za isti članak pokreću oba postupka.⁴⁶ U kontekstu medijskih sloboda, istekom 2019. prestao je važiti članak 148. KZ-a o kaznenom djelu sramoćenja, uz obrazloženje kako će oštećenici imati dostatnu pravnu zaštitu kroz zadržana kaznena djela uvrede i klevete, ali i građanski postupak. Time je djelomično udovoljeno opetovanim zahtjevima javnosti i Hrvatskog novinarskog društva, koji su još od 2014. tražili njegovo ukidanje iako, u praksi, ovaj institut nije ni predstavljao osobitu prijetnju slobodi izražavanja jer se, u tom smislu, češće poseže za kaznenim djelom klevete.⁴⁷ Također, ostaje za vidjeti kako će se na medijske slobode odraziti brojni sudski postupci pokrenuti protiv novinara i medija zbog povreda časti i ugleda.

LITERATURA

1. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.
2. Alaburić, V., Slobodamisli, mišljenja, izražavanja i informiranja, Hrvatska pravna revija, 2003., 3 (6): str. 1-21.
3. Arlović, M., Pravo na slobodu izražavanja misli, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, br. 2., 2016, str. 377 - 411.
4. Boban, M., Pravo na privatnost i pravo na pristup informacijama u suvremenom informacijskom društvu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2012., vol. 49., br. 3., str. 575 - 598.

45 BODUL, D., Jesu li nadolazeće izmjene Zakona o elektroničkim medijima u pogledu odgovornosti pružatelja elektroničkih publikacija u skladu s konvencijskim pravom?, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1457>

46 Vidi i LEDIĆ, S., *op. cit.* (bilj. 7.), str. 413 – 427.

47 <https://www.ombudsman.hr/hr/izrazavanje-u-javnom-prostoru/>

5. Bodul, D., Jesu li nadolazeće izmjene Zakona o elektroničkim medijima u pogledu odgovornosti pružatelja elektroničkih publikacija u skladu s konvencijskim pravom?, <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2020B1457>
6. Bodul, D., Nakić, J., Odgovornost pružatelja elektroničkih publikacija (povodom Konačnog prijedloga Zakona o elektroničkim medijima), *Pravo u gospodarstvu*, br. 5., 2021., str. 715 – 732.
7. Borić, F., (Samo)regulacija socijalnih i *on line* medija: Protiv virtualnih vjetrenjača, Centar za politiku i upravljanje, dostupno na mrežnim stranicama: www.cpu.org.ba, str. 1-5.
8. Case of Axel Springer AG v. Germany (Application no. [39954/08](#)) Judgment Strasbourg 7. February 2012.
9. Crnić, I., Mediji – moć bez pravog nadzora – Odgovornost nakladnika medija za novčanu naknadu štete, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXVIII. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 20., 2013., str. 135 – 188.
10. Đaković, T., Novosel, I., Ljudska prava u Hrvatskoj: pregled stanja za 2018. godinu. Kuća ljudskih prava Zagreb, Zagreb, ožujak 2019. Dostupno na: <https://www.kucaljudskihprava.hr/wp-content/uploads/2019/03/Ljudska-prava-u-Hrvatskoj-2018.pdf>
11. Ledić, S., Procesne pretpostavke za podnošenje tužbi u zaštiti prava osobnosti prema Zakonu o medijima, Zbornik radova s II. Međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, Split, 2016., str. 413 – 427.
12. Marković, S., Naknada štete zbog objave netočnih i nepotpunih informacija u medijima, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXVI. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 18., 2011., str. 643 – 651.
13. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Rezolucija br. 2200 A/XXI, 1976.
14. Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20.
15. Prančić, V., Pravo na ispravak objavljene informacije i pravo na odgovor na objavljenu informaciju, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58., br. 5., 2008, str. 1231 - 1280.
16. Pregled prakse Europskog suda za ljudska prava, Informacije o najnovijim presudama i odlukama Europskog suda za ljudska prava srpanj – rujan 2014., Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, Vlada Republike Hrvatske, str. 23 – 25.
17. Radolović, A. Odnos prava osobnosti i medijskog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2007., str.1 - 49.
18. Ružić, N., Zakonska ograničenja ili sloboda izražavanja na internetu?, *MediAnali*, 2 (4): 2008., str. 101-111.

19. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.
20. Zakon o elektroničkim medijima, Narodne novine, br. 111/21.
21. Zakon o Hrvatskoj radioteleviziji, Narodne novine, br. 137/10, 76/12, 78/16, 46/17, 73/17, 94/18.
22. Zakon o medijima, Narodne novine, br. 59/04, 84/11, 81/13.
23. Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, br. 85/08, 112/12.

Dinka Šago, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, University of Split

PROTECTION AGAINST ABUSE OF FREEDOM OF EXPRESSION AGAINST MEDIA FREEDOM

Summary: In this paper, the author analyzes the right to freedom of expression as one of the fundamental human rights, important for the development of every individual and for every democratic system. But, this right is not absolute, so we need try to determine its limits. Legal practice has developed standards that abolish discretionary decision-making in a particular right matter where conflicting rights enjoy equal protection, but the assessment of the balance between them is carried out consistently, applying the test derived from the case of Axel Springer AT vs. Germany, decided by the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR). In the present case, the ECHR states six circumstances on the basis of which it assesses whether a balance of conflicting rights has been reached in the present case. In this paper, we will mention these circumstances in the context of media freedoms.

Key words: human rights, Media, freedom of expression

GRAĐANSKOPРАВNA ZAŠTITA PRAVA NA ČAST I UGLED

Sažetak: Pravo na čast i ugled je jedno od osobnih ili ličnih, neimovinskih prava koje ima specifičnosti u pogledu svojih objekata, ali i u pogledu eventualne veze koju može ostvarivati sa pravom na privatnost. U sadržajnom smislu riječ je o uživanju dostojanstva, časti i ugleda u granicama u kojima to nije protivno tuđim pravima i zakonskim ograničenjima te ovlasti isključivanja tuđih protupravnih zahvata u navedena dobra. Nema protupravnosti ako postoji pristanak titulara ovog prava, u nužnoj obrani, u stanju nužde i u obavljanju službene dužnosti. Prilikom ocjene protupravnosti suvremeni pravni poretki uzimaju u obzir i tzv. socijalnu adekvatnost, pri čemu se primjenjuje metoda odmjeravanja interesa. Europski sud za ljudska prava je svojim presudama ukazao, između ostalog, i na to da je čl. 8. Europske konvencije primjenjiv na zaštitu ugleda osobe istakavši da ugled predstavlja dio osobnog identiteta i psihičke cjelovitosti koja obvezuje domaće sudove na njegovu zaštitu. Povreda prava na čast i ugled može biti učinjena riječju (izrečenom, napisanom) ako je uvredljivog ili klevetničkog sadržaja te djelima (uvredljivim gestama, udarcima itd.). Pravo na čast i ugled je jedan od legitimnih razloga za ograničavanje slobode izražavanja. U radu se raspravlja o teorijskim i praktičnim dilemama vezanim za ovo pravo, najprije kroz analizu sadržaja prava na čast i ugled, subjekte i objekte ovoga prava, kao i kroz građanskopravnu zaštitu, odnosno građanskopravna sredstva za otklanjanje protupravnog napada na ovo pravo. Kod fizičkih osoba, kao subjekata prava na čast i ugled, se poseban osvrt daje na osobe sa duševnim smetnjama, sudionike u kaznenom postupku, osuđene te umrle osobe. Pravne pak osobe nemaju ljudsko dostojanstvo jer nisu ljudi. Sporno je i pitanje časti pravne osobe kao njenog titulara. No, pravne osobe nedvojbeno imaju društveni ugled, zbog čega im pripadaju sve koristi koje iz toga proizilaze. Razvoj novih informacionih tehnologija aktualizira pitanja prava na čast i ugled, ukazujući na nove izazove koji zahtijevaju odgovore i rješenja primjerenija suvremnom kontekstu vremena u kome živimo.

Ključne riječi: dostojanstvo, čast, ugled, povreda časti i ugleda, građanskopravna zaštita, novčana satisfakcija, Europski sud, Europska konvencija

1. Uvod

Pravo na čast i ugled je jedno od osobnih ili ličnih, neimovinskih prava koje ima svoje specifičnosti u pogledu svojih objekata, ali i u pogledu eventualne veze koju može ostvarivati sa pravom na privatnost. Čast i ugled (engl. *honor and reputation*; njem. *Ehre und Ansehen*; franc. *honneur et réputation*) su nematerijalne

vrijednosti svojstvene svakoj fizičkoj i pravnoj osobe.¹ To su osobna dobra usko povezana sa osobnošću, ali se mogu ostvariti i *post mortem*.² Prava ličnosti su građanskopravne naravi pa je takvo i pravo na čast i ugled. Prava ličnosti su subjektivna neimovinska prava koja pravni poredak priznaje nekoj osobi povodom njezinih osobnih, neimovinskih dobara, čija povreda ugrožava samu bit čovjekova postojanja.³ Njihove osnovne karakteristike su da se stječu rođenjem, prestaju smrću, odnosno proglašenjem nestale osobe za umrlu, djeluju apsolutno, neprenosiva su i vrijednost im se ne može izraziti u novcu. Čl. 200. Zakona o obveznim odnosima Bosne i Hercegovine⁴ kaže da će sud, ako okolnosti slučaja a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, odnosno satisfakciju za povredu prava na čast i ugled.

U radu će biti više riječi o teorijskim i praktičnim dilemama kroz analizu sadržaja prava na čast i ugled, subjekte i objekte ovoga prava, kao i kroz sredstva za otklanjanje protupravnog napada na ovo pravo. Kod fizičkih osoba kao subjakata prava na čast i ugled se poseban osvrt daje na osobe sa duševnim smetnjama, sudionike u kaznenom postupku i osuđenike te umrle osobe. Pravne pak osobe nemaju ljudsko dostojanstvo jer nisu ljudi, ali imaju društveni ugled (dobar glas, engl. *goodwill*) zbog čega im pripadaju sve koristi koje od toga proizilaze. No, sporno je pitanje časti pravne osobe kao njenog titulara. Razvoj novih informacionih tehnologija aktualizira pitanje i položaj prava na čast i ugled, postavljajući nova pitanja te stavljajući sviju pred izazove koji zahtijevaju nove odgovore i rješenja.

2. Pojam i sadržaj prava na čast i ugled

Pravo na čast i ugled obuhvaća potpunu privatnu vlast glede vlastitog dostojanstva, časti i ugleda, uključujući i ovlast da se svakoga isključi od protupravnih zahvata u ta svoja dobra.⁵ S građanskopravnog stajališta postoji predmnjeva savjesnosti, odnosno poštenja osobe, a sa kaznenopravnog stajališta predmnjeva nevinosti osobe na koju se može pozivati sve dok se ne utvrdi suprotno.⁶ Fizička osoba je ovlaštena pozivati se na svoje ljudsko dostojanstvo, stvarnu, odnosno predmnjevanju čast te svoj ugled u društvenim odnosima. Pravo

1 Pezo, V. (gl. ur.), Odrednica: čast i ugled, Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 177.

2 V. Gliha, I., *Personal rights u: Blanpain, R. (ur.), International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, Family and Succession Law-Suppl. 27/05.*, str. 91.

3 Milas Klarić, I., Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010., str. 11.-13.

4 Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93, Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04., dalje: ZOO.

5 Gavella, N., Osobna prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000., str. 173.

6 *Ibid.*, str. 180.

na ljudsko dostojanstvo je osobno pravo čovjeka da bude uvažan kao subjekt, a ne upotrijebljen kao objekt, kao sredstvo za ostvarivanje tuđih ciljeva.⁷ Nijedna osoba ne može dati valjano dopuštenje drugome za negiranje njenog ljudskog dostojanstva.⁸ Po prirodi stvari, pravna osoba se ne može pozivati na dostojanstvo, ali se može pozivati na ugled, dok je čast sporna.⁹

Nisu protupravna ona zadiranja u nečiju čast i/ili ugled koja su poduzeta uz valjani pristanak njihovih nositelja. Uz ispunjenje određenih pretpostavki neće biti protupravna zadiranja u čast i ugled koja su poduzeta u nužnoj obrani, u stanju nužde i u obavljanju službene dužnosti. Prilikom ocjene protupravnosti suvremeni pravni poretki uzimaju u obzir i tzv. socijalnu adekvatnost, pri čemu se primjenjuje metoda odmjerenja interesa.¹⁰ Prema teoriji socijalne adekvatnosti svatko je dužan trpjeti one tuđe zahvate u vlastita osobna dobra koji su društveno adekvatni sa stajališta zajedničkog življenja u društvu te propuštati izvršavanje svojih prava ličnosti u onom smjeru u kojem bi to bilo neadekvatno s tog istog stajališta.¹¹ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹² pruža zaštitu pravu na čast i ugled, kao posebnom slučaju prava na privatnost, koji je zaštićen člankom 8. Europske konvencije. U st. 1. čl. 8. Europske konvencije stoji da svatko ima pravo na poštovanje svog privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. U st. 2. se dodaje kako se javna vlast neće miješati u ovo pravo, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, gospodarske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

Europski sud za ljudska prava sa sjedištem u Strasbourgu¹³ je svojim presudama ukazao na to da je čl. 8. Europske konvencije primjenjiv na zaštitu ugleda osobe,¹⁴ istakavši da ugled predstavlja dio osobnog identiteta i psihičke cjelovitosti koja obvezuje domaće sudove zaštititi ga, čak i onda kada je kritika

7 Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006., str. 168.

8 Gavella, N., *op. cit.*, str. 181.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, str. 182.

11 *Ibid.*, str. 42.-43.

12 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, usvojena je u Rimu 4. 11. 1950. Nakon što je postala članicom Vijeća Europe, Bosna i Hercegovina se obvezala potpisati ju i ratificirati u prvoj godini nakon prijama, što je i učinila 12.7. 2002. Time je preuzela obvezu uskladiti svoje zakonodavstvo s njenim odredbama. Dalje: Europska konvencija.

13 Europski sud za ljudska prava sa sjedištem u Strasbourgu, dalje: Europski sud, više o Europskom sudu v. Jurić, A., Specifičnosti shvaćanja prava na nepovredivost doma u praksi Europskog suda za ljudska prava, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, br. 10/12, str. 365.-368.

14 V. *Case of Pfeifer v. Austria, Application no. 12556/03*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83294>, 3.11.2021.

izrečena u kontekstu javne rasprave.¹⁵ Istakao je da se mora uspostaviti ravnoteža između prava na poštovanje privatnog života i prava na slobodu izražavanja, zajamčenog članom 10. Europske konvencije.¹⁶ Da bi se mogao primijeniti čl. 8. Europske konvencije, napad na pravo na ugled osobe mora postići određenu razinu ozbiljnosti i to na način kojim se dovodi u pitanje osobno uživanje prava na poštovanje privatnog života.¹⁷ Kada je riječ o internetu, Europski sud je istakao važnost testa razine ozbiljnosti.¹⁸ Naime, mnogi korisnici interneta svakodnevno objavljuju komentare na internetu, na način koji bi se mogao smatrati uvredljivim ili čak klevetničkim. Međutim, veća je vjerojatnost da je većina komentara previše trivijalna da bi mogla nanijeti značajnu štetu ugledu neke osobe. Tako, nakon što je podnositelj zahtjeva prigovorio da je njegovom ugledu nanesena šteta zbog komentara na blogu, Europski sud je bio sklon složiti se s nacionalnim sudovima da, iako je većina komentara nesumnjivo bila uvredljiva, oni su bili tek nešto ozbiljniji od „vulgarnog vrijeđanja“ kakvo nije neobično u komunikaciji na mnogim internetskim portalima. Osim toga, mnogi komentari kojima je prigovoreno, a koji su sadržavali konkretnije i potencijalno štetne navode bi, u kontekstu u kojem su napisani, čitatelji vjerojatno shvatili kao nagađanja koja se ne bi trebala shvaćati ozbiljno. U pogledu komentara trećih strana na blogu, Europski sud je naglasio da čl. 8. Europske konvencije obuhvaća pozitivnu obvezu država ugovornica osigurati učinkovitu zaštitu prava na poštovanje ugleda osobama u njihovoj nadležnosti.¹⁹

3. Subjekti prava na čast i ugled

Budući da čast i ugled, kao opće vrijednosti, pripadaju svima, napadnuti mogu biti i djeca, duševno bolesne osobe, umrle osobe te pravne osobe i društvene zajednice (država).²⁰ Subjekti prava na čast i ugled su sve fizičke osobe, pri čemu sve fizičke osobe imaju jednako ljudsko dostojanstvo, dok im se čast i ugled

15 V. *Affaire Petrina c. Roumanie, Requête no. 78060/01*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-88963%22%5D%7D>, 5.11.2021.

16 V. i *Case of Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>, 30.9.2021.; *Case of Chauvy and others v. France, Application no. 64915/01*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61861>, 30.9.2021.

17 V. *Case of BÉDAT v. Switzerland, Application no. 56925/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898>, 4.11.2021.; *Case of Medžilis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina, Application no. 17224/11*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175180>, 4.11.2021.; *Case of Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>, 5.11.2021.

18 V. *Case of Payam Tamiz v. the United Kingdom, Application no. 3877/14*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178106>, 7.11.2021.

19 V. *Case of Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden, Application no. 74742/14*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172145>, 8.11.2021.

20 Pezo, V. (gl.ur.), *op.cit.*, str. 177.

moгу razlikovati.²¹ Pravne osobe su izjednačene sa fizičkim osobama, u smislu da mogu biti nositelji prava na čast i ugled kao i fizičke osobe, ali nemaju ljudsko dostojanstvo jer nisu ljudska bića. Za razliku od suvremenih pravnih poredaka koji ne poznaju osobe kojima bi se ovo pravo institucionalno uskratilo, rimsko pravo je poznavalo nepovoljan status tzv. infamna. *Infamija*²² *immedijata* bi nastala samim time što bi osoba živjela nečasnim životom. To se odnosilo na prostituciju, dvoženstvo i dvostruke zaruke, stečaj, nečasni otpust iz vojske, ako se osoba bavila glumačkim i gladijatorskim pozivom i sl. te na osude za teška djela koja se gone po službenoj dužnosti, na nečasne delikte poput krađe, prijavare i sl., na nasilna oduzimanja tuđe stvari, namjernu povredu tuđe osobe.²³ Dakle, infamija je pogađala ne samo određena zanimanja i ponašanja (glumci, prostitutke, bigamisti, prezaduženi i sl.), nego i one koji su zlorabili odnos posebnog povjerenja (npr. iz skrbništva) te osuđene za kaznena djela (npr. krađu). Pritom se smanjivala pravna i poslovna sposobnost, koja se ogledala u gubitku glasačkog prava i prava sudjelovanja u sudskom postupku, nemogućnosti zaključenja braka s osobom iz višeg društvenog sloja, bezvrijednosti ili smanjenoj vrijednosti svjedočkog iskaza i sl. Srednjovjekovlje je, donekle, izmijenilo pretpostavke infamije (npr. pogađala je i zelenaše), kao i njezine posljedice (postojala je npr. nemogućnost sastavljanja valjane oporuke). Suvremeno pravo je napustilo koncept infamije.²⁴ Danas, premda su sve osobe jednake pred zakonom, po pitanju prava na čast i ugled, ne može se govoriti o jednakosti. Svaka osoba ima svoje stvarne, ili barem predmnjevane, vrijednosti i zasluge o kojima ovisi njena čast.²⁵ Zadiranjem u ugled neke osobe može se utjecati na njene društvene odnose poput obiteljskih, imovinskih (utjecaj na kreditnu sposobnost i sl.).²⁶

4.1. Fizičke osobe kao subjekti prava na čast i ugled

Subjekti prava na čast i ugled su prvenstveno fizičke osobe, bez obzira na starosnu dob, spol, eventualne psihofizičke smetnje itd.²⁷ Poseban osvrt će se dati na osobe s duševnim smetnjama, sudionike u kaznenom postupku, osuđeničke te umrle osobe. Sve fizičke osobe imaju jednako ljudsko dostojanstvo, ali čast i ugled se mogu razlikovati.

21 Gavella, N., *op. cit.*, str. 176.

22 Infamija od latinske riječi *infamia* (*infamis* – sramotan, ozloglašen, na zlu glasu), podlost, besramnost, nečasno djelo, nečasnost, sramota, nepoštenje, gadost, gnusnost, ljaga, niskost, prljavost u postupcima, poročnost, bestidnost prema Klaić, B., Rječnik stranih riječi, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 586.

23 Gavella, N., *op. cit.*, str. 176., bilješka 436.

24 Pezo, V. (gl. ur.), *Odrednica: infamija*, *op. cit.*, str. 444.

25 Gavella, N., *op. cit.*, str. 175.

26 *Ibid.*

27 Rašović, Z. P., *op. cit.*, str. 168.

4.1.1. Osobe s duševnim smetnjama kao subjekti prava na čast i ugled

Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom (2008)²⁸ je jedan od najvažnijih međunarodnih instrumenata za zaštitu prava osoba s invaliditetom, što uključuje i mentalni invaliditet. Neprijeporna je važnost poštovanja dostojanstva osobe s duševnim smetnjama,²⁹ kao i uvažavanje njenog najboljeg interesa, kao najvažnijeg kriterija u odlučivanju o pitanjima koja se nje tiču. Čl. 5. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH naglašava da se njihovo dostojanstvo mora štititi u svim okolnostima, da imaju pravo na zaštitu od bilo kakvog oblika zlostavljanja i ponižavajućeg postupanja te da ne smiju biti dovedene u neravnopravan položaj u odnosu na druge fizičke osobe. Isto je definirano i čl. 4. st. 4.-5. Zakona o zaštiti lica sa mentalnim poremećajima BD BiH. Čl. 4. Zakona o zaštiti mentalnog zdravlja RS kaže da se načelo zaštite dostojanstva ostvaruje kroz pravo na humani tretman građanina u zaštiti mentalnog zdravlja, uz puno poštovanje ljudskog dostojanstva te fizičkog i duhovnog integriteta.

Zdravstveni djelatnici u obavljanju svojih dužnosti trebaju, što je moguće manje, ograničavati njihove slobode i prava te im, što je moguće manje, uzrokovati fizičke i psihičke neugodnosti. Komisije za zaštitu osoba sa duševnim smetnjama imaju zadatak, između ostalog, pratiti poštivanje ljudskih prava i sloboda i dostojanstva osoba sa duševnim smetnjama sukladno čl. 52d Zakona o duševnim

²⁸ Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju stupili su na snagu 3.5.2008. Više o tome: Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba s invaliditetom i propisi Bosne i Hercegovine, <http://www.untz.ba/uploads/file/centri/centar%20za%20podrsku%20studentima/akti/Konvencija%20ujedinjenih%20nacija%20o%20pravima%20osoba%20s%20invaliditetom%20i%20propisi%20Bosne%20i%20Hercegovine.pdf>,

²⁹ 15.9.2021. Svrha ove Konvencije je unaprjeđenje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda osoba s invaliditetom, uključujući i mentalni invaliditet te unaprjeđenje poštivanja njihovog urođenog dostojanstva. Ona, između ostalog, doprinosi da osobe s mentalnim invaliditetom budu "subjekti" koji imaju prava i koji su u stanju tražiti zaštitu tih prava, slobodno odlučivati o svom životu i biti aktivni članovi društva.

²⁹ Prema čl. 3. t. 1. Zakona o duševnim smetnjama FBiH (Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13) osoba sa duševnim smetnjama je duševno bolesna osoba, osoba sa duševnim poremećajem, nedovoljno duševno razvijena osoba, ovisnik o alkoholu ili drogama ili osoba sa drugim duševnim smetnjama. U t. 2. istog članka se osoba s težim duševnim smetnjama definira kao osoba koja nije u mogućnosti shvatiti značenje svog postupanja ili ne može vladati svojom voljom ili su te mogućnosti smanjene, u tolikoj mjeri, da je neophodna psihijatrijska pomoć. Zakon o zaštiti mentalnog zdravlja RS (Službeni glasnik RS, br. 67/20) u svom čl. 9. navodi da je mentalno zdravlje stanje psihičkog blagostanja u kojem osoba ostvaruje svoj potencijal, može se nositi sa stresorima svakodnevnog života, radi produktivno i plodno te pridonosi svojoj društvenoj sredini. Smetnju u mentalnom zdravlju se naziva mentalnozdravstvenim problemom. Mentalni poremećaj se definira kao razvijeno, klinički ispoljeno i dijagnosticirano psihijatrijsko oboljenje koje, u različitoj mjeri, interferira sa kognitivnim, emocionalnim ili socijalnim sposobnostima neke osobe i u različitom stupnju ometa ili utječe na svakodnevno funkcioniranje. Osobe sa smetnjama u mentalnom zdravlju su osobe koje imaju mentalni problem, mentalni poremećaj, poremećaj i/ili oštećeno funkcioniranje povezano sa distresom, simptomima ili klinički izraženim mentalnim poremećajem. Zakon o zaštiti lica s mentalnim poremećajima BD BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 12/2006) u svom čl. 3. t. 1. osobu s mentalnim poremećajem definira kao osobu koja ostvaruje mentalno – zdravstvenu zaštitu zbog mentalnih poremećaja ili bolesti.

smetnjama FBiH³⁰ te čl. 38c Zakona o zaštiti lica s mentalnim poremećajima BD BiH. Čl. 27. Zakona o zaštiti mentalnog zdravlja RS ističe da Komisija za zaštitu prava osoba sa smetnjama u mentalnom zdravlju u sprovođenju medicinske intervencije obavlja zadatke kojima se osigurava zaštita prava osoba sa smetnjama u mentalnom zdravlju kroz usmjeravanje rada i aktivnosti u zaštiti mentalnog zdravlja, koja se zasnivaju na načelima profesionalne etike i deontologije.

4.1.2. Sudionici u kaznenom postupku i osuđenici kao subjekti prava na čast i ugled

Sudionici u kaznenom postupku i osuđenici imaju pravo na čast i ugled, zbog čega se s njima treba postupati čovječno i poštivati njihovo dostojanstvo. Prema čl. 11. st. 2. Zakona o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine,³¹ sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratificirala. Sukladno čl. 155. st. 1.-2. ZKP FBiH pritvor se izvršava na način da se ne vrijeđa osobu i dostojanstvo pritvorenika. Ovlaštene osobe sudske policije i istražne institucije, pri izvršavanju pritvora, smiju upotrijebiti prinudna sredstva samo u slučajevima određenim zakonom. Dakle, javni tužitelj i druga državna tijela i organizacije prilikom prikupljanja obavijesti i davanja podataka trebaju postupati obzirno, pazeći da ne naškode časti i ugledu osoba na koje se ti podaci odnose. Određivanjem pritvora osobi, ne smiju se vrijeđati njena osoba i dostojanstvo. Prava i slobode pritvorenika mogu biti ograničeni samo u mjeri potrebnoj da se ostvari svrha radi kojeg je određen pritvor, spriječi bjekstvo pritvorenika, spriječi počinjenje kaznenog djela i otkloni opasnost po život i zdravlje ljudi. Dakle, prilikom izvršenja kaznenopravnih sankcija počiniteljima kaznenih djela smiju se ograničiti njihova prava i slobode samo u onoj mjeri koja odgovara vrsti kaznenopravne sankcije i njezinoj posebnoj svrsi koju je zakon odredio.

Prema čl. 10 st. 2. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske³² sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima, koje je ratificirala Bosna i Hercegovina, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog

30 U čl. 52a ovog Zakona stoji da se pored komisije iz člana 51. ovog zakona, koja djeluje pri zdravstvenim ustanovama, osniva i Komisija za praćenje zaštite prava osoba sa duševnim smetnjama FBiH. Ova komisija je stručno i nezavisno savjetodavno tijelo Federalnog ministarstva zdravstva koje prati provođenje zaštite prava osoba sa duševnim smetnjama u zdravstvenim ustanovama primarne, sekundarne i tercijarne zdravstvene zaštite. Ta komisija prati i zaštitu prava osoba sa duševnim smetnjama smještenih u ustanovama socijalne zaštite, osnovanim u skladu sa Zakonom o preuzimanju prava i obaveza osnivača nad ustanovama socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 31/08 i 27/12).

31 Zakon o kaznenom postupku FBiH, Službene novine FBiH, br. 35/03, 56/03- ispr., 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 I 74/20, dalje: ZKP FBiH.

32 Zakon o krivičnom postupku RS, Službeni glasnik RS, 53/12, 91/17, 66/18 i 15/21., dalje: ZKP RS.

zakona. Isto je i u čl. 10 Zakona o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.³³ U čl. 282. st. 1.-2. ZKP RS stoji da će sudac, odnosno predsjednik vijeća zaštititi svjedoka, između ostalog, i od vrijeđanja na način da će upozoriti ili novčano kazniti svakog sudionika u postupku ili bilo koju drugu osobu koja vrijeđa svjedoka pred sudom. Isto je i u čl. 267 ZKP BD BiH. Naime, čl. 267. st. 3-4 ZKP BD kaže da u slučaju ozbiljne prijetnje svjedoku, sudac, odnosno predsjednik vijeća će obavijestiti tužitelja radi poduzimanja kaznenog gonjenja. Na prijedlog stranke ili odvjetnika, sudac, odnosno predsjednik vijeća naredit će policijskim tijelima poduzimanje mjera neophodnih za zaštitu svjedoka.

4.1.3. Čast i ugled umrle osobe

U teoriji se postavljaju pitanja poput postoji li pravo na čast i ugled umrle osobe, tko je nositelj tog prava (pokojnik, njegovi nasljednici ili pak članovi pokojnikove obitelji) te kako se to pravo izvršava ako je više nositelja pokojnikova prava na čast i ugled. Ovdje nije riječ je o pravu na čast i ugled umrloga koje bi druge osobe izvršavale umjesto umrloga. Riječ je o pravu tih osoba na duševni integritet, što uključuje njihov osjećaj pijeteta za umrlu osobu.³⁴ Pijetet³⁵ inače označava “duboko poštovanje prema kome ili prema čemu, ali obično prema mrtvim osobama.”³⁶ Za neke fizičke osobe, poput jednomjesečne bebe, ne može se reći da imaju pravo na pijetet kao element prava na duševni integritet.³⁷ Budući da se radi o subjektivnom pravu žive osobe, potencijalno mogu konkurirati sva moguća sredstva pravne zaštite pa tako i pravo na naknadu nematerijalne štete.³⁸ Povrede pokojnikove uspomene uzrokuju duševne boli, zbog čega je posve prirodno zaštititi istu, kao najveću dragocjenost, i to dominantno građanskopravnim sredstvima.³⁹

Zanimljivo je da se poznati njemački filozof Immanuel Kant, na poseban način, zauzimao za postmortalnu zaštitu ličnosti u svojim pravnim spisima, naglašavajući obvezu nadživjelih štiti uspomenu na umrle i to ne samo kao obvezu prema njima nego i kao obvezu prema sebi. Tvrdio je da za svojstvo tužitelja nije potrebno dokazivati postojanje bilo kakve osobne štete “jer jedna

33 Zakon o krivičnom postupku BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19, 16/20., dalje: ZKP BD BiH.

34 Gavella, N., *op. cit.*, str. 178.

35 Više o pravu na pijetet v. Jurić, A., Pravo na duševni integritet u kontekstu građanskopravne zaštite, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, br. 17/19, str. 262.-264.

36 Anić, V.; Goldstein, I., Rječnik stranih riječi, Novi Liber, Zagreb, 1999., str. 990.

37 Druga dva elementa prava na duševni integritet su pravo na slobodu volje i prava koja nastaju usljed smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe. V. Rašović, Z P., *op. cit.*, str. 178.

38 Dropulić, J., Pravo na privatni život i duševni integritet, Vizura, Zagreb, 2002., str. 250.-253.

39 Javnopravna zaštita vjerojatno bi se odnosila na uži krug ljudi, tzv. istaknutih ličnosti. Međutim, i u tom slučaju ona bi usporavala i otežavala argumentirano povijesno vrednovanje tih osoba i njihovih postupaka, što je u suprotnosti s javnim karakterom njihovog djelovanja. Izvor: Dropulić, J., *op. cit.*, str. 254., bilješka 581.

nedokazana optužba, u perspektivi, izvrgava potencijalnoj opasnosti i druge, da im se u slučaju smrti dogodi ista stvar”.⁴⁰

4.2. Pravne osobe kao subjekti prava na čast i ugled

Pravne osobe nemaju ljudsko dostojanstvo jer nisu ljudi, ali su ljudske tvorevine nastale na temelju prava fizičkih osoba da se udružuju (korporacije), odnosno da raspolažu svojom imovinom (zaklade).⁴¹ Imaju društveni ugled, zbog čega im pripadaju sve koristi koje od toga proizilaze. Riječ je o predodžbi koja je u javnosti stvorena o djelatnosti pravne osobe (primjerice kakvoći njezinih proizvoda ili usluga).⁴² Do povrede ugleda može doći ako npr. banka odbije isplatiti ček premda postoji bankovno pokriće. Remitent i poslovni partneri trasanta čeka mogu pomisliti da je isplata čeka odbijena zbog nepostojanja pokrića, što negativno utječe na poslovni ugled trasanta.⁴³ Međutim, neki autori smatraju da je sporno imaju li pravne osobe čast.⁴⁴

Pravnoj osobi se priznaje da ima ugled, ali se primjenjuje subjektivna koncepcija nematerijalne štete, prema kojoj se vidovi nematerijalne štete ispoljavaju kroz psihičke doživljaje (strah, fizička bol ili duševne patnje) te su zbog toga svojstveni isključivo fizičkim osobama.⁴⁵ Pravna osoba nije osoba koja bi mogla imati osjećaje, zbog čega ne može tražiti novčanu satisfakciju u slučaju, primjerice, povrede poslovnog ugleda.⁴⁶ Francuska pravna teorija pravi razliku između materijalnih i moralnih sastojaka imovine fizičkih i pravnih osoba. Moralna imovina ima svoju društvenu i afektivnu stranu. Društvenu stranu čine čast, ugled, poštovanje i sl., dok afektivnu čine moralni i religijski osjećaji i uvjerenja. Pravna osoba može pretrpjeti nematerijalnu štetu povredom društvene strane moralne imovine te zahtijevati kako nenovčani oblik popravljivanja štete (objava sudske odluke, ispravka i sl.), tako i novčani.⁴⁷ Shvaćanja Europskog suda ukazuju na

40 *Ibid.*, str. 244.

41 Gavella, N., *op. cit.*, str. 175., bilješka br. 435.

42 Crnić, I., Povreda prava osobnosti pravne osobe na ugled, dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku, u: Grubić V. (ur.), *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 241., bilješka br. 11., dalje: Crnić, I., *Povreda prava osobnosti...*

43 Vrhovšek, M.; Kozar, V., *Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica*, *Pravna riječ*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, br. 20/09., str. 58.

44 Gavella, N., *Osobna prava*, Zagreb, 2000., str. 181.

45 Vrhovšek, M.; Kozar, V., *Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica*, *Pravna riječ*, Banja Luka, 2009., str. 55.

46 Sudska praksa je odredbu čl. 200. ZOO-a interpretirala tako da se novčana satisfakcija može dosuditi samo fizičkoj osobi, a da pravna osoba, čak i kada joj je povrijeđen poslovni ugled, zbog svoje prirode ne može trpjeti boli i strah. Izvor: Klarić, P., *Neimovinska šteta pravne osobe u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005., str. 54.

47 Mazeaud, H. LJ.; Chabas, F., *Leçon de droit civil, t. II, vol. I, Obligations, théorie generale*, Paris, 1991., str. 405. prema Vrhovšek, M.; Kozar, V., *op.cit.*, str. 57.

to da treba regulirati pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava na ugled pravne osobe, što su ispoštovale neke od zemalja regiona (Republika Hrvatska i Republika Slovenija) jer su u svojim propisima obveznopravne prirode unijele izmjene koje doprinose harmonizaciji domaćeg prava sa pravom Europske unije.⁴⁸

5. Objekti prava na čast i ugled

U objekte prava na čast i ugled spadaju: ljudsko dostojanstvo, čast i ugled. Dostojanstvo, čast i ugled jesu različita osobna dobra, ali se, u praktičnom pogledu, teško mogu odvojeno tretirati.⁴⁹ Ljudsko dostojanstvo znači biti tretiran kao čovjek, a ne kao stvar ili sredstvo. Svaka fizička osoba je ljudsko biće te stoga ima i ljudsko dostojanstvo. Pritom nisu bitne psihičke i fizičke kvalitete neke osobe, što znači da i osoba sa najnegativnijim moralnim i drugim osobinama ima, također, ljudsko dostojanstvo. Fizička osoba nije ovlaštena odreći se ljudskog dostojanstva.⁵⁰ Povreda ljudskog dostojanstva nastaje radnjama kojima se čovjeku odriču kvalitete subjekta, poput napada na čast čovjeka, pozivanja na njegov bojkot, prodaja ljudskog bića itd.⁵¹

Čast je skup nematerijalnih vrijednosti koje su svojstvene svakom ljudskom biću u društvenoj zajednici. To mogu biti vrijednosti koje čovjek ima kao pripadnik ljudskog roda (ljudsko dostojanstvo), kao nositelj pozitivnih moralnih vrijednosti (moralna čast), kao pripadnik određenog spola (spolna čast), kao pripadnik određenog naroda (nacionalna čast) itd.⁵² Čast može biti unutarnja i vanjska. Unutarnja čast je vlastiti osjećaj za posjedovanje navedenih vrijednosti, dok vanjska čast predstavlja priznavanje tih vrijednosti od strane društvene okoline.⁵³ Neki čast jednostavno definiraju kao osobni osjećaj vrijednosti. Čast je mišljenje koje određena osoba ima o sebi kao pripadniku ljudskog društva ili uže zajednice čiji vrijednosni sustav prihvaća. Osjećaj gubljenja časti ne mora nastupiti kod osobe i pored osude šire društvene zajednice, ako je podržana od strane grupe ljudi kojoj ta osoba pripada i kojoj odobrava određeno ponašanje. Također i suprotno tome, kada osoba prihvaća vrijednosti šire društvene zajednice

48 Tako u predmetu UMD v. Ukraina, zahtjev br. 72713/01 od 29.3.2005. podnositelj zahtjeva je pravna osoba koja je proglašena odgovornom za klevetu pred nacionalnim sudom "uspostavljena je sudska praksa da Sud može dodijeliti naknadu na ime nematerijalne štete pravnoj osobi...i poduzeću dodijelio punu svotu tražene nadoknade na ime nematerijalne štete, 33 000 eura." Izvor: *Ibid.*, str. 60.-61.

49 Gavella, N., *op. cit.*, str. 174.

50 *Ibid.*, str. 175.

51 Rašović, Z. P., *op. cit.*, str. 168.

52 Pezo, V. (gl. ur.), *Odrednica: čast i ugled, op. cit.*, str. 177.

53 *Ibid.*, str. 177.

ne mora imati osjećaj gubljenja časti zbog lošeg mišljenja neke grupe ljudi o njemu.⁵⁴

Ugled, dobar glas, reputacija, renome je skup nematerijalnih vrijednosti koje osoba stječe svojim ponašanjem i radom u društvenoj zajednici (u profesiji, u djelatnosti, društvenom angažmanu).⁵⁵ Ugled je slika koja o nekoj osobi i njezinim moralnim i drugim kvalitetama postoji u društvu, s tim da postoji presumpcija o postojanju ugleda. Ona može odražavati ili ne odražavati stvarnost, odnosno može biti ispravna i pogrešna. Ugled se može različito tumačiti i vrednovati od strane različitih društvenih grupa.⁵⁶

6. Povrede objekata prava na čast i ugled

Općenito, radnje koje su umjerene na uskraćivanje časti i ugleda su: omalovažavanje, izrugivanje, prijezir, ismijavanje, ponižavanje, nepoštovanje, ocrnjivanje, oštećivanje ugleda i moralne reputacije i sl. Povrede mogu biti učinjene: riječju (izrečenom, napisanom) ako je uvredljivog ili klevetničkog sadržaja i djelima (uvredljivim gestama, udarcima itd.). Povreda časti može nastati u slučajevima kada je navedena činjenica neistinita ili kada je ova istinita, pod uvjetom da je zabranjeno iznošenje takvih činjenica. Čast i ugled se najčešće povređuju uvredom ili klevetom.⁵⁷ Uvreda predstavlja izražavanje omalovažavanja drugog, odnosno nepoštivanje tuđe časti, dostojanstva i ugleda. Odnosi se na pripočavanje istinite i uvjerljive tvrdnje i vrijednosnih sudova, koji inače ne podliježu ocjeni istinitosti.⁵⁸ Uvreda može biti učinjena riječima, djelom i znakovima. Nepristojno ponašanje ne znači uvijek uvredu, nego je za njen nastanak potrebna gruba nepristojnost i /ili primitivizam.⁵⁹ Kleveta predstavlja iznošenje ili prenošenje o drugome nečega neistinitog, što može škoditi njegovoj

54 Rašović, Z. P., *op. cit.*, str. 168.

55 Pezo, V. (gl. ur.), *Odrednica: čast i ugled, op. cit.*, str. 177.

56 Rašović, Z. P., *op. cit.*, 168.

57 Što se tiče klevete, tretirana je kao kažnjivo djelo od strane prvih antičkih država. Smrtna kazna za klevetnika se spominje i u Hamurabijevom zakoniku, dok se u prvoj fazi razvoja rimskog carstva klevetnike teško fizički kažnjavalo. U rimskom pravu je kasnije ustanovljen poseban delikt *iniuria* (napad na čast i ugled rimskog građanina) koji je mogao koristiti posebnu tužbu *actio iniuriam* kojom se tražila novčana satisfakcija za nanesenu povredu. U srednjem vijeku Crkva je klevetu najčešće sankcionirala kroz priznanje neosnovanosti tvrdnje u nazočnosti svećenika te uz ispriku oklevetanom. Postojao je i običaj da se čast i ugled brane u dvoboju. Francuska i Italija su imale formalne kodifikacije i upute koje su regulirale pravila dvoboja. O tome: Čolaković, M.; Bubalo, L., *Građanskopravna odgovornost za klevetu u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, br. 12/14, str. 353.-354.

58 Rašović, Z. P., *op. cit.*, str. 169.

59 Crnić, I., *Povreda prava osobnosti...*, str. 241.

časti i ugledu u njegovom poslovnom okruženju.^{60 61} Može biti učinjena izravnom izjavom, ali i insinucijom.⁶² Iznošenje ili prenošenje neistinitih navoda može se odnositi na znanje, sposobnost, prošlost ili nešto drugo vezano za oštećenog, pod uvjetom da štetnik zna ili mora znati da je riječ o neistini.⁶³ Nema protupravnosti ako postoji pristanak, u nužnoj obrani, u stanju nužde i u obavljanju službene dužnosti. Što se tiče pravne osobe, može doći do povrede prava ličnosti na ugled, dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku.⁶⁴

Posebnu težinu imaju povrede prava na čast i ugled koje su počinjene određenim objavama u medijima. Sloboda izražavanja je jako važna, ali ona nije apsolutna vrednota. Svaka sloboda implicira određene dužnosti i odgovornosti. "Sloboda izražavanja često se zloupotrebljava te ponekad degenerira u razuzdanost. Riječ je o zlu koje je nedjeljivo od dobra s kojim je udruženo."^{65, 66} Nažalost, u medijima objavljivanje neistina djeluje po zakonu spojenih posuda, odnosno objavljenu laž u jednom mediju, ostali mediji prenose vrlo brzo, bez ikakve kritičke prosudbe i provjere istinitosti ili na njoj grade zaključke i komentare uzimajući je kao istinitu.⁶⁷ Devetnaesto i dvadeseto stoljeće obilježeno je borbom da se medijima

60 *Ibid.*

61 Čl. 4. (d) Zakona o zaštiti od klevete FBiH (Službene novine FBiH, 19/03, 73/05, dalje: ZZK FBiH) te Zakon o zaštiti od klevete BD BiH (Službene novine BD BiH br. 14/03, dalje: ZZK BD BiH) definira klevetu kao radnju nanošenja štete ugledu fizičke ili pravne osobe iznošenjem ili pronošenjem izražavanja neistinitih činjenica te fizičke ili pravne osobe trećoj osobi. Čl. 5 st. 1. Zakona o zaštiti od klevete RS (Službeni glasnik RS, br. 37/1, dalje: ZZK RS) pak sadržaj klevete određuje kroz odgovornost za klevetu na način da se njome označava prouzrokovanje štete ugledu fizičke ili pravne osobe iznošenjem ili pronošenjem izražavanja nečeg neistinitog, identifikacijom te osobe trećoj osobi.

62 Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 241.

63 Bešlagić, J.; Mujkić, A., Odgovornost štetnika i pravne posljedice osude za klevetu prema relevantnom zakonodavstvu u Federaciji Bosne i Hercegovine, Godišnjak Pravnog fakulteta, Univerzitet "Džemal Bijedić" u Mostaru, Pravni fakultet, br. 4/20., str. 276.

64 Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 246.-247.

65 Alaburić, V., Povreda prava osobnosti informacijama u medijima u: Grubić, V. (ur.), Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 13., bilješka br. 30. Američki autori su davne 1890. godine zapisali: "Tisak u svim smjerovima prekoračuje jasne granice pristojnosti i uljudnosti. Glasine nisu više rasonoda besposlenih i zlih, već su postali djelatnost praćena industrijom kao i drskošću". Warren, S. S.; Brandeis, D. L., *The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5 December 1890*, str. 196. prema Pichler, D., Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, Veleučilište u Šibeniku, Šibenik, br. 3-4/15., str. 14, bilješka br.30.

66 Poznati hrvatski novinar i pisac Ante Gavranović je duhovito zapazio da u medijima, okrenutima podivljaloj komercijalizaciji umjesto donedavnih tri E (ekonomija, edukacija i etika), sve više prevladavaju tri S (skandal, seks i sport). Izvor: Crnić, I., Povreda prava osobnosti... str. 245., bilješka br. 11.

67 Skoko, B; Bajš, D., Objavljivanje neistina i manipuliranje činjenicama u hrvatskim medijima i mogućnost zaštite privatnosti časti i ugleda, Politička misao: časopis za politologiju, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, br. 1/07, str. 97., bilješka br. 15.

osigura sloboda izvješćivanja, dok je dvadeset prvo stoljeće obilježeno borbom s medijima da se stečenom slobodom koriste odgovorno, u smislu činjenične utemeljenosti te prethodne provjere svega.^{68, 69}

7. Sredstva za otklanjanje protupravne povrede prava na čast i ugled

Zaštita se ostvaruje putem suda (odnosno druge nadležne vlasti) kao građanskopravna i kaznenopravna. Obično se kod uvrede i klevete pruža kaznenopravna zaštita, na način da se pokreće postupak privatnom tužbom kaznenom sudu. Međutim, Bosna i Hercegovina je odgovornost za klevetu smjestila u područje građanskog prava.⁷⁰ Zakoni o zaštiti od klevete štite samo ugled, a ne i čast oštećene osobe niti je štite od uvreda, što je ostalo u domeni zaštite ZOO-a.⁷¹ U područje građanskopravne odgovornosti za štetu nastalu ugledu fizičke i pravne osobe iznošenjem ili pronošanjem nečeg neistinitog uvedena su nova, posebna pravila odgovornosti kojima su se nastojala postaviti prihvatljiva ograničenja pravu na slobodu izražavanja.⁷² Neka od tih pravila se odnose i na izuzetke od odgovornosti za klevetu. No, ona su dosta neodređena i široko postavljena, ostavljajući tako prostor za njihovo široko tumačenje, rezultat čega je neujednačena sudska praksa i često utvrđivanje povreda prava na čast i ugled, odnosno prava na slobodu izražavanja.⁷³ Jedna od dilema se odnosi i na pravilno tumačenje izuzetaka od odgovornosti za klevetu.

Sukladno čl. 6. st. 2. ZZK FBiH i čl. 6. st. 2. ZZK BD BiH svaka osoba je odgovorna za štetu koju je prouzrokovana klevetom, s tim da se posebno određuje odgovornost autora, urednika, izdavača i osobe koja je, na drugi način, vršila

68 Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 244.

69 Korištenje činjenica ne smije prijeći u vrijeđanje i ponižavanje. Kritika može biti oštra, teška, sarkastična, ali ne i uvredljiva u smislu difamiranja. Izvor: Crnić, I., Povreda prava osobnosti, str. 248.

70 Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu je 30.7.1999. godine donio Odluku o rekonstruiranju sustava javnog emitiranja u Bosni i Hercegovini i o slobodi informiranja i ukidanju kaznenih sankcija za uvredu i klevetu, sa obrazloženjem da je postojanje i primjena odredaba o kaznenom progonu za kaznena djela uvrede i klevete imalo obeshrabrujući utjecaj na novinarske slobode. Naloženo je entitetima da usvoje neophodne zakone kako bi u građanskom postupku uspostavili pravne lijekove za klevetu, uvredu i verbalnu uvredu, sukladno Europskoj konvenciji. Što se tiče građanskopravne zaštite, do tada je građanskopravna odgovornost za povredu prava na čast i ugled proizilazila iz odredaba ZOO-a za koje se smatralo da nisu dovoljni kako bi se zaštitilo pravo na slobodu izražavanja. O tome: Dragičević, F., Izuzeci od građanskopravne odgovornosti za klevetu prema zakonima o zaštiti od klevete u Bosni i Hercegovini, Pravna misao (Sarajevo), br. 1-2/18, str. 64.

71 Dragičević, F., Izuzeci od građanskopravne odgovornosti za klevetu prema zakonima o zaštiti od klevete u Bosni i Hercegovini, Pravna misao, časopis za pravnu teoriju i praksu, Federalno ministarstvo pravde, Zavod za javnu upravu, br. 1-2/18, str. 66.

72 *Ibid.*, str. 62.-63.

73 *Ibid.*

nadzor nad sadržajem tog izražavanja.⁷⁴ Čl. 5. st. 1. ZZK RS sadrži odredbu koja se različito tumači u teoriji i praksi određujući da je za klevetu odgovorna svaka poslovno sposobna osoba (a ne deliktno sposobna kao u prethodna dva zakona) koja prouzrokuje štetu ugledu fizičke ili pravne osobe iznošenjem ili pronošenjem izražavanja nečeg neistinitog, identificirajući tu osobu trećoj osobi, ako je ta osoba prouzrokovala štetu u svojstvu autora, urednika ili izdavača izražavanja, ili u svojstvu osobe koja je na neki drugi način efikasno kontrolirala sadržaj tog izražavanja, kao i pravna osoba koja je objavila izražavanje. Ono što je zajedničko u sva tri spomentu zakona jest da se odgovornost za štetu učinjenu iznošenjem ili pronošenjem neistinitog izražavanja zasniva na krivnji štetnika, odnosno na namjeri ili nepažnji (čl. 6. st. 3. ZZK FBiH i čl. 6. st. 3. ZZK BD te čl. 5. st. 2. ZZK RS).⁷⁵

Tu je i samopomoć (defenzivna tj. nužna obrana) koja se može primjeniti ako su ispunjene pretpostavke za njenu primjenu. U slučaju povrede prava na čast i ugled zaštita se može ostvariti i putem dopuštene samopomoći. Sukladno čl. 162. st. 2. ZOO-a, pod dopuštenom samopomoći podrazumijeva se pravo svake osobe na otklanjanje povrede prava kada neposredno prijeti opasnost, ako je takva zaštita nužna i ako način otklanjanja povrede prava odgovara prilikama u kojima opasnost nastaje. Ako se osoba čije se pravo na čast i ugled povrijeđuje posluži dopuštenom samopomoći kako bi otklonila tu povredu, neće odgovarati za štetu koja je nastala onome koji je ugrozio njezino pravo na čast i ugled (čl. 162. st. 1. ZOO-a). ZOO kroz kvazinegatorski zahtjev, zahtjev za naknadu materijalne štete, zahtjev za naknadu nematerijalne štete te zahtjev zbog stjecanja bez osnove štiti ovo osobno dobro, pod uvjetom da postoji krivnja počinitelja delikta.

7.1. Kvazinegatorski zahtjev

Čl. 157. st. 1. kaže da svatko ima pravo od suda ili drugog nadležnog tijela zahtijevati da isti naredi prestanak radnje kojom se povređuje njegovo pravo ličnosti. Može tražiti da se naredi prestanak radnje pod prijetnjom plaćanja

74 Nabrojane osobe mogu biti tužene pojedinačno, ali i sve zajedno. Mogu biti tužene i osobe koje nisu profesionalni novinari i urednici, ali su autori izjava i govora koji može imati elemente klevete, a koji su preneseni/objavljeni u medijima. Novinar može biti oslobođen odgovornosti kada izvještuje iz parlamenta, vlade ili suda zbog toga što poslanici, ministri, suci i drugi u tim tijelima uživaju zakonski imunitet koji se, u ovom slučaju, prenosi i na novinare. Istina, novinari nemaju apsolutnu zaštitu po ovoj zakonskoj osnovi jer zakoni obvezuju sudove na razmatranje i drugih okolnosti (način, vrijeme, prenošnje itd.). Tako je moguće da sudovi neće uvažiti pozivanje na ovu zakonsku odredbu ako su npr. izjave stare duže vrijeme, zasnovane na neistinama i u kojima ima elemenata klevete jer bi se to moglo protumačiti kao neprofesionalno ponašanje. Izvor: 100 prvih pitanja o pravima medijskih uposlenika u Bosni i Hercegovini., https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf, 5.11.2021.

75 Nema klevete ako ne sadrži četiri elementa: 1. šteta, 2. neistinite činjenice, 3. iznošenje ili pronošenje i 4. priopćena je trećim osobama. V. 100 prvih pitanja o pravima medijskih uposlenika u Bosni i Hercegovini, Priručnik za novinare i medijske uposlenike, https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf, 5.11.2021.

određene novčane svote, koja može biti određena ukupno ili po jedinici vremena, a u korist povrijeđenoga. (čl. 157. st. 2. ZOO). Tako, osoba kojoj je povrijeđeno pravo na čast i ugled može od suda ishoditi presudu kojom će tuženiku biti naređeno npr. skidanje nekog uvredljivog natpisa, ili prestanak slanja pisama klevetničkog sadržaja, prestanak uvredljivog ili klevetničkog nazivanja telefonom i sl.⁷⁶ Dok se ne postupi po toj naredbi, tuženik će biti dužan plaćati tužitelju određene penale. U ZOO RH izostavljena je odredba iz st. 2. koja predviđa ovlasti suda ili drugog nadležnog tijela da naredi prestanak radnje pod prijetnjom određenog novčanog iznosa u korist oštećenika zbog toga što je ona penalnog karaktera te spada u ovršno, a ne obvezno pravo.⁷⁷ Međutim, dotadašnja odredba je dopunjena ovlaštenjem suda ili drugog nadležnog tijela da, pored prestanka radnje kojom se vrijeđa pravo ličnosti odnosno pravo osobnosti, može narediti i uklanjanje njome prouzročenih posljedica. Dakle, odredba čl. 1048. ZOO RH obuhvatila je obje poznate tužbe za zaštitu prava ličnosti, odnosno prava osobnosti: tužbu na propuštanje radnje i tužbu na otklanjanje posljedica radnje kojom se vrijeđa pravo ličnosti, odnosno osobnosti pravne osobe. Prvom će se primjerice, zahtijevati prestanak odnosno zabrana određene radnje kao što je postavljanje plakata kojim se narušava ugled pravne osobe, a drugom uklanjanje već postavljenih plakata. U ovom slučaju, u praksi obje tužbe će se spojiti u jednu.⁷⁸

7.2. Zahtjev na naknadu materijalne štete

Sukladno čl. 198. st. 1. ZOO-a tko drugome povrijedi čast, a i tko iznosi ili prenosi neistinite navode o prošlosti, znanju, sposobnosti ili nečem drugom određene osobe, a zna ili bi morao znati da su isti neistiniti, dužan mu je naknaditi materijalnu štetu koja nastane, kao posljedica svega navedenog. U st. 2. istog članka ZOO-a kaže se da za uzrokovanu štetu neće odgovarati onaj tko je neistinito priopćenje o oštećeniku učinio ne znajući da je neistinito, ali samo ako je on ili onaj kome je priopćenje učinio imao u tome ozbiljnog interesa. Je li postojao ‘‘ozbiljan interes’’ za dobivanje nekog priopćenja, sud će prosuđivati od slučaja do slučaja. Nema klevete niti odgovornosti za štetu ako je tvrdnja bila istinita.

Materijalna šteta može nastati npr. ako neka osoba zbog klevete o slaboj solventnosti izgubi kredit, ili ako zbog klevete o nedovoljnoj stručnosti, marljivosti ne napreduje na poslu.⁷⁹ Također, zbog teže povrede ugleda trgovačkog društva može doći do pada prometa, gubitka tržišta, smanjenja broja kupaca, naglog pada broja komitenata neke banke, prijetnje propasti tvrtke itd.⁸⁰ U pravnoj teoriji se nailazi na stajalište da zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe može nastati samo materijalna šteta, u smislu poljuljanog ugleda kojeg treba povratiti

76 Gavella, N., *op. cit.*, str. 186.

77 Klarić, P., *op. cit.*, str. 66.

78 *Ibid.*

79 Gavella, N., *op. cit.*, str. 186.

80 Klarić, P., *op. cit.*, str. 69.

odgovarajućim sredstvima građanskopravne zaštite (objavljivanje presude na trošak štetnika ili druge mjere publiciteta). Ta materijalna šteta se može očitovati u opadanju broja kupaca, smanjenju broja poslovnih partnera, nemogućnosti dobivanja novih klijenata.⁸¹ Pravna osoba može zahtijevati i naknadu materijalne štete koju je zbog toga pretrpjela jer joj je, primjerice, izmakao poslovni dobitak koji je osnovano mogla očekivati, izgubila je kredit kod banke i sl.⁸²

Zakoni u Bosni i Hercegovini nisu odredili najmanji i najveći iznos obeštećenja, ali su odredili na koje uvjete sud treba paziti. Riječ je o tome da obeštećenje teba biti srazmjerno nanesej šteti ugleda oštećenog, da se određuje isključivo radi naknade štete te može li iznos dodijeljene štete dovesti do velikih materijalnih poteškoća ili stečaja štetnika. Po pitanju tražbina za klevetu većina dosuđenih naknada štete se kreće u iznosu od jedne do pet tisuća KM. U iznimnim slučajevima, najveći dosuđeni iznosi iznosili su do 20 000 KM.⁸³

7.3. Zahtjev za naknadu nematerijalne štete

Povredom prava na čast i ugled može nastati i nematerijalna šteta. Ona se popravljiva novčanom i nenovčanom satisfakcijom. Pored zadovoljštine (satisfakcije) ZOO koristi izraze i pravična novčana naknada. Izraz satisfakcija je bliži suštini zahtjeva za popravljivanje ugroženog ili izgubljenog nematerijalnog dobra jer se smisao istoga očituje u pružanju zadovoljenja ili satisfakcije oštećeniku. Naime, "novačana naknada" tj. satisfakcija koju oštećenik dobije nije nikako ekvivalent ugroženom ili izgubljenom dobru.⁸⁴ Nenovčana satisfakcije poput objave presude, ispravka ili isprike ne uklanjaju štetu u potpunosti. Tako, svi gledatelji TV-a, čitatelji novina ili slušatelji radija ne čuju ili ne pročitaju ispravak ili ispriku, niti se o ispravku ili ispriki šire vijesti kao što se prošire o prvoj informaciji. Osim toga, ispravka ili isprika se često objave grafički i prostorno nezamjetno premda bi se trebali objaviti na istom ili istovrijednom mjestu programskog prostora i na isti ili istovrijedan način na koji je bila objavljena informacija na koju se ispravak odnosi. U današnjim uvjetima opće informatizacije, ako je povreda učinjena objavom neistinitih navoda u elektroničkim medijima, tužitelj bi trebao zahtijevati da sud presudom naloži tuženiku povezivanje linkom tekstova koji sadrže povredu prava ličnosti s tekstom koji sadrži objavu demantija/ispravka objavljene informacije.⁸⁵ Jednom objavljena netočna, pogrešna i lažna (klevetnička) informacija djeluje i nakon ispravka. Zbog toga je dopušteno kumulirati zahtjeve za nenovčanom i novčanom satisfakcijom. Duševne boli koje trpi fizička osoba mogle bi biti

81 Vrhovšek, M.; Kozar, V., *op. cit.*, str. 50.

82 Gavella, N., *op. cit.*, str. 179.

83 100 prvih pitanja o pravima medijskih uposlenika u Bosni i Hercegovini, Priručnik za novinare i medijske uposlenike, https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf, 5.11.2021.

84 Crnić, I., *Odštetno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2008., str. 642. i 645.

85 Pichler, D., *op. cit.*, str. 22.

osnova za dosuđenje novčane satisfakcije zbog povrede prava ličnosti na ugled i dostojanstvo, kao i zbog povrede prava na duševno zdravlje remećenjem dotadašnjeg duševnog mira.

Prema čl. 199. ZOO-a oštećena osoba ovlaštena je zahtijevati da se, na trošak štetnika, naredi objavljivanje presude, odnosno objavljivanje ispravka, ili da naredi da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili pak da naredi što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom. Posebna pak pravila preciziraju i konkretiziraju, za pojedine slučajeve, opće pravilo ZOO-a o nenovčanom popravljivanju nematerijalne štete putem objavljivanja presude, odnosno ispravka.⁸⁶ Svrha objavljivanja ispravka je ispravljanje pogrešnih tvrdnji i netočnih navoda te pobijanje i dopuna objavljenih navoda iznošenjem odgovarajućih činjenica i okolnosti.⁸⁷ Sukladno čl. 200. st. 1. ZOO-a ako je povredom časti i ugleda oštećena osoba pretrpjela duševne bolove ili strah, ona ima pravo na novčanu satisfakciju (bolninu, pravičnu novčanu zadovoljštinu). Potrebno je ispuniti i uvjet da okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha te njihovo trajanje to opravdavaju. Prilikom ocjenjivanja opravdanosti novčane satisfakcije sud je dužan voditi računa o značenju povrijeđenog dobra i cilju kojem služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom prirodom i društvenom svrhom.⁸⁸

Pravo na tužbu za naknadu nematerijalne štete, sukladno općim pravilima obveznog prava, ima oštećenik koji je prethodno zahtijevao od nakladnika objavljivanje ispravka sporne informacije odnosno isprike nakladnika kada ispravak nije moguć. To je ujedno procesna pretpostavka za podnošenje tužbe za isplatu novčane satisfakcije. Ako to oštećenik propusti učiniti, nisu ispunjeni uvjeti za sudsku zaštitu, odnosno za odlučivanje o biti stvari pa će takvu tužbu sud odbaciti.⁸⁹ Prema člancima 199. i 200. ZOO-a oštećenik ima pravo na naknadu nenovčane satisfakcije i novčane satisfakcije. Ako je autor u radnom odnosu kod nakladnika neposredno (izravno) odgovara trećoj oštećenoj osobi, samo ako je štetu prouzročio namjerno (čl. 170. st. 2. ZOO-a). Ako pak autor informacije nije u radnom odnosu s nakladnikom, na njega se ne odnosi ograničenje iz čl. 170. st. 2. ZOO-a pa ga osoba na koju se informacija odnosi može tužiti i kada je šteta posljedica obične ili krajnje nepažnje, a ne samo namjere. Oštećenik odštetu

86 Gavella, N., *op. cit.*, str. 189.

87 Klarić, P., *op. cit.*, str. 67.

88 Čl. 376. st. 1.-2. ZOO-a kaže da će zastara ovog zahtjeva nastupiti istekom roka od 3 godine, koji počinje teći od kada je oštećenik doznao za štetu i za osobu koja je štetu učinila, ali najkasnije kada istekne pet godina od kada je šteta nastala. Pravo na novčanu satisfakciju ne prelazi na njegove nasljednike, osim ako ju je oštećenik za života zahtijevao pa mu je pravomoćnom presudom ili pismenim sporazumom priznato pravo na bolninu (čl. 204. st. 1. ZOO-a). Ista, dakle, gubi osobni karakter onda kada bude priznata pravomoćnom odlukom ili pismenim sporazumom te može biti predmet ustupanja, prijeboja, predmet ovršnog namirenja tuđe tražbine. Čl. 202. ZOO-a, između ostalog, priznaje pravo na novčanu satisfakciju osobi koja je koja je pretrpjela duševne bolove kao žrtva kaznenog djela protiv dostojanstva ličnosti i morala.

89 Tako, Vrhovni sud RH, Rev-1439/97 od 24.9.1997., Izbor 2797-102 prema Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 247.

može zahtijevati istodobno i od nakladnika i od autora informacije. U sudskoj praksi se mogu pronaći stajališta o nemogućnosti prouzrokovanja nematerijalne štete pravnoj osobi zbog povrede poslovnog ugleda. To se tumači subjektivnom koncepcijom nematerijalne štete prema kojoj, posljedično, "pravna osoba ne uživa sudsku zaštitu jer se vidovi nematerijalne štete (pretrpljeni bol, strah itd.) mogu dosuditi samo fizičkim osobama".⁹⁰

Člancima 157. i 199. ZOO-a se ne pravi razlika između fizičke i pravne osobe kada se spominju nenovčana satisfakcija zbog povrede prava ličnosti. To znači da i pravna osoba može zahtijevati prestanak radnje kojom se vrijeđa njezino pravo ličnosti, objavljivanje presude, opoziv izjave, objavljivanje ispravka ili nešto drugo čime se može postići svrha koja se postiže novčanom satisfakcijom.⁹¹ Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske⁹² pak izjednačava pravne osobe sa fizičkim u pogledu naknade nematerijalne štete koja uključuje i novčanu satisfakciju koju je u Republici Hrvatskoj ranija sudska praksa, nastala primjenom starog ZOO-a, isključivala.⁹³ Prema sadašnjem čl. 1101. st. 3. ZOO RH pravna osoba može zahtijevati i pravičnu novčanu satisfakciju u slučajevima povrede ugleda i dobrog glasa, časti, imena odnosno tvrtke, poslovne tajne, slobode privređivanja i drugih prava ličnosti, odnosno prava osobnosti. Ona može biti pravdana samo težinom povrede i okolnostima pod kojima se dogodila. Zato sud u obrazloženju odluke mora navesti činjenice u prilog teže povrede prava ličnosti za koju se traži novačana satisfakcija. Tu se ne mogu uzimati pretrpljene boli i strah, ali se može uzeti u obzir psihološka reakcija članova pravne osobe, posebice rukovodećeg osoblja, na učinjenu povredu.⁹⁴

Boljoj zaštiti ovoga prava, prema ZOO RH, doprinijelo je usvajanje objektivne koncepcije nematerijalne, odnosno neimovinske štete kao povrede prava osobnosti (čl. 1046. ZOO RH). Prema toj koncepciji nematerijalna odnosno neimovinska šteta nastaje već samom povredom prava osobnosti, a ne tek povredom izazvanom posljedicama (bol i strah) kao što je to u domaćem ZOO-u. ZOO RH u čl. 1100. uzima te pravne osnove samo kao kriterije (mjerila) prema kojima sud, uzimajući u obzir težinu povrede i okolnosti slučaja određuje visinu novčane satisfakcije.

7.3.1. Problem određivanja iznosa novčane satisfakcije

Kada je riječ o odmjeravanju visine nematerijalne štete za npr. klevetu sukladno čl. 123. Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine,⁹⁵ čl. 123.

90 V. presudu Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž 1885/98 od 21. 10.1998. te rješenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 127/97 od 26.3.1997. prema Vrhovšek, M.; Kozar, V., *op. cit.*, str. 51

91 Klarić, P., *op. cit.*, str. 54.

92 Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine RH br. 35/05, 41/08, 78/15., dalje: ZOO RH.

93 Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 240.

94 Klarić, P., *op. cit.*, str. 68-69.

95 Zakon o parničnom postupku FBiH, Službene novine FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/06 i 98/15, dalje: ZPP FBiH.

Zakona o parničnom postupku Republike Srpske,⁹⁶ čl. 246. Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine⁹⁷ svaka stranka je dužna dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev (st. 1.). Sud će slobodnom ocjenom dokaza utvrditi činjenice na osnovu kojih će donijeti odluku (st. 2.). U praksi se događalo da tužitelj ne predloži dokaze, zbog čega su prvostupanjski sudovi često prinuđeni utvrditi visinu novčane satisfakcije po svojoj slobodnoj procjeni (čl. 127. ZPP FBiH, čl. 127. ZPP RS, čl. 250 ZPP BD BiH). Po pitanju postojanja duševnih bolova može se provesti vještačenje po vještaku neuropsihijatru. Međutim, neki teoretičari smatraju da se saslušanjem parničnih stranaka te eventualno svjedoka može utvrditi postojanje i stupanj nastale nematerijalne štete.⁹⁸ Vrhovni sud Bosne i Hercegovine je utvrdio Orjentacione kriterije i iznose za utvrđivanje visine novčane satisfakcije, čiji je cilj ujednačena primjena čl. 200. st. 1. ZOO-a.⁹⁹ Bilo bi korisno napraviti smjernice o utvrđivanje visine novčane satisfakcije u slučajevima počinjene klevete.¹⁰⁰

U određivanju novčane satisfakcije uzma se u obzir i odnos između oštećenika i štetnika. Tako, prema čl. 191. ZOO-a sud može, vodeći računa o materijalnom stanju oštećenika, dosuditi manju naknadu nego što iznosi šteta pod uvjetom da ona nije uzrokovana namjerno niti krajnjom nepažnjom te da je odgovorna osoba slabog imovnog stanja i isplata potpune naknade bi je dovela u oskudicu. Po zahtjevu pravičnosti do odgovornosti za štetu, u smislu čl. 169. ZOO-a, dolazi kada se naknada za štetu ne može dobiti od odgovorne osobe za vođenje nadzora nad štetnikom koji je nesposoban za rasuđivanje (st. 1.) te kada se šteta ne može ostvariti od maloljetnog štetnika kod kojega postoji odgovornost za štetu (st. 2.).¹⁰¹ U *common law*-u se, naprotiv, ne uzima u obzir ekonomski status oštećenika i štetnika prilikom određivanja visine naknade nematerijalne štete.¹⁰²

Kada je riječ o pravnim osobama kao orjentacijski kriteriji sudovima bi mogli poslužiti činjenica je li radnjom štetnika počinjena istodobno materijalna i nematerijalna šteta. Tada bi se nematerijalnu štetu moglo dosuditi imajući na umu utvrđeni obujam materijalne štete, koji bi mogao upućivati na težinu počinjene povrede prava ličnosti. Kao kriterij bi mogla poslužiti i činjenica o tome

96 Zakon o parničnom postupku RS, Službeni glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 - odluka US, 45/09 - odluka US, 49/09 i 61/13, dalje: ZPP RS.

97 Zakona o parničnom postupku BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, br. 28/18, 6/21., dalje: ZPP BD BiH.

98 Bešlagić, J.; Mujkić, A., *op. cit.*, 282.

99 Na sjednici Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH održanoj 27.1.2016. razmatrani su i prihvaćeni

Orjentacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstvfo/B/70/article/60774>, 5.11.2021.

100 Čolaković, M; Bubalo, L., *op. cit.*, 369.

101 Više o tome v. Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RriF-plus, Zagreb, 2005., str. 1638.-1640.

102 Nikšić, S. Povreda prava na duševni integritet u: Grubić, V. (ur.), Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 229.

koliko je saznanje o povredi prava ličnosti bilo dostupno javnosti i koliko je to moglo utjecati na uobičajeno ili predvidivo poslovanje ili djelatnost oštećenika. Primjerice, objava neistinite informacije da neka banka nije u mogućnosti isplaćivati štedne uloge svojim klijentima može dovesti do panike među klijentima koji ne znajući da je riječ o netočnoj objavljenj informaciji mogu podići svoje pologe, što posljedično može izazvati stečaj takve financijske institucije.¹⁰³ U Europi ne postoje jedinstvene metode vrednovanja novčane satisfakcije koju treba dosuditi pravnoj osobi. U pravnoj teoriji i praksi Sjedinjenih Američkih Država poslovni ugled određene tvrtke čini dio njezinog *goodwill*-a. *Goodwill* se definira kao sposobnost u poslovanju da se generira prihod viši od uobičajenog temeljem izuzetnih upravljačkih vještina, tržišne pozicije, proizvoda nove tehnologije, itd. Pri kupnji poduzeća, *goodwill* predstavlja razliku između nabavne cijene i neto vrijednosti imovine poduzeća.^{104 105}

ZOO RH, kao jedini kriterij, ističe težinu povrede i okolnosti slučaja.¹⁰⁶ Odluka o iznosu novčane satisfakcije ovisit će od utjecaja povrede na uobičajeno i predvidivo poslovanje ili djelatnost oštećenika, odnosno od stvorenih posljedica na njegov tržišni položaj, poslovanje i ostvarivanje dobiti. Međutim, kriteriji za određivanje iznosa (visine) novčane satisfakcije teže su odredivi kada se radi o pravnoj osobi javnog prava koja ostvaruju javne interese i ciljeve. Odlučivanje suda prema slobodnoj procjeni može stvoriti pravnu nesigurnost i nejednakost pred zakonom. Rješenju ovog problema bi moglo pridonijeti uvođenje tržišnih uvjeta

103 Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 249.

104 *Black's Law Dictionary, 8th Edition, St. Paul Thompson West, 2004.*, str. 715., izvor: Pichler, D., *op. cit.*, str. 15., bilješka br.49.

105 Tako, pravne osobe imaju pravo na naknadu pretpostavljene i posebne štete. Kroz posebnu štetu se kompenzira dokazani financijski gubitak koji izravno proizlazi iz povrede poslovnog ugleda. Ta šteta mora biti specificirana i utvrđena do stupnja vjerojatnosti. Sudovi zahtijevaju da *goodwill* bude procijenjen temeljem prihvaćenih računovodstvenih metoda. Žalbeni sudovi drže da niži sudovi moraju utvrditi elemente i računovodstvene metode na kojima su temeljili svoju procjenu *goodwill*-a. Propust nižeg suda da to učini ima za posljedicu ukidanje prvostupanjske odluke zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i vraćanje predmeta prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. *Common law* sustav poznaje različite metode procjene *goodwill*-a, uključujući takozvanu metodu izravne kapitalizacije i metodu viška dohotka. Izvor: *Ibid.*, str. 22.

106 Kod odlučivanja o iznosu pravične novčane naknade za pretrpljenu štetu zbog objave informacije sud je uzeo u obzir da je sporni članak objavljen u listu s nakladom od 57 000 primjeraka. Uvredljivi sadržaj naslova bio je emitiran u reklamama na radiju i televiziji te tako dostupan velikom broju ljudi. Činjenica da su iz cjelokupnog članka koji se proteže na skoro tri stranice, izvučene upravo one rečenice koje na dramatičan način prikazuju materijalnu situaciju tužiteljice upućuju na to da tuženik nije postupao niti u dobroj vjeri niti s namjerom da tužiteljici pomogne, kako je tvrdio, nego s namjerom da svojim člankom izazove što jači učinak u javnosti, ne misleći na posljedice koje će objava članka pod takvim naslovom izazvati na tužiteljicu i njenu obitelj. Osim toga na naslovnoj stranici je objavljeno i ono što tužiteljica nije rekla tj. da su ona i djeca na rubu gladi. Sudovi su ovdje, protivno navodima revizije, imali na umu i objavljenu ispriku tuženika, ali su pravilo smatrali da se time šteta ne može eliminirati u cjelosti, pogotovo imajući u vidu da isprika nije objavljena na način određen čl. 35 st. 1. tadašnjeg ZJP (Vrhovni sud RH, Rev-508/02-2 od 11.4 2002. Izv.). Izvor: Crnić, I., Povreda prava osobnosti..., str. 254.

u poslovanje javnopravnih tijela osnivanjem tzv. javno-privatnih partnerstva.¹⁰⁷

Zbog teškoća koje nastaju u dokazivanju opsega nematerijalne štete, praktično rješenje bi moglo bi biti uvođenje fikcije istinitosti navoda koji predstavljaju povredu poslovnog ugleda pravne osobe. Dakle, ako bi zbog objave neistinitih navoda što ih je poduzeo štetnik došlo do povrede prava na poslovni ugled pravne osobe, štetnik bi trebao odgovarati za štetu koja bi oštećeniku nastala da su objavljeni navodi bili istiniti. Vještačenjem bi se utvrdile posljedice povrede na subjektivne okolnosti oštećenika kao što su: djelatnost, zanimanje, profesionalno usmjerenje. Vještačenje ima prednost pred slobodnom ocjenom suda zato što se nalaz i mišljenje vještaka podvrgavaju diskusiji i kritici na glavnoj raspravi na kojoj sudjeluju stranke.¹⁰⁸

Što se tiče postupaka vezanih za utvrđivanje opsega povrede poslovnog ugleda kao prava ličnosti postoji potreba za specijalizacijom i edukacijom sudaca, sudskih savjetnika, sudskih vještaka, ali i zaposlenika u medijima, odnosno, svih sudionika medijskog prostora ali i potencijalnih sudionika sudskih postupaka formiranjem novih ili dopunom postojećih poslijediplomskih studija, s uključenim multidisciplinarnim pristupom iz područja prava, ekonomije, politologije, medijskih sloboda i zaštite prava fizičkih i pravnih osoba.¹⁰⁹

7.4. Zahtjev zbog stjecanja bez osnove

Sukladno pravilima o stjecanju bez osnove, koja su regulirana člancima 210.-219. ZOO-a, osobi čije je pravo na čast i ugled povrijeđeno radnjom kojom je netko protupravno stekao korist pripada ta ostvarena korist. Budući da je ista, bez pravnog temelja, ušla u tuđu imovinu, nositelj prava na čast i ugled može zahtijevati da se ta korist prenese u njenu imovinu.

8. Zaključak

Pravo na čast i ugled, kao jedno od osobnih ili ličnih, neimovinskih prava obuhvaća potpunu privatnu vlast glede vlastitog dostojanstva, časti i ugleda u granicama u kojima to nije protivno tuđim pravima i zakonskim ograničenjima te ovlasti isključivanja tuđih protupravnih zahvata u navedena dobra. Nema protupravnosti ako postoji pristanak titulara ovog prava, u nužnoj obrani, u stanju nužde i u obavljanju službene dužnosti. Radnje koje su usmjerene na uskraćivanje časti i ugleda su: omalovažavanje, izrugivanje, prijezir, ismijavanje, ponižavanje, nepoštovanje, ocrnjivanje, oštećivanje ugleda i moralne reputacije i sl. Povrede mogu biti učinjene: riječju (izrečenom, napisanom), ako je uvredljivog ili klevetničkog sadržaja i djelima (uvredljivim gestama, udarcima itd.). Povrede ovog

¹⁰⁷ Pichler, D., *op. cit.*, str. 21.

¹⁰⁸ *Ibid.*, str. 22.

¹⁰⁹ *Ibid.*, str. 22.

prava često dolaze od strane medija. U današnjim uvjetima opće informatizacije, u slučaju povrede učinjene objavom neistinitih navoda u elektroničkim medijima, tužitelj bi trebao zahtijevati da sud presudom naloži tuženiku povezivanje poveznicom tekstova koji sadrže povredu prava na čast i ugled sa tekstom koji sadrži objavu ispravka objavljene informacije. Kada se jednom objavi netočna, pogrešna i lažna (klevetnička) informacija, ona, nažalost, djeluje i nakon ispravka. Zbog toga je dopušteno kumulirati zahtjeve kako za novčanom tako i za novčanom satisfakcijom. Novčana satisfakcija se može dosuditi zbog povrede prava na čast i ugled, kao i zbog povrede prava na duševno zdravlje remećenjem dotadašnjeg duševnog mira. Dr. Judith Orloff je izvrsno zapazila kako je ključno shvatiti da kada se ljudi ružno ponašaju, ponižavaju nekoga ili su narcistični, oštećenici su zapravo "ispušni ventil" za njihovu podsvijest i patnju, a to je uvid koji oni, nažalost, nemaju.

Europski sud je svojim presudama ukazao na to da je čl. 8. Europske konvencije primjenjiv na zaštitu prava na čast i ugled osobe, istakavši da ugled predstavlja dio osobnog identiteta i psihičke cjelovitosti koja obvezuje domaće sudove zaštititi ga, čak i onda kada je kritika izrečena u kontekstu javne rasprave. Ukazao je, također, na to da za primjenu čl. 8. Europske konvencije napad na pravo na čast i ugled treba doseći određenu razinu ozbiljnosti i to na način kojim se dovodi u pitanje osobno uživanje prava na poštovanje privatnog života.

Zaštita prava na čast i ugled se ostvaruje putem suda (odnosno druge nadležne vlasti), kao građanskopravna i kaznenopravna. Obično se kod uvrede i klevete pruža kaznenopravna zaštita, na način da se pokreće postupak privatnom tužbom kaznenom sudu. Međutim, bosansko-hercegovačko zakonodavstvo je odgovornost za klevetu smjestilo u područje građanskog prava. Domaći zakoni o zaštiti od klevete štite samo ugled, a ne i čast oštećene osobe. Zbog svoje nedovoljne preciznosti često izazivaju dileme i različita tumačenja. Oni osobu ne štite niti od uvreda pa su uvrede ostale u domeni zaštite ZOO-a. ZOO pak kroz kvazinegatorski zahtjev, zahtjev za naknadu materijalne štete, zahtjev za naknadu nematerijalne štete te zahtjev zbog stjecanja bez osnove štiti ovo osobno dobro, pod uvjetom da postoji krivnja počinitelja delikta.

Čl. 200. ZOO-a kaže da će sud, ako okolnosti slučaja a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi satisfakciju za povredu prava na čast i ugled. U ZOO-u RH učinjen je veliki iskorak po pitanju zaštite ovog prava usvajanjem objektivne koncepcije nematerijalne štete kao povrede prava ličnosti (čl. 1046. ZOO RH). Prema toj koncepciji nematerijalna šteta nastaje već samom povredom prava na čast i ugled a ne tek povredom izazvanom posljedicama (bol i strah) kao što je to u domaćem ZOO-u. Te posljedice, koje prema domaćim propisima daju pravo oštećeniku na novčanu satisfakciju, su prema čl. 1100. ZOO-a samo kriteriji (mjerila) prema kojima sud, uzimajući u obzir težinu povrede i okolnosti slučaja, određuje visinu novčane satisfakcije. Ovakvo stajalište bi trebalo usvojiti i domaći ZOO, jednako kao i shvaćanje Europskog suda koje kaže da treba regulirati pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava

na ugled pravne osobe što, između ostalog, doprinosi harmonizaciji domaćeg prava sa pravom Europske unije. Kod pravne osobe se ne mogu uzimati u obzir pretrpljene boli i strah, ali se može uzeti u obzir npr. psihološka reakcija članova pravne osobe na učinjenu povredu i sl.

Što se tiče postupaka vezanih za utvrđivanje opsega povrede prava na čast i ugled, odmjeravanje novčane satisfakcije, procjenjivanje hoće li traženje zaštite ovog prava uzrokovati više štete od koristi nedvojbeno postoji potreba za specijalizacijom i edukacijom sudaca, sudskih savjetnika, sudskih vještaka, zaposlenika u medijima, odnosno svih sudionika medijskog prostora iz ove oblasti. Pritom je potreban multidisciplinarni pristup iz područja osobnih prava, medijskih sloboda, psihologije, etike, medicine, sociologije i sl. Uz sve to, suvremeni čovjek ne treba zaboraviti drevne riječi Arhimeda koje kažu da treba biti tih, osim ako se ne može reći nešto što je korisnije od tišine. Razloga je za to beskonačno mnogo.

LITERATURA

1. Alaburić, V., Povreda prava osobnosti informacijama u medijima u: Grubić, V. (ur.) *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
2. Anić, V.; Goldstein, I., *Rječnik stranih riječi*, Novi Liber, Zagreb, 1999.
3. Bešlagić, J.; Mujkić, A., *Odgovornost štetnika i pravne posljedice osude za klevetu prema relevantnom zakonodavstvu u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Godišnjak Pravnog fakulteta, Univerzitet "Džemal Bijedić" u Mostaru, Pravni fakultet, Mostar, broj 4 /20
4. *Blanpain, R. (gen. edit.), International Encyclopaedia of Laws, (Dignity, Reputation and Honor), Kluwer Law International, 2005.*
5. Čolaković, M.; Bubalo, L., *Građanskopravna odgovornost za klevetu u sudskoj praksi Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. 12/14
6. Crnić, I., *Odštetno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2008.
7. Crnić, I., *Povreda prava osobnosti pravne osobe na ugled, dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku*, u: Grubić V. (ur.), *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006.
8. Dragičević, F., *Izuzeci od građanskopravne odgovornosti za klevetu prema zakonima o zaštiti od klevete u Bosni i Hercegovini*, Pravna misao, časopis za pravnu teoriju i praksu, Federalno ministarstvo pravde, Zavod za javnu upravu, Sarajevo, 1-2/2018
9. Dropulić, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Vizura, Zagreb, 2002
10. Gavella, N., *Osobna prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000.
11. Gliha, I., *Personal rights u: Blanpain, R. (ur.), International Encyclopaedia*

- of Laws., Kluwer Law International, Family and Succession Law-Suppl. 27/05*
12. Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RriF-plus, Zagreb, 2005
 13. Jurić, A., Pravo na duševni integritet u kontekstu građanskopravne zaštite, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. 17/19
 14. Jurić, A., Specifičnosti shvaćanja prava na nepovredivost doma u praksi Europskog suda za ljudska prava, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. 10/12
 15. Klaić, B., Rječnik stranih riječi, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 586.
 16. Klarić, P., Neimovinska šteta pravne osobe u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005.
 17. Milas Klarić, I., Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010.
 18. Nikšić, S. Povreda prava na duševni integritet, u: Grubić, V. (ur.) Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006.
 19. Pezo, V. (gl. ur.), Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
 20. Pichler, D., Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, Šibenik, br. 3-4/15.
 21. Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006.
 22. Skoko, B; Bajs, D., Objavljivanje neistina i manipuliranje činjenicama u hrvatskim medijima i mogućnost zaštite privatnosti časti i ugleda, Politička misao: časopis za politologiju, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, br. 1/07
 23. Vrhovšek, M.; Kozar, V., Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica, Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, br. 20/09.

PRAVNI IZVORI

1. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf, 10.10.2021.
2. Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima osoba s invaliditetom i propisi Bosne i Hercegovine, <http://www.untz.ba/uploads/file/centri/centar%20za%20podrsku%20studentima/akti/Konvencija%20ujedinjenih%20nacija%20o%20pravima%20osoba%20s%20invaliditetom%20i%20propisi%20Bosne%20i%20Hercegovine.pdf>, 15.9.2021.
3. Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 35/03, 56/03- ispr., 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 I 74/20
4. Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni

glasnik BD BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19, 16/20

5. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, 53/12, 91/17, 66/18 i 15/21.
6. Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine RH br. 35/05, 41/08, 78/15
7. Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93, Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.
8. Zakon o parničnom postupku FBiH, Službene novine FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/06 i 98/15
9. Zakon o parničnom postupku RS, Službeni glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 - odluka US, 45/09 - odluka US, 49/09 i 61/13
10. Zakon o zaštiti lica s mentalnim poremećajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BD BiH, br. 12/2006
11. Zakon o zaštiti mentalnog zdravlja RS, Službeni glasnik RS, br. 67/20
12. Zakon o zaštiti od klevete Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 19/03, 73/05
13. Zakon o zaštiti od klevete Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 37/1,
14. Zakon o zaštiti od klevete Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službene novine BD BiH, br. 14/03.
15. Zakona o duševnim smetnjama Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13
16. Zakona o parničnom postupku BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, br. 28/18, 6/21.
17. Zakonom o preuzimanju prava i obaveza osnivača nad ustanovama socijalne zaštite u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 31/08 i 27/12

IZVORI S INTERNETA

1. 100 prvih pitanja o pravima medijskih uposlenika u Bosni i Hercegovini, Priručnik za novinare i medijske uposlenike, https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf, 5.11.2021.
2. *Affaire Petrna c. Roumanie, Requête no 78060/01*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-88963%22%5D%7D>, 5.11.2021.
3. *Case of Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>, 20.9.2021.
4. *Case of Axel Springer AG v. Germany, Application no. 39954/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>, 5.11.2021.
5. *Case of BÉDAT v. Switzerland, Application no. 56925/08*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161898>, 4.11.2021.
6. *Case of Chauvy and others v. France, Application no. 64915/01*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>

- echr.coe.int/eng?i=001-61861, 30.9.2021.
7. *Case of Medžilis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, Application no. 17224/11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175180>, 4.11.2021.
 8. *Case of Payam Tamiz v. the United Kingdom*, Application no. 3877/14, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178106>, 7.11.2021.
 9. *Case of Pfeifer v. Austria*, Application no. 12556/03, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83294>, 20.10.2021.
 10. *Case of Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden*, Application no. 74742/14, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172145>, 8.11.2021.
 11. Orjentacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstvfo/B/70/article/60774>, 5.11.2021.

CIVIL LAW PROTECTION OF THE RIGHT TO HONOR AND REPUTATION

Summary: The right to honor and reputation is one of the personal, non-property rights that has specificities in terms of its objects, but also in terms of any connection regarding right to privacy. In terms of content, it is about enjoying dignity, honor and reputation within the limits not contrary to other people's rights and legal restriction, and the power to exclude other people's illegal intrusions on the mentioned objects. There is no illegality if there is a consent of the holder of this right, in self-defense, in a state of emergency and in performance of official duties. When assessing illegality, modern legal systems also take into account so-called social adequacy, using the method of measuring interests. In its judgments, the European Court of Human Rights pointed out that, *inter alia*, Art.8. of the European Convention is applicable to the protection of reputation of a person, emphasizing that reputation is a part of personal identity and mental integrity that obliges domestic courts to protect it. Violation of the right to honor and reputation can be done by word (spoken, written), if it is offensive or defamatory, and by deeds (offensive gestures, beatings, etc.).

The right to honor and reputation is one of the legitimate reasons for restriction of freedom of expression. The paper discusses about theoretical and practical dilemmas, related to this rights, firstly through the analysis of content of the right to honor and reputation, than through subjects and objects of this right, as well as through civil law protection, ie civil law resources to eliminate illegal attacks on this right. Regarding physical persons, as subjects of right to honor and reputation, special attention is given to persons with mental disabilities, participants in criminal proceedings, convicts and deceased persons. Legal persons, on the other hand, do not have human dignity because they are not human. The issue of honor of a legal person is also disputable. However, legal persons undoubtedly have a social reputation and all the benefits that arise from it. Development of new information technologies actualizes the issues of right to honor and reputation, pointing out new challenges that require answers and solutions more appropriately to the modern context of time that we live in.

Keywords: dignity, honor, reputation, violation of honor and reputation, civil law protection, monetary satisfaction, European Court of Justice, European Convention

Dr. sc. Viktorija Haubrich, vanredni profesor

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dipl. iur. Branka Hrkać, studentica Poslijediplomskog doktorskog studija

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dipl. iur. Mirjana Kevo, studentica Poslijediplomskog doktorskog studija

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK U PARNIČNOM POSTUPKU KROZ PRIZMU ČL. 13. EUROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I TEMELJNIM SLOBODAMA

Sažetak: U ovom radu autorice se bave pravom na djelotvoran pravni lijek u parničnom postupku u svjetlu onoga što definira čl. 13. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Prema odredbi čl. 13. Konvencije svatko čija su prava i slobode utvrđeni ovom Konvencijom narušeni ima pravo na pravni lijek pred državnim organima vlasti, čak i onda kada su povredu ovih prava i sloboda učinile osobe u vršenju službene dužnosti. Ovaj članak ne zahtijeva određenu formu pravnoga lijeka, nego osigurava postojanje djelotvornosti pravnoga lijeka u domaćem sustavu, dok je priroda tih pravnih lijekova stvar toga sustava. U smislu čl. 13. Europske konvencije postoje 4 autonomna zahtjeva koja pravni lijek mora ispunjavati da bi bio djelotvoran u smislu čl. 13. Konvencije: institucionalna djelotvornost, stvarna djelotvornost, korektivna djelotvornost, materijalna djelotvornost. Nadalje se autorice bave problematikom iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova kao preduvjeta prije obraćanja predstavkom Sudu u Strasbourgu.

Ključne riječi: čl. 13. EKLJP pravo na djelotvoran pravni lijek u parničnom postupku, akcesornost odredbi čl. 13. EKLJP, uvjeti za primjenu čl. 13. EKLJP

1. UVOD

Pravni okvir zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda u Bosni i Hercegovini razmatramo kroz nacionalni i europski aspekt. Da bi građani Bosne i Hercegovine imali povjerenje u pravosuđe, nužno je osigurati kako jednak pristup tako i jednak tretman svih onih koji traže zaštitu svojih ugroženih ili povrijeđenih subjektivnih građanskih prava, ali i onih protiv kojih je takav zahtjev usmjeren.¹ Ljudska prava i temeljne slobode određene su odredbama Ustava Bosne i Hercegovine

1 Vidi kod HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V. – RECHNER, E., „Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtnom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, god. III (2019.)br. 3, Mostar, p. 39–63.

kao Aneksa 4 i 6 Daytonskog mirovnog sporazuma. U čl. 2., st. 1. Daytonškoga mirovnog sporazuma (dalje: Dayton) određeno je da će se u Bosni i Hercegovini i obama entitetima osigurati najveća razina međunarodno priznatih ljudskih prava i temeljnih sloboda. U Federaciji Bosni i Hercegovini kao jednom od entiteta BiH u Ustavu su također zajamčena osnovna ljudska prava i slobode.² Ustavna odredba o obvezi usuglašavanja Ustava BiH i Ustava FBiH s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda, ključna je za ukupni razvoj demokratskih institucija u Bosni i Hercegovini. Tako su, zapravo, na „mala vrata“ u Ustav BiH uvedeni sva velika načela europske pravne misli i političke tradicije.³ U ovom radu autorice se bave konvencijskim pravom zagaraniranim u članku 13. Europske konvencije i ljudskim pravima i temeljnim slobodama pravom na djelotvoran pravni lijek. Obrađuje se zaštita prava na djelotvoran pravni lijek pod okriljem Vijeće Europe kroz sustav obraćanja predstavkom Sudu u Strasbourgu ukoliko nije u parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini zajamčeno pravo na djelotvoran pravni lijek kroz sve aspekte predviđene zaštite.

2. ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA POD OKRILJEM VIJEĆA EUROPE

Na međunarodnoj razini temeljna ljudska prava i slobode štite se Općom deklaracijom o ljudskim pravima, koju je Opća skupština Ujedinjenih naroda usvojila 10. prosinca 1948. U njoj su uz građanska i politička definirana i neka ekonomska, socijalna i kulturna prava. Što se tiče regionalne razine – iako se Europska konvencija u Bosni i Hercegovini primjenjuje posredstvom Daytonškoga sporazuma (Aneks 4 i 6), primanje Bosne i Hercegovine u Vijeće Europe 8. travnja 2002. godine, otvorio je put građanima Bosne i Hercegovine da se obraćaju Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu ako smatraju da su im prava i slobode garantirana tom Konvencijom povrijeđena ili ugrožena i ako su iscrpili sva domaća pravna sredstva.⁴

2 U čl. 2. *Ustava Federacije Bosne i Hercegovine* navodi se da će Federacija osigurati primjenu najviše razine međunarodno priznatih prava i sloboda. Sve osobe unutar teritorija Federacije BiH uživaju sljedeća prava: 1. pravo na život; 2. pravo na slobodu time da su uhićenje i pritvor dopustivi samo po zakonu; 3. pravo na jednakost pred zakonom; 4. pravo na slobodu glede diskriminacije temeljem rase, boje kože, spola, jezika, vjere i uvjerenja, političkih i drugih stavova nacionalnoga i socijalnoga podrijetla; 5. pravo na pravičan postupak; 6. pravo na zabranu mučenja te okrutnoga i nehumanoga postupka ili kažnjavanja; 7. pravo na privatnost; 8. pravo na slobodu kretanja; 9. pravo na azil; 10. pravo na zaštitu obitelji i djece; 11. pravo na imovinu; 12. pravo na slobodu govora, tiska, mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti; 13. politička prava.

3 Vidi SADIKOVIĆ, Ć., „Ustav BiH i Europska konvencija – Usklađivanje Ustava BiH sa Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, br. XLVI, 2003., (dalje: SADIKOVIĆ), p. 459–476.,

4 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 6/99. Vidi i kod MILJKO, Z., „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak BiH“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, br. XX, 2007., p. 104.

Za državljane Bosne i Hercegovine osobito je važna europska tradicija zaštite ljudskih prava i sloboda jer zemljopisno, kulturološki i povijesno pripadaju europskomu krugu. Zajedno s napredovanjem Bosne i Hercegovine u procesu europske integracije⁵

raste potreba za poznavanjem djelokruga i prakse europskih sudova, Europskoga suda za ljudska prava (dalje: Sud) i Europskoga suda pravde. Europski sud za ljudska prava ustanovljen je radi osiguranja poštivanja obveza koje su države potpisnice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava njome preuzele. Postupci u kojima se njegova zadaća ostvaruje su postupci po međudržavnim zahtjevima, postupci po individualnim zahtjevima te savjetodavna mišljenja o pravnim pitanjima glede tumačenja Konvencije i njezinih protokola.⁶ Europski sud je neovisno sudsko tijelo koje ima sjedište u Strasbourgu, ali ako sud to smatra djelotvornim, može svoje funkcije obavljati bilo gdje drugo na teritoriju država članica Vijeća Europe.⁷ Iako su presude Suda obvezujuće samo u odnosu na državu koja je u danom predmetu odgovorna strana, važnost presuda Suda često nadilazi državne granice i utječe na zakonodavstvo i sudsku praksu i drugih država potpisnica Konvencije.⁸ Europski sud za ljudska prava nije vrhovni sud u odnosu na pravosudne sustave država ugovorenica. Sud ne može mijenjati odluke koje su donijele ili usvojile javne vlasti ili domaći sudovi niti može davati upute zakonodavnim tijelima niti obavljati bilo kakav apstraktni nadzor nad domaćim zakonodavstvom ili pravosudnom praksom. Sud isključivo ispituje konkretne predstavke kako bi ustanovio je li došlo do kršenja zahtjeva Konvencije.⁹

Iz slova i duha Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava izlazi da ovlaštenici ljudskih prava koji kao takvi mogu tražiti odgovarajuću zaštitu pred

5 Europska integracija ima uži i širi smisao. Europsko pravo u užem smislu obuhvaća Europsku uniju, odnosno tri stupa. Tri zajednice, Europska zajednica za ugljen i čelik, Europska zajednica i Europska zajednica za atomsku energiju čine prvi i najvažniji stup; zajednička vanjska i sigurnosna politika čine drugi stup; pravosuđe i unutarnji poslovi čine treći stup. Europski sud nastao u tome procesu, Sud pravde (*Court of Justice*), ima zadnju riječ o svim pravnim pitanjima iz područja prava Europskih zajednica. Europsko pravo u širem smislu obuhvaća međudržavne suradnje koje stoje uz bok Europske unije, osobito Vijeće Europe. Vidi HERDEGEN, M., *Europsko pravo*, Rijeka, 2003., p. 7. i MISITA, N., *Osnovi prava Europske Unije*, Sarajevo, 2002., p. 41-42. i p. 485-486.

6 Opširnije o tome MARIČIĆ, D., „Europski sudovi“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, god. III (2003.) br. 5, (dalje: MARIČIĆ), p. 75.

7 Vidi VAN DIJK, P. – VAN HOOFF, G. J. H. et. al., *Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001. (dalje: VAN DIJK), p. 29-33.

8 Vidi CARSS-FRISK, M., *Vodič za implementaciju člana I. Prvog protokola Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2002., p. 6.

9 Opširnije o tome MOLE, N. – HARBY, C., *Vodič za primjenu čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2005. (dalje: MOLE), p. 6. Vidi i kod VAJIĆ, N., „Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske“, *Informator*, god. L (2007.) br. 5085, Zagreb, p. 1. Vidi i kod RIBIČIĆ, C., „Granice djelovanja Europskog suda za ljudska prava“, *Pravna misao*, Sarajevo, br. 1-2, 2007., p. 9.

Europskim sudom su: države članice (čl. 33. Konvencije)¹⁰ i pojedinci (čl. 34. Konvencije).¹¹ Sud neće razmatrati niti jedan pojedinačni zahtjev podnesen na temelju čl. 34. Konvencije koji je anoniman, u osnovi isti kao neki predmet što ga je sud već ispitivao, koji je podvrgnut nekomu drugom međunarodnom postupku istrage ili rješavanja te ako ne sadrži nikakve nove relevantne činjenice, ako je zahtjev inkompatibilan s odredbama Konvencije i dodatnim Protokolom, očito neutemeljen ili ako ga smatra zlouporabom prava na podnošenje zahtjeva.¹² Što se tiče obveznika ljudskih prava, to u svakome slučaju mogu biti samo države, i to države koje su članice Konvencije kao jednog međunarodnog ugovora.¹³ Europska konvencija štiti jedan uobičajen spektar građanskih i političkih prava i sloboda te u jednoj manjoj mjeri jamči neka socijalna i ekonomska prava.¹⁴ Primjena Konvencije od strane domaćih sudova, tijela uprave i institucija koje vrše javne ovlasti, na način kako to čini Sud, predstavljalo bi važan iskorak u razvoju zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovini. Zato je iznimno važno poznavati i pratiti sudsku praksu Suda i upozoravati na važne predmete kako bi se

10 Međudržavni sporovi – čl. 33. Konvencije glasi: *Svaka visoka strana ugovorenica može ukazivati Sudu na svaku povredu odredbi Konvencije ili protokola uz nju koju je navodno počinila neka druga strana ugovorenica. Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda izmijenjena i dopunjena Protokolom br. 11., Rim, 4. XI. 1950. Tekst ove konvencije je izmijenjen prema odredbama Protokola br. 3. (ETS, No. 45.), koji je stupio na snagu 21. 9. 1970. Protokol br. 5. (ETS, No. 55.), koji je stupio na snagu 20. 12. 1971. i Protokol br. 8. (ETS, No. 118.), koji je stupio na snagu 1. 1. 1990. i također uključio tekst Protokola br. 2. (ETS, No. 44.), koji je u skladu s čl.5., st. 3. istog bio integralni dio ove Konvencije od njenog stupanja na snagu 21. 9. 1970. Sve odredbe koje su bile izmijenjene ili dodane ovim Protokolima zamijenjene su Protokolom br. 11. od datuma njegovog stupanja na snagu 1. 11. 1998. Od tog datuma protokol br. 9. (ETS, No. 140.), koji je stupio na snagu 1. 10. 1994. je ukinut. Vidi COUNCIL OF EUROPE, *Kurs ljudskih prava o Europskoj konvenciji o ljudskim pravima i njenoj primjeni u Bosni i Hercegovini*, Priručnik za učenike, 27. rujna – 1. listopada 2004., Mostar (dalje: KURS LJUDSKIH PRAVA), p. 9.*

11 Pojedinačne predstavke – čl. 34. Konvencije glasi: *Sud može da prima predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe lica koje tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju, učinjene od strane neke visoke strane ugovorenice. Visoke strane ugovorenice obvezuju se da ni na koji način ne ometaju stvarno rješavanje ovog prava. Vidi KURS LJUDSKIH PRAVA, p. 9–10.*

12 Vidi KREGAR, J. – GORANIĆ, I., „Uvjeti dopuštenosti postupka pred Europskim sudom za ljudska prava“, *Informator*, Zagreb, br. 4589, 1998., p. 3.

13 Šire o tome SADIKOVIĆ, Č., *Europsko pravo ljudskih prava*, Sarajevo, 2001. (dalje: *Europsko pravo ljudskih prava*), p. 142. Detaljnije o odnosu i primjeni Europske konvencije o ljudskim pravima i slobodama u ustavnom poretku Bosne i Hercegovine vidi kod MILJKO, Z., „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak Bosne i Hercegovine“, p. 93–107.

14 Vidi OMEJEC, J., „Primjena Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u radu domaćih sudova – prvi dio“, *Hrvatska pravna revija*, br. 7-8, Zagreb, 2007.

pravna situacija u zemlji uskladila sa sudskom praksom.¹⁵ Sud je strogo formalan sud koji vrlo temeljito ispituje uvjete dopuštenosti. Statistika suda pokazuje da se većina zahtjeva odbacuje upravo radi neispunjenja tih uvjeta. Uvjeti dopuštenosti Sudu služe kao filter kojim se nastoji zaštititi od toga da postane neka vrsta IV. stupnja postupka. Upravo zato faza ispitivanja dopuštenosti često je odlučujuća za sudbinu zahtjeva, tim više što se odluka o nedopuštenosti ne može ni na koji način pobijati.¹⁶ Sud je razvio nekoliko temeljnih načela za tumačenje konvencijskih prava: načelo djelotvornosti – Konvencija jamči zaštitu prava koja su stvarna i učinkovita, a ne teorijska; načelo autonomnoga značenja pojmova – autonomna i neovisna interpretacija pojedinih pojmova nužna je radi osiguranja jedinstvene primjene Konvencije i radi sprečavanja narušavanja ciljeva Konvencije; načelo živućega instrumenta – odredbe Konvencije moraju se tumačiti na evolutivan i dinamičan način.¹⁷

3. PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK

Proklamacija prava od strane jedne države ili međunarodne organizacije ne znači ništa ako pojedinac kao njegov ovlaštenik ne može svoje pravo realno i koristiti. Europskom Konvencijom nastojalo se zaštititi ljudsko pravo na način da budu osigurani i djelotvorni pravni lijekovi.¹⁸ Svjedoci smo u suvremenome svijetu proklamacije mnogih prava, ali svaka država mora osigurati zaštitu istih kroz vidove djelotvornih sredstava njihove zaštite. Djelotvornost pravnoga lijeka ogleda se u tome da čovjek može, u slučaju da je njegovo ljudsko pravo prekršeno da se ili ponovno uspostavi to pravo ili da mu se to, ako to nije moguće, omogućiti naknada štete. Svaka država koja je potpisala Konvenciju mora omogućiti čovjeku ostvarivanje zajamčenih ljudskih prava.¹⁹ Pod izrazom „pravni lijek“ može se razumijevati u međunarodnome pravu sve ono čime se utvrđuje neko pravo, u slučaju kada je sporno postojanje, sadržaj ili opseg nekoga prava; ili traži ostvarivanje nekog prava, odnosno sprečava ili zaustavlja povreda prava ili

15 Vidi CVRČIĆ, R., „Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtnom na presude protiv Republike Hrvatske“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, 2003., p. 127.

16 Vidi MARIČIĆ, D., „Odluka Europskog suda za ljudska prava o dopuštenosti zahtjeva“, *Informator*, Zagreb, god. LII(2004.) br. 5249, p. 3. Vidi i GRDNIĆ, E., „Pretpostavke dopuštenosti zahtjeva podnesenih Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu“, *Informator*, Zagreb, br. 5300-5303, 2004., p. 2. Vidi i kod PAUNOVIĆ, M. – CARIĆ, S., *Europski sud za ljudska prava, nadležnost i postupak*, Beograd, 2007. (dalje: PAUNOVIĆ – CARIĆ), p. 70.

17 Vidi OMEJEC, J., „Primjena Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u radu domaćih sudova (drugi dio)“, *Hrvatska pravna revija*, br. 7-8, Zagreb, 2007., p. 7.

18 O razvoju ideje ljudskih prava detaljnije kod ĐULIMAN, E. – KARLSEN, G. M., *Uvod u ljudska prava*, Sarajevo, 2003. Vidi i kod TODOROVIĆ, V., *Ljudske slobode i prava*, Beograd, 2000. Vidi BAKŠIĆ – MUFTIĆ, J., *Sustav ljudskih prava*, Sarajevo, 2002., p. 272. Vidi DONELLY, J., *Međunarodna ljudska prava*, Sarajevo, 1999. Tako VUČINIĆ, N., *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, Podgorica, 2001., p. 249.

19 Vidi *Europsko pravo ljudskih prava*, op. cit., p. 113.

se otklanjaju posljedice povrede.²⁰ Pravni su lijekovi tvorevine nacionalnih prava u mnoštvu svojih različitih konkretnih oblika. Primarna je uloga države osigurati djelotvoran pravni lijek.²¹ Praksa Europskoga suda pokazuje da su podnositelji zahtjeva obvezni iscrpiti samo domaća pravna sredstva koja su u relevantno vrijeme bila raspoloživa i dostatna i koja se odnose na navodne povrede.²² Sredstva koja nisu raspoloživa i dostatna neće ispuniti zahtjev dostupnosti i djelotvornosti. Europski sud mora se uvjeriti da je domaće pravno sredstvo bilo djelotvorno, raspoloživo u teoriji i praksi u relevantno vrijeme, što znači da je bilo dostupno, da je bilo sposobno osigurati obeštećenje za prigovore podnositelja zahtjeva i da je pružilo razumne izgleda za uspjeh. U ovome smjeru sud donosi niz odluka pazeći na navedeno u svakome konkretnom slučaju.²³

2.1. Članak 13. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama

Prema odredbi čl. 13. Konvencije svatko čija su prava i slobode utvrđeni ovom Konvencijom narušeni ima pravo na pravni lijek pred državnim organima vlasti, čak i onda kada su povredu ovih prava i sloboda učinile osobe u vršenju službene dužnosti. Ovaj članak ne zahtijeva određenu formu pravnoga lijeka, nego osigurava postojanje djelotvornosti pravnoga lijeka u domaćem sustavu, dok je priroda tih pravnih lijekova stvar toga sustava.²⁴

Postoje 4 autonomna zahtjeva koja pravni lijek mora ispunjavati da bi bio djelotvoran u smislu čl. 13. Konvencije: institucionalna djelotvornost, stvarna djelotvornost, korektivna djelotvornost, materijalna djelotvornost.²⁵

20 Vidi kod ETINSKI, R., „Pravo na djelotvoran pravni lijek u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, XXXV., br. 2/2004. (dalje: ETINSKI), p. 429.

21 Vidi kod PERIĆ, M., *Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu*, magistrski znanstveni rad, Mostar, 2010., p. 143.

22 Raspoloživost i dostatnost domaćih pravnih sredstava postojat će samo onda kada su ona dovoljno izvjesna i u teoriji i u praksi, što je Europski sud ponovio u presudi Horvat protiv Hrvatske. Vidi kod OMEJEC, op. cit., p. 543.

23 U presudi Tudor protiv Rumunjske Europski sud je utvrdio ove zahtjeve te podsjeća da je na temelju čl. 35. Konvencije podnositelj zahtjeva trebao imati normalan pristup pravnim sredstvima koja su dostupna i dostatna da pruže obeštećenje u odnosu na navedene povrede te da postojanje pravnih sredstava mora biti izvjesno i u teoriji i u praksi. Vidi kod OMEJEC, op. cit., p. 544.

24 Vidi HARLAND, C. – ROCHE, R. – STRAUSS, E., *Komentar Europske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Vijeće Europe, Sarajevo, 2003. (dalje: HARLAND – ROCHE – STRAUSS), p. 272.

25 U predmetu *Đ. M. protiv Federacije Bosne i Hercegovine, Dom za ljudska prava, predmet br. CH/98/756. Đ. M. protiv FBiH odluka o prihvatljivosti i meritumu uručena 14. 5. 1999. Odluke 1. – 7. 1999.*, p. 93. *Institucionalna djelotvornost zahtjeva da organ koji donosi odluku bude neovisan od vlasti koje su krive za navodnu ili stvarnu povredu. Stvarna djelotvornost zahtjeva da podnositelj prijave bude u mogućnosti isticati bit određenog prava pred domaćim organom od kojeg traži pravni lijek. Korektivna djelotvornost zahtjeva da domaći organ bude u stanju utvrditi povredu određenog prava podnositelja prijave. Materijalna djelotvornost zahtjeva da svaki pravni lijek koji podnositelj*

2.2. Pravo na žalbu

Pravo na žalbu je autonoman pojam koji je zagaraniran čl. 13. Konvencije kao jedno proceduralno pravo, što znači da se jamči opće pravo žalbe svakome komu su povrijeđena supstancijalna prava navedena u Konvenciji.²⁶ Pravo na djelotvoran pravni lijek samostalno je pravo jer su ga države ugovorenice, ako i nije došlo do povrede prava iz Konvencije, dužne osigurati.²⁷ Sud ima supsidijarnu ulogu u osiguranju poštivanja prava i sloboda zajamčenih Konvencijom i protokolima. Primarna obveza je na državama članicama. Odredbe čl. 13. Konvencije ne idu tako daleko da traži inkorporaciju Konvencije u unutarnje pravo, mada je ona sada inkorporirana u unutarnje pravo svih država ugovorenica, niti ona traži naročit oblik pravnoga lijeka.²⁸ Domaće nadležno tijelo mora biti u stanju da se u slučaju tvrdnje da je došlo do povrede suoči s navedenim povredama ljudskih prava i sloboda te da opet u slučaju potrebe naredi i pruži pomoć koja je nužna.²⁹ Odredbe čl. 13. Konvencije, kao ni sama Konvencija, ne predviđaju konkretan način na koji su države ugovorenice dužne osigurati njihovu primjenu u unutarnjem pravu. Svaka država dužna je osigurati da odabranim načinom postigne rezultat – djelovanje lijeka koji se od nje traži čl. 13. Konvencije.³⁰ Oslanjajući se na odredbe čl. 13. Konvencije, sud definira obveze koje nastaju za državu u vezi povrede prava pojedinca, odnosno prava koja po tom temelju stječu žrtve povrede i zahtijeva od države da uspostave pravne mehanizme za izvršenje ovih svojih obveza. U kontekstu nove reforme međunarodnog sustava kontrole primjene Konvencije, Odbor ministara Vijeća Europe usvojio je 12. svibnja 2004. Preporuku za poboljšanje domaćih pravnih lijekova.³¹

U Bosni i Hercegovini u parničnom zakonodavstvu predviđena je paleta redovnih i izvanrednih pravnih lijekova. Prema Zakonu o parničnom postupku

prijave može dobiti u svoju korist bude takav da ga podnositelj prijave može stvarno iskoristiti. Vidi HARLAND – ROCHE – STRAUSS, op. cit., p. 278.

26 Vidi *Europsko pravo ljudskih prava, op. cit.*, p. 114.

27 Vidi NADAŽDIN – DEFTERDREVIĆ, M., *Europska konvencija prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Mostar, 2007. (dalje: NADAŽDIN – DEFTERDREVIĆ), p. 328.

28 Vidi ETINSKI, op. cit., p. 457.

29 Vidi STEINER, CH. – ADEMOVIĆ, N., *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar*, Sarajevo, 2010., p. 347.

30 Vidi ETINSKI, op. cit., p. 457.

31 Recommendation Rec/2004/6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004. At its 114th Session). Vidi <http://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=670758LANG=en>. Vidi i KLEIN, E., „Should the binding effect of the judgments of the European court of Human Rights be extended?“, MAHONEY, P. et al. (ur.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolf Ryssdal*, Wildhaber, Köln, 2000., p. 705.,

Federacije Bosne i Hercegovine³²(dalje: ZPP FBiH) redovni su pravni lijekovi žalba protiv presude i žalba protiv rješenja, a izvanredni su revizija i prijedlog za ponavljanje postupka. Prema Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske³³(dalje: ZPP RS) redovni su pravni lijekovi žalba protiv presude i žalba protiv rješenja, a izvanredni su revizija protiv presude i rješenja i prijedlog za ponavljanje postupka. Prema Zakonu o parničnom postupku Brčko distrikta BiH³⁴(dalje: ZPP BD) redovni su pravni lijekovi žalba protiv presude i žalba protiv rješenja, a izvanredni su revizija i prijedlog za ponavljanje postupka. Prema Zakonu o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine³⁵ (dalje: ZPP SBiH) redovni su pravni lijekovi žalba protiv presude i žalba protiv rješenja, a izvanredni revizija i prijedlog za ponavljanje postupka.³⁶

Žalba je dispozitivna parnična radnja kojom se pobija odluka prvostupanjskoga suda u nastojanju da ona bude ukinuta ili preinačena.³⁷ U ZPP FBiH u glavi VIII. u odredbama čl. 203. do 236. određen je postupak po redovnim pravnim lijekovima.³⁸ Prema odredbi čl. 203., st. 1. ZPP FBiH protiv presude donesene u prvome stupnju stranke mogu podnijeti žalbu u roku 30 dana od dana donošenja presude, odnosno ako se presuda dostavlja u skladu s odredbama ovoga zakona o dostavi, 30 dana nakon dostave prijepisa presude ako u ovome zakonu nije određen drugi rok. U mjeničnim i čekovnim sporovima taj je rok 15 dana.³⁹ Prema odredbi čl. 203., st. 2. ZPP FBiH pravovremeno podnesena žalba sprečava da presuda postane pravomoćna u dijelu koji se pobija žalbom. U odnosu na odredbe prethodnoga zakona ovaj stavak ostao je neizmijenjen. Prema odredbi čl. 203., st. 3. ZPP FBiH određeno je da o žalbi protiv presude odlučuje drugostupanjski sud. Da bi sud donio odluku (presudu) o utemeljenosti tužbenoga zahtjeva, treba: 1.

32 Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 53/03., 73/05., 19/06., 98/15. Ovim su Zakonom određena pravila postupka na temelju kojih općinski sudovi, županijski sudovi i Vrhovni sud FBiH raspravljaju i odlučuju u građanskopravnim sporovima ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

33 Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 59/2003., 85/03., 74/05., 63/07., 105/08., 85/03., 63/07., Odluke US 45/09., 49/09., 61/13.. Ovim Zakonom određuju se pravila postupka na temelju kojih osnovni sudovi, okružni sudovi i Vrhovni sud RS raspravljaju i odlučuju u građanskopravnim sporovima ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

34 Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 28/18.

35 Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 36/04., 84/07., 58/13., 94/16.

36 Vidi opširnije kod HAUBRICH, V., *Pravni lijekovi u parničnome postupku*, Mostar, 2020., p. 62. – 99.

37 Vidi kod STANKOVIĆ – RAČIĆ, op. cit., p. 430.

38 U ZPP RS istovjetna je sistematizacija te su odredbe o pravnim lijekovima uređene odredbama čl. 203. do čl. 236 ZPP RS u glavi VIII. U ZPP BD postupak po pravnim lijekovima određen je odredbama čl. 323. – 390. u glavi XXIV. Zakona.

39 Odredba čl. 323. ZPP BD iz 2009. je istovjetna odredbi čl. 203. ZPP FBiH iz 2003. i čl. 203. ZPP RS.

provesti određeni postupak, 2. utvrditi pravno relevantne činjenice, 3. na utvrđene činjenice primijeniti određena pravna pravila radi ocjene utemeljenosti tužbenoga zahtjeva. Stranka koja svoj neuspjeh propisuje greškama suda izražava svoje nezadovoljstvo.⁴⁰ Prema odredbi čl. 208., st. 1. ZPP FBiH određeno je da se presuda može pobijati zbog povrede odredaba parničnoga postupka, zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja i zbog pogrešne primjene materijalnoga prava.⁴¹ Stavkom 2. ovoga članka određeno je da se presuda zbog propuštanja ne može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja. Stavkom 3. navedenoga članka određuje se da se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja mogu pobijati zbog povrede odredaba parničnoga postupka ili zbog toga što je izjava o priznanju odnosno o odricanju dana u zabludi ili pod utjecajem prisile ili prijevare.⁴² U st. 4. navedenoga članka propisano je da kada se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja pobija zbog toga što je izjava o priznanju ili odricanju dana u bitnoj zabludi ili pod utjecajem prisile ili prevare, stranka može u žalbi iznijeti i nove činjenice te predložiti nove dokaze koji se tiču tih mana u volji. Lista žalbenih razloga determinirana je vrstama mogućih pogrešaka suda čija se presuda napada žalbom. Greške suda se mogu svrstati na: 1. greške u provođenju postupka – *errores in procedendo*, 2. greške u suđenju o utemeljenosti zahtjeva – *errores in iudicando*, a one mogu biti uzrokovane: a) nepravilnim utvrđivanjem činjeničnog stanja (*errores facti*) i b) pogrešnom primjenom materijalnoga prava (*errores iuris*).⁴³

40 Vidi opširnije o tome kod TRIVA – DIKA, op. cit., p. 677. Prvostupanjska se presuda može pobijati kako zbog nepravilnosti učinjenih u postupku tako i zbog nepravilnosti u odlučivanju. Isticanjem tih nepravilnosti u žalbi žalitelj daje žalbene razloge. Vidi kod KULENOVIĆ et al., op. cit., p. 396.

41 U jednoj žalbi može se iznijeti više razloga iste vrste. U žalbi se mogu iznijeti razlozi samo za jednu, dvije ili sve vrste povreda ovisno o tome koje su povrede učinjene u konkretnome predmetu u prvostupanjskome postupku. Vidi kod JANKOVIĆ, *Komentar*, p. 373.

42 Odredba čl. 328. ZPP BD propisuje isto rješenje kao i odredba čl. 208. ZPP FBiH. i odredbe čl. 208. ZPP RS. U Republici Srpskoj usvojene su izmjene parničnoga zakonodavstva te se čl. 208. mijenja. Prema Izmjeni ZPP RS iz 2013. godine u čl. 208. poslije st. 1. dodaje se st. 2. prema kojem se presuda zbog propuštanja ne može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja. Poslije dosadašnjega st. 2., koji postaje st. 3., dodaje se st. 4. prema kojem, kada se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja pobijaju zbog toga što je izjava o priznanju ili odricanju dana u bitnoj zabludi ili pod utjecajem prisile ili prevare, stranka može u žalbi iznijeti i nove činjenice te predložiti nove dokaze koji se tiču tih mana volje.

43 I stariji parnični propisi predviđaju ovu listu žalbenih razloga. Vidi kod JERKOVIĆ, J., „Nove bitne povrede parničnog postupka kao razlog za žalbu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Novi Sad, br. 5., 1978., p. 1–13.

2.3. Djelotvornost pravnoga lijeka

Sud ispituje dvije vrste pitanja u vezi primjene čl. 13. Konvencije⁴⁴:

1. je li država ugovorenica svojim pravom udovoljila zahtjevima čl. 13. Konvencije,

2. je li to zadovoljavajuće pravo primijenila na zadovoljavajući način.⁴⁵

Odredba čl. 13. Konvencije traži od domaćega pravnog lijeka kojim je omogućeno kompletnoj nacionalnoj vlasti da se bavi predmetom zahtjeva u vezi povrede nekoga prava zajamčenoga Konvencijom i protokolima i pružanje odgovarajuće pomoći.⁴⁶

Zaštita prema odredbi čl. 13. Konvencije nije apsolutna, neka su ograničenja eventualnih pravnih sredstava svojstvena za kontekst u kojem je navodna povreda nastala. U takvim okolnostima sud ne smatra da njegov zahtjev „djelotvorna pravna sredstva“ znači „sredstva koja su djelotvorna koliko je to moguće, imajući u vidu ograničeni domašaj sredstava svojstvenog za taj posebni kontekst“.⁴⁷ Kada procjenjuje djelotvornost pravnoga lijeka u konkretnome slučaju, Sud uzima u obzir sve pravne lijekove koji su na raspolaganju u tome konkretnom slučaju.⁴⁸ Država ugovorenica Konvencije slobodna je razviti pravne lijekove koji odgovaraju njezinu pravnom sustavu. Ona treba voditi računa o djelovanju koje pravni lijekovi trebaju proizvesti prema mišljenju suda u pojedinim situacijama.⁴⁹

U sudskoj praksi vidimo kako Ustavni sud Bosne i Hercegovine razmatra djelotvornost pravnog lijeka u konkretnim premetima. Ustavni sud zaključuje da postoji i kršenje prava na učinkovit pravni lijek iz članka Europske konvencije u svezi s pravom na suđenje u razumnom roku iz članka 6. stavak 1. Europske konvencije budući da ne postoji učinkovit pravni lijek kojim bi se apelantima, prije podnošenja apelacije Ustavnom sudu, omogućilo ubrzanje postupka koji je

44 Odredbe čl. 13. Konvencije traže da na nacionalnoj razini bude dostupan pravni lijek radi ostvarivanja prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Sud određuje djelotvoran pravni lijek u smislu čl. 13. Konvencije kao pravno sredstvo kojim se sprečava navodna povreda prava ili trajanje ove povrede i osigurava se odgovarajuća kompenzacija za svaku povredu koja se dogodi. Vidi predmet „Doran v. Ireland, Judgment of 31. July 2003“, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/defaultasp?language=>.

45 Vidi ETINSKI, op. cit., p. 436.

46 Vidi predmete *Soering v. The United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989, para 120; *Aydin v. Turkey*, Judgment of 25 September 1997, para 103; *Kaya v. Turkey*, Judgment of 19 February 1998, para 106; *Soc v. Croatia*, Judgment of 9 May 2003, para 114, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/defaultasp?language=>.

47 Vidi GOMIEN, D., *Kratki vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima*, Vijeće Europe, Strasbourg, 1995., p. 248–249.

48 U slučaju *Silver protiv Velike Britanije* Sud kaže da, iako nijedno pojedinačno pravno sredstvo samo po sebi ne zadovoljava zahtjeve iz odredbe čl. 13. Konvencije, ukupna pravna sredstva predviđena domaćim pravom mogu to postići. Vidi predmet *Silver and others v. The United Kingdom*, Judgment of 25 March 1983, para 113, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/defaultasp?language=>.

49 Vidi kod NADAŽDIN – DEFTERDREVIĆ, op. cit., p. 330.

u tijeku ili obeštećenje zbog odugovlačenja koje se već desilo.⁵⁰ U ovom segmentu se otvara problematika prava na pravično suđenje u razumnom roku i korištenja djelotvornog pravnog lijeka u fazi u kojoj je došlo do kršenja tog prava.⁵¹

Bosna i Hercegovina nema Ustavni zakon o Ustavnom sudu stoga su važna pitanja koja se reguliraju ustavnim zakonom, a koji se donosi i mijenja po istovjetnom postupku kao ustav, regulirana Pravilima Ustavnog suda.⁵² U Bosni i Hercegovini načelo prava na pravično suđenje u razumnom roku kao ustavno načelo je razrađeno u Pravilima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz 2014. godine koji u čl. 18. st. 2. određuje da Ustavni sud može *iznimno* razmatrati apelacije i kad nema odluke mjerodavnog suda, ukoliko zahtjev ukazuje na ozbiljna kršenja prava i sloboda koja štiti Ustav i međunarodni dokumenti.⁵³ U Federaciji Bosni i Hercegovini u hitnoj je proceduri Prijedlog Zakona o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku. Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u više slučajeva utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku te je naložio provođenje generalnih mjera kao što je uvođenje preventivnog pravnog lijeka koji se odnosi na dužinu postupka. U konkretnim slučajevima utvrđena je i naknada štete podnositeljima apelacija koje su pale na teret odgovarajućeg županijskog odnosno Proračuna Federacije Bosne i Hercegovine. Istovremeno ukazujemo da u ovakvim predmetima i Europski sud za ljudska prava utvrđuje naknadu štete. Smatra se da će se ovakvim zakonskim rješenjem osigurati mehanizam preventivnog pravnog lijeka, a istovremeno smanjiti rashodi na strani navedenih proračuna obzirom da je kriterij utvrđivanja visine naknade štete propisan odredbom člana 18. ovog zakonskog prijedloga značajno niži u odnosu na praksu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, a posebno u odnosu na praksu Europskog suda za ljudska prava, čime će se ublažiti finansijske posljedice po navedene proračune. Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava na učinkovit pravni lijek iz članka 13. Europske konvencije u svezi s pravom na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije kada je redovni sud prilikom dostave odluke na koju apelant ima pravo žalbe, s neprihvatljivim formalizmom primijenio zakonske odredbe o dostavi, čime je izostala razumna marljivost redovnog suda jer mu je bila poznata

50 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4101/15 od 10. svibnja 2017. godine, stavak 118., objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 43/17, *parnični postupak, duljina trajanja postupka* <https://www.ustavisud.ba/bs/ucinkovit-pravni-lijek>

51 HAUBRICH, V.– PEHAR, S. – RECHNER, E., „Pravo na pravično suđenje u razumnom roku“, Zbornik radova s IV. međunarodnog savjetovanja *Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2018., p. 253. – 289.

52 Više o tome kod VEHABOVIĆ, F., *Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2005., str. 5. – 7. Vidi i kod TADIĆ, M., *Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine*, sarajevo, 2015., str. 7. – 10. Dostupno na http://www.ustavisud.ba/public/down/Pravila_2015.pdf

53 Vidi Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 94/14.

de facto apelantova adresa.⁵⁴ U Bosni i Hercegovini nije usklađena legislativa po pitanju preventivnog pravnog lijeka u slučaju kršenja prava na pravično suđenje u razumnom roku. U Federaciji Bosni i Hercegovini nije još usvojen Zakon o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku. U prijedlogu Zakona o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku Federacije Bosne i Hercegovine u odredbi čl. 5. predviđaju se pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku. Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku jesu: a) zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, b) zahtjev za isplatu primjerene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. U Republici Srpskoj navedenu materiju uređuje Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske⁵⁵ Prema odredbi čl. 4. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske određena su pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku su: 1. Zahtjev za ubrzanje postupka i 2. tužba za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku i na pravično zadovoljenje zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.

2.4. Akcesornost odredbi čl. 13. Konvencije

Pravo na djelotvoran pravni lijek akcesorno je, ali i autonomno procesno pravo. Akcesornost ovoga prava znači da se na njegovu povredu može pozivati samo u sklopu i u vezi s povredom nekoga drugoga supstancijalnog prava iz Konvencije.⁵⁶ S druge strane njegova autonomnost znači da primjena ove odredbe ne predstavlja nužno da je prethodno počinjena povreda kakvoga drugoga supstancijalnog prava. Čak i u slučaju kada Sud nije ustanovio da je postojala povreda supstancijalnoga prava, on je obvezan provjeriti ispunjava li nacionalno pravo odredbe o djelotvornome pravnom lijeku iz čl. 13. Konvencije.⁵⁷

3. UVJETI DOPUŠTENOSTI ZAHTJEVA SADRŽANIH U ČL. 35. KONVENCIJE

Konvencija propisuje da Sud može razmatrati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnoga prava unutar razdoblja od 6. mjeseci od dana donošenja

⁵⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2970/16 od 11. listopada 2018. godine, stavak 47., objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 80/18, dostava, povreda članka 13. Europske konvencije u svezi s pravom na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava BiH i članka 6. stavak 1. Europske konvencije <https://www.ustavnisud.ba/bs/ucinkovit-pravni-lijek>

⁵⁵ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske “Službeni glasnik Republike Srpske broj”: 99/20 od 13.10.2020

⁵⁶ Vidi JAKŠIĆ, A., *Europska konvencija o ljudskim pravima: Komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006. (dalje: JAKŠIĆ), p. 330–331.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 332.

konačne odluke te da Sud neće razmatrati ni jedan pojedinačni zahtjev podnesen na temelju čl. 34. Konvencije koji je: anonimna ili u osnovi isti kao neki predmet što ga je sud već ispitivao ili koji je već podvrgnut nekome drugomu međunarodnom postupku istrage ili rješavanja te ako ne sadrži nikakve nove relevantne činjenice.⁵⁸

3.1. Iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova

Jedan od uvjeta da bi se zahtjev mogao isticati pred Sudom u vidu individualne predstavke iz čl. 35. Konvencije je da su prethodno iscrpljena sva domaća raspoloživa pravna sredstva (lijekovi).⁵⁹ Taj zahtjev proizlazi iz načela supsidijarnosti Konvencije kao međunarodnoga instrumenta. Države ugovorenice imaju pravo i obvezu najprije same ispraviti situaciju koja predstavlja kršenje prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Zbog toga se sve više od države traži da uvede domaće mehanizme za zaštitu ih prava. To se postiže ili izravnom primjenom Konvencije od strane domaćih sudova ili inkorporiranjem konvencijskih prava i sloboda u domaće zakone i Ustav.⁶⁰ Nacionalna prava određuju koja pravna sredstva trebaju biti iscrpljena. Tamo gdje ih postoji nekoliko, podnositelj zahtjeva mora razumnim argumentima objasniti zašto se odlučio za određeni pravni lijek. Podnositelj zahtjeva dužan je iscrpiti samo one pravne lijekove koji su mu dostupni kao pravo, a ne kao privilegij.⁶¹ Domaći pravni lijekovi moraju biti iscrpljeni u cijelosti i uredno. To znači da je potrebno iskoristiti sve mogućnosti iscrpljivanja redovnih pravnih lijekova u skladu s domaćim pravom. Ako je neki pravni lijek odbačen od strane domaćeg suda iz procesnih razloga, primjerice nepravovremenosti, nedopuštenosti i slično tada domaći pravni lijekovi nisu uredno iscrpljeni. Nadalje, da bi domaći pravni lijekovi bili u cijelosti iscrpljeni potrebno je, ako je to moguće, istaknuti makar one povrede koje podnositelj ponosi poslije u svome zahtjevu Sudu. Iscrpljivanje unutarnjih pravnih lijekova neće se postavljati kao nužan uvjet i u slučaju povrede čl. 6. Konvencije, tj. povrede prava na suđenja u razumnome roku.⁶² Pravni lijek mora biti djelotvoran. Moraju se iscrpiti samo pravni lijekovi koji su djelotvorni i adekvatni. Podnositelj mora iskoristiti pravne lijekove koji su ustanovljeni sve do najviše razine, samo u onoj mjeri u kojoj obraćanje višem sudu još uvijek suštinski može imati utjecaja na odluku o meritumu i uz to treba uporabiti sva procesna sredstva koja mogu spriječiti kršenje Konvencije.⁶³ Teret dokazivanja da nisu iscrpljeni svi unutarnji

58 Vidi GOMIEN, op. cit., p. 273.

59 Tako JAKŠIĆ, A., *Europska konvencija o ljudskim pravima: Komentar*, p. 21–25.

60 Vidi GRDNIĆ, „Pretpostavke dopuštenosti zahtjeva podnesenih Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu“, p. 1–8.

61 Vidi VAJIĆ, N., „Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtnom na presude protiv Republike Hrvatske“, Zagreb, *Informator*, br. 5085, 2002., p. 1–4.

62 Vidi PAUNOVIĆ – CARIĆ, op. cit., p. 58.

63 Procesna sredstva koja nisu djelotvorna ili koja su bezrazložno spora, ne moraju biti iscrpljena. Vidi BUERGENTHAL, T., *Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku*, Sarajevo, 1998., p. 75.

pravni lijekovi uvijek je na tuženoj državi, tako da će zastupnici te države pred sudom ukazati točno na pravne lijekove koji nisu korišteni u unutarnjem pravnom poretku. Pri tome je bitno da je riječ o dostupnim, djelotvornim i dovoljnim pravnim sredstvom i u teoriji i u praksi. Takvi pravni lijekovi moraju osigurati obeštećenje u vezi sa žalbom podnositelja predstavke – nuditi mu razumne izgleda u uspjeh u postupku pred nadležnim domaćim tijelom.⁶⁴

Odredbe čl. 13. i čl. 5. Konvencije su u odnosu međuovisnosti u smislu da ne može postojati povreda prava na djelotvoran pravni lijek iz čl. 13. Konvencije ako nisu iscrpljena sva pravna sredstva u unutrašnjem pravnom poretku kako to nalaže čl. 35. Konvencije, ali i obrnuto. Ako u unutarnjem pravnom poretku ne postoji djelotvorno pravno sredstvo, tada se smatra da su iscrpljena sva moguća pravna sredstva u unutarnjem pravnom poretku.⁶⁵ Zahtjev za iscrpljenošću djelotvornih domaćih pravnih sredstava izvire iz načela supsidijarnosti kao jednoga od temeljnih načela na kojima počiva cjelokupni nadzorni sustav. Nacionalni sudovi država stranaka u prvome redu imaju mogućnost ispitati i odlučiti o suglasnosti domaćeg prava s Konvencijom. Zahtjev za iscrpljenošću djelotvornih domaćih pravnih sredstava sprečava pojavu istodobne dvostruke pravne zaštite i na nacionalnoj i na međunarodnoj razini.⁶⁶ Primjena pravila o iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava u praksi Europskoga suda obilježava: fleksibilnost i zahtjev da se podnositelji zahtjeva moraju pridržavati pravila i ograničenja postavljenih u domaćem pravu država stranaka. Ovo pravilo se mora primjenjivati s određenim stupnjem fleksibilnosti i bez pretjeranoga formalizma.⁶⁷ Ako postoji veći broj djelotvornih pravnih sredstava za određenu domaću pravnu stvar, pravilo je da podnositelj mora iskoristiti samo jedno među njima.⁶⁸ Europski sud dopušta da pod određenim pretpostavkama stranka ne mora iscrpiti domaća pravna sredstva prije podnošenja zahtjeva, riječ je o iznimkama kada je riječ o postojanju „posebnih okolnosti“ ili „izvanrednih okolnosti“ koje oslobađaju podnositelja zahtjeva obveze korištenja raspoloživim domaćim pravnim sredstvima.⁶⁹ Jedan od uvjeta da bi se zahtjev mogao isticati pred Sudom je da su prethodno iscrpljeni svi domaći pravni lijekovi. Podnositelj zahtjeva mora iskoristi sve

64 Zbog toga će Sud tražiti od tužene države da pruži primjere iz domaće sudske prakse u kojima će pokazati djelotvornost tih pravnih lijekova. Vidi PAUNOVIĆ – CARIĆ, op. cit., p. 58.

65 Vidi JAKŠIĆ, op. cit., p. 333.

66 Takvo je stajalište zauzeo Sud u presudi *Gluhaković protiv Hrvatske*. Vidi podatak kod OMEJEC, op. cit., p. 534.

67 *Ibid.*, p. 535.

68 To je stajalište zauzeo Sud u odluci Jelčić protiv Bosne i Hercegovine. Sud naglašava da se od aplikanta očekuje da koristi redovne pravne lijekove koji su učinkoviti, dovoljni i dostupni. Također, u slučaju postojanja više pravnih lijekova koje pojedinac može koristiti, takav pojedinac ima pravo izabrati pravni lijek koji odgovara njegovu osnovnom prigovoru. Vidi Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, http://mhr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/?id=170.

69 Vidi slučaj *Akvidar i drugi protiv Turske*, slučaj *Sejdović protiv Italije*, slučaj *Opuz protiv Turske*, slučaj *Savez crkava „Riječ života“ i drugi protiv Hrvatske*. Vidi podatke kod OMEJEC, op. cit., p. 557–558.

unutarnje pravne lijekove koji su mu na raspolaganju, redovne i izvanredne, administrativne ili sudske. Tužitelj mora dokazati Sudu da je htio da se slučaj riješi iznoseći sve argumente u prilog povoljnoga rješenja slučaja pred domaćim tijelima, a ne da je njegov postupak ulaganja žalbe bio samo da bi se zadovoljio formalni zahtjev korištenja unutarnjih pravnih lijekova. Domaćim nadležnim organima uvijek treba dati mogućnost da „isprave“ povredu prava zaštićenih Konvencijom prije nego ga Sud uzme u razmatranje. Ovo pravilo pretpostavlja postojanje određenih uvjeta koji su neophodni za njegovu primjenu: a) postojanje i dostupnost pravnih lijekova; b) djelotvornost pravnih lijekova i dovoljnost u ostvarivanju zaštite prava te c) postojanje općih uvjeta za normalnu realizaciju unutarnjih pravnih lijekova.⁷⁰Nacionalna prava određuju koja pravna sredstva trebaju biti iscrpljena. Tamo gdje ih postoji nekoliko, podnositelj zahtjeva mora razumnim argumentima objasniti zašto se odlučio za određeni pravni lijek. Podnositelj zahtjeva je, međutim, dužan iscrpiti samo one pravne lijekove koji su mu dostupni kao pravo, a ne kao privilegij.⁷¹Ipak, obveza iscrpiti domaća pravna sredstva zahtjeva samo da podnositelj na uobičajen način upotrijebi pravna sredstva koja su djelotvorna, dostatna i na raspolaganju u odnosu na njegove pritužbe na temelju Konvencije (predmete *Balogh protiv Madžarske*⁷²). Postojanje pravnih sredstava mora biti dostatno izvjesno u praksi kao i u teoriji jer će im u suprotnome nedostajati potrebna dostupnost i učinkovitost. Pravna sredstva koja su dostupna stranci na domaćoj razini smatraju se učinkovitima ako sprečavaju navodnu povredu ili njezino nastavljanje ili ako pružaju primjerenu zadovoljštinu za bilo koju povredu do koje je već došlo. U suprotnome podnositelj zahtjeva mora dokazati da bi takva sredstva bila nedjelotvorna (*Akdivar i drugi protiv Turske*⁷³). Pravilo o iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava nije apsolutno niti se može primijeniti automatski. Pri ispitivanju je li bilo poštovano treba uzeti u obzir određene okolnosti svakoga pojedinog predmeta. To znači da se mora uzeti u obzir postojanje formalnih pravnih sredstava u pravnome sustavu ugovorne stranke i sveukupni pravni i politički kontekst unutar kojeg one djeluju te osobne prilike podnositelja zahtjeva. Kada je riječ o dostupnosti pravnoga lijeka, da bi bio dostupan, potrebno je da podnositelj zahtjeva ima pravo izravnoga obraćanja domaćemu nadležnom organu, administrativnomu ili sudskomu. Sud navodi da se u primjenu ovoga pravila mora uzeti u obzir kontekst. Za Sud nije dovoljno da država tvrdi da je osigurala postojanje pravnih lijekova, nego može zahtijevati od države iznošenje primjera slučajeva u kojima je pravo na pravni lijek uspješno iskorišteno.⁷⁴

70 ŠAGO, op. cit., p. 609.

71 VAJIĆ, op. cit., p. 2

72 *Balogh protiv Madžarske*, presuda od 20. srpnja 2004.

73 *Akdivar i drugi protiv Turske*, presuda od 16. rujna 1996.

74 ŠAGO, op. cit., p. 610.

Sud će smatrati da pravni lijek nije dostupan ako ovisi o diskrecijskoj ocjeni samoga suda. U slučaju *Horvat protiv Hrvatske*⁷⁵ Sud nije prihvatio argumente hrvatske Vlade da nisu iscrpljeni svi unutarnji pravni lijekovi predviđeni pravom RH zato što se podnositelj zahtjeva nije obratio Ustavnom sudu RH jer je Sud istaknuo da pravni lijek ne predstavlja dostupno pravno sredstvo ako zavisi o diskrecijskoj ocjeni samoga suda. Tako npr. u slučaju *Öclan protiv Turske* po ocjeni Suda zbog specifičnih okolnosti podnositelj je zahtjeva bio oslobođen obaveze da iscrpi unutrašnje pravne lijekove time što je bio onemogućen jer je neprestano držan u potpunoj izolaciji od strane državnih vlasti i nije imao prilike da se konzultira sa svojim braniteljem, a sam nije imao pravno obrazovanje⁷⁶

Domaći pravni lijekovi moraju biti iscrpljeni u cijelosti i uredno. To znači da je potrebno iskoristiti sve mogućnosti iscrpljivanja redovitih pravnih lijekova, u skladu s pravilima koja predviđa domaće pravo. Stoga ako je neki pravni lijek odbačen od strane domaćih tijela iz procesnih razloga kao što su nepravovremenost, neurednost podneska, nedopuštenost, tada domaći pravni lijekovi nisu uredno iscrpljeni. Nadalje, da bi domaći pravni lijekovi bili u cijelosti iscrpljeni potrebno je, ako je to moguće, istaknuti one povrede koje podnositelj ističe poslije u svome zahtjevu Sudu. Naime, kako je već rečeno, država mora imati priliku prije svega sama ispraviti situaciju povrede konvencijskih prava, a da bi to mogla, pretpostavka je da je njezinim tijelima upućen zahtjev za popravkom kršenja ljudskih prava.⁷⁷ Dok u slučaju pojedinačne predstavke domaće pravne lijekove mora iscrpiti sam podnositelj, u pogledu predstavke države ovo pravilo implicira da domaće lijekove moraju iscrpiti oni pojedinci u odnosu na koje je, prema navodima države podnositelja, Konvencija bila prekršena. Pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova ne vrijedi za međudržavne pritužbe koje se odnose na zakonodavne mjere i/ili administrativnu praksu druge države, a da pritužba nije povezana za jednu ili više osoba koje su žrtve takve zakonodavne ili administrativne prakse (tzv. apstraktne pritužbe). U takvim slučajevima nema pojedinaca koji moraju iscrpiti domaće pravne lijekove, dok se od same države ne može očekivati da pokrene postupak pred vlastima odgovorne države. Iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova neće se postavljati kao uvjet i u slučaju povrede čl. 6., st. 1. Konvencije, tj. povrede prava na suđenje u razumnome roku.⁷⁸ Pravni lijek mora biti učinkovit. Moraju se iscrpiti samo pravni lijekovi koji su djelotvorni i primjereni. Podnositelj mora iskoristiti lijekove koji su ustanovljeni do najviše razine, samo u onoj mjeri u kojoj obraćanje višem sudu još uvijek suštinski može imati utjecaja na odluku o meritumu, i uz to treba upotrijebiti sva procesna sredstva koja mogu spriječiti kršenje Konvencije.⁷⁹ Teret dokaza da nisu iscrpljeni svi domaći lijekovi uvijek je na tuženoj državi, tako što će zastupnici te države pred Sudom ukazati točno na

75 *Horvat protiv Hrvatske*, presuda od 26. srpnja 2001.

76 *Öclan protiv Turske*, presuda od 6. srpnja 2010.

77 GRDINIĆ, op. cit., p. 2.

78 VAN DIJK, op. cit., p. 119.

79 GRDINIĆ, op. cit., p. 5.

pravne lijekove koji nisu korišteni, a mogli su biti korišteni u unutarnjem pravnom poretku. Ti pravni lijekovi moraju biti takvoga karaktera da mogu osigurati obeštećenje u vezi sa žalbom podnositelja predstavke, tj. da nude razumne izgleda u uspjeh u postupku pred domaćim nadležnim tijelom. Zbog toga će Sud tražiti od tužene države da pruži primjere iz domaće sudske prakse u kojima su se navedeni lijekovi pokazali učinkovitim.⁸⁰ Navodna kršenja moraju barem supstancijalno biti podnesena nadležnim nacionalnim vlastima. Podnositelj zahtjeva pred domaćim sudovima ne mora se pozvati na Konvenciju kada se poziva na domaće pravne propise čiji je sadržaj u bitnom sličan. Međutim, mora se pozvati na Konvenciju kada ona predstavlja jedinu pravnu osnovu za njegov tužbeni zahtjev pred domaćim sudom. Lijek se ne mora tražiti ako postoji jasno ustanovljena sudska praksa koja pokazuje da ne nudi realnu šansu za uspjeh. Međutim, u tome slučaju podnositelj mora dati neki dokaz da takva sudska praksa postoji. Pravni lijek nije u potpunosti djelotvoran ako nadležni sud nije u potpunosti nezavisan. Komisija je prihvatila mogućnost da, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnoga prava, mogu postojati posebne okolnosti u kojima učinkoviti i primjereni lijekovi mogu ostati neiskorišteni. To su: sumnja podnositelja u djelotvornost relevantnog lijeka, njegovo nepoznavanje (postojanja) određenog lijeka, neprihvatanje žalbe jer je podnositelj napravio procesnu pogrešku, loše zdravstveno stanje podnositelja, starost podnositelja, loša financijska situacija podnositelja ili visoki troškovi postupka, nedostatak besplatne pravne pomoći, strah od posljedica, pogreške ili pogrešan savjet pravnoga zastupnika ili vlasti, podnošenje iste pritužbe od dvaju podnositelja dok je samo jedan iscrpio domaće pravne lijekove. Važno je napomenuti da odbacivanje zahtjeva zbog toga što domaća pravna sredstva nisu iscrpljena predstavlja samo privremenu prepreku. Sud može ponovno razmotriti isti zahtjev kada ga podnositelj podnese nakon što iscrpi raspoloživa domaća pravna sredstva.⁸¹ Djelotvornost pravnih sredstava posebno se procjenjuje u slučajevima predugoga trajanja postupka pred domaćim tijelima. U biti, riječ je o poštovanju prava na suđenje u razumnome roku zajamčeno čl. 6 st. 1. Mnoge države suočene s tim problemom poduzimale su konkretne akcije u cilju njihova rješavanja. U usporednome pravu može se govoriti o trima sustavima za reguliranje pitanja prava na suđenje u razumnome roku. Prvi sustav mogao bi se nazvati preventivni sustav. Njegova bit svodi se na postojanje pravnoga sredstva kojim se može ubrzati postupak. Kompenzacijski sustav naglasak stavlja na isplatu naknade zbog duga trajanja postupka. Međutim, postoje sustavi u kojima se kombiniraju oba pristupa. To znači da je pored predviđanja sredstava za ubrzanje postupka također predviđena i mogućnost isplate naknade zbog duga trajanja postupka.⁸²

Što se tiče Bosne i Hercegovine, Daytonski je mirovni sporazum izravno inkorporirao Konvenciju u domaći pravni sustav i dao joj prioritet nad drugim zakonima u BiH, a BiH je također naknadno ratificirala Konvenciju u srpnju 2002.

80 PAUNOVIĆ – CARIĆ, op. cit., p. 58.

81 ŠAGO, op. cit., p. 611.-612.

82 PAUNOVIĆ – CARIĆ, op. cit., p. 61.

godine. Prije podnošenja predstavke Sudu potrebno se obratiti Ustavnomu sudu BiH. Prije podnošenja apelacije potrebno je u pravilu iscrpiti redovita pravna sredstva, dok izvanredne pravne lijekove nije potrebno ulagati. To čak i može biti štetno za stranku ako radi toga gubi rok od šest mjeseci za podnošenje zahtjeva. Izuzetak je od navedenoga pravila revizija u parničnom i izvanparničnom postupku koja se treba iskoristiti ako je dopuštena. Ako revizija nije dopuštena, onda će posljednja odluka biti odluka žalbenoga suda. U kaznenome postupku, ako ne postoji mogućnost ulaganja apelacije Ustavnomu sudu, posljednja će odluka biti odluka žalbenog suda.⁸³

Odluka Suda u predmetu *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine*⁸⁴ navodi kako su snage HVO za vrijeme rata oduzele od podnositelja zahtjeva 70 praznih cilindara za plin. Budući da cilindri nisu vraćeni podnositelju niti je za njih dobio naknadu, 25. siječnja 1999. pokrenuo je građansku parnicu pred Općinskim sudom u Mostaru protiv Ministarstva obrane FBiH tražeći novčanu odštetu zajedno sa zateznom kamatom i sudskim troškovima. Dana 8. rujna 2000. Općinski sud prihvatio je zahtjev za odštetu u iznosu od gotovo 5.000 KM, zahtjev za zateznu kamatu i sudske troškove. Kantonalni sud u Mostaru 18. listopada 2001. potvrdio je dosuđenu odštetu, izmijenio iznos dosuđenih sudskih troškova te odbio zahtjev za zateznu kamatu. Općinski sud u Sarajevu 27. ožujka 2002. godine odlučio je ne izvršiti navedenu pravomoćnu presudu u skladu sa Zakonom o utvrđivanju i ostvarivanju potraživanja nastalih za vrijeme ratnoga stanja i neposredne ratne opasnosti iz 2001. godine. Dana 25. travnja 2003. Županijski sud u Sarajevu potvrdio je prvostupanjsku odluku. Podnositelj zahtjeva nije se žalio Ustavnom sudu BiH. Podnositelj je imao čist pristup Ustavnom sudu: mogao se žaliti na odluku od 27. ožujka 2002. godine (što je potvrđeno i 25. travnja 2003. godine) kojom je odbijeno izvršenje pravomoćne sudske odluke zbog relevantnih zakonskih propisa. Ustavni sud ima moć, kao što je očito iz predmeta na koji se poziva Vlada, narediti izvršenje presuda bez obzira na bilo koji zakonski propis koji sprečava ovo izvršenje i dosuditi odštetu. Činjenica da odšteta nije dosuđena u slučajevima neizvršenja nije odlučujuća. Sud je smatrao da je žalba Ustavnomu sudu, u načelu, učinkovit pravni lijek u smislu čl. 35., st. 1. za ulaganje žalbe zbog zakonskoga sprečavanja izvršenja pravomoćnih sudskih odluka. Podnositelj zahtjeva nije koristio taj lijek niti je pokazao da je to iz bilo kojih razloga neprimjeren ili neučinkovit lijek u konkretnim okolnostima njegova slučaja. Sud ne vidi neke posebne okolnosti zbog kojih bi izuzeo aplikanta od obveze korištenja toga lijeka. Zbog toga je zahtjev odbijen u skladu s čl. 35., st. 1. i 4. Konvencije.

Osnovna svrha pravila o šest mjeseci je održavanje pravne sigurnosti osiguravanjem da će se pitanja postavljena na temelju Konvencije ispitati u razumnom roku te spriječiti da vlasti i druge zainteresirane osobe budu u stanju nesigurnosti kroz dugo razdoblje. Ono također pruža potencijalnom podnositelju

⁸³ PEHAR – POPOVIĆ, op. cit., p. 120.

⁸⁴ *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine*, odluka od 16. svibnja 2006.

zahtjeva vrijeme da razmisli hoće li podnijeti zahtjev i, ako je to slučaj, da odluči o konkretnim prigovorima i argumentima koje će iznijeti te olakšava utvrđivanje činjeničnoga stanja u predmetu jer prolaskom vremena svako pošteno ispitivanje iznesenih pitanja postaje problematično (*Sabri Günes protiv Turske*⁸⁵).

To pravilo označava vremensko ograničenje nadzora koje izvršava Sud te ukazuje i pojedincima i državnim vlastima na razdoblje nakon kojega takav nadzor više nije moguć. Ono odražava želju Visokih ugovornih stranaka za sprečavanjem stalnoga dovođenja u pitanje prošlih presuda te predstavlja legitimnu brigu za red, stabilnost i mir. Pravilo o šest mjeseci pravilo je javne politike i Sud ga ima pravo primijeniti na vlastitu inicijativu, čak i ako Vlada ne uloži taj prigovor. Pravilom o šest mjeseci ne može se od podnositelja tražiti da svoj prigovor Sudu podnese prije nego što je njegov položaj u svezi istoga pitanja konačno riješen na domaćoj razini.⁸⁶ Obično pismo podnositelja zahtjeva smatrat će se zahtjevom u cilju poštovanja šestomjesečnoga roka kada je svrha zahtjeva dovoljno jasna. Datum od kojega vremensko ograničenje počinje teći na odnosi se samo na datum na koji je odluka domaćih sudova donesena, nego i na vrijeme od kojeg je podnositelj zahtjeva bio obaviješten o rezultatu postupka i stoga bio u mogućnosti podnijeti tužbu Sudu.⁸⁷ U praksi se računa od dana kad je podnositelj, odnosno njegov odvjetnik primio tu odluku. Ako je datum dostave znatno kasniji od dana donošenja odluke, potrebno je o tome priložiti dokaz. Da bi počelo teći razdoblje od šest mjeseci, naknadna obavijest o punome tekstu u kojoj se daju razlozi presude može biti odlučujuća. Ako je odluka donesena za vrijeme javne rasprave na kojoj je podnositelju bilo dopušteno sudjelovati, kao datum konačne odluke domaćih sudova smatra se datum rasprave. Ako pak odluka nije donesena na raspravi, meritoran je datum proglašenja presude. Stupanjem na snagu Pakta o građanskim i političkim pravima i Fakultativnoga protokola uz taj Pakt, pružena je mogućnost zaštite prava onim pojedincima kojima je prošao ovaj rok za podnošenje tužbe Sudu. Fakultativni protokol daje pojedincima pravo podnošenja pritužbe Odboru za prava čovjeka u Genevi zbog kršenja toga Pakta od neke države članice. Pritom će Odbor razmatrati samo priopćenja osoba koje su iscrpile sva raspoloživa unutarnja pravna sredstva, i to pod uvjetom da taj isti predmet nije već podvrgnut nekomu drugom međunarodnom postupku. Dakle, ne traži se vremensko ograničenje kao jedan od uvjeta dopuštenosti tužbe.

U predmetima u kojima ne postoji pravo žalbe na odluku ili akt javne vlasti, rok počinje teći od trenutka kada odluka ili akt postanu pravomoćni. Kada se zahtjev odnosi na primjenu pravnog propisa koji za posljedicu ima trajnu povredu prava, ne postoji nikakav mogući „početak“ za računanje roka. U slučaju da postoje izuzetci od iscrpljivanja pravnih lijekova (npr. nedjelotvornost ili nedostupnost pravnoga lijeka) predstava se podnosi u roku od šest mjeseci od trenutka kada se navodno kršenje prava dogodilo. Ako je riječ o više nepovezanih događaja za

⁸⁵ *Sabri Günes protiv Turske*, presuda od 29. lipnja 2012.

⁸⁶ *Praktični vodič kroz uvjete dopuštenosti*, p. 29.

⁸⁷ CVRČIĆ, op. cit., p. 122.

koje podnositelj ukazuje da predstavljaju kršenje, najsigurnije za njega je uzeti u obzir prvi događaj. Međutim, ako su događaji međusobno povezani tako da čine jedan jedinstveni događaj, za primjenu pravila od šest mjeseci relevantan je posljednji događaj u nizu. Rok od šest mjeseci ne vrijedi za kontinuirane situacije kršenja prava zajamčenih Konvencije. Tipičan je primjer zahtjev radi suđenja u razumnom roku – zahtjev se može podnijeti sve dok postupak traje pa i kad završi, ali tada, unutar roka od šest mjeseci od završetka postupka.⁸⁸

Nemoguće je unaprijed okvalificirati pojedino razdoblje kao razumno odnosno nerazumno, ali je dosadašnja praksa Suda odredila kada taj rok počinje teći, a kada završava. U građanskim postupcima počinje teći kada je stvar iznesena pred nadležni sud, ali nikako ne može početi teći prije stupanja na snagu Konvencije s obzirom na tuženu državu. Sud mora voditi računa o tome do kojeg stupnja se razvio postupak u tome prethodnom razdoblju. U građanskome kao i u kaznenome postupku vremensko razdoblje prestaje teći kad zadnja sudska odluka koja je donesena u domaćem pravnom poretku postane *res iudicata*, bez obzira na razinu u sudskoj piramidi na kojoj je odluka donesena.⁸⁹ Vremensko ograničenje od šest mjeseci neće se primijeniti ako je riječ o povredi koja ima trajni karakter. U praksi Suda bilo je više situacija koje je Sud kvalificirao kao trajne povrede. To se odnosilo prvenstveno na razdoblje provedeno u pritvoru, postojanje izvjesnih zakona kojima se krši Konvencija, odbijanje plaćanja naknade zbog eksproprijacije ili nacionalizacije, koje same po sebi predstavljaju trenutne akte, odbijanje vlade da podnositelju pruži informacije u vezi s testiranjem kemijskog oružja nad njim dok je bio vojnik šezdesetih godina, kontinuirano ograničenje slobode izražavanja kao posljedica osude za izdaju tijekom Drugoga svjetskog rata, itd.⁹⁰ Npr. višestruka, uzastopna razdoblja pritvora treba gledati u cjelini, a rok od šest mjeseci treba početi teći od kraja posljednjega razdoblja (*Solmaz protiv Turske*⁹¹).

Drugi slučaj kada se pravilo od šest mjeseci neće primijeniti odnosi se na korištenje nedjelotvornoga pravnog sredstva. U tom slučaju rok od šest mjeseci teći će od trenutka kada je uporabljeno djelotvorno pravno sredstvo, tj. od trenutka samog događaja ako nije bilo djelotvornoga pravnog sredstva. Ako postoji bilo kakva sumnja o djelotvornosti nekog pravnog sredstva, za podnositelje predstavke bilo bi važno da Sudu u roku od šest mjeseci od posljednje pravomoćne odluke domaćih tijela podnesu jedno uvodno pismo. Treba voditi računa da su korišteni pravni lijekovi propisani mjerodavnim domaćim zakonima. Ako je podnositelj zahtjeva koristio pravne lijekove koji nisu bili dopušteni, onda se njihovo korištenje ne može smatrati prekidom tjeka roka od šest mjeseci predviđenog čl. 35., st. 1. Za pitanje je li predstavka podnesena pravovremeno, relevantni datum

88 ŠAGO, op. cit., p. 606–607.

89 CVRČIĆ, op. cit., p. 123.

90 PAUNOVIĆ – CARIĆ, op. cit., p. 65.

91 *Solmaz protiv Turske*, presuda od 16. siječnja 2007.; *Praktični vodič kroz uvjete dopuštenosti*, p. 33.

je onaj kada je potvrđeno da je predstavka stigla u Glavno tajništvo. U praksi, Komisija kao odlučujući trenutak uzima datum prvog pisma podnositelja u kojem on izražava želju za podnošenjem zahtjeva i daje neku naznaku naravi svoje pritužbe.⁹² Primjer podnošenja zahtjeva izvan roka od šest mjeseci jest i slučaj *Modrić protiv Hrvatske*⁹³ u kojem podnositeljica nije podnijela ustavnu tužbu protiv odluke Županijskoga suda u Splitu od 14. prosinca 2004. Zahtjev Sudu je podnesen 26. travnja 2006., dakle više od šest mjeseci od donošenja odluke Županijskoga suda. Sud navodi da je zahtjev podnesen prekasno te ga treba odbiti u skladu s čl. 35., st. 1. Konvencije.

Dakle, rok od šest mjeseci teče od konačne odluke donesene u postupku iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava (*Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁹⁴). Podnositelj mora na redovan način iskoristiti pravna sredstva za koja je vjerojatno da će biti djelotvorna i dostatna. Mogu se uzeti u obzir samo uobičajena i djelotvorna pravna sredstva jer podnositelj ne može produljiti strogi rok koji nameće Konvencija pokušavajući podnijeti pogrešne ili neprikladne zahtjeve tijelima ili ustanovama koje nemaju ovlasti ili nadležnosti ponuditi djelotvornu zadovoljštinu za prigovor izjavljen na temelju Konvencije. Ne mogu se uzeti u obzir pravna sredstva čije korištenje ovisi o diskrecijskim ovlastima javnih službenika, te zbog toga nisu izravno dostupna podnositelju. Slično tome, pravna sredstva koja nemaju točno određene rokove stvaraju neizvjesnost i rok od šest mjeseci iz članka 35. stavku 1. čine beznačajnim. Čl. 35., st. 1. u pravilu ne traži da podnositelji zatraže ponavljanje postupka ili iskoriste slično izvanredno pravno sredstvo te ne dopušta produljenje roka od šest mjeseci zbog toga što su korištena takva pravna sredstva (*Berdzenishvili protiv Rusije*)⁹⁵. Međutim, ako je izvanredni pravni lijek jedini pravni lijek koji je na raspolaganju podnositelju, rok od šest mjeseci može se računati od dana kad je donesena odluka o tome pravnom sredstvu. Zahtjev u kojem podnositelj podnese svoje prigovore u roku od šest mjeseci od odluke kojom je odbijen njegov ili njezin zahtjev za ponavljanje postupka je nedopušten jer ta odluka nije „konačna odluka“.

U predmetima u kojima je došlo do ponavljanja postupka ili u kojima je konačna odluka ponovno razmatrana, tijek roka od šest mjeseci bit će prekinut u odnosu na prvotni postupak ili konačnu odluku samo u odnosu na ona pitanja iz Konvencije koja su poslužila kao osnova za takvo ponovno razmatranje ili ponavljanje i koja su bila predmetom ispitivanja pred tijelom nadležnim za izvanredni pravni lijek.

Vrijeme počinje teći prvi sljedeći dan nakon dana kad je konačna odluka javno objavljena ili kad su podnositelj ili njegov zastupnik o njoj obaviješteni, i istječe šest kalendarskih mjeseci kasnije, bez obzira na stvarno trajanje tih

92 ŠAGO, *op. cit.*, p. 607–608.

93 *Modrić protiv Hrvatske*, odluka od 4. lipnja 2009.

94 *Paul i Audrey Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 7. lipnja 2001.

95 *Berdzenishvili protiv Rusije*, presuda od 29. siječnja 2004.

kalendarskih mjeseci (*Otto protiv Njemačke*⁹⁶). Poštivanje roka od šest mjeseci utvrđuje se pomoću kriterija specifičnih za Konvenciju, a ne kriterija iz domaćega zakonodavstva svake tužene države. Primjenom vlastitih kriterija Suda pri izračunavanju vremenskih rokova, neovisno o domaćim propisima, nastoji se osigurati pravna sigurnost i provođenje pravde, a time i praktično i učinkovito funkcioniranje mehanizma Konvencije. Činjenica da posljednji dan roka od šest mjeseci pada u subotu, nedjelju ili na službeni praznik i da se u takvoj situaciji, prema domaćem zakonu, vremenski rokovi produžuju na sljedeći radni dan ne utječe na utvrđivanje *dies ad quem*. Sud može utvrditi dan isteka roka od šest mjeseci koji se razlikuje od dana koji je navela tužena država (*Ipek protiv Turske*⁹⁷).

4. UVJETI ZA PRIMJENU ODREDBI ČL. 13. KONVENCIJE

U skladu sa stalnom praksom kontrolnih organa Konvencije, pod pravom na djelotvorno pravno sredstvo podrazumijeva se postojanje pravnoga sredstva u bilo kojoj formi u unutarnjem pravnom poretku kojim se djelotvorno mogu štititi prava i slobode zajamčene Konvencijom.⁹⁸ Pod domaćim pravnim sredstvom treba razumjeti samo ona pravna sredstva (pravne lijekove) koja su propisana nacionalnim zakonom za određene vrste pravnih postupaka. Ta sredstva moraju dovesti do toga da se ispita meritum slučaja.⁹⁹ Pravo iz odredbi čl. 13. Konvencije zahtjeva da pravni lijek u unutarnjem pravu mora biti takve kvalitete da osigura sudovima država članica Konvencije da primjenom toga pravnog lijeka mogu u meritumu ispitivati postoji li povreda supstancijalnoga prava iz Konvencije te da istodobno pravni lijek bude podoban za sprečavanje, otklanjanje i saniranje povrede prava iz Konvencije. Iz mnoštva sudske prakse Europskoga suda¹⁰⁰ iskristalizirala su se neka načela koja se mogu izraziti na sljedeći način:

– ako pojedinac osnovano smatra da mu je povrijeđeno neko supstancijalno pravo iz Konvencije, tada unutarnji pravni poredak mora osigurati i djelotvoran pravni lijek kojim će se ispitati povreda te ako postoji povreda, omogućiti obustavljanje povrede, kao i otklanjanje posljedice povrede;

96 *Otto protiv Njemačke*, presuda od 10. studenog 2009.

97 *Ipek protiv Turske*, presuda od 7. studenog 2000.; *Praktični vodič kroz uvjete dopuštenosti*, p. 30–32.

98 Vidi ECHR, *Rotary*, presuda od 4. svibnja 2000., *Assenov and others*, presuda od 28. listopada 1998. Podatak kod JAKŠIĆ, op. cit., str. 334.

99 Domaći izvanredni pravni lijekovi i domaći pravni lijekovi čije prihvaćanje ovisi o diskrecijskoj ocjeni nadležnoga tijela, ne trebaju se iskoristiti prije upućivanja zahtjeva Europskomu sudu u smislu čl. 35., st. 1. Konvencije. Iznimno Sud ocjenjuje da je potrebno iscrpiti i izvanredne pravne lijekove jer ispunjavaju kriterij djelotvornoga pravnog lijeka u smislu Konvencije.

100 Vidi ECHR, *Silver*, presuda od 25. ožujka 1983., Series A, no. 61, br. 113.; ECHR, *James and others*, presuda od 21. veljače 1986., Series A, no. 98., br. 85., naročito ECHR, *Leander*, presuda od 26. ožujka 1987., Series A, no. 116., br. 77. Podatak kod JAKŠIĆ, op. cit., p. 335.

– pravni lijek koji propisuje čl. 13. Konvencije ne mora biti jedinstven da bi udovoljio zahtjevima Konvencije, već to može biti i skup pravnih lijekova,

Pravo propisano odredbom čl. 13. Konvencije osigurava pravo na djelotvoran pravni lijek, što znači da se njima u unutarnjem pravu može poništiti ili izmijeniti akt kojim se vrši povreda prava iz Konvencije. Također podrazumijeva mogućnost da se njime otkloni povreda prava (naknada štete, satisfakcija).

5. ZAKLJUČAK

Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i sloboda u odredbi čl. 13. postavlja standard prava na djelotvoran pravni lijek kao kontrolni mehanizam protiv svih odluka. Prema odredbi čl. 13. Konvencije svatko čija su prava i slobode utvrđeni ovom Konvencijom narušeni ima pravo na pravni lijek pred državnim organima vlasti, čak i onda kada su povredu ovih prava i sloboda učinile osobe u vršenju službene dužnosti. Pravo na djelotvoran pravni lijek podrazumijeva da je u nacionalnom pravu predviđen djelotvoran pravni lijek kojim će se u slučaju da je prekršeno neko ljudsko pravo osigurati da se ponovno uspostavi to pravo ili ako to nije moguće osigura naknada štete. Parnična legislativa u Bosni i Hercegovini predviđa djelotvoran pravni lijek protiv svih sudskih odluka – žalbu. Lista žalbenih razloga determinirana je vrstama mogućih pogrešaka suda čija se presuda napada žalbom. Greške suda se mogu svrstati na: 1. greške u provođenju postupka – *errores in procedendo*, 2. greške u suđenju o utemeljenosti zahtjeva – *errores in iudicando*, a one mogu biti uzrokovane: a) nepravilnim utvrđivanjem činjeničnog stanja (*errores facti*) i b) pogrešnom primjenom materijalnog prava (*errores iuris*), pa možemo zaključiti da je riječ o djelotvornom pravnom lijeku.

Konvencija propisuje da Sud može razmatrati predmet samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnoga prava unutar razdoblja od 6. mjeseci od dana donošenja konačne odluke. Kada razmatramo mogućnost obraćanja podneskom Sudu u Strasbourgu i iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava u analizi sudske prakse i nacionalne legislative dolazimo do zaključka da je potrebno *de lege ferenda* što prije urediti mehanizam preventivnog pravnog lijeka kod povrede prava na pravično suđenje u razumnom roku te što žurnije usvajanje Zakona o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku. Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u više slučajeva utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku te je naložio provođenje generalnih mjera kao što je uvođenje preventivnog pravnog lijeka koji se odnosi na dužinu postupka. Ovakvim zakonskim rješenjem osigurat će se mehanizam preventivnog pravnog lijeka. U Federaciji Bosni i Hercegovini u hitnoj je proceduri Prijedlog Zakona o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku. U prijedlogu Zakona o zaštiti prava na pravično suđenje u razumnom roku Federacije Bosne i Hercegovine u odredbi čl. 5. Predviđaju se pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku) (1) Pravna sredstva kojima se

štiti pravo na suđenje u razumnom roku jesu: a) zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (u daljem tekstu: zahtjev); b) zahtjev za isplatu primjerene naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Prema odredbi čl. 4. Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske određena su pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku – a) zahtjev za ubrzanje postupka i b) tužba za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku i na pravično zadovoljenje zbog povreda prava na suđenje u razumnom roku.

Smatramo da je nužna permanentna proklamacija ljudskih prava u Bosni i Hercegovini te edukacija stanovništva o mogućnosti korištenja svih zajamčenih prava. U ovom radu se naglašava da je svaka država dužna zaštititi ljudska prava zajamčena Europskom konvencijom te osigurati i akcesornu primjenu prava na djelotvoran pravni lijek u slučaju kršenja prava. Iscrpljivanje domaćih pravnih sredstava je nužna prije obraćanja Sudu u Strasborugu te se strankama mora osigurati mogućnost preventivnog pravnog lijeka ili obraćanje Sudu u Strasbourg u iako nisu iscrpljena sva pravna sredstva ako nisu za stranku bila primjenjiva i djelotvorna, a riječ je o kršenju ljudskih prava.

6. LITERATURA

1. BAKŠIĆ – MUFTIĆ, J., *Sustav ljudskih prava*, Sarajevo, 2002.
2. BUERGENTHAL, T., *Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku*, Sarajevo, 1998.
3. CARSS-FRISK, M., *Vodič za implementaciju člana I. Prvog protokola Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2002.
4. COUNCIL OF EUROPE, *Kurs ljudskih prava o Europskoj konvenciji o ljudskim pravima i njenoj primjeni u Bosni i Hercegovini*, Priručnik za učenike, 27. rujna – 1. listopada 2004.
5. CVRČIĆ, R., *Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2003.
6. DECAUX, E., *Enjeux et perspectives*, Revue quebecoise de droit international, 2000.
7. DONELLY, J., *Međunarodna ljudska prava*, Sarajevo, 1999.
8. ĐULIMAN, E. – KARLSEN, G. M., *Uvod u ljudska prava*, Sarajevo, 2003. Vidi i kod TODOROVIĆ, V., *Ljudske slobode i prava*, Beograd, 2000.
9. ETINSKI, R., *Pravo na djelotvoran pravni lijek u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, XXXV., br. 2/2004.
10. GOMIEN, D., *Kratki vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima*, Vijeće Europe, Strasbourg, 1995.
11. GRDNIĆ, E., *Pretpostavke dopuštenosti zahtjeva podnesenih Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourg*, Informator, Zagreb, br. 5300-5303, 2004.

12. HARLAND, C. – ROCHE, R. – STRAUSS, E., *Komentar Europske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Vijeće Europe, Sarajevo, 2003.
13. HAUBRICH, V.– PEHAR, S. – RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, Zbornik radova s IV. međunarodnog savjetovanja *Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2018.
14. HAUBRICH, V., *Pravni lijekovi u parničnome postupku*, Mostar, 2020.
15. HAUBRICH, V., *Prorogacija nadležnosti u parničnom postupku u pravu Europske unije*, Mostariensia, Mostar, br. 31, 2010.
16. HERDEGEN, M., *Europsko pravo*, Rijeka, 2003.
17. HERDEGEN, M., *Europsko pravo*, Rijeka, 2003.
18. [http:// www.imo.hr/europa/publikacije/knjige/eurocd/4/eu4-1.html](http://www.imo.hr/europa/publikacije/knjige/eurocd/4/eu4-1.html).
19. HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V. – RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka*, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, god. III (2019.)br. 3, Mostar,
20. IHERING, R. von, *Der Zweck im Recht*, zweite ungearbeitete Auflage, Leipzig, 1884.,
21. JAKŠIĆ, A., *Europska konvencija o ljudskim pravima: Komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
22. JAMIESON, J. R., *Ljudska prava svaki dan*, Informativni centar za ljudska prava, Strasbourg, 1996.
23. KLEIN, E., „Should the binding effect of the judgments of the European court of Human Rights be extended?“, MAHONEY, P. et al. (ur.), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Roly Ryssdal*, Wildhaber, Köln, 2000.
24. KREGAR, J. – GORANIĆ, I., *Uvjeti dopuštenosti postupka pred Europskim sudom za ljudska prava*, Informator, Zagreb, br. 4589, 1998.
25. MARIČIĆ, D., *Europski sudovi*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. III (2003.) br. 5.
26. MARIČIĆ, D., *Odluka Europskog suda za ljudska prava o dopuštenosti zahtjeva*, Informator, Zagreb, god. LII(2004.) br. 5249,p. 3.
27. MATULOVIĆ, M. – PAVIŠIĆ, B., *Dokumenti Vijeća Europe*, Rijeka, 2001.
28. MILIVOJEVIĆ-KRULJAC, L., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. i mehanizmi njihove zaštite putem Europskog suda za ljudska prava u Strasourgu*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 12, 2005.
29. MILJKO, Z., *Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak BiH*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. XX, 2007.

30. MILJKO, Z., *Perspektive za implementaciju Daytonskog sporazuma s obzirom na ljudska prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. XI, 1998.
31. MISITA, N., *Osnovi prava Europske Unije*, Sarajevo, 2002.,
32. MOLE, N. – HARBY, C., *Vodič za primjenu čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2005.
33. OMEJEC, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava. Strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2014.
34. OMEJEC, J., *Primjena Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u radu domaćih sudova – prvi dio*, Hrvatska pravna revija, br. 7-8, Zagreb, 2007.
35. PAUNOVIĆ, M. – CARIĆ, S., *Europski sud za ljudska prava, nadležnost i postupak*, Beograd,
36. PERIĆ, M., *Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu*, magistarski znanstveni rad, Mostar, 2010.
37. PONJAVIĆ, Z., *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovane porodičnog života*, Pravni život, br. 9, 2003.
38. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 94/14.
39. RADBRUCH, G., *Die Philosophie des Rechts*, Stuttgart, 1932.
40. RIBIČIĆ, C., *Granice djelovanja Europskog suda za ljudska prava*, Pravna misao, Sarajevo, br. 1-2, 2007.
41. SADIKOVIĆ, Ć., *Europsko pravo ljudskih prava*, Sarajevo, 2001.
42. SADIKOVIĆ, Ć., *Ustav BiH i Europska konvencija – Usklađivanje Ustava BiH sa Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, br. XLVI, 2003.
43. SCHWINTOWSKI, H. P., *Recht und Gerechtigkeit – eine Einführung in Grundfragen des Rechts*, Berlin, 1996.
44. STEINER, CH. – ADEMOVIĆ, N., *Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar*, Sarajevo, 2010.
45. TADIĆ, M., *Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, sarajevo, 2015., str. 7. – 10. Dostupno na http://www.ustavnisud.ba/public/down/Pravila_2015.pdf
46. VAJIĆ, N., *Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtom na presude protiv Republike Hrvatske*, Informator, god. L (2007.) br. 5085, Zagreb
47. VAN DIJK, P. – VAN HOOFF, G. J. H. et. al., *Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001.
48. VEHABOVIĆ, F., *Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2005., str. 5. – 7.
49. VUČINIĆ, N., *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, Podgorica, 2001.
50. *Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine"*, br. 53/03., 73/05., 19/06., 98/15

51. Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine "Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine", br. 28/18.
52. Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 36/04., 84/07., 58/13.,94/16.
53. Zakon o parničnom postupku Republike Srpske "Službeni glasnik Republike Srpske",br. 58/03., 85/03., 74/05., 63/07., 105/08. - odluka US, 45/09. - odluka US, 49/09. i 61/13.
54. Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srpske "Službeni glasnik Republike Srpske broj": 99/20 od 13.10.2020

Viktorija Haubrich, Ph.D., associate professor

Faculty of Law, University of Mostar

Branka Hrkać, Ph.B., Postgraduate doctoral student

Faculty of Law, University of Mostar

Mirjana Kevo, Ph.B., Postgraduate doctoral student

Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHT TO AN EFFECTIVE LEGAL REMEDY IN CIVIL PROCEDURE THROUGH THE PRISM OF ARTICLE 13 OF THE EUROPEAN CONVENTIONS ON HUMAN RIGHTS

Summary: In this paper, the authors deal with the right to an effective legal remedy in civil procedure in the light of what is defined in article 13 of the European Convention on Human Rights. According to the provisions of article 13 of the Convention, everyone whose rights and freedoms, established by this Convention, are violated shall have an effective legal remedy before a state authority, even when the violation of these rights and freedoms has been committed by persons acting in an official capacity. This article does not require a particular form of legal remedy, but ensures the existence of the effectiveness of the legal remedy in the domestic system, while the nature of those remedies is a matter of that system. In terms of article 13 of the European convention, there are 4 autonomous requirements that a legal remedy must meet in order to be effective within the meaning of article 13. of the Convention: institutional effectiveness, actual effectiveness, corrective effectiveness, material effectiveness. Furthermore, the authors deal with the issue of exhaustion of domestic legal remedies as a precondition before applying to the Court in Strasbourg.

Keywords: article 13 ECHR the right to an effective legal remedy in civil procedure, accessory provisions of article 13 ECHR, conditions for application of article 13 ECHR

Dr. sc. Amra Mahmutagić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Dr. sc. Ivona Šego - Marić, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

OD ORDALIJA DO VINOSTI - EVOLUCIJA OSTVARIVANJA LJUDSKIH PRAVA U PROCESU KAŽNJAVANJA

Sažetak: Još od prahistorije postojala je potreba ljudskog društva da na neki način kazni onoga ko čini nedjelo. Kakav će biti vid odgovora zajednice na postupke delikventa, naravno da je zavisilo od nivoa razvoja društva u kojem je djelo učinjeno. U radu se pokušava dati analiza postepene evolucije u procesima kažnjavanja, počevši od neograničene krvne osvete, preko njenog sužavanja na pripadnike uže porodice delikventa, ili same njegove ličnosti, pa sistema *ius talionis*, sistema otkupa, da bi postepeno, stvaranjem prvih država, počela da se utvrđuje krivica i kažnjava samo onaj ko je kriv i samo kaznom primjerenom njegovoj vinosti. U prvim državnim oblicima, masovno su se primjenjivali dokazi koji sa stanovišta zdravog razuma ne mogu doprinijeti utvrđivanju materijalne istine, dakle iracionalni dokazi, najčešće su to bile *ordalije*-božiji sudovi, da bi postepeno počeli da preovladavaju racionalni dokazi, te utvrđivanje subjektivnih elemenata krivice. Kroz različite društvenoekonomske formacije, postepeno, uz stalno izraženu klasnost u sistemu kažnjavanja, pored odmazde javlja se i generalna i specijalna prevencija kao sama svrha kažnjavanja. Također se napušta sistem objektivne odgovornosti, te se sve više vodi računa o umišljaju i nehatu, zabludi, krajnjoj nuždi i nužnoj odbrani, kako bi se unaprijedio sistem individualizacije kazne i utvrđivanja vinosti delikventa. Kroz historiju se, mnogobrojnim propisima i zakonicima, pokušavala na najprimjereniji način utvrditi odgovornost pojedinca kao i adekvatna kazna za učinjeno djelo, ali, u konačnici, sve je to opet zavisilo od trenutnih društvenopolitičkih okolnosti i konstalacije odnosa u sistemu podjele vlasti.

Ključne riječi: iracionalni i racionalni dokazi, odmazda, odgovornost, krivica, krivični postupak, klasnost prava

UVOD

Ljudsko društvo u prvobitnoj zajednici, koje je prošlo kroz dvije razvojne etape, divljaštvo i barbarstvo, u svom kasnijem periodu se temeljilo na krvnosrodničkom principu, te su postojali i plemenski organi, kao što je plemenska skupština, vijeće klanskih starješina i plemenski starješina ili vojskovođa. Kako je vladala jednakost među članovima društva, a poštovanje društvenih pravila

je bilo u interesu cijele zajednice, međusobni odnosi su bili uređeni običajima, kao najstarijom formom regulisanja društvenih odnosa. Običajna pravila su bila izuzetno stroga i isprepletana sa prvim oblicima vjerovanja, dakle sa animizmom kao nekom vrstom religije straha, odnosno vjerovanjem da priroda ima dušu i da je čovjek ne bi trebao „razljutiti“ svojim postupcima. Klanovi su imali i svoje toteme, to je bila ustvari obožavana životinja, i njenim imenom su se i oni sami obilježavali. Tako se javlja i niz zabrana „*tabua*“, koje su mogle biti privremene ili stalne¹. Totemske životinje se nisu smjele upotrebljavati za hranu, njihovo ubijanje je bilo strogo zabranjeno, a ubrzo se pojavljuju i agrarni kultovi koji su se strogo morali poštovati. Zajednica je, već tada, na tako primitivnom obliku razvoja, osjećala potrebu da reaguje, da kažnjava prestupnika, što je opet bilo povjereno višim, natprirodnim silama. Smatralo se da svaki pojedinačni prestup, pa čak i nehotičan prekršaj *tabua*, zbog snažno uklopljenog pojedinca u grupu, i jako izraženog osjećaja solidarnosti, može prouzrokovati posljedice po čitav klan². Klansko-plemenske starješine su imale sudsku funkciju, imale su mogućnost da izriču sankcije u kojima su uglavnom bile isprepletene duhovne i svjetovne norme i u početku su bile iste za sve članove klana. Najčešće je bila izricana kazna izopštenja iz plemena, kazna prognanstva, što je u to vrijeme bilo ravno smrtnoj kazni. Postepeno su se počele javljati i razlike u primjeni sankcije, pa se sve više vodilo računa o tome kojem društvenom sloju pripadaju prestupnik i oštećeni, a vrlo često se primjenjivala krvna osveta, tako da se grupa kojoj je pripadala žrtva, svetila grupi počinioca krivičnog djela³. Vremenom se i sužava krug lica prema kojima se primjenjuje krvna osveta i osveta je trebala biti „adekvatna“, učinjenoj povredi. Dakle, radilo se o privatnoj reakciji, privatnoj pravdi, a u osnovi je bila kolektivna, pošto je ipak pogađala cijelu socijalnu grupu kojoj je pripadao počinilac nedjela. Također se postepeno javlja i sistem kompozicije, obeštećenja koje je kao određena naknada, pripadalo oštećenoj strani, srodnici počinioca su se dogovarali sa srodnicima oštećenog o njenoj visini. Razvojem proizvodnih odnosa i snaga, pucaju konci klansko-plemenskog društvenog uređenja, društvo se razdvaja u klase, a ona ekonomski jača klasa, težeći da održi postojeće odnose, stvara državu kao sredstvo zaštite svojih interesa. Upravo zbog tih svojih interesa, država će početi stvarati svoj pravni sistem koji će braniti državnom aparaturom, dakle preuzimaće i proces kažnjavanja u svoje ruke, ona utvrđuje vrstu sankcije kao i, umjesto srodnika oštećenog, visinu naknade kao obeštećenja, tako da će takva sankcija poprimati oblik današnje novčane kazne⁴.

1 Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, Usporedna pravna tradicija, Službeni glasnik, Beograd 2009. str. 48

2 Raifa Festić, Opća historija države i prava, Sarajevo 1998. str. 37

3 Vidjeti više Ljubica Slavnić, Istorija pravnih institucija, Alfa-Graf NS, Novi Sad, 2008. str. 48.

4 Vidjeti više Slobodanka Konstatinović Vilić, Miomira Kostić, Penologija, SVEN, Niš, 2011. str. 59-78

2. Orijentalne despotije i proces kažnjavanja

Dakle prve države, robovlasničke, stvaraju svoj aparat prinude, raspolažu monopolom fizičke sile, imaju svoje organe, vojsku, policiju, zatvore..., Za razliku od klansko-plemenskog uređenja koje izražava interese cijelog društva, država je instrument jednog dijela društva, i zato je i potreban monopol fizičke prinude⁵. Egipatska i babilonska država će vršiti veliki uticaj na razvoj civilizacije Istoka, te se smatraju najznačajnijim orijentalnim despotijama. Ono što je zajednička, opća karakteristika robovlasničkih država, jeste pravna nejednakost, država i pravo su klasne kategorije, nažalost, pravo nije jednako za sve. U svim prvim državama zadržavaju se mnogobrojni relikti klansko-plemenskog uređenja, koji će se vremenom prilagoditi novim društvenopolitičkim uslovima ili potpuno nestati. U početku su, naravno, slabo izdiferencirane funkcije državnih organa, državni aparat je još uvijek dosta primitivan, još se ne odvajaju upravni i sudski organi, pa ni građanski i krivični postupak. Dapače, već je veliki napredak što ikako postoji određeni sudski postupak. U prvim državama, pravo je uveliko, u svojim počecima, bilo isprepletano sa religijom. Recimo, u Mesopotamiji, pravda (*mešarum*) i istina (*kittum*), predstavljali su upravo dio religije i mita. Najbliže povezan sa pravdom bio je Šamaš, božanstvo sunca, a *kittum* je imalo osnovno značenje „nešto čvrsto ustanoviti“ i predstavlja kosmičku i nepromjenljivu istinu. Tako kad kombinujemo ova značenja, *kittum mešarum* označava „dobar poredak svake stvari, njenu sudbinu, odnosno pravdu“⁶. Inače je vladar u Mesopotamiji nosilac sve vlasti, ali, ustvari, najvažnija je bila vojna vlast. Sudstvo i uprava su u rukama države onoliko koliko je zainteresovana, vladar može svim organima vlasti, izdavati uputstva, mijenjati stvarnu i mjesnu nadležnost, ali, upravo zbog te izuzetne veze sa božanskim silama, vladari nisu bili izvori prava, oni su u stvari bili posrednici između bogova i ljudi, oni „primaju“ zakone od vrhovnog božanstva i izdaju ih ljudima pod svojim autoritetom. Ali, ipak, u pravnim zbornicima Mesopotamije, sfere koje propisi obuhvataju najviše se tiču svjetovnih odnosa (imovinski i trgovinski odnosi), u normama ipak ne stoji autoritet božanstva nego vladara, tako da se može reći da je recimo Babilon kao despotska monarhija, izgubio teokratski karakter i postao laička država⁷. U takvoj strogo centralizovanoj unitarnoj državi, nije bilo podjele vlasti, sudska vlast nije bila odvojena od izvršne. Sudstvo je bilo laicizirano, vladar je djelovao i kao drugostepena instanca, vršio je pomilovanja i rješavao sporove u posljednjem stepenu, pretpostavlja se da je u nekim slučajevima, vjerovatno kad je bila zapriječena smrtna kazna, funkcionisao kao vrhovni sudija. Iako je, kako je već navedeno, sudstvo bilo vezano uz upravu i odvojeno od sveštenstva, ovdje je sveštenstvo zadržalo određenu ulogu, pred njima se polagala zakletva, sveštenici su bili posrednici u pozivanju na sud, a često su oni sami bili

5 Raifa Festić, n.dj. str. 40

6 Fikret Karčić, Komparativna pravna historija -predavanja i pravni tekstovi, Sarajevo, 2007. str. 22-23.

7 Isto

bilježnici, vještaci, porota. Državni sud je donekle imao oblik arbitraže, s obzirom da su protivpravne radnje uglavnom imale karakteristike povrede privatne sfere, pa su stranke mogle riješiti spor i vansudski⁸. Pravo je uopšte, imalo izrazito klasni karakter, a, pored brojnih krivičnih odredbi u Hamurabijevom zakoniku, smatralo se nerazvijenijim krivično pravo od građanskog, a sudski postupci su vjerovatno bili isti. Ovdje se zadržavaju i mnogobrojni relikti iz predrđavnog uređenja, prije svega kolektivna odgovornost za učinjeno nedjelo u slučaju da počinitelj ne bude uhvaćen, te krvna osveta. Iz propisa Hamurabijevog zakonika, vidi se da djeca odgovaraju za delikte svojih roditelja (čl. 16., 210., 230.). Recimo u ovom posljednjem članu se propisuje da se treba usmrtniti sin oca koji je svojim nesolidnim radom prouzrokovao smrt svog poslodavca. Kazna ima svojstvo odmazde, dominira objektivna odgovornost, a ne subjektivni odnos počinioca prema djelu. Praktikovano je dakle *lex talionis*, u sistemu kažnjavanja, po načelu „oko za oko, zub za zub“, a često i simbolički talion, s obzirom da je kažnjavan onaj dio tijela koji je, navodno počinio delikt, recimo odsijecala se ruka liječniku koji nije uspješno izvršio operaciju. Dakle, cilj kažnjavanja je bila odmazda za koju se smatralo da će se postići i generalna i specijalna prevencija. Kako sudski organi nisu poznavali princip krivnje, s pravom se „ovo pravo može nazvati kazneno, a ne krivično pravo“⁹. Kako je već spomenuto, otvoreno je naglašena pravna nejednakost, ne samo da su različito kažnjavani robovi od slobodnih ljudi, nego i pripadnici različitih slojeva (recimo avilumi su bili zaštićeniji od muškenu građana, a muškenu od drugih kategorija slobodnog stanovništva). Po Hamurabijevom zakoniku se očekivala veća odgovornost, izraženija savjest od onih koji neki posao obavljaju kao zanimanje, stalno i stručno (graditelj, pastir, liječnik), i oni „bivaju kažnjeni i za manji propust, pa i onaj iz nehata: javnost se mora zaštititi od nehata stručnjaka“¹⁰. Inače je u Babilonu potpuno izostala individualizacija svijesti, nego se uzimala kao kriterij prosječna svijest. Kod onih kod kojih je postojala umanjena svijest o počinjenju djela i njegovim posljedicama, teret bi pado na staratelje, koji bi svojom uvećanom sviješću morali nadomjestiti umanjenu svijest svojih štitenika, pa se u takvoj logici i vide elementi „odmazde“, i čak određenog socijalnog izopćenja onih čija svijest nije uprosječena, dakle, nije uobičajenog nivoa¹¹. Strogim kaznama je bila zaštićena svojina, većina krađa je kažnjavana smrću ili nadoknadom ukradene stvari njenom višestrukom vrijednošću, a smrću je posebno kažnjavana krađa iz hramova i dvora. Prilikom kažnjavanja za ova djela, provodio se poseban postupak izvršenja, recimo ako je kazna izvršena provaljivanjem zida, počinitelj je ubijan i zatrpan pred otvorom zida (čl.21.), a ko je koristio požar da bi krao, bacan je u vatru¹². Inače, priličan

8 Više o sudstvu inače, Šefko Kurtović, *Opća povijest prava i države I. Knjiga, Stari srednji vijek*, Zagreb, 1994. str. 57-58

9 Raifa Festić, n.dj. str. 69.

10 Šefko Kurtović, n.dj. str. 70.

11 Vidjeti bliže, Šefko Kurtović, str.70-71

12 Raifa Festić, n.dj.str. 71.

broj propisa govori o načinu izvršenja smrtne kazne, pa se tako članovima 108., 129., 133., 155., propisuje smrtna kazna bacanjem u vodu, a recimo članovima 25., 110., 157., propisuje se spaljivanje kao način izvršenja. Nije postojala kazna zatvora, postojao je samo zatvor u vidu pritvora. Najčešće izricane su kazne sakaćenja, novčane kazne i progonstvo. Inače se postupak pokretao na inicijativu oštećene osobe, ili njenih rođaka, u slučaju počinjenja ubistva. Kao dokazna sredstva, koristili su se i racionalni i iracionalni dokazi, više normi Zakonika predviđa da osumnjičena stranka treba da ide na božiji sud. Postupak je bio usmen i kontradiktoran, a presude pismene, pisane su na glinenim pločicama i sušene na suncu, a sadržavale su najbitnije elemente, dakle imena stranaka, predmet i dispoziciju presude, te se, također, strankama zabranjuje ponovno obraćanje sudu o istoj stvari.

Koliko god sa ovog stanovišta djelovalo grubo, ipak možemo istaknuti da je sa principom *talion*a došlo do ublažavanja prvobitne privatne reakcije kao neograničene osvete, jer sa ovom javnom, državnom reakcijom, kazna je morala biti proporcijalna težini krivičnog djela, dakle, zabranjivala se neograničena krvna osveta.

Za egipatsko pravo uopće, može se reći da nedostaju sačuvani zakonski tekstovi, a što se razloga tiče, svakako je i jedan od njih taj što se radi o izrazito teokratskoj državi, faraon je smatran božanstvom, pripadala mu je i zakonodavna vlast, odnosno, smatralo se da on samim postojanjem kreira zakon, pa da onda i nema potrebe za kodifikacijom prava. Smatralo se da je faraon posrednik između bogova i ljudi, dakle prvosvećenik, najviši religijski funkcioner, te da je bio dužan „da proširuje opći moralni i kosmički poredak koji je označen pojmom, *maat*”¹³. On je obavljao i najvišu sudsku funkciju, bio je posljednja apelaciona instanca, a i mogao je odrediti nadležnost bilo kojeg suda. U egiptu su, osim smrtne i tjelesnih kazni, primjenjuju i kazne imovinskog karaktera, kao i prinudni rad, a klasna razlika nije bila toliko uočljiva, kao što je to slučaj sa Hamurabijevim zakonikom¹⁴.

Što se tiče izvora, uglavnom su sačuvani upravo dekreti i edikti faraona, razni dokumenti iz sudske prakse, upravni akti, te spisi sa moralno-religioznom porukom.

Nisu bilo odvojeni propisi materijalnog i procesnog prava, niti je odvojen građanski, krivični i upravni postupak. Državni organi su pokretali postupke javnih delikata, u kojima je država bila direktno zainteresovana, a u svim drugim slučajevima, zainteresovane stranke. Kako se faraon smatrao posrednikom između bogova i ljudi, tako se posrednikom između faraona i vanjskog svijeta smatrao *džati*, koji je stajao na čelu upravnog birokratskog aparata i u sebi sjedinjavao administrativnu i sudsku vlast. O *džatiju* i specifičnostima kažnjavanj, autor Karčić ističe: „U izvorima se navodi da, kad su džatiji sudili, pred njima se na četiri prostirke nalazi, četrdeset, stvari. Ranije se u nauci držalo da tih , četrdeset , stvari označava četrdeset svitaka propisa dok se u novije doba (John A. Wilson)

13 Isto, str. 50

14 Nikolić Dragan, Istorija prava stari i srednji vek, SVEN, Niš, 2011., str. 98.

smatra da je to bilo četrdeset instrumenata koji su bili korišteni za kažnjavanje. U nekim izuzetnim slučajevima, kao što je zavjera u faraonovom haremu i pljačka faraonove grobnice, sudili su ad hoc sudovi. Na lokalnom nivou postojali su sudovi (knbt) kao što je onaj u Deir el-Medini, koji su javno pred kolegijem sudija rješavali sporove među radnicima i lokalnim stanovništvom¹⁵. Inače su suđenja trajala jedan dan, a presude su zapisivane i na njih se moglo pozivati u sličnim slučajevima, što se tiče samog postupka, bio je jednostavan, pokretao ga je tužilac, odgovarao je tuženi, i zatim slijedi presuda, inače je bio pretežno usmen i javan, a uglavnom, kako je već spomenuto, zasnivao se na samopomoći, privatno lice je podizalo tužbu i učestvovalo u izvršenju presude, javne optužbe skoro da nije ni bilo. Dokazna sredstva koja su se podnosila sudu mogla su biti racionalna i iracionalna, racionalna su mogla sa stanovišta zdravog razuma, doprinijeti utvrđivanju materijalne istine, a iracionalna ne. Kao racionalna su se koristile izjave svjedoka i razni pisani akti, te naravno *corpus delicti* - hvatanje počinioca na mjestu izvršenja djela. Treba naglasiti činjenicu da je u ove dokaze spadalo i priznanje, koje je često bilo iznuđeno mučenjem i koje su Stari Egipćani, prema izvorima, vrlo istrajno podnosili. U iracionalna dokazna sredstva, prije svega, spadaju božiji sudovi (*ordalije*), kao što je vađenje usijanog gvožđa ili kamena iz ključale vode, pa ako rane zacijele, znači da božanske sile kažu da okrivljeni nije kriv, a ako ne zacijele onda jeste, ili samo bacanje u vodu okrivljenog, pa ako ispliva, nije kriv... dakle, smatralo se da će božanske sile, kroz prirodne elemente vatre, vode i sl., dokazati nečiju nevinost, odnosno krivicu. U ove dokaze se ubraja i sudski dvoboj, a donekle i zakletve i sakletvenici. Zakletvi se davao veliki značaj, s obzirom na opće mišljenje da će, u slučaju krivog zaklinjanja, prokletstvo bogova stići osobu koja se krivo zaklela, a i zakonski propisi su veoma strogo kažnjavali krivokletnike. Broj sakletvenika, koji inače nisu bili svjedoci predmetnog spora, uglavnom se kretao između četiri i dvanaest, mada je često znao biti i veći, oni su „podupirali,, stranku na čijoj su se strani zakleli, premda nisu bili upoznati sa materijalnim činjenicama. Sud je više cijenio iskaze sakletvenika koji su uživali veći društveni ugled i status. Bilo je izraženo načelo kontradiktornosti postupka, s tim da su tada stranke sa sobom dovodile svoju rodbinu i prijatelje, koji bi nastojali da na razne načine ostave što jači utisak na sud i suprotnu stranu (galama, vika, plač...). Postepeno je sud preuzimao aktivniju ulogu i od stranaka se sve više tražila argumentacija dokaza koji bi bili odlučujući za donošenje presude, a koja je inače objavljivana bez obrazloženja na način da je sudija bez riječi, sliku istine koju je nosio oko vrata, prislanjao na čelo one strane u čiju je korist spor riješen¹⁶. Nema podataka o tome da li je presuda sadržavala pouku o pravnom lijeku. Egipćani su imali svoju Knjigu mrtvih u kojoj su nabrojana ponašanja koja su neprihvatljiva u njihovom društvu (ubistvo, prevara, krađa,

15 Vidjeti više Fikret Karčić, n.dj. str. 31-32

Dževad Drino, Komparativna pravna historija, Zenica, 2016., str. 44-48

16 Mustafa Imamović, Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija, Sarajevo, 2005., str. 40.

preljub, silovanje i zlostavljanje)¹⁷. Stroge kazne su bile propisane za krađu, a ako se radilo o krađi iz vladarevog groba, bila je zapriječena smrtna kazna. Smrtnom kaznom se kažnjavala veleizdaja, inače u slučaju veleizdaje, odnosno zavjere protiv države, kažnjavan je ne samo neposredni krivac nego i čitava njegova porodica, a smrtnom kaznom se kažnjavalo i iznevjeravanje sudske funkcije. Ako se radilo o velikodostojnicima, smrtna kazna se izvršavala i mačem koji im je ostavljan da bi izvršili samoubistvo. Kao zločin je okarakterisano silovanje, ali nema dovoljno dokaza o tretiranju preljube, pretpostavlja se da je mogla biti smatrana za privatnu porodičnu stvar koja se trebala rješavati između supružnika. Neovlašten ulazak na zemljište i uvreda, smatrali su se prekršajem. Batinjanjem ili prinudnim radom kažnjavano je zlostavljanje, dok su sakupljači poreza i ostali činovnici koji su bili krivi za iznudaivanje, bivali prognani u udaljena mjesta, a mogli su biti kažnjeni i amputacijama (noseva, ušiju). U tako surove kazne koje su se nerijetko primjenjivale, inače spadaju i žigosanje, nabijanje na kolac. Zatvori su korišteni za držanje optuženog dok čeka suđenje, ili za izdržavanje kazne.

3. Prve Zapadne države u postupcima kažnjavanja

Što se tiče Zapadnih država, koje su mahom bile republike, smanjena uloga države je omogućavala nastanak političke strukture koju karakterišu elementi demokratizma. Premda su uglavnom pred kraj svog razvoja prelazile u monarhije, ovdje nikad nije zavladao grubi unitarizam i centralizam, što će, naravno uveliko uticati na karakteristike prava uopće, a samim tim i na procese kažnjavanja. Polis, koji je prvenstveno bio zajednica građana, bio je osnovni oblik političke organizacije kod starih Grka. Za polis se može reći da je posjedovao političku nezavisnost-autonomiju, i privrednu nezavisnost-autarhiju, svaki je samostalno uređivao svoju unutrašnju organizaciju, tako da su bili raznoliki, od demokratske Atine, do aristokratske Sparte¹⁸. Uglavnom se polis zasnivao na dva principa, *politeia*, kao skup organa koji osiguravaju njegovo funkcionisanje, i *namoi* - zakon koji određuje način konstituisanja i funkcionisanja¹⁹. Atina, koja je uvijek bila republika, do Solonovih reformi aristokratska, a od tada demokratska, bila je jedan od najvažnijih polisa u helenskom svijetu. Što se samog prava tiče, o njemu najvažnije saznajemo iz nepravni izvora, filozofskih, književnih, političko-historijskih, slabo imamo sačuvanih zakona i sudskih presuda. Može se reći da je atinsko pravo u biti bilo običajno, pa čak i kad se pojavljuje u obliku pisanih zakona. Zakoni su se donosili po posebnoj proceduri u Ekleziji-narodnoj skupštini, i nazivali su se *nomoje*, a oni koji su se donosili na ad hoc osnovi, dakle prema potrebi u datom trenutku, nazivaju se *psefizme*. Prvi zakoni su vezani za Drakona, a onda slijede Solonovi, pa Klistenovi itd. Država se dugo nije miješala u ona

17 Fikret Karčić, n.dj., str. 35-36

18 Blježe o tome Fikret Karčić n.dj., str.50., više o tome Šefko Kurtović, n.dj., str. 79-114

19 Isto

djela koja nisu direktno vrijeđala njene interese. Dugo su se još „protezali,, ostaci iz predrđavnog uređenja, koji su se postepeno povlačili i nestajali. Jedan od njih svakako je krvna osveta. Postepeno se ipak uvodi sistem obeštećenja, često su srodnici ubijenog sklapali sporazum s ubicom ili njegovim srođnicima o nadoknadi za izvršeno ubistvo. U slučaju da porodica ubijenog pokrene postupak kod suda, ubica je kažnjavan. Samo su srodnici imali pravo na privatnu „odmazdu,, i na nagodbu o naknadi štete, dok treći moraju predmet iznijeti pred sud. Krivac sve to može izbjeći dobrovoljnim izgnanstvom, to ga stavlja iznad atinskog prava i njegove zaštite. Ukoliko bi se takvo lice vratilo u Atinu, svako ga je mogao ubiti²⁰. Iako nisu imali posebnu pravnu granu koja bi odgovarala današnjem krivičnom pravu, Stari Atinjani su imali propise kojima su tretirali kažnjavanje ubistva, krađe, polnih prekršaja i povreda. Inače je sankcija bila dio morala, vjere kao ideologije. Inicijativa za gonjenje zbog povrede prava, ostavljena je savjesti i volji građana. Oštećeni je mogao umjesto suda izabrati vansudsko poravnanje odmazdom ili novčanom naknadom, ili privatnu arbitražu. Dakle, svako ko je smatrao da je oštećen radnjama, a to je moglo biti i ubistvo bližnjega, mogao je prema počiniocu poduzeti osvetu, tražiti imovinsku naknadu, ili tražiti presudu od suda. Inače je glava porodice uvijek istupala kao oštećeni za svoju ženu, djecu, robove, imovinu, stoku, a tako isto je glava porodice počinioca odgovarao za radnje članova svoje porodice, za svoje robove, odnosno štetu koju je prouzrokovala njegova imovina (stoka, životinje, stvari)²¹. Što se tiče krivičnih djela protiv ličnosti, ubrajaju se ubistvo, tjelesne povrede, uvrede, klevete, a od krivičnih djela protiv imovine, na prvom mjestu je krađa koja se najčešće kažnjavala nadoknadom dvostruke vrijednosti stvari, a u slučaju da je lopov uhvaćen u momentu izvršenja, mogao je biti ubijen. Ipak je i država sama u određenim slučajevima pokretala gonjenje, naravno to će biti djela uperene protiv postojećeg poretka, kao što su veleizdaja, obmana naroda, uvreda bogova, podnošenje protivzakonitih prijedloga u skupštini. Dakle i djela religioznog karaktera smatrana su djelima protiv države, vjera je imala državni karakter. Za krivična djela protiv porodice i morala, gonilo se i privatnom i javnom tužbom. Ovdje se kao krivična djela ubrajaju: nevjerstvo žene, podvođenje, otmica djevojke, surovo postupanje sa roditeljima sl.²². Drakonovim propisima tretirano je krivično djelo ubistva. Prema tradiciji, ovaj mitski atinski zakonodavac, inspirisan bogovima, vlastitom krvlju je pisao prve gradske zakone. I danas se strogi zakoni nazivaju drakonskim, a njihova strogost potiče od činjenice što je njihovo tadašnje donošenje značilo oštar prekid sa rodovsko-plemenskom društvenom organizacijom, a ne što su sami po sebi bili surovi²³. Već se pridavao značaj voljnom elementu, poznavala se razlika između namjernog i nenamjernog ubistva, namjerno ubistvo se strogo kažnjavalo, vjerovalo se da

20 Raifa Festić, n.dj., str. 96.

21 Šefko Kurtović, n.dj., str. 113.

22 Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, n.dj., str. 123

23 Mustafa Imamović, n.dj., str. 34.

Više o krivičnom pravu Atine, Dževad Drino n.dj., str. 94-96

namjerno ubistvo prouzrokuje onečišćenje koje zahvata cijelu zajednicu, pa je zato bilo potrebno da dođe do formalnog razrješenja da bi se postiglo religijsko očišćenje. Ipak, relativna strogost Drakonovih propisa, postepeno je ublažavana, mada se može reći da je krivično pravo antičke Grčke i dalje ostalo prilično strogo (Sokratu je bila izrečena smrtna kazna zbog bogohuljenja i bezbožništva)²⁴. Prema Solonovim zakonima, za silovanje je počinitelj žrtvi plaćao novčanu kaznu u iznosu od 100 drahmi, a zanimljivo je da je zavodenje smatrano većim deliktom nego silovanje pošto je podrazumijevalo mentalnu varku i staratelj žrtve je imao pravo da ubije zavodnika koga je uhvatio na djelu, ili da ga muči, ili da ga pritvori i traži novčanu naknadu²⁵. Čuveni grčki filozofi, Aristotel i Platon, samo su se uzgredno, u svojim djelima, bavili krivičnopravnom problematikom. Međutim, ostale su poznate Platonove ideje o ciljevima i opravdanju kazne, o specijalnoj i generalnoj prevenciji kao svrsi kažnjavanja, o uzrocima kriminaliteta i osnovama krivične odgovornosti, te Aristotelove o osnovama krivične odgovornosti, prema kojima se krivična odgovornost zasniva na indeterminizmu, itd²⁶.

Što se tiče rimske pravne tradicije, pitanja krivične odgovornosti i načina kažnjavanja, propisana su u priličnoj mjeri već Zakonikom XII ploča iz 451. godine p. n. e., za brojna krivična djela je bila propisana smrtna kazna, propisana je i novčana kazna, a svakako predviđen princip *ius talionis*. Privatna osveta se protezala još i u carsko doba, ali je ipak bila ograničena talionskim principom, te mogućnošću novčane naknade. Kad su u pitanju javni delikti, i car je preuzimao sudsku vlast. I u periodu principata zadržana je smrtna kazna, pripadnici viših slojeva su kažnjavani protjerivanjem i to trajnog ili privremenog karaktera. Kazne su prije svega imale za cilj zastrašivanje, za niže slojeve propisivane su kazne mučenja, kao što su tjelesne kazne batinjanja, bičevanja, a javno su izvršavane. Predviđena je i kazna prisilnog rada, pogotovo u rudnicima. Međutim, mnogi rimski mislioci ustrajavali su sa zahtjevima ka prevenciji kao svrsi kažnjavanja (Seneka najizraženije), i njenom što humanijem i blažem izvršenju. Već je Zakonik XII ploča iz 451. godine p.n.e. ipak davao značaj voljnom elementu prilikom izvršenja krivičnog djela, postepeno se u rimsko pravo uvodi subjektivni elemenat krivnje, razlikuje se nehотиčno od svjesno učinjenog i namjernog ubistva, tako da je, recimo, za nehottično ubistvo bilo predviđeno samo da se izvrši ritualno žrtvovanje ovna, u takvom slučaju nije bila dozvoljena osveta. Ubistvom se smatralo samo ono koje je učinjeno namjerno i svjesno. Veliki napredak predstavlja i činjenica da je već ovaj Zakonik proglasio načelo legaliteta, pa makar samo u izvršavanju smrtne kazne, zabranjujući da se ona izvrši ako prethodno počinitelj nije bio suđen²⁷.

24 Zvonimir Tomić, Krivično pravo I, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 55.

25 Fikret Karčić, n.dj., str. 56.

26 Zvonimir Tomić, n.dj., str. 55.

27 Više o Zakoniku XII ploča: Marjan Horvat, Rimsko pravo, Školska Knjiga, Zagreb 1977, str. 19-21., Obrad Stanojević, Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje, redaktor Zdravko Lučić, str. 52-54, Zdravko Lučić, Mirela Šarac, Rimsko privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006., 19-22

Premda se ne može reći da je u antičkoj rimskoj državi postojala sistematska obrada krivičnog prava, ipak, veliki značaj se pridavao krivičnom postupku, pa se smatra da su, između ostalog, iz bogate rimske riznice proistekle krivičnopravne ideje, kao što su „*in dubio pro reo*„- dakle u slučaju da sud ostaje u sumnji pri raspoloživim dokazima, da li je optuženi kriv ili ne, donosi se odluka u njegovu korist i počinitelj se oslobađa, te „*ne bis in idem*„, prema kojoj se nekome ne može dva puta suditi za isto djelo²⁸.

4. Karakteristike krivičnog postupka u srednjovjekovnom periodu

Za feudalizam kao izrazito klasno društvo, karakteristična je i pravna neujednačenost, partikularizam i po teritorijalnom i po personalnom principu, u prvoj fazi razvoja feudalizma, u kojoj preovladava patrimonijalna država, u nekim zemljama je preovladavao personalni princip važenja prava, a u nekim opće pravo. Ovaj period je trajao od V do X vijeka. U drugoj etapi, koja je trajala od X do XII odnosno XV vijeka, i u kojoj preovladava staleško-predstavnička monarhija, teritorijalni princip potiskuje personalni princip važenja prava, dok će u trećoj fazi, sa apsolutističkom monarhijom kao dominirajućom, početi da preovladava opće pravo, na račun i jednog i drugog partikularizma, ova faza će trajati sve do XVIII vijeka i prvih buržoaskih revolucija. Već od V vijeka, na području nekadašnjeg rimskog carstva, razna germanska plemena stvaraju niz samostalnih germanskih država. Svako pleme, ili grupa plemena, sa sobom donose svoju tradiciju, kulturu i običaje, salijski Franci su se ponašali po jednom, ripuarski po drugom kodeksu, Burgundi po trećem, Vizigoti po četvrtom, da bi se olakšalo primjenjivanje različitih etničkih i plemenskih prava, pristupilo se kodifikovanju, nastali su razni zbornici od kojih je najznačajniji *Lex Salica*, koji je izdan u Francuskoj oko 500 godine. Postepeno se razvilo i opće kraljevsko pravo, koga su sačinjavali zakoni doneseni od strane kralja, tzv. Kapitularije, ustvari, naredbe franačkih vladara sa zakonskom snagom. Ovdje će se u barbarskim kodeksima, protezati oblici društvene reakcije na krivično djelo koji su postojali u predrđavnom uređenju, posebno krvna osveta, a pojavit će se i oblici otkupnine, kao što je „krvnina“ kod ubistva ili „mirovina“ kod lakših djela²⁹. Kralj već u prvoj fazi feudalizma, nastoji da se spriječi krvna osveta, da dođe do „umira krvi“ te da privatnu nagodbu o „cijeni krvi“, pretvori u javnu odštetu. Tako je kralj i davao značaj javnoj vlasti i preuzimao za sebe odštetu ili jedan njen dio, te je na taj način pokušavao da ojača državni autoritet. Postepeno je u državnu jurisdikciju u potpunosti uključena državna i crkvena organizacija, finansije te međunarodni odnosi, a došlo je i do recepcije rimskog prava, koje je kao pandektno pravo, sticajem društvenopolitičkih kretanja i okolnosti, ponovno postalo pozitivno i važno je na teritoriji cijele države. Recepcija rimskog prava doprinosi preciznijem

28 Zvonimir Tomić, n.dj., str. 56.

29 Više o tome: Mustafa Imamović, n.dj., str.70-74, Zvonimir Tomić, n.dj., str. 56-59

oblikovanju krivičnih djela, sve većim napuštanjem objektivne odgovornosti, i učvršćivanjem utvrđivanja krivice kao osnova odgovornosti. Međutim, s obzirom na precizno utvrđivanje kazne u ranijem periodu, partikularizam u ovom periodu doprinosi unošenju arbitrarnosti u određivanju kazne, što je dovodilo i do potpune neodređenosti koje su omogućavale samovolju i zloupotrebu. Ovakav odnos preme procesu određivanja kazne, provući će se sve do buržoaskog perioda. Kazne svakako nisu bile jednake za sve, nego su se određivale prema staleškoj pripadnosti počinioca. Kazne su bile grube, postupak primitivan, a gonjenje je zavisilo u mnogome od oblika državnog uređenja, odnosno od činjenice da li je postojala jaka centralna vlast ili je postojalo puno divergentnih faktora koji su vukli svaki na svoju stranu u procesima funkcionisanja države. Tako su u Njemačkoj, upravo zbog slabe centralne vlasti, delikti dugo zadržali privatnopravni karakter, vrlo malo je bilo djela za koje je država preuzimala gonjenje, nego je to ostalo u privatnoj sferi i prepušteno volji oštećene strane. Tako se razvilo takozvano pravo pesnice, na osnovu kojeg je oštećeni imao pravo da se sam štiti, i koje se, uprkos nastojanjima države, održalo sve do XVI stoljeća. Za razliku od Njemačke, u Francuskoj je već povreda prava pojedinca smatrana povredom društvenog poretka i javnog interesa, tako da je ipak država preuzela gonjenje po službenoj dužnosti, za većinu krivičnih djela. No, posebno je bitno da je došlo konačno do subjektiviziranja krivice, za odgovornost se trebala dokazati vinost počinioca, što, naravno još nije bilo u potpunosti poštovano niti dosljedno primjenjivano, šta više, u praksi su vođeni i postupci protiv životinja koje su nekome nanijele štetu ili povredu. Nažalost, nije se uzimala u obzir ni uračunljivost prilikom izvršenja krivičnog djela, pa su kažnjavana čak i djeca i duševno oboljele osobe. Još se i provlačila kolektivna odgovornost, odnosno, nije se u potpunosti, kod utvrđivanja krivice za određena krivična djela, poštovao princip individualne odgovornosti, pa su tako recimo, za djelo uvrede kralja, pored delikventa, odgovarala i njegova djeca. Francuski pravnik, legalist i prvi pravni teoretičar Philippe de Beaumanoir, izvršio je klasifikaciju krivičnih djela prema njihovoj težini na teška, srednja i lahka. Teška krivična djela su kažnjavana smrtnom kaznom, te sakaćenjem i drugim oblicima tjelesnih kazni, a kao teška, kvalifikovani su hereza, izdaja, ubistvo, silovanje, paljevina, razbojništvo, krađa i krivotvorenje novca. Srednje teška krivična djela, najčešće su kažnjavana globom ili zatvorom (tjelesna povreda, uvreda...), dok za lahka krivična djela nisu bile predviđene kazne, sudija, koji je inače imao, općenito, veliko diskreciono pravo, izricao ih je po vlastitom nahođenju. Ipak, u ovom periodu, odmazda je još uvijek svrha kažnjavanja, što se ogledalo i u činjenici da su se, u cilju zastrašivanja, kazne javno izvršavale. Inače, za određena krivična djela se smatralo da u sebi sadrže stupanj zle volje, a ukoliko je stupanj zle volje veći, odgovornost je veća, kompenzacija je veća, djelo ima veće svojstvo krivičnog, a ukoliko je djelo počinjeno slučajno ili iz nehata, odgovornost je bila blaža, odgovornost se dakle mogla stupnjevati³⁰. Kazna je zavisila i od toga da li počinitelj priznaje ili poriče djelo koje je dokazano, neka djela, kao što

30 Blíže o tome: Šefko Kurtović, n.dj., str.170.

je već spomenuto, sama po sebi uključuju zlu namjeru (krađa, pljačka, otmica, silovanje), a recimo, Salijski zakon spominje pokušaj namjeravanog (umišljajnog) ubistva, pljačke, krađe, zlonamjernog podmetanja ukradene stvari, dakle, već se elemenat volje uzima uveliko u obzir prilikom odlučivanja o kazni, s tim da, ipak, samo odsustvo volje, još ne isključuje odgovornost. Također, bitno je napomenuti da se kažnjavala i naknadna zla volja, s obzirom da postupci počinitelja nakon izvršenog djela, također, umnogome otkrivaju njegovu svijest ili moral. Ako je počinitelj htio prikriti ubistvo, kazna je prema Salijskom zakonu bila tri puta veća, s obzirom da je i „naknadno postupanje pokazivalo zločinačku ćud, a društvo se želi takvih riješiti“³¹. Dakle, i na ovaj način je očigledno da je voljni elemenat bio izuzetno bitan prilikom utvrđivanja krivice, sve zastupljeniji je princip subjektivne odgovornosti.

Inače, u periodu kasnog feudalizma, i njegovog postepenog raspadanja, nova buržoaska klasa primjenjuje posebna sredstva prema seljačkoj klasi da bi ostala bez zemlje i bila pretvorena u novu najamnu fabričku radnu snagu. U takvim društvenopolitičkim okolnostima, i katolička crkva nastoji da uz pomoć inkvizicionih metoda, spriječi uspostavljanje novog poretka na kapitalističkim proizvodnim odnosima i osnovama. Ovakav novonastali historijski ambijent, zahtijevao je i podvođenje pod odgovarajuće pravne norme, pa je tako proistekao i najznačajniji krivični zakonik srednjeg vijeka - Opći njemački krivični zakonik, iz 1532., za vrijeme vladavine njemačkog cara Karla V., koji je ostao poznat po latinskom nazivu *Constitutio Criminalis Carolina*. Premda u Zakoniku preovladavaju odredbe procesnog karaktera, Zakonik sadrži i materijalnopravne odredbe, opće institute, načelo krivnje, osnove isključenja protivpravnosti, suučesništvo, pokušaj, itd. Na običajnom pravu su se zasnivali opisi pojedinih krivičnih djela. Kako je već ranije spomenuta slaba centralna vlast u Njemačkoj i česta primjena instituta samopomoći, odnosno prava pesnice prilikom ostvarivanja prava određenog pojedinca, ovaj Zakonik je imao ogroman značaj i bio je prva svenjemačka kodifikacija krivičnog prava. Bio je poznat i po takozvanoj „salvatornoj klauzuli“, koja je omogućavala primjenu partikularnih prava, ako se odnose na pitanja koja nisu uređena Zakonikom, tako da sam Zakonik nije isključivao običajno pravo. Ovaj Zakonik je imao veliki uticaj na razvoj krivičnog prava, kao i na uopće razvoj evropskog krivičnog zakonodavstva³².

Dakle, za zadnji period razvoja feudalizma, možemo vezati arbitrarnost koja je omogućavala sudsku samovolju, te surovost kazni i njihovog načina izvršenja, s obzirom da je zastraživanje i represija bilo svrha kažnjavanja. Niz kazni se izvršavalo javno, sa sveprisutnim načinima mučenja i ponižavanja počinioca (batinja, bičevanja, vezivanja za stub srama, prisilni rad, protjerivanje iz određenog mjesta ili čak iz same države). Karakteristične su i inkvizicijske metode katoličke crkve, s obzirom da se u tom periodu moglo odgovarati čak i za „grešnu“ misao, jer je cilj kazne bilo izmirenje s bogom do kojeg može doći jedino priznanjem, makar

31 Isto

32 Zvonimir Tomić, n.dj., str. 58.

ono bilo iznuđeno i mučenjem³³. Dakle, ove osnovne karakteristike feudalnog krivičnog prava, prije svega izrazito klasni karakter, neujednačenost koja naravno dovodi do pravne nesigurnosti, znači izražen partikularizam i po teritorijalnom i po personalnom principu, arbitrarnost koja omogućava sudsku samovolju, surovost kazni i njihovog načina izvršenja zajedno sa inkvizicijskim metodama katoličke crkve kojima se trebala postići represija i zastraživanje, doprinijeli su činjenici da se feudalna društvenoekonomska formacija često naziva mračnjaštvom u historiji ljudskog roda.

5. Prosvjetitelji o postupku i vinosti

Era prosvjetiteljstva donosi oslobađajući uticaj i na intelektualni život i na dotadašnju vjersku uskogrudost, i na svjetovnu samovolju i opću društvenu organizaciju. Njene pristalice, vjerovala su da su u stanju da racionalno i valjano tretiraju sve društvenopolitičke probleme, i da će svojim kritičkim propitivanjem društvene tradicije i oslobađanjem ljudskog duha i uma, doći do rezultata u svim sferama društva. Smatrali su da se trebaju sačuvati i razvijati prirodna ljudska prava koja će omogućiti pravno osiguran položaj čovjeka i građanina. Naravno da je došlo i do kritike srednjovjekovnog krivičnog prava i buđenja ideja u pravcu njegove reforme. Poznata i istaknuta imena prosvjetiteljstva su Adam Smith, David Hume, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Marchese de Beccaria, Jeremy Bentham itd. Svojim poznatim djelom O duhu zakona, Montesquieu (Charles de Secondat Montesquie), kao pravnik-filozof i sociolog, razvio je teoriju diobe vlasti, i utemeljio, upravo radi onemogućavanja širenja moći nad ljudima, općeprihvaćenu i danas aktuelnu teoriju o trodiobi vlasti na zakonodavnu, sudsku i izvršnu³⁴. Zalagao se i za prevenciju kao svrhu kazne, smatrajući da je zločine bolje sprečavati nego za njih kažnjavati, te je isticao potrebu ka srazmjernosti između krivičnog djela i kazne i stupnjevati odgovornost i kaznu prema težini zločina. Isticao je i potrebu odbacivanja torture u krivičnoj proceduri i ograničavanja primjene smrtne kazne. Veliki doprinos krivičnopravnim pitanjima, iako se njima nije direktno bavio, daje nam i Jean Jacques Rousseau, svojim djelom O društvenom ugovoru, propagira ideju o suverenosti naroda i jednakosti svih građana. Smatra da se društvenim ugovorom svaki pojedinac odrekao svog individualnog prava na odbranu u korist društvene zajednice. Država preuzima pravo na društvenu reakciju na osnovu ovlašćenja koja su na nju prenesena ugovorom, u slučaju izvršenja krivičnog djela. Ruso je nastojao da zaštiti pojedinca od državne svemoći, upravo ograničavajući prava države i njena ovlašćenja prema pojedincu, na mjeru predviđenu Ugovorom, odnosno, najmanju mjeru. Savremenik ove dvojice filozofa, Volter (Francois Voltaire), također, baveći se mnogobrojnim filozofskim pitanjima, daje doprinos

33 Isto

34 Fikret Karčić, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 19-20

i krivičnopravnoj problematici. Bio je oštar kritičar pravosudnih zabluda svoga vremena i također oštar kritičar vjerske netolerancije i mračnjaštva, protivnik okrutnih i javnih kazni, ističući da one samo povećavaju kriminalitet. Napadao je i inkvizitorske postupke katoličke crkve, torturu kao sredstvo za dobivanje priznanja, te se zalagao za primjenu smrtne kazne samo u izuzetnim slučajevima, ukazivao je na ogroman značaj rehabilitacije nekih osuđenika, u nekim sudskim procesima je aktivno interevenisao te čak i uspio pojedinim dokazat nevinost. Ovim francuskim prosvjetiteljima možemo priključiti i italijana Ćezara Bekariju (Cezare Beccaria) koji također, u XVIII vijeku objavljuje knjigu O zločincima i kaznama, u kojoj napada krivičnopravne institute i pravosuđe feudalno-apsolutističke monarhije. Knjiga je izazvala senzacionalističke i oprečne reakcije, od oduševljena do oštrih kritika pristalica tradicionalnog krivičnog prava. Bekarija je doprinio radikalnoj reformi tadašnjeg krivičnog prava, utičući na tekovine i reforme nakon francuske buržoaske revolucije, smatra se da je postavio temelje savremenom krivičnom pravu³⁵. Slično Rusou, Bekarije polazi od koncepcije društvenog ugovora i smatra da država ima pravo na represiju, ali ta represija mora biti ograničena i treba se strogo poštovati načelo zakonitosti u krivičnom postupku. Ukazuje na nužnost postojanja diobe vlasti, te na nužnost srazmjernosti kazne i zločina. Zalagao se protiv izricanja smrtne kazne, smatrajući je potpuno protivnu razumu i pravednosti i nelogičnom, jer država njenim izricanjem primjenjuje ubistvo radi kažnjavanja za ubistvo. Ističe ideju prevencije kao svrhe kažnjavanja, smatrajući da se kazna ne primjenjuje radi učinjenog djela, nego da se djelo ne bi izvršilo u budućnosti, te da se drugi suzdrže od činjenja krivičnih djela. Dakle, to su ideje specijalne i generalne prevencije. Također, Bekarija se zalagao za ograničenje pritvora, javnost krivičnog postupka, kaznu predviđenu zakonom i primjerenu težini krivičnog djela, a smatrao je da se tortura mora u potpunosti odbaciti. Ubrzo mnoge od ovih ideja potiču kodifikatorski rad i uvrštavaju se u krivične zakonike, toskanski Krivični zakonik iz 1786., austrijski Krivični zakonik iz 1787., u kojem je napuštena smrtna kazna i sve tjelesne kazne sakaćenja, pruski Krivični zakonik iz 1794., kojim su ukinute torture kao i ublažene kazne, inače, te francuski Krivični zakonik iz 1791., u kojem su najšire prihvaćene Bekarijeve ideje. Ovaj zakonik je, prvi put u historiji, podjelio sadržaj na dva djela, koji će kasnije biti označeni kao opšti i posebni dio. U prvom djelu se izlažu opšte odredbe o kaznama, povratu, uticaju uzrasta na vrstu i visinu kazne, o zastarjelosti, o rehabilitaciji. U drugi dio su greškom ušle načelne odredbe o saučesništvu. Krivična djela su podjeljena na krivična djela protiv javnih interesa (protiv bezbjednosti, protiv ustava, protiv autoriteta vlasti, protiv službene dužnosti i protiv javne svojine) i krivična djela protiv ličnosti i svojine. Ukinuta su feudalna i vjerski obilježena krivična djela koja su se odnosila na vradžbine i magije. U Zakonik je uvedena i nova kazna, kazna lišenja građanskih prava. Zbog njegove nedjelotvornosti u pravnom životu, Zakonik je postao predmet kritike, te je dopunjavan novim propisima, a zanimljivo je da je ovim Zakonikom ukinuta kazna doživotnog lišenja slobode, tjelesne kazne,

35 Isto, str. 61.

kazne konfiskacije imovine, te kvalificirane smrtne kazne, tako da se smrtna kazna radi skraćivanja muka izvršavala jedino giljotiniranjem. Što se tiče daljnjeg uticaja filozofa na krivičnopravne institute i krivični postupak, treba spomenuti Emanuela Kanta (Immanuel Kant) i Fridriha Hegela (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) koji su svoju misao izgradili na reakcionarnom stavu njemačke feudalne aristokracije. Za razliku od progresivnih stavova svojih ranije spomenutih savremenika, ovi filozofi su nastojali da ožive neka shvatanja koja su već bila uveliko prevaziđena, snažno brane tezu prema kojoj kazna isključivo ima karakter odmazde ili osvete za učinjeni zločin. Ovim idejama su uveliko korigovane Bentamove (Jeremy Bentham) utilitarne ideje. Naime, prihvatajući načelo korisnosti kazne, sve su određivane strožije i strožije kazne, kako bi one svojom oštrinom djelovale što više zastrašujuće. Međutim, ipak na taj način nije došlo do suzbijanja kriminaliteta, pa su ustvari dobro došle ideje o apsolutnoj pravednosti, odnosno nastojanje da se težina kazne određuje prema težini učinjenog djela. Primjenom ovih ideja došlo je do izmjena u Napoleonovom krivičnom zakoniku iz 1832., što je uticalo na znatna ublažavanja kazni i usvajanja olakšavajućih okolnosti prilikom utvrđivanja odgovornosti. Tako se i dalje nastavlja konfrontacija principa odmazde i principa korisnosti kazne.

6. Progresivne ideje Francuske buržoaske revolucije

Francuskom buržoaskom revolucijom iz 1789., i njenom. Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina, usvojenom 26. avgusta 1789., prije svega se proklamuju osnovna ljudska prava, kao što su sloboda, svojina, sigurnost i otpor ugnjetavanju i iz kojih će proisteći i niz načela od velikog značaja za procese kažnjavanj i utvrđivanja odgovornosti počinioca krivičnog djela. Deklaracija se upravo zasnivala na idejama već spomenute prosvjetiteljske filozofije te revolucionarne kritike XVIII stoljeća. Već u prvom članu se ističe da se ljudi rađaju slobodni i jednaki u pravima, te da društvene razlike mogu biti osnovane samo u općem interesu. Deklaracija je inače prvi akt ove vrste na evropskom kontinentu koji je raskinuo sa starim režimom, i u kojem su proklamovana osnovna načela budućeg društveno-ekonomskog uređenja i ustavnog poretka. Ističe se da je sloboda pravo ne činiti sve ono što može štetiti drugom, a granice slobode su određene zakonom, te se proglašava sloboda uvjerenja, naročito religijskih, sloboda riječi i štampe. Ustanovljava se i jednakost pred zakonom, te se proklamuje princip suverenosti. Međutim, sa stanovišta ovog istraživanja, posebno treba istaći činjenicu da se u jednom historijskom političkom dokumentu prvi put precizno izražava načelo zakonitosti u krivičnom pravu, kao važna garancija od dotadašnje arbitrarnosti i samovolje. Načelom legaliteta se, po principu *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, predviđa da niko ne može biti kažnjen za djelo koje nije zakonom predviđeno kao krivično, niti može biti kažnjen kaznom koja nije zakonom predviđena kao kazna za baš to

krivično djelo. Također se predviđa i presumpcija nevinosti, dakle da se svaki pojedinac smatra nevinim dok se pravosnažnom sudskom presudom ne dokaže njegova krivica. Istaknuto je da kazna treba biti srazmjerna učinjenom djelu, da može biti samo lična, te da smrtna kazna ne smije predstavljati mučenje. Nakon Deklaracije, koja je imala veliki uticaj na krivično zakonodavstvo, donosi se niz zakonodavnih akata kojima se pokušava unaprijediti ostvarivanje ljudskih prava u procesima kažnjavanja. Prethodno je već spomenut Zakonik iz 1791., zatim se objavljuje Krivični zakonik od 20. februara 1810., koji je također imao veliki uticaj na evropsko krivično pravo XIX vijeka, a inače, premda je u znatnoj mjeri preuzeo rješenja Zakonika iz 1791., ovaj, Napoleonov zakonik, ipak napušta neka radikalna rješenja iz revolucionarnog kodeksa iz 1791., te se u jednom djelu vraća na pozicije apsolutističkog krivičnog prava. Ovdje se prepliću, uz, dakle, očigledno odstupanje od prosvjetiteljskog humanitarizma, ideje o moralističkoj strogosti i utilitarističkoj želji za zastrašivanjem. I na ovaj Zakonik su naročito imale uticaj ideje već spomenutog engleskog filozofa Bentama, i to posebno njegova shvatanja da kazna mora biti takva da „učinitelj ima više interesa da krivično djelo ne učini, nego da ga učini“³⁶. Neke kazne koje su bile ukinute Zakonikom iz 1791., vraćene su (kvalificirana smrtna kazna), došlo je i do pooštavanja određenih kazni, a naročito je bitno istaknuti da neki opći instituti krivičnog prava, koji su od posebnog značaja za utvrđivanje krivične odgovornosti, nisu uopće bili razrađeni (odredbe o umišljaju i nehatu, zabluda, krajnja nužda...), neki su opet bili predviđeni samo u posebnom dijelu kod nekih krivičnih djela, pa su se onda analogijom proširivali na druga krivična djela³⁷. Nakon ovog Zakonika, XIX vijek nam donosi još niz značajnih krivičnih kodeksa, bavarski Kazneni zakonik iz 1813., pruski Kazneni zakonik iz 1851., austrijski Kazneni zakonik od 1852. godine. Koliki god doprinos da nam ovi zakonici donose u procesima i pokušajima što potpunijeg ostvarivanja ljudskih prava u posupku utvrđivanja odgovornosti i kažnjavanja, moramo istaći izrazito naglašenu objektivizaciju u krivičnom pravu, kao svojevrsan odgovor na dotadašnje pretjerano arbitrarno kažnjavanje koje je omogućavalo sudsku samovolju, s obzirom da se krivično djelo, a posebno njegov počinitelj, posmatraju isuviše apstraktno, izvan stvarnog života. Inače je moderni sistem prava zasnovan na opštim, apstraktnim i bezličnim pravnim pravilima, sa generalnim i uopštenim karakterom pravnih normi.

Zaključne napomene

U ranom periodu svjetske historije, sankcije su imale isključivo cilj odmazde, dakle u tolikoj mjeri zastrašiti i kazniti, da se ni počinitelj ni iko drugi ne usudi ponovo izvršiti nedopušteno djelo. Kako utvrditi da je neko odgovoran i da je zaslužio kaznu, naravno zavisilo je od nivoa razvoja društva i društvene zajednice

36 Isto, str. 66.

37 Isto, str. 67.

u okviru koje je došlo do izvršenja djela. Smatralo se kao imperativ apsolutne pravde da se i počiniocu nanese zlo zbog učinjenog djela, a tek prilično kasno, dakle početkom XVIII vijeka, uočena je potreba za prevencijom i poslije i za resocijalizacijom. U predrđavnom uređenju postojala je samo privatna reakcija, ili privatna pravda, koja je u osnovi bila kolektivna, jer je pored pojedinca pogađala i cijelu socijalnu grupu kojoj je pripadao. Za ovakvu privatnu reakciju, tipična je bila krvna osveta, a pojedinac iz vlastite grupe, kažnjavao se najčešće izopćenjem iz plemena, dakle, za to vrijeme, kao da je kažnjen smrtnom kaznom. Postepeno se prešlo na sistem kompozicije, kao načina obeštećenja oštećene strane. Nastankom prvih državnih oblika, javlja se i javna reakcija na zabranjeno ponašanje. Smatra se da se Hamurabijevim zakonikom počinje primjenjivati princip *ius talionis*, prilikom kažnjavanja se nije smjela preći mjera zla koje je ostvareno zločinom, dakle, ipak se radi o određenom obliku ublažavanja prvobitne privatne reakcije kao neograničene osvete. Krvna osveta koja je bila svojstvena gentilnoj društvenoj organizaciji, sve se više mijenja kaznama ili globama u korist države ili sve češće u korist srodnika oštećenog. Ne uzima se u obzir subjektivni odnos počinioca prema djelu, nego se samo po talijonskom principu kažnjava objektivno zlo. Zadržava se kolektivna odgovornost za krivična djela protiv države, pa se u tim slučajevima kažnjava ne samo počinitelj nego i cijela njegova porodica. U prvim državama Starog Istoka, nisu bili izdiferencirani građanski i krivični postupak, a samo procesno pravo se uglavnom zasnivalo na samopomoći. U procesu dokazivanja i utvrđivanja krivice, koristili su se i racionalni i iracionalni dokazi, kao što su božiji sudovi - *ordalije*, a kao dokazno sredstvo primjenjivalo se i priznanje iznuđeno mučenjem, koje su Stari Egipćani vrlo istrajno podnosili. Postepeno se počinje razlikovati i voljni elemenat prilikom izvršenja djela, tako se recimo u Atini izdvaja namjerno ubistvo koje je kažnjavano smrću ili gubitkom imovine, a smatralo se da to djelo prouzrokuje onečišćenje cijele zajednice. I čuveni Zakonik XII ploča iz 451. godine pr.n.e. već naglašava razliku između nehata i namjernog ubistva, u rimskom pravu, dakle uočava se postepeno subjektivni elemenat krivnje i ističe da se za nehatično ubistvo treba samo izvršiti ritualno žrtvovanje ovna, u takvom slučaju osveta nije bila dopuštena. Veliki je napredak bio i što se Zakonikom proglasilo načelo legaliteta u izvršavanju smrtne kazne, pa je tako zabranjeno da se smrću kazni neko kome prethodno nije suđeno. Koliko god da rimsko pravo nije sistemski obrađivalo materiju krivičnog prava, ipak se smatra da su upravo kao tekovine bogate rimske pravne riznice, općeprihvaćene ideje krivičnog procesa, *in dubio pro reo* i *ne bis in idem*. Što se tiče srednjovjekovlja, izrazita je bila nejednakost u sistemu kažnjavanja. Tamo gdje nije bila jaka centralna vlast, delikti su dugo zadržali privatnopravni karakter po kojem se gonjenje okrivljenog smatralo ličnom stvari oštećenog. Kazne su bile izuzetno grube, postupak kažnjavanja primitivan, svrha kazne je bila odmazda, a u cilju zastrašivanja, kazne su se obično javno izvršavale, počinitelj je bio izložen stubu srama. Ponegdje, kao što je to bilo u Francuskoj, naziru se elementi subjektivne odgovornosti i utvrđivanja vinosti počinioca. Buržoaske revolucije će donijeti nove

ideje i promjene u odnosu na srednjovjekovno mračnjaštvo. Čuvena Deklaracija o pravima čovjeka i građanina, iznjedrena iz francuske buržoaske revolucije 1789., proklamuje niz načela koja se tiču i načina utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjavanja, a koja su proistekla iz osnovnih prirodnih i neotuđivih prava čovjeka, kao što su pravo na slobodu, svojinu, sigurnost i otpor ugnjetavanju. Proklamuje se i načelo legaliteta i presumpcija nevinosti. Zakonik koji će ubrzo uslijediti ističe i proporcionalnost između težine kazne i težine krivičnog djela. Kazne su propisivane u apsolutno određenoj visini, što nije ostavljalo mjesta sudskoj ocjeni prilikom određivanja kazne. Svojina je bila zaštićena surovijim mjerama nego ličnost. Prosvjetitelji propagiraju obnovu nauke na racionalnim osnovama, vladavini razuma i konceptu prirodnih prava čovjeka, kritikuju srednjovjekovno krivično pravo, naglašavaju značaj načela zakonitosti i zahtijevaju ograničavanje sudijske samovolje. Engleski filozof Bentam ističe da kazna mora biti takva da počinitelj ima više interesa da krivično djelo ne učini, nego da ga učini. Pokušaj se kažnjavao kao i dovršeno djelo, a saučesnici kao počinitelji. Da bi se odredila vinost, ipak su nedostajale odredbe o umišljaju i nehatu, o zabludi, krajnjoj nuždi i nužnoj odbrani. Za evropsko krivično pravo devetnaestog vijeka, karakteristično je da se krivično djelo, a posebno počinalac, posmatraju prilično apstraktno, pošto se uzima da su sva krivična djela koja imaju ista obilježja, jednaka, i da počiniocima treba kazniti istim kaznama, što dovodi do generalizacije i objektivizacije u krivičnom pravu. No, kako god, kroz iscrpljujuću čovjekovu historiju, od ordalija pa do postignutih mogućnosti za određivanje vinosti, mnogi ljudi su nevini kažnjeni, hiljade žena spaljene kao vještice, mnogi raskošni umovi završili na lomači, djeca pogubljena sa svojim očevima..., dakle, historija upozorava čovječanstvo i ostavlja mu konstantan zadatak da se bori i izbori, u procesima ostvarivanja ljudskih prava i krivičnog kažnjavanja, za pravično suđenje, potpunu individualizaciju kazne i njeno što humanije izvršenje.

Literatura:

1. Avramović, Sima, Stanimirović, Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, Službeni glasnik, Beograd 2009.
2. Drino, Dževad, *Komparativna pravna historija*, vlastito autorsko izdanje, Zenica, 2016.
3. Festić, Raifa, *Stari kodeksi*, Magistrat, Sarajevo, 1998.
4. Festić, Raifa, *Opća historija države i prava*, Studentska štamparija Sarajevo, Sarajevo, 1998.
5. Horvat, Marjan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.
6. Imamović, Mustafa, *Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
7. Kale, Eduard, *Povijest civilizacija, Školska knjiga, Zagreb, 1991.*

8. Karčić, Fikret, *Pravni tekstovi*, „Štamparija Fojnica“ d.o.o. Fojnica, Sarajevo, 2004.
9. Karčić, Fikret, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
10. Karčić, Fikret, *Komparativna pravna historija, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012.
11. Kurtović, Šefko, *Opća povijest prava i države*, autor i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994.
12. Konstatinović, Slobodanka, Vilić- Kostić Miomira, Penologija, SVEN, Niš, 2011.
13. Lučić, Zdravko, Šarac, Mirela, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
14. Margetić, Lujo, *Opća povijest prava i države*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1983.
15. Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Laws of The Nations Series, Routledge, 2003.
16. Nikolić Dragan, *Istorija prava stari i srednji vek*, SVEN, Niš, 2011.
17. Nikolić Dragan, *Fragmentsi pravne istorije*, SVEN, Niš, 1997.
18. Ostrogorski, Georgije, *Istorija Vizantije*, Prosveta, Beograd, 1983.
19. Padoa-Schioppa, Antonio, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
20. Samardžić, Đorđo, *Opšta istorija države i prava*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1978.
21. Schiller, A. Arthur, *Roman law: mechanisms of development*, Walter de Gruyter, The Hague – Paris – New York, 1978.
22. Slavnić, Ljubica, *Istorija pravnih institucija*, Alfa-Graf NS, Novi Sad, 2008.
23. Stanojević, Obrad, *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000.
24. Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.
25. Tomić, Zvonimir, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.

Dr. sc. Amra Mahmutagić, associate professor
Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar
Dr. sc. Ivona Šego – Marić, associate professor
Faculty of Law, University of Mostar

FROM ORDEALS TO GUILT - THE EVOLUTION OF THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS IN THE PROCESS OF PUNISHMENT

Summary: Since prehistoric times, there has been a need for human society to punish the perpetrator in some way. What will be the type of community response to delinquent actions, of course, depended on the level of development of the society in which the act was committed. The paper tries to give an analysis of the gradual evolution in the processes of punishment, starting with unlimited blood feuds, through its narrowing to members of the offender's immediate family, or his personality, and the *ius talionis* system, the system of redemption. guilt is established and punished only by the one who is guilty and only by the punishment appropriate to his guilt. In the first forms of state, evidence was widely used which, from the point of view of common sense, could not contribute to establishing material truth, ie irrational evidence, most often it was ordained God's judgments, so that rational evidence gradually prevailed and subjective elements of guilt were established. Through various socio-economic formations, gradually, with the constantly expressed class in the system of punishment, in addition to revenge, there is also general and special prevention as the very purpose of punishment. The system of strict liability is also being abandoned, and more and more attention is being paid to intent and negligence, delusion, extreme necessity and necessary defense, in order to improve the system of individualization of punishment and determination of delinquent guilt.

Throughout history, numerous regulations and laws have tried to determine the responsibility of the individual as well as the appropriate punishment for the act, but, ultimately, it all depended on the current socio-political circumstances and the constellation of relations in the system of separation of powers.

Keywords: irrational and rational evidence, retaliation, responsibility, guilt, criminal procedure, class of law

RATNI ZLOČINI KAO SUSTAVNO KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA I ZAŠTITE OSOBA U UVJETIMA ORUŽANIH SUKOBA

Apstrakt: Ratni zločin predstavlja povredu normi prava oružanih sukoba. No, kako i dalje oružani sukobi ne mogu biti potpuno eliminirani u stvarnome životu, tako postoje pravila koja reguliraju vođenje oružanih sukoba, uključujući načelo primjene humanosti. U radu se osvrćemo na pitanje dihotomije oružanih sukoba i zaštite osoba u njima. Razlika između međudržavnih i građanskih sukoba, odn. između međunarodnih i nemeđunarodnih (unutrašnjih) sukoba, gubi na vrijednosti kada su u pitanju ljudska bića i njihova zaštita. Zbog čega štiti civile od nasilja zaraćenih strana, ili zabraniti silovanje, mučenje ili bezobzirno rušenje bolnica, vjerskih, kulturno-historijskih objekata ili privatne imovine, i zabraniti oružja koja nanose nepotrebne patnje kada dvije suverene države vode rat, a uzdržati se od nametanja istih zabrana ili pružanja iste zaštite kada je do nasilja došlo „samo“ u okviru područja neke suverene države. Međunarodno se pravo, štiteći istovremeno legitimne interese država, u neko doba moralo okrenuti potpunoj zaštiti ljudskih bića, i ako ovo imamo u vidu, tada je posve prirodno da ova podjela sukoba postupno gubi na težini. Rezultat je to ekspanzije doktrina iz oblasti ljudskih prava, kada su države počele prihvaćati ideju da jednostavno nije razložno zaštititi, naprimjer, civile isključivo u međunarodnim oružanim sukobima, odn. da bi bilo nekonzistentno ostaviti civile nezaštićenima u unutrašnjim sukobima, dok, u isto vrijeme, oni imaju pravo na međunarodnopravnu zaštitu u međunarodnim sukobima. U radu polazimo od definiranja pojma ratnoga zločina uz kratki historijski prikaz razvoja međunarodnoga ratnoga i humanitarnoga prava. U studiji obuhvatamo i glavni zahtjev i ključnu obavezu za sve države odgovorne za kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava i međunarodnoga prava ljudskih prava, a to je da se načini puna reparacija žrtvama za prouzročeni gubitak ili povredu. Zapravo, na ovome stepenu razvoja međunarodnoga prava glavno je pitanje kristalno jasno: da li zabrana činjenja ratnih zločina predstavlja opću zabranu koja nadilazi ugovorni osnov, karakter i njegove domašaje u pravu – i da li takva zabrana važi za sve subjekte prava? U radu analiziramo naslanjajuća pitanja međunarodnoga humanitarnoga prava, a to je uloga i odgovornost mirovnih misija Ujedinjenih nacija za protupravne čine u oružanome sukobu. Da li se mirovne misije ili međunarodne snage mogu smatrati stranom u sukobu? Da li uopće ima mjesta tvrdnji da osnovna načela i pravila međunarodnoga humanitarnoga prava ne mogu naći svoju primjenu na snage Ujedinjenih nacija, tj. može li se tvrditi da snage Organizacije nisu vezane međunarodnim humanitarnim pravom, naročito

u vremenu kada postoje dokazi da pripadnici mirovnih misija čine međunarodna protupravna djela?

Gljučne riječi: ljudska prava, ratni zločini, oružani sukob, međunarodno humanitarno pravo, Ujedinjene nacije, mirovne snage

1. Uvodne postavke rasprave

Ratni zločin (eng. *war crime*; fr. *crime de guerre*) predstavlja povredu normi prava oružanih sukoba (lat. *jus in bello*; eng. *law of armed conflicts*; fr. *droit de la guerre*; ranije ratnoga prava) ili međunarodnoga humanitarnoga prava (koje se tradicionalno nazivaju *haško* i *ženevsko pravo*¹, po gradovima usvajanja međunarodnih ugovora iz ove materije). Radi se o povredi onih normi koje su sadržane kako u važećim međunarodnim ugovorima tako i normi koje su dio važećeg općeg običajnog međunarodnog prava – zapravo, radi se o kršenju zabrana, koje upravo i čine glavni sadržaj prava oružanih sukoba i međunarodnoga humanitarnoga prava.² Najveći dio tih zabrana sadržan je u Haškim konvencijama iz 1899. i 1907. (haško pravo)³ te u Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava

1 Izvorna jasna razlika između haškoga i ženevskoga prava je postupno smanjena. Danas postoji i tzv. mješovito pravo u koje spadaju Haška konvencija za zaštitu kulturnih dobara u vrijeme oružanih sukoba iz 1954. i I. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije iz 1977 (F. D. Mulinen (1987) *Priručnik o ratnom pravu za pripadnike oružanih snaga*, Ženeva: Međunarodni komitet Crvenoga križa, str. 3-4). Pored ovih, postoji i njujorško pravo koje se uglavnom vezuje za rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija (UNGA) usvojene u ovoj oblasti, počevši od Nirnberških načela 1947. *et seq* (šire u: F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, 4. izd, Cambridge: Cambridge University Press, str. 20-24). Naime, godine 1947, UNGA usvaja Rezoluciju, br. 177 (II), par. (a), kojom se nalaže Komisiji Ujedinjenih nacija (UN) za međunarodno pravo (ILC) da „formulira načela međunarodnoga prava priznata Poveljom Nirnberškoga tribunala i presudom Tribunala.“ U duhu rasprave o ovoj tematici, proizišlo je pitanje da li ILC treba odrediti u kojoj mjeri načela sadržana u Povelji i presudi konstituiraju načela međunarodnoga prava. Zaključak je s ovim u vezi bio da pošto su Nirnberška načela potvrđena od UNGA, zadatak povjeren ILC nije bio izraziti prepoznavanje ovih načela kao načela međunarodnoga prava, već naprosto da se oni kao takvi formuliraju. Na koncu je ILC na svome 2. zasjedanju usvojila konačni tekst (Izvještaj ILC također sadrži komentare predmetnih načela (v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, str. 374–378)).

2 V. Ibler (1987) *Rječnik Međunarodnog javnog prava*, 2. izm. i dop. izd, Zagreb: Informator, str. 270; O načelima, pravilima i funkcijama te implementaciji međunarodnoga humanitarnoga prava, kao i o odgovornosti i kažnjavanju detaljnije v. M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, 3. proš. i dop. izd, Geneva: International Committee of the Red Cross, vol. I, II i III; V. Kazazić (2008) *Međunarodno humanitarno pravo: difuzija i primjena*, Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru; Z. Vučinić (2006) *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, 2. dop. izd, Beograd: Službeni glasnik; Z. Hasić (2005) *Međunarodno humanitarno pravo*, Sarajevo: VKBI; Z. Seizović (2008) *Međunarodno humanitarno pravo. Pojam, historijski razvoj i odnos prema međunarodnom pravu ljudskih prava*, u: *Međunarodno javno pravo: zbirka eseja*, Zenica: Univerzitet u Zenici, str. 114-146; Z. Seizović (2016) *Međunarodno humanitarno pravo*, Sarajevo: Dobra knjiga.

3 Više o haškome pravu u: F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 8-16.

rata (Ženevskim konvencijama) iz 1949. i dva Dopunska protokola uz Ženevske konvencije iz 1977. (ženevsko pravo)⁴. Sadržaj zabrana iz Haških i Ženevskih konvencija predstavlja rješenja općega običajnoga međunarodnoga prava, ali i većina zabrana iz dva⁵ Dopunska protokola. Bez obzira što norme Haških i Ženevskih konvencija „vrijede i za one države koje nisu tim konvencijama vezane kao međunarodnim ugovorima, jer u doba njihova donošenja nisu postojale ili jer ih nakon njihova zaključivanja nisu ratificirale“⁶ bilo bi uputno da i one države koje nisu potpisale odn. ratificirale Dopunske protokole to učine u narednome periodu. S aspekta i značaja za međunarodno pravo i međunarodno sudovanje, danas se govori o *teškim povredama* (eng. *grave breaches*) zakona i običaja ratovanja (običajno pravo) i konvencija (ugovorno pravo), tj. intenzitet i kvalitet povrede norme mora biti veći ili teži. Razliku između teških povreda i ostalih kršenja prave i Ženevske konvencije iz 1949.

U klasičnome međunarodnome pravu rat je bio okarakteriziran kao jedan od tri glavna državna atributa (lat. *jus ad bellum*), a u ostala dva su spadala pravo ugovaranja (lat. *jus tractatum*) i pravo na održavanje diplomatskih odnosa (lat. *jus legationis*).⁷ Danas postoji potpuna zabrana upotrebe oružane sile, odn. zabrana otpočinjanja i vođenja rata, koju pronalazimo u čl. 2. st. 4. Povelje UN⁸. Radi se o apsolutnoj zabrani izuzev u tačno predviđenim i određenim situacijama. No, kako i dalje oružani sukobi ne mogu biti potpuno eliminirani u stvarnome životu, tako postoje pravila koja reguliraju vođenje oružanih sukoba, uključujući načelo apliciranja humanosti. Jedna od karakteristika međunarodnog humanitarnog prava je njegova primjena na svaku stranu u oružanome sukobu neovisno o zakonitosti upotrebe sile.⁹ Međunarodno humanitarno pravo u velikoj mjeri se razvilo iz izvora običajnoga prava, na način da su pravne norme nastajale ili su derivirale „iz ideja različitih civilizacija, moralnih imperativa i vjerskih uvjerenja.“¹⁰ Dugo vremena su vladari ratujućih država zaključivali sporazume koji su se odnosili na brigu o ranjenim i bolesnim vojnicima; zaštitu civilnoga stanovništva ili na oslobađanje ratnih zarobljenika iz zarobljeništva. Ovo su, međutim, bile samo

4 Više o ženevskome pravu u: *ibid*, str. 16-20.

5 Ranije se smatralo da samo pravila međunarodnoga humanitarnoga prava sadržana u Prvome Dopunskome protokolu predstavljaju i imaju snagu običajnih pravnih pravila. Međutim, kako je vrijeme odmicalo, vrlo brzo se počela zastupati teza da i zajednički čl. 3. Ženevskih konvencija, kao i većina odredaba Drugoga Dopunskoga protokola imaju predstavljati izraz običajnih pravnih pravila u međunarodnome pravu. O ovome šire dalje u radu.

6 V. Ibler (1987) *op. cit.*, str. 270.

7 A. Szpak (2007) *The Genesis of International Humanitarian Law and the Most Important Elements of State Practice in Relation to Prisoners of War*, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 20, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, str. 121.

8 892 UNTS 119.

9 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 123.

10 No, valja imati na umu da su ovo materijalna sredstva, odn. materijalni izvori, a ne formalnopravni izvori međunarodnoga prava.

kratkoročne odredbe koje su djelimično regulirale ovu materiju, a ne opće i pravno obavezujuće za sve i svugdje.¹¹

Ova grana međunarodnoga prava, u kratkim crtama, ima za cilj zaštititi bilo koju osobu koja je uhvaćena u ratu ili oružanome sukobu, bilo da se radi o civilu ili borcu.¹²

11 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 123.

12 P. Sands (2006) *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London: Penguin Books, str. 146. Znakovito je da su se na pravila međunarodnoga humanitarnoga prava regularno pozivale Sjedinjene Američke Države (SAD) kada su njezini vojnici bili uzimani kao zarobljenici. Međutim, ova država (osobito Bushova administracija) nije htjela tretirati zatočenike u Guantánamo Bay (predstavlja najstariju američku mornaričku bazu izvan državnoga teritorija SAD) prema međunarodnome humanitarnome pravu (ženevskome pravu), niti prema međunarodnome pravu ljudskih prava, poglavito prema Međunarodnome paktu o građanskim i političkim pravima (ICCPR) iz 1966. te UN Konvenciji protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984. Prema odnosnoj državi, tri su argumenta za ovakvo stajalište. *Primo*, ovi zatočenici nemaju prava po međunarodnome humanitarnome pravu, jer su nezakoniti borci (eng. *unlawful combatants*). Al-Qaeda zatočenici su dio strane terorističke organizacije koja ne predstavlja državu i otuda ne može biti visoka strana ugovornica Ženevskih konvencija; stoga pripadnici ove organizacije nisu ovlašteni na status ratnih vojnih zarobljenika (eng. *prisoners of war*). Glede talibanskih zatočenika, oni također nisu kvalificirani za status ratnih vojnih zarobljenika, jer ne ispunjavaju zahtjeve koji se traže za zakonit status borca, naročito u dijelu zahtjeva da moraju istaknuti fiksirani znak raspoznavanja koji će biti prepoznatljiv iz daljine. Slijedom ove logike, nijedna kategorija nije ovlaštena na zaštitu, ni prema III Ženevskoj konvenciji, ni prema nekom drugom ugovoru. *Secundo*, niti jedan zatočenik nema pravo na primjenjiva i sprovodiva prava prema normama ljudskih prava, s obzirom da se drže na području izvan teritorijalnoga suvereniteta Sjedinjenih Američkih Država, dakle na Kubi. Prema stajalištu ove države, ICCPR nije primjenjiv za ponašanje SAD izvan njezina teritorijalnoga suvereniteta. I na koncu, *tertio*, UN Konvencija protiv torture ne može nametati dodatne pravne obaveze izvan onih koje se već mogu pronaći u američkome pravu. Stoga, pošto je tretman zatočenika konzistentan s nacionalnim pravom ove države, ne može se uzeti da postoji bilo kakvo kršenje međunarodnoga prava (za detaljnije v. P. Sands (2006) *op. cit.*, str. 145-146 *et seq*). Dosege eksteritorijalne nadležnosti SAD v. u: A. J. Colangelo (2014) What Is Extraterritorial Jurisdiction?, *Cornell Law Review*, vol. 99, izd. 6, Article 2, str. 1303-1352. Međutim, na najuopćenitijoj ravni, Europski sud za ljudska prava (ESLJP) je otišao mnogo dalje u svome pravnome rezonu i tumačenju teritorijalne važnosti i primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP). Tako, v. predmete: ESLJP, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Judgment, App. No. 55721/07, NJ 2012/430, 7. juli 2011; ESLJP, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (ESLJP, Grand Chamber, Judgment, App. No. 27021/08), 7. juli 2011; ESLJP, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, Grand Chamber, Decision on Admissibility, App. No. 52207/99, 12. decembar 2001. Jednako tako, v. ESLJP, *Issa et al. v. Turkey* iz 2004. te ESLJP, *Öcalan v. Turkey* iz 2005. Usp. s potonjim u vezi: C. Ryngaert (2012) Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights (*Al-Skeini v the United Kingdom*), *Utrecht Journal of International and European Law* 28 (74), kao i M. Milanović (2012) *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 1. Zapravo, referiranje čl. 1. EKLJP na izraz „unutar njihove nadležnosti“ a ne „unutar njihove teritorije“, implicira da strane ugovornice Konvencije mogu imati međunarodnu obavezu da osiguraju poštivanje i primjenu konvencijskih prava i sloboda također izvan njihovih državnih područja, no tačni parametri eksteritorijalnoga dosega Konvencije i dalje ostaju nejasni, čak i nakon odluke ESLJP u predmetu *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, vodeće odluke u pogledu teritorijalnoga obima Konvencije, u kojoj je Sud presudio da je (1) Ujedinjeno

U dolasku do određenih naučnih spoznaja, u radu se koristimo pravnodogmatskom metodom, odn. metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode. Rad je postavljen na način da nam predočava i teoretski i praktični presjek stanja u jednoj oblasti s kritičkim osvrtom na temeljni predmet istraživanja, postojeće međunarodnopravno uređenje i analizu prakse država i odgovarajućih međunarodnih institucija, a sve s ciljem propitivanja adekvatnosti i učinkovitosti sadašnjega učenja i međunarodnopravnoga uređenja zaštite osoba u vrijeme oružanih sukoba i o protupravnim posljedicama povrede takve zaštite, što u određenim uvjetima predstavlja *ratni zločin*, koji je jedan od četiri „velika“ međunarodna zločina, odn. onih u užem smislu (*stricto sensu*) iz nadležnosti stalnoga Međunarodnoga krivičnoga suda (ICC) u Den Haagu za potrebe dokazivanja krivične odgovornosti pojedinca na međunarodnoj razini.

2. Historijski osvrt: zaštita osoba u vrijeme oružanih sukoba

„Stara društva su već imala sistem pravila koji je sadržavao neke humanitarne odredbe kao što je, naprimjer, zahtjev za razlikovanje između boraca i civilnoga stanovništva ili obaveza da se ne prouzrokuje nepotrebna patnja.“¹³ Prateći razvoj međunarodnog humanitarnog prava, polazimo od Hamurabijevoga zakonika kralja Babilona; staroga Egipta i Mezopotamije; gradova-država antičke Grčke;

Kraljevstvo bilo u međunarodnoj obavezi primjeniti EKLJP i na područje izvan svojega, čak izvan područja svih država strana ugovornica Konvencije kao mnogostranoga međunarodnoga ugovora, u ovom slučaju na područje Iraka. U tom smislu, nužno je, također, imati na umu odluku ESLJP u predmetu *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* iz 1995, u kojoj je Sud ustvrdio da „imajući u vidu objekt i svrhu Konvencije, odgovornost strane ugovornice može također proisteci kada kao posljedica vojne akcije – neovisno je li ona zakonita ili ne – država izvršava efektivnu kontrolu nad područjem izvan njezina nacionalnoga područja. Obaveza da se na tom području osiguraju prava i slobode predviđene Konvencijom derivira iz činjenice takve kontrole bez obzira je li se ona izvršava izravno, preko njezinih oružanih snaga, ili preko subordinirane lokalne administracije.“ (*Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgment, br. 15318/89 [1995] ECHR 10, 23. mart 1995, par. 62; *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Judgment, br. 40/1993/435/514, 18. decembar 1996, par. 52). Sukladno tome, Sud je donio zaključak da se akti Republike Turske na području sjevernoga Kipra, područja koji se nalazio pod kontrolom Republike Turske, imaju biti pokriveni odredbama EKLJP. Sve prethodno valjalo bi usporediti sa zaključkom Međunarodnoga suda u Den Haagu (ICJ) iz 1996. kada „Sud statira da obaveza svake države da sprječava i kažnjava zločin genocida nije teritorijalno ograničena Konvencijom.“ (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 595, na str. 616, par. 31). Odnosno: „Suštinske obaveze koje proistječu iz čl. I i III nisu, kako izgleda, teritorijalno ograničene. One se primjenjuju na državu bilo gdje da ona djeluje ili može djelovati da bi ispunila obaveze o kojima je riječ.“ (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, par. 183). No, zbog skučenosti prostora i supsidijarnosti ove teme, temeljitiju analizu ostavljamo za neku drugu znanstvenu raspravu.

13 C. Jochnick, R. Normand (1994) *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, 35 *Harvard International Law Journal* 1994, str. 60.

Rima; azijske Hindu, japanske ili jugozapadne azijske prakse; afričke prakse; islamske prakse (Kur'anski ajeti o humanom tretmanu ratnih zarobljenika; poštivanje prava nemuslimana, boraca i civila)¹⁴; srednjevjekovne feudalne Europe (Westphalski mirovni ugovori iz 1648. naredili su oslobađanje ratnih zarobljenika bez ikakvih ograničenja ili uvjeta)¹⁵; preko Ugovora o prijateljstvu i trgovini između Pruske i Sjedinjenih Američkih Država iz 1785¹⁶; Instrukcija za rukovodstvo armija Sjedinjenih Američkih Država u ratu iz 1863. (Opće naredbe br. 100: *The Lieber Code*)¹⁷; koji su predstavljali dobre primjere evolucije međunarodnoga humanitarnoga prava u smislu humanijega ratovanja, tj. pravila vođenja oružanih sukoba.¹⁸ Tako sljedstveno prednjem možemo razložno ustvrditi da napori u cilju nametanja ograničenja u vezi s ponašanjem u sukobu nisu uopće novijega datuma – ovome svjedoče i pisanja kineskoga učenjaka i vojnika Sun Tzua koji se referirao na restrikcije glede vođenja rata, ali i vjerovanja starih Grka i Hindusa da bi određene prakse u ratu trebale biti zabranjene.¹⁹ Zapravo, „humanizacija međunarodnoga prava vođenja rata počela je sa sporazumima koje su sklapali vojni komandanti strana u sukobu i koji su se odnosili na ratne zarobljenike, ranjenike i bolesnike, i na zaštitu vojnih bolnica prije XIX st.“²⁰ Historija pokazuje da su pravila međunarodnoga humanitarnoga prava odvajkada stvarana bilateralnim ugovorima, a da progresivni razvoj ove grane prava „putem općih višestranih ugovora otpočinje relativno rano u poređenju s drugim granama međunarodnoga prava – sredinom XIX st.“²¹

14 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 125.

15 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 128; Tekst Ugovora dost. na: http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp (prist. 22. oktobar 2021).

16 Ugovor dost. na: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/prus1785.asp (prist. 22. oktobar 2021).

17 Ugovor dost. na: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp (prist. 22. oktobar 2021). Usp. G. M. Hart (2010) Military Commissions and the Lieber Code: Toward a New Understanding of the Jurisdictional Foundations of Military Commissions, 203 *Military Law Review* 1, str. 9-14; J. Laird, J. F. Witt (2020) Inventing the War Crime: An Internal Theory, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 60, Issue 1, str. 85-87.

18 Ovome treba dodati i vrlo značajni *Oksfordski priručnik* koji je 1880. usvojio Institut za međunarodno pravo (B. Čejović (2006) *Međunarodno krivično pravo: opšti i posebni deo*, Beograd: Dosije, str. 209).

19 L. A. Horvitz, C. Catherwood (2011) *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*, izm. izd, vol. II, New York: Facts On File, str. 559.

20 P. Malanczuk (1997) *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. izm. izd, London/ New York: Routledge, str. 21.

21 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *Kako pravo štiti u ratu? Savremena praksa međunarodnog humanitarnog prava*, prijevod: V. Knežević Predić, Beograd: Međunarodni komitet Crvenog krsta, str. 67. Autori pišu da „Gotovo po pravilu poslije velikih ratova [...] dolazi do usvajanja novih grupa detaljnih ugovora koji dopunjavaju ili zamjenjuju ranije ugovore. Zato ugovore međunarodnog humanitarnog prava neki optužuju da su uvijek „jedan rat iza stvarnosti“. Ali to važi za svako pravo. Rijetko se može regulirati ili čak zabraniti neko novo sredstvo ili način ratovanja, unaprijed, prije nego što se upotrijebe.“

Prvi univerzalno obavezujući pravni instrument bila je prva u historiji usvojena Ženevska konvencija za poboljšanje položaja vojnika ranjenih u ratu od 22. augusta 1864. čije usvajanje je inicirao J. Henry Dunant.²² To je bio prvi međunarodni ugovor te vrste posvećen zaštiti ranjenika u nekom oružanom sukobu.²³ Godine 1863. u Švicarskoj je osnovan Međunarodni komitet za pomoć ranjenicima ili Komitet peterice, koji će 1875. promijeniti svoj naziv u Međunarodni komitet Crvenoga križa (ICRC)²⁴. Upravo ova Konvencija predstavlja početak postupne kodifikacije međunarodnog humanitarnog prava.²⁵ U drugoj polovici XIX st. održane su dvije velike međunarodne konferencije od značaja za međunarodno ratno pravo. Godine 1868. na međunarodnoj konferenciji o ratnom pravu sazvanoj na inicijativu ruskoga cara Aleksandra II usvojena je Deklaracija iz St. Petersburga, dok je 1874. u Briselu usvojena Briselska deklaracija koja je zajedno „s prijedlozima Instituta za međunarodno pravo iz 1880. popločala put za Haške mirovne konferencije iz 1899. i 1907. koje predstavljaju osnov za razvoj modernoga međunarodnoga ratnoga prava.“²⁶ Značajan pokušaj u procesu kodifikacije i progresivnoga razvoja ratnoga prava ostvaren je na Prvoj haškoj mirovnoj konferenciji 1899. na kojoj su potpisane tri konvencije i tri deklaracije (uglavnom o pravu vođenja rata na kopnu i moru), a zatim i na Drugoj haškoj mirovnoj konferenciji 1907. na kojoj je usvojeno 13 konvencija koje predstavljaju svojevrsni dodatak i razvoj normi usvojenim na prethodnoj konferenciji.²⁷ Haške konvencije „predviđaju razne vrste legitimnih boraca, uređuju borbena dejstva (sredstva i metode ratovanja) i postupanje s osobama koja ne učestvuju u oružanim neprijateljstvima (civili, ranjenici i bolesnici) ili onih koji u njima više ne učestvuju (uglavnom ratni zarobljenici).“²⁸ U ovome dijelu pomenućemo i Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu²⁹ koji je usvojen kao dodatak IV

22 Švicarski poslovni čovjek koji je svjedočio strahotama u bici između francusko-pijemontske i austrijske armije kod Solferina u Italiji 1859, kada su hiljade povrijeđenih vojnika patili i umirali zbog nedostatka adekvatne medicinske skrbi. Svoja sjećanja i razmišljanja s određenim idejama opisao je u knjizi *Un souvenir de Solferino* (Sjećanje na Solferino).

23 B. Krivokapić (2010) *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd: Službeni glasnik, str. 1188.

24 Međunarodni komitet Crvenoga krsta/križa (ICRC) predstavlja neovisnu i neutralnu organizaciju sa sjedištem u Ženevi, koja svoj mandat izvlači poglavito iz Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata iz 1949. Organizacija osigurava humanitarnu pomoć ljudima koji su pogođeni konfliktom i oružanim nasiljem te promovira pravo koje štiti žrtve rata. S druge strane, Organizacija ima određene nadležnosti i u doba mira. Uputno bi bilo pogledati ICRC pristup suvremenim sigurnosnim izazovima, *Official Statement* od 31. marta 2004, dost. u: M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. II, str. 683-689. Za šire o Organizaciji, posjetiti zvaničnu stranicu ICRC: <http://www.icrc.org> (prist. 23. oktobar 2021).

25 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 133.

26 P. Malanczuk (1997) *op. cit.*, str. 22.

27 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 134.

28 A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, prijevod: O. Račić *et al.*, Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, str. 54.

29 Tekst dost. u: M. Starčević (pr.) (2002) *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*. Beograd:

Haškoj konvenciji istoga naziva iz 1907. Mada se smatra da su haške konvencije pravno obavezujuće samo za države koje su postale njezine stranke, skoro svi navedeni međunarodni ugovori sadrže pravila koja su već tada bila dio običajnog prava ili će naknadno određena pravila biti prihvaćena kao novo običajno pravilo.³⁰ Ovo se posebno odnosi na pravila ratovanja iz IV Haške konvencije zajedno s pripadajućim Pravilnikom o zakonima i običajima rata na kopnu, koja su stekla status običajnog prava.³¹

Godine 1906. usvaja se druga ženevska Konvencija za poboljšanje položaja vojnih ranjenika i bolesnika u ratu, koja je zamijenila prvu ženevsku Konvenciju iz 1864. i koja je potvrdila ali i proširila načela i pravila iz Prve ženevske konvencije i na pomorski rat. Slijedi zatim usvajanje dvije ženevske konvencije 1929: Prve ženevske konvencije za poboljšanje položaja vojnih ranjenika i bolesnika u ratu (koja je zamijenila Konvenciju iz 1906) i Druge ženevske konvencije koja se odnosi na tretman ratnih zarobljenika.³²

U Ženevi su 12. augusta 1949. usvojena četiri višestrana međunarodna ugovora koja sadrže načela i pravila međunarodnog humanitarnog prava u velikoj mjeri običajnopravne naravi i kojima je pokušano na sveobuhvatan način zaštititi ranjenike, bolesnike, brodolomce, ratne zarobljenike i civilno stanovništvo u uvjetima rata i oružanih sukoba. U pogledu pravnoga karaktera rata i oružanih sukoba, sve četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata³³ uređuju status, prava i obaveze u odnosu na navedene zaštićene osobe ili kategorije osoba u međunarodnome oružanome sukobu, izuzev zajedničkoga čl. 3. za sve četiri Ženevske konvencije koji se odnosi na unutrašnje oružane sukobe.³⁴ Prva ženevska konvencija odnosi se na poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu³⁵, Druga ženevska odnosi se na poboljšanje položaja

Međunarodni komitet Crvenog krsta, str. 295-304; B. M. Janković (1960) *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Sarajevo: Veselin Masleša, str. 204-213.

30 P. Malanczuk (1997) *op. cit.*, str. 344.

31 Tako, F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 4.

32 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 135; Tekst dost. na: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/geneva02.asp (prist. 22. oktobar 2021).

33 Tekstovi na eng. jeziku dost. na: www.un-documents.net/gc.htm (prist. 25. oktobar 2021); Tekstovi na bos. jeziku dost. u: S. Sali, Z. Terzić (1996) *Međunarodni dokumenti o ljudskim pravima: instrumenti Ustava Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: Pravni centar, Fond Otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, str. 66-209; Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata iz 1949. i Dopunski protokoli (1999) Sarajevo: Međunarodni komitet Crvenog križa.

34 O svrsishodnosti i aplikabilnosti čl. 3. u suvremenom međunarodnom pravu i praksi XXI. stoljeća, šire u: K. Greenman (2020) Common Article 3 at 70: Reappraising Revolution and Civil War in International Law, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 21, Issue 1, str. 88-114.

35 Usp. L. Cameron, B. Demeyere, J.-M. Henckaerts, E. La Haye, H. Niebergall-Lackner (2015) The updated Commentary on the First Geneva Convention – a new tool for generating respect for international humanitarian law, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Issue 900, str. 1209-1226.

ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru³⁶, Treća ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima (eng. *prisoners of war; POW*)³⁷ i Četvrta ženevska konvencija o zaštiti civilnih osoba za vrijeme rata.³⁸ Prve tri konvencije predstavljaju razradu konvencija iz 1864, 1906. i 1929, dok je četvrta po prvi puta uredila zaštitu civilnoga stanovništva u oružanome sukobu.³⁹ Kao rezultat ženevske međunarodne diplomatske konferencije (1974. – 1977) o reafirmaciji i razvoju međunarodnog humanitarnog prava primjenjivoga u oružanim sukobima dana 8. juna 1977. usvojena su dva Dopunska protokola⁴⁰ na četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. s intencijom da ovi međunarodni instrumenti reguliraju postupanje s osobama „koje ne učestvuju ili više ne učestvuju u oružanome sukobu.“⁴¹ „Dobar dio njihova sadržaja bazira se na općeprihvaćenim načelima i, na osnovu utvrđene prakse, pripadaju također običajnome pravu.⁴² Prvi (I) Dopunski ili Dodatni protokol odnosi se na zaštitu žrtava *međunarodnoga oružanoga sukoba*⁴³, dok Drugi (II) Dopunski protokol pruža zaštitu žrtvama *nemeđunarodnoga (unutrašnjega) oružanoga sukoba*⁴⁴. I. Dopunski protokol sadrži mnogo novih odredaba koje se odnose ne samo na zaštitu žrtava rata nego i na metode i sredstva ratovanja tako nadopunjujući haško pravo iz 1907, dok, s druge strane, II. Dopunski protokol sadrži odredbe u vezi sa zaštitom žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba, razvijajući i dopunjujući načela i rješenja zajedničkoga čl. 3. svih četiriju Ženevskih konvencija⁴⁵, odn. s ciljem da se zaštita koju međunarodno humanitarno pravo pruža određenim kategorijama

36 Usp. B. Demeyere, J.-M. Henckaerts, H. Hiemstra, E. Nohle (2016) The updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the law of armed conflict at sea, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, Issue 902, str. 401-417.

37 Usp. J. Arman, J.-M. Henckaerts, H. Hiemstra, K. Krotiuk (2021) The updated ICRC Commentary on the Third Geneva Convention: A new tool to protect prisoners of war in the twenty-first century, *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, Issue 913, str. 389-416.

38 Djeca imaju pravo na posebnu zaštitu kao dio civilnoga stanovništva. Usp. S. Fabijanić Gagro (2015) Uloga i aktivnosti tijela Ujedinjenih naroda u zaštiti djece u oružanim sukobima, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 36, Issue 2, str. 759-786.

39 B. Krivokapić (2010) *op. cit.*, str. 1188.

40 Tekstovi na eng. jeziku dost. na: www.un-documents.net/gc.htm (prist. 25. oktobar 2021); Tekstovi na bos. jeziku dost. u: S. Sali, Z. Terzić (1996) *op. cit.*, str. 210-271; Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata iz 1949. i Dopunski protokoli (1999) Sarajevo: Međunarodni komitet Crvenog križa.

41 A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, str. 54.

42 F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 4.

43 O aktuelnom pravnom uređenju ovih sukoba v. A. Cassese (2005) *International Law*, str. 405-429.

44 O aktuelnom pravnom uređenju ovih sukoba v. *ibid.*, str. 429-434.

45 A. Szpak (2007) *op. cit.*, str. 143. Na međunarodnoj diplomatskoj konferenciji dana 8. decembra 2005. usvojen je i III. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949, koji se odnosi na usvajanje dopunskoga znaka raspoznavanja. Njime je, pored crvenoga križa, crvenoga polumjeseca ili crvenoga lava i sunca, uveden novi znak – crveni kristal. (V. B. Krivokapić (2010) *op. cit.*, str. 1188). No, ovaj III. Dopunski protokol nije od velikoga značaja za nas.

osoba u vrijeme međunarodnoga oružanoga sukoba proširi i na unutrašnje oružane sukobe i ratove.⁴⁶ Danas je nesporno da „većina pravila dva Dopunska protokola iz 1977, ali, istina, ne sva, sada predstavljaju formalni izraz analognih pravila međunarodnog običajnog prava.“⁴⁷ U pogledu važnosti običajnoga prava u ovoj grani prava, naznačujemo da je pravo oružanih sukoba u početku bilo potpuno običajno, bazirano na utvrđenoj praksi država, dok s vremenom sve više postaje objekt višestranih međunarodnih ugovora.⁴⁸

U historiji razvoja međunarodnoga humanitarnoga prava usvojeni su i drugi posebni ili specijalizirani međunarodni ugovori, koji su danas na snazi, a odnose se na ograničenje, ili potpunu ili djelimičnu zabranu određenih sredstava borbe, metoda i načina ratovanja. Njihov broj je danas vrlo veliki, što potvrđuje tezu da je pravo oružanih sukoba i međunarodno humanitarno pravo na današnjem stupnju razvoja, s normativnoga aspekta, vrlo razvijeno, pružajući sveobuhvatnu zaštitu za tačno određene osobe ili kategorije osoba u vrijeme rata ili oružanoga sukoba bilo gdje u svijetu. No, zbog naravi i predmeta istraživanja, i s tim u vezi prisutnih ograničenja, nismo u mogućnosti osvrnuti se na sve višestrane međunarodne ugovore iz ove oblasti. Našu pažnju posvetili smo jedino ugovorima koji se odnose na zaštitu osoba u oružanome sukobu i pravilima ratovanja, dok se ugovorima koji sadrže zabrane i ograničenja sredstava ratovanja nismo bavili. Međutim, u pogledu zaštite pokretnih i nepokretnih objekata u vrijeme oružanih sukoba valjalo bi spomenuti vrlo značajnu hašku Konvenciju o zaštiti kulturnih dobara u vrijeme oružanih sukoba od 14. maja 1954⁴⁹, zajedno s njezinim pripadajućim pravilnikom (1954) i dva protokola (1954. i 1999) u cilju lakšega i adekvatnijega izvršavanja odredaba ove Konvencije.

U posljednje vrijeme, najveći doprinos daljnjem razvoju međunarodnog humanitarnog prava dalo je zapravo međunarodno krivično pravo, a naročito praksa međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, usvajanje Rimskoga statuta, praksa ICC, ali i praksa hibridnih (mješovitih, internacionaliziranih) krivičnih sudova i tribunala koji predstavljaju novu

46 Odimo s ovim u vezi i korak dalje u XXI. stoljeću. Da li je distinkcija između zajedničkih čl. 2. i 3. Ženevskih konvencija neodrživa u kontekstu suvremenog oružanog sukoba? Tako usp. M. Briert-Mills (2017) Questioning the Utility of the Distinction Between Common Articles 2 and 3 of the Geneva Conventions of 1949 since Tadić: A State Sovereignty Approach, *Macquarie Law Journal*, Vol. 17, str. 17-37.

47 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 71.

48 Kako se danas promatraju Ženevske konvencije i kakva je njihova primjena u pogledu zaštite osoba u uvjetima modernih oružanih sukoba XXI. stoljeća, odn. u uvjetima nepromijenjenih konvencija u promijenjenome svijetu, v. D. P. Forsythe (2019) The 1949 Geneva Conventions after Seventy Years: The Fate of Charity in Turbulent Times, *Global Governance*, Vol. 25, Issue 3, str. 359-369.

49 Tekst dost. u: M. Starčević (pr.) (2002) *op. cit.*, str. 507-519.

generaciju međunarodnih pravosudnih institucija za svrhe krivične odgovornosti pojedinca.⁵⁰

3. Pojam ratnoga zločina

Ratni zločin predstavlja svako *teško kršenje* običajnih i ugovornih pravila prava oružanih sukoba i međunarodnoga humanitarnoga prava.

„Na današnjem stepenu razvoja međunarodnoga krivičnoga prava ratni zločin bi se mogao definirati kao naročito teška povreda pravila ili običaja rata koja je adekvatnim međunarodnim aktom – međunarodnim konvencijama ili statutima međunarodnih tribunala ili nacionalnim krivičnim zakonodavstvom inkriminirana kao ratni zločin i za koju je predviđena odgovornost pred nacionalnim ili međunarodnim krivičnim sudom.“⁵¹

Ratni zločini kao međunarodni zločini, historijski promatrano, nastali su ranije od većine međunarodnih krivičnih djela.⁵² Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu je prvo međunarodno sudsko tijelo u historiji koje je sudilo za ratne zločine. U tome smislu, čl. 6. st. 2. b) Nirnberške povelje iz 1945. precizira da su *ratni zločini*, tj. *povrede* ratnih zakona i ratnih običaja⁵³, takve povrede koje obuhvataju, ali se na njih ne ograničavaju,

„ubistvo, zlostavljanje ili odvođenje na prinudni rad ili za koji drugi cilj civilnog stanovništva okupirane teritorije ili u okupiranu teritoriju, ubistvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili osoba na moru, ubijanje talaca, pljačkanje javne ili privatne imovine, namjerno razaranje gradova, varoši ili sela, ili pustošenje neopravdano vojnom potrebom.“⁵⁴

Radi se o međunarodnim zločinima protiv osoba ili imovine kojima se krše zakoni (ugovori) i običaji ratovanja odn. vođenja oružanih sukoba.⁵⁵

S druge strane, izraz *teške povrede*, a ne *ratni zločin* je, prije svega, usvojen u sve četiri Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata, te bi stoga valjalo ustvrditi da je predmetni međunarodni zločin upravo i kodificiran u mnogostranim

50 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, str. 180.

51 M. Majić (2005) *Ratni zločin u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd: Tehnička knjiga, str. 42; M. N. Simović, M. Blagojević, V. M. Simović (2013) *Međunarodno krivično pravo*, 2. izm. i dop. izd, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, str. 220.

52 Z. Stojanović (2008) *Međunarodno krivično pravo*, 6. dop. izd, Beograd: Pravna knjiga, str. 128; V. detaljnije: M. Majić (2005) *op. cit.*

53 Teške povrede su se u to vrijeme odnosile na odredbe tada važeće Ženevske konvencije iz 1929. i Haških konvencija iz 1899. i 1907.

54 V. B. Petrović, M. Bisić, V. Perić (2011) *Međunarodno kazneno sudovanje: (pregled sudske prakse i relevantnih dokumenata)*, Sarajevo: Privredna štampa, str. 300.

55 Tako, čl. II. st. 1. b) Zakona br. 10. Kontrolnoga vijeća za Njemačku. V. B. Petrović, M. Bisić, V. Perić (2011) *op. cit.*, str. 295.

međunarodnim ugovorima sklopljenim 1949, odn. 1977.⁵⁶ Tako, u čl. 50. I Ženevske konvencije i čl. 51. II Ženevske konvencije iz 1949. stoji identična odredba da

„teške povrede [...] jesu povrede koje obuhvataju jedno od sljedećih djela, ako su ona izvršena protiv osoba ili dobara koje štiti Konvencija: namjerno ubistvo, mučenje ili nečovječno postupanje, podrazumijevajući tu i biološke opite, namjerno prouzrokovanje velikih patnji ili nanošenje ozbiljnih povreda tijelu ili zdravlju, uništenje ili prisvajanje imovine koje nije opravdano vojnim potrebama i koje je izvršeno u velikim razmjerima i na nedozvoljen i samovoljan način.“⁵⁷

Čl. 130. III Ženevske konvencije koja se odnosi na ratne zarobljenike također regulira teške povrede navedene konvencije s tim da se pri kraju teksta odredbe uvodi drukčija radnja izvršenja teške povrede karakteristična u vezi s ratnim zarobljenicima. Tako, ovaj čl. sadrži i „prisiljavanje ratnog zarobljenika da služi u oružanim snagama neprijateljske Sile ili njegovo lišavanje prava da mu bude redovno i nepristrano suđeno u skladu s odredbama ove Konvencije.“⁵⁸ Također, u istome duhu, čl. 147. IV Ženevske konvencije o zaštiti civilnih osoba u vrijeme oružanoga sukoba dopunjuje odredbe prethodnih konvencija s onim radnjama izvršenja teških povreda koje se mogu izvršiti prema civilnome stanovništvu, a to su:

„[...] nezakonita progonstva i preseljenja, protuzakonita zatvaranja, prisiljavanje zaštićene osobe da služi u oružanim snagama neprijateljske Sile ili njegovo lišavanje prava da mu bude redovno i nepristrasno suđeno u skladu s odredbama ove Konvencije, uzimanje talaca, uništenje ili prisvajanje imovine koje nije opravdano vojnim potrebama i koje je izvršeno u velikim razmjerama i na nedozvoljen i samovoljan način.“⁵⁹

Dopunski protokol I u dva člana sadrži odredbe koje se odnose na teške povrede – čl. 11. i 85. Odredbe o nedozvoljenim djelima sadržane su i u Dopunskome protokolu II iz 1977.

Zanimljivo je primjetiti da povelje dva međunarodna vojna tribunala kao i Zakon br. 10. Kontrolnoga vijeća za Njemačku optiraju s terminom *ratni zločini*, dok dva *ad hoc* međunarodna krivična tribunala (za bivšu Jugoslaviju i Ruandu) teške povrede međunarodnoga humanitarnoga prava dijele na tri međunarodna zločina: 1) teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949.⁶⁰ (za međunarodne oružane sukobe); 2) kršenja člana 3. zajedničkoga za sve Ženevske konvencije i

56 C. C. Jalloh (2013) What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity, *American University International Law Review* 28, br. 2, str. 382.

57 Tekst dost. u: M. Starčević (pr.) (2002) *op. cit.*, str. 19, 43.

58 *Ibid.*, str. 102.

59 *Ibid.*, str. 176.

60 Čl. 2. Statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (ICTY). Sada je to Međunarodni rezidualni mehanizam za međunarodne krivične tribunale (MICT) sa svoja dva ogranka. Jedan je naslijedio ICTY, drugi Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (ICTR).

II. Dopunskog protokola Konvencije (unutrašnji oružani sukobi)⁶¹; i 3) povrede zakona ili običaja rata⁶² (međunarodni oružani sukobi). Uvidamo da iako postoji blaga terminološka razlika između statutarne i konvencijskih izvora, radi se o potpuno istome djelu, odn. o povredi međunarodnoga prava. (*Teška povreda i ratni zločin* imaju identično značenje. Teška povreda predstavlja ratni zločin, odn. ratni zločin znači tešku povredu, tj. u svome biću sadrži radnje izvršenja koje sve predstavljaju teške povrede.⁶³

U kršenja člana 3. zajedničkoga za sve Ženevske konvencije i II. Dopunskog protokola Konvencije spadaju:

„a) nasilje protiv života, zdravlja i fizičkog ili duševnog integriteta osobe, naročito ubistvo, kao i okrutno postupanje, kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik fizičke kazne; b) kolektivne kazne; c) uzimanje talaca; d) teroristička djela; e) povrede osobnog dostojanstva, naročito ponižavajuća i degradirajuća postupanja, silovanje, nasilna prostitucija ili bilo koji oblik djela protiv morala⁶⁴; f) pljačkanje; g) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnoga suđenja od redovno konstituiranoga suda, praćenoga svim pravosudnim garancijama koje civilizirani narodi priznaju za neophodne; h) prijetnje počinjenja bilo kog gore navedenoga djela.“⁶⁵

Jasno nam je, i pored toga što se ovo djelo čini u unutrašnjem oružanom sukobu, tj. unutar granica jedne države, da se ipak radi o *teškom* kršenju međunarodnoga prava koji je predstavljen u obliku ili formi međunarodnoga zločina.

Teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. (ženevsko pravo) odnose se na:

„a) namjerno ubistvo; b) mučenje ili nečovječno postupanje, uključujući biološke opite; c) namjerno prouzrokovanje velikih patnji ili ozbiljnih tjelesnih zdravstvenih povreda; d) obimno uništavanje ili prisvajanje imovine, koje nije opravdano vojnim potrebama i koje je provedeno nezakonito i bezobzirno; e) prisiljavanje ratnog zarobljenika ili civila da služi u oružanim snagama neprijateljske sile; f) namjerno lišavanje ratnog zarobljenika ili civila prava

61 Istovjetno biće ovoga međunarodnoga zločina inkorporirano je u Statutu ICTR (čl. 4) i u Statutu Specijalnoga suda za Sierra Leone (čl. 3) zbog pravne prirode oružanoga sukoba u ovim državama.

62 Čl. 3. Statuta ICTY.

63 Za razliku od četiri Ženevske konvencije iz 1949. koje ne sadržavaju izraz „ratni zločin“, čl. 85. st. 5. I. Dopunskog protokola iz 1977. određuje da će se teške povrede Konvencija i Protokola „smatrati ratnim zločinima“. Ova fraza, koja na prvi pogled može biti nevažna, ima poglavito historijski interes. Naime, „države nekadašnjega Sovjetskoga bloka su, iz razloga povezanih sa sudjenjima za ratne zločine nakon Drugog svjetskog rata, odbijale priznati da teške povrede Konvencija pripadaju općem pojmu ratnih zločina.“ (F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 80, 162).

64 Više o seksualnome nasilju u oružanim sukobima i njihovoj kvalifikaciji, ne samo kao skupini ratnih zločina, već i zločina protiv čovječnosti, ali ponekada, i zločina genocida, v. S. Fabijanić Gagro, R. Crgol (2021) Seksualno nasilje povezano s oružanim sukobima i primjena koncepta odgovornosti za pružanje zaštite (RToP), *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 42, Issue 1, str. 131-149.

65 Čl. 4. Statuta ICTR, čl. 3. Statuta Specijalnog suda za Sierra Leone. Tekstovi dost. u: B. Petrović, M. Bisić, V. Perić (2011) *op. cit.*, str. 312, 398.

na pravično suđenje; g) nezakonita deportacija ili premještanje ili nezakonito lišavanje slobode kretanja civila; h) uzimanje civila za taoce.⁶⁶

U formi jednog međunarodnog zločina vidimo da su obuhvaćene sve radnje izvršenja teških povreda iz konvencijskoga obima povreda, i to na način da se u biću jednoga međunarodnoga zločina inkorporiraju sve povrede svih četiriju Ženevskih konvencija iz 1949.

Nadalje, povrede zakona ili običaja rata (haško pravo) uključuju, ali nisu ograničene na:

„a) upotrebu bojnih otrova ili drugih ubojnih sredstava s ciljem izazivanja nepotrebne patnje; b) bezobzirno razaranje gradova, naselja ili sela ili pustošenja koja nisu opravdana vojnim potrebama; c) napad ili bombardiranje bilo kojim sredstvima nebranjениh gradova, sela, nastambi ili zgrada; d) pljenidba, uništavanje ili namjerno oštećenje ustanova namijenjenih vjerskim, dobrotvornim ili obrazovnim potrebama, nauci i umjetnosti, povijesnih spomenika i znanstvenih i umjetničkih djela; e) pljačka javne ili privatne imovine.“⁶⁷

Potonji međunarodni zločin obuhvata i teške povrede općeg običajnog međunarodnog prava i međunarodne ugovore u tri oblasti: 1) pravila ratovanja; 2) zabrane i ograničenja sredstava ratovanja; i 3) zaštita objekata.

S druge strane, Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda iz 1998, Uredba 2000/15 o osnivanju Panela s isključivom nadležnosti za teška kaznena djela u Istočnom Timoru iz 2000. te Statut Specijalnog suda za Irak iz 2005. umjesto izraza *teške povrede* koriste izraz *ratni zločin*. Također, navedena sudska tijela ne prave ni razliku između teških povreda Ženevskih konvencija i teških povreda zakona i običaja rata, već za sve teške povrede haškoga i ženevskoga prava koriste zajednički imenitelj – *ratni zločin(i)*.

Ono što je primjetno iz svih gorenavedenih međunarodnih instrumenata leži u činjenici da se ne pravi podjela na pojedine kategorije ratnih zločina s obzirom na različite pasivne subjekte odn. osobe koje se nastoje zaštititi u oružanom sukobu.⁶⁸ Tvorcι goreiznijetih odredaba međunarodnih dokumenata najvjerojatnije su se rukovodili mišlju da se iz same prirode radnje „može zaključiti ko može biti pasivni subjekt“⁶⁹, tj. žrtva međunarodnoga zločina. Dakle, „Rimski statut polazi od toga da se iz same vrste i karaktera radnje ratnog zločina može vidjeti ko je pasivni subjekt.“⁷⁰

Više je no zanimljiv stav, a što smo naveli ranije u tekstu: da bi jedna radnja izvršenja mogla zadovoljiti pravni standard ili kriterij ratnoga zločina, odn. potpasti pod ratni zločin kao takav, svaka povreda međunarodnoga humanitarnoga prava mora biti *teška*. Drugim riječima, međunarodna zajednica traži određeni kvalitet ili intenzitet povrede ugovornih pravila ili običaja u ovoj oblasti normiranja. No,

66 Čl. 2. Statuta ICTY. V. B. Petrović, M. Bisić, V. Perić (2011) *op. cit.*, str. 322.

67 Čl. 3. Statuta ICTY. *Ibid.*, str. 322-323.

68 Z. Stojanović (2008) *op. cit.*, str. 143.

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

isto tako je vrlo zanimljivo što čl. 6. st. 2. b) Povelje Njimeškoga tribunala uopće nije propisao da takva povreda mora biti ispoljena kao teško kršenje. Da savremeno međunarodno humanitarno pravo zahtijeva tešku povredu kao prihvaćeni standard, svjedoči Žalbeno vijeće ICTY u predmetu *Duško Tadić*. Naime, istaknuto je da „kršenje mora biti „teško“, što znači da mora predstavljati povredu pravila koje štiti važne vrijednosti, i ta povreda mora uključiti teške posljedice po žrtvu.“⁷¹ Ovaj stav sudskoga vijeća odnosio se, prije svega, na pitanje koji to uvjeti moraju biti ispunjeni kako bi kršenje međunarodnog humanitarnog prava bilo podložno članu 3. zajedničkome za sve četiri Ženevske konvencije. Međutim, ovakvo promišljanje možemo bez poteškoća primijeniti i na povrede humanitarnoga prava u situacijama međunarodnih oružanih sukoba. Nadalje, na temelju prostoga jezičkoga tumačenja Statuta ICTY utvrđujemo da povrede ženevskoga prava moraju biti teške, dok se za povrede haškoga prava ne zahtijeva ispunjavanje takvoga intenziteta. Međutim, ovakav stav demantira Rimski statut, koji u čl. 8. st. 2. b) sadrži sintagmu „teška kršenja zakona i običaja primjenjivih u međunarodnom oružanom sukobu“. Stoga zaključujemo da nije svaka povreda međunarodnoga humanitarnoga prava *ratni zločin*, već se mora dokazati da se radi o *teškim povredama*.

Rimski statut u čl. 8. određuje ratni zločin također kao jedinstven i autonoman međunarodni zločin, s tim što unutar same statutarne odredbe dolazi do normativnoga i strukturalnoga spajanja tri zasebna međunarodna zločina onako kako ih vidamo u statutima nekih međunarodnih i internacionaliziranih sudskih tijela – teške povrede člana 3. zajedničkoga za sve četiri Ženevske konvencije, teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. i povrede zakona ili običaja rata.⁷² Ratni zločini su u čl. 8. Rimskoga statuta podijeljeni u četiri subkategorije, od tih prve dvije odnose se na međunarodne oružane sukobe, a druge dvije na unutrašnje oružane sukobe, u koje ne spadaju, kao što znamo, unutarnji neredi, nemiri, napetosti „poput pobuna, izoliranih i sporadičnih djela nasilja ili drugih djela slične naravi“⁷³: a) teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949.⁷⁴ (s osam radnji izvršenja); b) teške povrede zakona i običaja rata⁷⁵ (s 26 radnji izvršenja); c) teške povrede člana 3. koji je zajednički za sve četiri Ženevske konvencije iz 1949.⁷⁶ (s četiri radnje izvršenja); i d) teške povrede prava i običaja koji se primjenjuju u oružanim sukobima čiji karakter nije međunarodni⁷⁷ (s 12 radnji izvršenja međunarodnoga zločina). Po svemu sudeći,

71 ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995, IT-94-1, par. 94.

72 Cf. M. A. Newton (2015) *Charging War Crimes: Policy and Prognosis from a Military Perspective*, u: C. Stahn (ed.) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, str. 732-761.

73 Čl. 8. st. 2. d) i f) Rimskoga statuta ICC.

74 Čl. 8. st. 2. a) Statuta.

75 Čl. 8. st. 2. b) Statuta.

76 Čl. 8. st. 2. c) Statuta.

77 Čl. 8. st. 2. e) Statuta.

postoje dvije velike vrste ratnih zločina u odnosu na kriterij pravnoga karaktera oružanoga sukoba: a) ratni zločini počinjeni u međunarodnom oružanom sukobu; i b) ratni zločini počinjeni u unutrašnjem oružanom sukobu.⁷⁸ Čl. 8. Rimskoga statuta Međunarodnoga krivičnoga suda tako utjelovljuje, a shodno načelu *nullum crimen sine lege*, do sada najširi koncept radnji izvršenja ratnih zločina⁷⁹, pa se s tim u vezi može govoriti čak i o kodificiranju materije međunarodnoga krivičnoga prava u ovom smislu. Čl. 8. zasigurno je najduža odredba Rimskoga statuta i predstavlja progresivni razvoj u smislu inkriminacija radnji ratnoga zločina, posebno jer pokriva i nemeđunarodne oružane sukobe.⁸⁰

Međutim, na osnovu Rimskoga statuta primjećujemo da su normirane radnje izvršenja ratnoga zločina brojnije kod međunarodnih negoli kod nemeđunarodnih oružanih sukoba. Ovo možemo držati i kao nedostatak ovoga međunarodnoga ugovora, odn. kao dokaz da evolucija međunarodnoga humanitarnoga prava, poglavito u odnosu na unutrašnji oružani sukob, još nije privedena kraju.⁸¹ Čini se da je načelo nemiješanja u unutarnje poslove država i poštivanje državnoga suvereniteta za sada odnijelo prevagu nad osnovnom svrhom i ciljevima međunarodnoga krivičnoga prava, s obzirom da se ne možemo oduprijeti dojmu da su potencijalne žrtve, ukoliko promatramo kroz prizmu međunarodnoga krivičnoga prava, zaštićenije u međunarodnome negoli u unutrašnjem oružanom sukobu. Dalje, čl. 8. st. 2. f) navodi da se druge teške povrede prava i običaja iz čl. 8. st. 2. e) koji se vezuju za unutrašnje oružane sukobe mogu počinuti jedino u oružanim sukobima „koji se odvijaju na području države u situacijama *dugotrajnoga* oružanoga sukoba između vladinih snaga i organiziranih oružanih skupina ili između takvih skupina.“⁸² Ovo znači da se standardi i prag iz čl. 8. Rimskoga statuta u ovome smislu mogu zadovoljiti isključivo u državama u kojima je oružani sukob trajnijega karaktera. Dugotrajnost je vrlo rastegljiv i neodređen pojam pa se stoga u svakom konkretnom slučaju, na *case by case* osnovi, mora voditi računa o ovome. A. Cassese ovu karakteristiku unutrašnjega oružanoga sukoba shvata kao dodatni uvjet koji mora biti ispunjen da

78 Postoji još nekoliko kriterija klasifikacije ratnih zločina: prema izvoru humanitarnoga prava u kojem su predviđeni, prema radnjama izvršenja i prema pasivnome subjektu.

79 Na prvoj međunarodnoj konferenciji o reviziji Rimskoga statuta, održanoj u Kampali (Uganda) 2010. prihvaćeno je proširenje inkriminacije djela ratnih zločina (u odnosu na upotrebu određenoga oružja) počinjenih u nemeđunarodnim oružanim sukobima.

80 Usporedbe radi, nacionalni krivični zakoni u regiji propisuju više krivičnih djela ratnih zločina, jer uglavnom slijede kriterij podjele ratnih zločina, odn. teških povreda međunarodnog humanitarnog prava prema radnjama izvršenja i prema pasivnome subjektu. U tom smislu, v. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Krivični zakon Republike Srbije i Krivični zakon Republike Hrvatske.

81 No, 2010. na prvoj Revizijskoj konferenciji Rimskoga statuta, Skupština država stranaka konsenzusom usvaja dopunu čl. 8. Statuta Rezolucijom RC/Res. 5, kojom se inkriminira upotreba dodatnoga oružja i otrovnih supstanci u vrijeme nemeđunarodnoga oružanoga sukoba. Tako se proširuje pravna zaštita i regulacija ove vrste sukoba. Više u: *Ratification and Implementation of the Kampala Amendments to the Rome Statute of the ICC. Crime of Aggression and War Crimes* (2012) Princeton: Liechtenstein Institute on Self-Determination, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, str. 44-52.

82 Čl. 8. st. 2. f) Rimskoga statuta ICC. Kurziv autora.

bi se uopće moglo govoriti o ratnome zločinu.⁸³ Ovaj pisac tvrdi da je ovo dijelom i zbog toga što „nije postojalo nijedno ranije ugovorno ili običajno pravilo koje bi reguliralo metode borbe u unutrašnjem oružanom sukobu.“⁸⁴ Iz ovoga slijedi da se sve Haške konvencije iz 1899. i 1907, kao i ostali međunarodni ugovori (haško pravo), odnose prvenstveno na međunarodne oružane sukobe. S druge strane, da li je otuda ispravno pisati o *teškoj* povredi člana 3. zajedničkoga za sve četiri Ženevske konvencije i II. Dopunskog protokola? Drugim riječima, je li ispravno držati da ratni zločin može biti počinjen i u nemeđunarodnome (unutrašnjem) oružanom sukobu?⁸⁵

Odluka ICTY u predmetu *Duško Tadić* pokazuje nove pravce u razvijanju međunarodnog humanitarnog prava u pogledu unutrašnjih oružanih sukoba. S ovim u vezi referiramo na zauzeto stajalište Žalbenoga vijeća da se zabrana upotrebe oružja koja nanose nepotrebne patnje odnosi i na unutrašnje oružane sukobe, odn. da nema više smisla da se u pogledu pravne zaštite pravi razlika između navedene dvije vrste sukoba, imajući u vidu da njihovo razlikovanje u stvarnosti, u odnosu na težinu i razornu moć, postaje sve teže i neodređenije.⁸⁶ Žalbeno vijeće je u ovome duhu na koncu zauzelo stajalište da je međunarodno običajno pravo, koje se ranije primjenjivalo isključivo na međunarodne oružane sukobe, primjenjivo i na unutrašnje⁸⁷ – što je rezultiralo svojevrsnim nestankom tradicionalne distinkcije između visoko kodificiranoga prava oružanih sukoba i možda malo manje razvijenoga prava o unutrašnjem sukobu.⁸⁸

„Prvo, građanski ratovi bivaju sve učestaliji [...] i kao posljedica [toga] međunarodna zajednica nije mogla dalje da ignorira potrebu pravnog reguliranja takvih ratova. Drugo, unutrašnji oružani sukobi postaju sve okrutniji, traju sve duže, te zahvataju cjelokupno stanovništvo države u kojoj izbiju. [...] Treće, pošto su građanski nemiri velikih razmjera, a države svjetske zajednice sve zavisnije jedna od druge, trećim državama je sve teže da ostanu po strani. Ekonomski, politički i ideološki interesi trećih država doveli su tako do njihovog izravnog ili neizravnog uključivanja u tu kategoriju sukoba [...]. Četvrto, nezaustavljiv razvoj doktrina koje se odnose na ljudska prava i njihovo širenje u međunarodnoj zajednici, posebno nakon usvajanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima 1948, doveo je do značajnih promjena u međunarodnom pravu, naročito u pristupu problemima koji su zadesili svjetsku zajednicu. Pristup orijentiran na suverenitet država postupno je zamijenjen pristupom orijentiranim na čovjeka. Postupno je maksima rimskoga prava *hominum causa omne jus constitutum est* (svo pravo je

83 A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, str. 70.

84 *Ibid.*

85 Usp. S. Fabijanić Gagro (2008) Zaštita osoba u nemeđunarodnim oružanim sukobima, *Pravni Vjesnik*, Vol. 24, Issue 2, str. 115-135.

86 Usp. M. Brier-Mills (2017) *op. cit.*, str. 17-37.

87 Prema odluci ICTY u predmetu *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Presuda, 15. juli 1999, IT-94-1-A.

88 D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert (2007) *International Law and International Relations*, New York: Cambridge University Press, str. 185.

stvorenog na dobrobit čovjeka) stekla čvrst oslonac i u međunarodnoj zajednici. Iz toga slijedi da u pogledu oružanoga sukoba, razlika između međudržavnih i građanskih ratova gubi na vrijednosti kada su u pitanju ljudska bića. Zbog čega štiti civile od nasilja zaraćenih strana, ili zabraniti silovanje, mučenje ili bezobzirno rušenje bolnica, crkava, muzeja ili privatne imovine, i zabraniti oružja koja nanose nepotrebne patnje kada dvije suverene države vode rat, a uzdržati se od nametanja istih zabrana ili pružanja iste zaštite kada je do nasilja došlo „samo“ u okviru područja neke suverene države. Ukoliko međunarodno pravo štiteći, naravno, legitimne interese država, mora postupno da se okrene zaštiti ljudskih bića, posve je prirodno da gorespomenuta dihotomija postupno gubi na težini.⁸⁹

Zapravo, u pogledu nemeđunarodnoga (unutrašnjega) oružanoga sukoba, srž običajnih pravila sadržan je u zajedničkom čl. 3. Ženevskih konvencija.⁹⁰ Također se uzima da su „praksa ili stavovi velikoga broja država pokazali da su se vremenom i neke druge odredbe Drugoga dopunskoga protokola mogle smatrati obdarenim s općim podrazumijevanjem i primjenjivošću [tako da ova pravila] mogu biti uzeta kao obavezujuća za države koje nisu stranke i pobunjenike.“⁹¹ Da je korpus običajnih pravila koji regulira unutrašnje oružane sukobe u međunarodnoj zajednici evoluirao izvodi se iz različitih elemenata. Naprimjer, neke države u svojim vojnim priručnicima (eng. *military manuals*) koje donose za svoje oružane snage jasno naznačuju da se glavina međunarodnoga humanitarnoga prava također primjenjuje na unutrašnje sukobe, dok druge države zauzimaju slično gledište u odnosu na mnoga pravila međunarodnoga humanitarnoga prava.⁹²

No, tek će se na rimskoj međunarodnoj diplomatskoj konferenciji 1998. potvrditi da su države spremne priznati odgovornost za ratne zločine i u nemeđunarodnom oružanom sukobu.⁹³ Usvajanje Rimskoga statuta ICC i Statuta Specijalnoga suda za Sierra Leone može se smatrati kulminacijom pravnostvaralačkoga procesa koji je u samo nekoliko godina doveo do kristalizacije seta običajnih pravila koja se odnose na unutrašnji oružani sukob i koji je, također, doveo do inkriminiranja teških povreda takvih pravila (u smislu da individualna krivična odgovornost može uslijediti iz teških povreda takvih pravila).⁹⁴ Ovaj i ovakav pravnostvaralački proces glede unutrašnjih oružanih sukoba se odista može razumjeti – rezultat je to ekspanzije doktrina iz oblasti ljudskih prava, kada

89 ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995, IT-94-1, par. 97.

90 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Ženeva, 25. januar 2005, par. 157. Jednako tako, v. M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. II, str. 1444.

91 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Ženeva, 25. januar 2005, par. 158.

92 *Ibid.*, par. 159.

93 W. A. Schabas (2001) *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, str. 42.

94 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Ženeva, 25. januar 2005, par. 163.

su države počele prihvaćati ideju da jednostavno nije razložno zaštititi, naprimjer, civile isključivo u međunarodnim ratovima, odn. da bi bilo nekonzistentno ostaviti civile nezaštićenima u građanskim ratovima, dok, u isto vrijeme, imaju pravo na međunarodnopravnu zaštitu u međunarodnim oružanim sukobima.⁹⁵

Opća karakteristika *svih oblika* ratnih zločina je da se čine isključivo u vrijeme trajanja međunarodnoga ili unutrašnjega oružanoga sukoba, za razliku od zločina genocida i zločina protiv čovječnosti koji se čine i u doba mira i u doba oružanoga sukoba. Takoreći, traži se postojanje veze između zabranjenoga djela i oružanoga sukoba. Stoga, ne samo da protupravno djelo mora biti počinjeno u vrijeme oružanoga sukoba, ono mora biti i u vezi s ciljevima oružanoga sukoba. Međutim, u odnosu na vrijeme, neki ratni zločini mogu biti počinjeni nakon zaključenja neprijateljstava, naročito oni koji su vezani za repatrijaciju ratnih zarobljenika, što znači da ratni zločini mogu biti počinjeni kada ne postoji oružani sukob, odn. nakon završetka sukoba.⁹⁶ U svakome slučaju, međunarodni sudovi i tribunalni moraju najprije da utvrde 1) postojanje oružanoga sukoba u jednoj državi; i 2) da odrede njegov pravni karakter (međunarodni ili nemeđunarodni) – kako bi uopće znali pod koji oblik ili kategoriju ratnih zločina podvesti zabranjena djela. Tako je isto činio i Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju u predmetima *Duško Tadić*⁹⁷; *Tihomir Blaškić*⁹⁸; *Zlatko Aleksovski* (Lašvanska dolina)⁹⁹; *Zejnib Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić i Esad Landžo* (logor Čelebići)¹⁰⁰. U pogledu područja na kojem mogu biti počinjeni ratni zločini, vrlo je zanimljivo konstatirati da pravo ratnih zločina može biti primijenjeno na cijelo područje neke države, bez obzira što se samo u jednoj oblasti države vode oružana neprijateljstva.¹⁰¹

Sljedeća opća karakteristika ratnih zločina jeste da se u ulozi neposrednih ili posrednih učinitelja, kao i saučesnika, a u pogledu individualne krivične odgovornosti, javljaju pojedinci koji pripadaju bilo vojnom osoblju, tj. pripadnici oružanih snaga, bilo civilnome stanovništvu, što znači da ratne zločine čine i pripadnici oružanih snaga i civili. Valja istaknuti da i oni zločini koje počine civili protiv drugih civila također ulaze u opis ratnih zločina.¹⁰² Sljedeće zanimljivo pravilo je da se ratni zločini vrše protiv osoba koje su neutralne ili pripadaju neprijateljskoj strani u oružanome sukobu. Iz ovoga može slijediti

95 *Ibid*, par. 164.

96 W. A. Schabas (2001) *op. cit.*, str. 44; Istovjetan stav ima i A. Cassese.

97 ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Pretresno vijeće, Izdvojeno i različito mišljenje sutkinje Gabrielle Kirk McDonald o primjenjivosti čl. 2. Statuta, 7. maj 1997, IT-94-1-T; ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Presuda, 15. juli 1999, IT-94-1-A.

98 ICTY, *Tužitelj v. Tihomir Blaškić*, Pretresno vijeće, Presuda, 3. mart 2000, IT-95-14-T.

99 ICTY, *Tužitelj v. Zlatko Aleksovski*, Žalbeno vijeće, Presuda, 24. mart 2000, IT-95-14/1-A.

100 ICTY, *Tužitelj v. Zdravko Mucić et al*, Pretresno vijeće, Presuda, 16. novembar 1998, IT-96-21-T; ICTY, *Tužitelj v. Zdravko Mucić et al*, Žalbeno vijeće, Presuda, 20. februar 2001, IT-96-21-A.

101 Tako: ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995, IT-94-1, par. 70.

102 A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, str. 56.

zaključak da se ovaj međunarodni zločin u međunarodnome oružanome sukobu ne može činiti protiv pripadnika oružanih snaga sopstvene države (neovisno o njihovome državljanstvu) ili protiv civilnoga stanovništva sopstvene države, odn. u unutrašnjem oružanom sukobu protiv pripadnika sopstvene oružane formacije ili skupine, odn. civilnoga stanovništva neokupiranoga sopstvenoga područja.

3. 1. *Mens rea* ratnih zločina

Ovaj međunarodni zločin vrši se po pravilu s direktnim umišljajem. No, neke odredbe međunarodnog humanitarnog prava¹⁰³ upućuju i na eventualni umišljaj. „I prema međunarodnome običajnome pravu, za postojanje određenih ratnih zločina dovoljan je eventualni umišljaj.“¹⁰⁴ Praksa *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala također je bila na ovome stavu¹⁰⁵, dok su standardi postavljeni Rimskim statutom i Elementima zločina znatno stroži.¹⁰⁶

Pošto se ratni zločin može počinuti isključivo iz umišljaja, to je nužno da u svakom slučaju postoji i svjesni i voljni element na strani počinitelja u pogledu svih bitnih elemenata međunarodnoga zločina. No, kako Z. Stojanović ispravno pronalazi, nije jasno zašto se kod nekih oblika ratnoga zločina insistira na namjernom (eng. *wilfully*; *intentionally*) poduzimanju neke radnje, a u drugom se to ne traži¹⁰⁷ (npr. *namjerno* ubijanje; *namjerno* izazivanje velike patnje ili teške povrede tijela ili zdravlja; *namjerno* oduzimanje prava ratnom zarobljeniku ili drugoj zaštićenoj osobi na pošteno i redovno suđenje; *namjerno* usmjeravanje napada [...])¹⁰⁸. Zašto se pravi razlika u pogledu *mens rea* npr. između ubijanja i mučenja? Ovakvo što zasigurno nije učinjeno da bi se naglasilo da se naznačene radnje izvršenja vrše isključivo iz direktnog umišljaja, za razliku od svih ostalih radnji koje se vrše iz eventualnoga umišljaja. Drugim riječima,

„ove formulacije nisu rezultat svjesne težnje tvoraca [Rimskoga] Statuta da naprave neku diferencijaciju u pogledu subjektivnoga elementa kod pojedinih oblika ratnoga zločina, već su rezultat doslovnoga preuzimanja postojećih normi međunarodnoga humanitarnoga prava (prije svega odredaba Ženevskih konvencija)“, odnosno „nedovoljne razvijenosti instituta općeg dijela u međunarodnom krivičnom pravu.“¹⁰⁹

A. Cassese prisutnost izraza *namjerno* u nekim radnjama izvršenja ratnih

103 Čl. 85. st. 3. b) i c) I. Dopunskog protokola.

104 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 193.

105 Tako je ICTY zauzeo stav da je za postojanje ratnog zločina uništenja i oštećenja vjerskih objekata dovoljno da je učinitelj djelovao i s eventualnim umišljajem (ICTY, *Tužitelj v. Radoslav Brđanin*, Pretresno vijeće, Presuda, 1. septembar 2004, IT-99-36-T, par. 599).

106 Cf. M. E. Badar, S. Porro (2015) *Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC*, u: C. Stahn (ed.) *op. cit.*, str. 649-668.

107 Z. Stojanović (2008) *op. cit.*, str. 150.

108 Kurzivi autora.

109 Z. Stojanović (2008) *op. cit.*, str. 150.

zločina razumije na način da navedeni izraz ukazuje na zahtjev *zločinačke namjere*¹¹⁰ kod počinitelja djela, a to znači da nije dovoljno da je počinitelj određenoga oblika ratnoga zločina svjestan zabranjene posljedice koja može nastupiti, nego putem izvršenja počinitelj mora željeti, namjeravati ili tražiti nastupanje konkretne zabranjene posljedice. Međutim, mi postojanje izraza *namjerno* povezujemo s pojedinim radnjama izvršenja zločina genocida¹¹¹, kod kojih također uočavamo ovakvu formulaciju. Stoga, po našem promišljanju, ovo ne znači postojanje dodatnoga uvjeta na strani subjektivnoga elementa ratnih zločina, već traženje zabranjene ili protupravne posljedice predstavlja opće obilježje direktnoga umišljaja, tj. nešto što se kod ove vrste umišljaja podrazumijeva.

Međutim, ono što suvremeno međunarodno krivično pravo traži, a što se ogleda u Elementima zločina Međunarodnoga krivičnoga suda jeste (1) da svaki počinitelj ratnih zločina, da bi bio osuđen, mora biti svjestan postojanja oružanoga sukoba; (2) radnja počinitelja mora biti u kontekstu, odn. mora biti povezana s oružanim sukobom.¹¹² Ova dva uvjeta se traže za sve kategorije i oblike ratnih zločina po Rimskome statutu. Dakle, ovdje se izričito navodi da se ratni zločini mogu počinuti s *umišljajem* i uz *saznanje*. „Treba, znači, zapamtiti da postojanje oružanoga sukoba nije samo objektivni uvjet inkriminacije, već je potrebno i da je učinitelj bio svjestan faktičke činjenice da je radnju poduzeo u toku oružanoga sukoba, ili u vezi s tim sukobom.“¹¹³ S druge strane, držimo da nije od značaja i bitnosti da počinitelj poznaje karakter oružanoga sukoba, niti je „nužno da učinitelj zna da svojim postupcima krši pravila međunarodnoga prava, jer povreda međunarodnoga prava predstavlja objektivni uvjet kažnjivosti.“¹¹⁴

4. „Snage Ujedinjenih nacija“¹¹⁵: poštivanje i primjena međunarodnoga humanitarnoga prava u oružanome sukobu

Interesantno je pitanje da li oružani sukob pojmovno obuhvata vojnu intervenciju izvršenu od UN, odn. po odobrenju Vijeća sigurnosti UN. S tim u vezi,

110 A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, str. 65.

111 Usp. s čl. II st. 1. c) Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. (*namjerno* nametanje grupi životnih uvjeta sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja).

112 ICC, Elementi zločina, u: W. A. Schabas (2001) *op. cit.*, str. 260-261.

113 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 194.

114 Z. Stojanović (2008) *op. cit.*, str. 131-132.

115 Valjalo bi istaknuti da, u užem kontekstu, ne postoje *trajne* vojne snage UN. Uglavnom se misli o *ad hoc* snagama UN, koje su utjelovljene u promatračkim misijama, mirovnim snagama, te misijama najnovije generacije, i koje se, načelno, osnivaju svaki puta iznova za svaki novi oružani sukob. Ovim se obuhvataju, u širem kontekstu, i prinudne akcije odnosne Organizacije. Otuda pod snagama UN podrazumijevamo snage koje se osnivaju i temeljem Glave VI i temeljem Glave VII Povelje UN. Usp. S. Telhami (1995) *Is a Standing United Nations Army Possible—Or Desirable*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 28, Issue 3, str. 673-683.

„prvo što treba primjetiti jeste da su snage Ujedinjenih nacija [ovo se odnosi i na mirovne misije UN] dužne da poštuju norme međunarodnoga humanitarnoga prava: danas je prihvaćen stav da su svi učesnici u sukobu, bez obzira što je nekima cilj očuvanje mira, vezani pravilima ratnoga prava i običaja ratovanja.¹¹⁶ Iskustva, nažalost, pokazuju da i pripadnici mirovnih snaga učestvuju u izvršenju ratnih zločina ili na drugi način krše pravila međunarodnog humanitarnog prava.“¹¹⁷

I B. M. Janković je još 1960. smatrao da Organizacija UN može imati status strane u sukobu kada, na osnovu Povelje, pribjegava *kolektivnim oružanim mjerama*¹¹⁸ u cilju suzbijanja agresije.¹¹⁹ Čak i države članice UN koje učestvuju u kolektivnim oružanim snagama Organizacije, svaka ponaosob, imaju taj status. To znači da se i Organizacija UN i države, njezine članice, istovremeno moraju pridržavati zakona i običaja ratnoga prava. Stoga će oba subjekta međunarodnoga prava snositi izravnu odgovornost za njihovu povredu.¹²⁰

Dakle, čim se pravila međunarodnoga humanitarnoga prava primjenjuju i na ove situacije, otuda je razložno zaključiti da se ove intervencije svrstavaju u oružane sukobe. Drugo je pitanje pravnoga karaktera takvoga oružanoga sukoba, tj. može li jedan unutrašnji oružani sukob prerasti u međunarodni samom činjenicom što u njemu učestvuju mirovne snage UN, odn. u situacijama vojnih ili humanitarnih intervencija.¹²¹ S ovim u vezi – mogu li UN biti strana međunarodnoga oružanoga sukoba u smislu zajedničkoga čl. 2. Ženevskih konvencija?¹²²

116 Za više v. npr. R. Murphy (2003) *United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?*, *Criminal Law Forum*, 14/2003, str. 153.

117 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 184.

118 Kolektivne oružane mjere ni u kom slučaju ne treba miješati s pojmom *kolektivnoga kažnjavanja*, odn. *kolektivne odgovornosti*, koji nalazimo u oružanim sukobima, jer se „frazu „kolektivna odgovornost“ također povremeno koristi u smislu držanja neke zajednice (sela ili grada) kolektivno odgovornom za djela koja su počinili jedan ili više pojedinaca u svojoj sredini.“ (F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 78). No, radi se zapravo o protupravnoj, zabranjenoj praksi u međunarodnome humanitarnome pravu.

119 Da li bi postojala zapreka zaključiti da su UN, u smislu poštovanja i primjene međunarodnog humanitarnog prava, strana i u međunarodnom i u nemeđunarodnom oružanom sukobu?

120 B. M. Janković (1960) *op. cit.*, str. 145. Usp. J. C. Levy (2020) *Documentation for Accountability, Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 52, Issue 1/2, str. 451-465.

121 Usporedbe radi, Sud u SAD bio je pravnoga rasuđivanja da se zajednički čl. 3. Ženevskih konvencija ne može primjeniti na vojnu invaziju ove države na Panamu, s obzirom da vojna invazija znači međunarodni oružani sukob (United States District Court for the Southern District of Florida, *United States of America v. Manuel Antonio Noriega et al.*, Opinion: Omnibus Order, William M. Hoeveler, United States District Judge, No. 88-79-CR, 8. juni 1990 (746 F. Supp. 1506 (1990)), preneseno iz: M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. II, str. 1352.

122 Čl. 2. (Primjena Konvencije) sve četiri Ženevske konvencije glasi: „Pored odredaba koje treba da stupe na snagu još za vrijeme mira, ova Konvencija primjenjivaće se u slučaju objavljenoga rata ili svakog drugog oružanoga sukoba koji izbije između dvije ili više visokih strana ugovornica, čak i ako jedna od njih nije priznala ratno stanje. Konvencija će se isto tako primjenjivati u svim slučajevima okupacije cijele teritorije jedne visoke strane ugovornice ili njezinoga dijela, čak i ako ta okupacija ne naiđe ni na kakav vojni otpor. Ako jedna od sila u sukobu nije članica ove Konvencije, sile članice Konvencije ipak će ostati vezane njome u svojim međusobnim odnosima. One će, pored

„Jedinstvenoga odgovora na ovo pitanje još nema. Činjenica je da je pojam strana u oružanom sukobu teško spojiti sa snagama UN, čiji je cilj održavanje međunarodnoga mira. S druge strane, ostaje činjenica da u slučaju vojne intervencije snaga UN – te snage faktički učestvuju u oružanom sukobu. Zbog toga smatramo ispravnim stav da oružani sukob na koji se primjenjuju pravila međunarodnog humanitarnog prava ima karakter međunarodnog oružanog sukoba i kada u njemu učestvuju vojne snage UN.“¹²³

S druge strane, ako bi pošli od teoretske postavke da Ženevske konvencije praktički ne pominju UN¹²⁴, odn. da Povelja UN odista nigdje ne pominje međunarodno humanitarno pravo, već su ciljevi i načela UN¹²⁵ sročeni jezikom ljudskih prava¹²⁶ te otuda Povelja UN, kada upućuje na međunarodno humanitarno pravo, tradicionalno govori o „ljudskim pravima u oružanom sukobu“¹²⁷ – postoje promišljanja da bi u tom slučaju mogli doći do zaključka da se UN, koncepcijski, ne mogu smatrati stranom u sukobu, a niti silom, slijedeći terminologiju Ženevskih konvencija.¹²⁸

„U praksi, međutim, operacije održanja mira i operacije nametanja mira mogu uključiti, željele to UN ili ne, i neprijateljstva koja su po svojim karakteristikama, kao i po problemima koje treba da riješi međunarodno humanitarno pravo, ista kao i u slučaju tradicionalnih oružanih sukoba. No, pitanja da li se međunarodno humanitarno pravo primjenjuje i na ove operacije i, ako se primjenjuje, kada se primjenjuje pravo međunarodnih, a kada pravo nemeđunarodnih oružanih sukoba, kao i da li ono obavezuje UN ili države koje su stavile na raspolaganje svoje kontingente, ostaju i dalje sporna.“¹²⁹

Jednako tako, Organizacija UN još uvijek nije visoka strana ugovornica Ženevskih konvencija i dopunskih protokola – no, da li uopće Organizacija može postati strankom odnosnih međunarodnih instrumenata? Slijedom duha i slova odredbe iz zajedničkoga čl. 2. Ženevskih konvencija, ako strana u nekome sukobu nije visoka strana ugovornica Ženevskih konvencija, kakvu situaciju bi imali u slučaju da Organizacija prihvati i primjenjuje odredbe ovih konvencija? Nastavno na prethodno, postoji li razuman i legitiman osnov da dokument Generalnoga sekretara UN K. A. Annana, koji je stupio na snagu 12. augusta 1999, a tiče se smjernica za snage UN glede poštivanja međunarodnoga humanitarnoga prava, tumačimo u svjetlu čl. 2. Ženevskih konvencija, tj. da uzmemo ovaj primjer kao opći izraz volje Organizacije UN da poštuje, primjenjuje i, samim time, bude međunarodno obavezana odredbama ovoga instrumentarija?

toga, biti vezane Konvencijom prema toj sili, ako ta sila prihvaća i primjenjuje njezine odredbe.“

123 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 184.

124 Izuzev čl. 89. I. Dopunskoga protokola (o suradnji strana ugovornica s UN).

125 Čl. 24 (2) Povelje UN.

126 Čl. 1 (3) i čl. 55 (c) Povelje UN.

127 Rezolucija UNGA, br. 2444 (XCIII) od 19. decembra 1968.

128 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 194.

129 *Ibid.*

„1.1. Fundamentalna načela i pravila međunarodnoga humanitarnoga prava, koja su postavljena u ovom biltenu, primjenjiva su na snage Ujedinjenih nacija kada su u situacijama oružanoga sukoba one aktivno angažirane kao borci, u opsegu i za vrijeme trajanja njihova angažmana. Ona su stoga primjenjiva i u prinudnim akcijama ili u operacijama očuvanja mira kada je upotreba sile dozvoljena u samoodbrani.

1.2. Objava ovoga biltena nema utjecaja na zaštićeni status pripadnika operacija za očuvanje mira prema Konvenciji o sigurnosti osoblja Ujedinjenih nacija i pridruženoga osoblja iz 1994. ili na njihov status neboraca, dok god su oni ovlaštteni da imaju zaštitu koja se daje civilima prema međunarodnome pravu oružanih sukoba.“¹³⁰

Međutim, valjalo bi propitati kakva je pravna priroda i karakter ovih Smjernica? Drugim riječima, kakav je njihov domašaj, pravni učinak i pravna snaga u smislu njihove pravne obaveznosti? Mogu li se, generalno uzevši, smjernice smatrati formalnim izvorom međunarodnoga prava?

No, s druge strane, uputno je promišljati i u sljedećem smjeru – prije nego što su Smjernice stupile na snagu, da li je snagama UN, koje su bile involvirane u oružane sukobe, bilo dozvoljeno da ne poštivaju međunarodno humanitarno pravo? Da li uopće ima mjesta tvrdnji da osnovna načela i pravila međunarodnoga humanitarnoga prava ne mogu naći svoju primjenu na snage UN, tj. može li se tvrditi da snage Organizacije nisu vezane međunarodnim humanitarnim pravom?¹³¹ Da li je s ovim u vezi ispravno smatrati da snage Organizacije imaju biti međunarodnopravno vezane bar običajnim međunarodnim humanitarnim pravom, ako se ne može pronaći adekvatan pravni osnov i valjano obrazloženje da se na odnosne snage primjenjuje cijelo kodificirano ugovorno međunarodno humanitarno pravo, u smislu njihovih prava i obaveza?¹³² Pored datih Smjernica, nisu li snage UN do sada bile u međunarodnoj obavezi poštivati i primjenjivati dvostrane međunarodne sporazume sklopljene između UN i država na čije će se područje ove snage rasporediti (v. npr. SOFA – *Status of Forces Agreement(s)*)? Na koncu, pošto su snage UN sastavljene od vojnoga osoblja koje na raspolaganje Organizaciji stavljaju države koje učestvuju sa svojim snagama u nekoj mirovnoj misiji UN ili vojnim akcijama i operacijama Organizacije (eng. *contributing States*), a koje su, uglavnom, visoke strane ugovornice Ženevskih konvencija, da li stoga može proizići i, pri tome, biti pravilna tvrdnja da su ove snage *već vezane* pravilima međunarodnoga humanitarnoga prava *preko svojih država*? Hipotetički promatrano, može li se dozvoliti da vojni kontigenti država visokih strana ugovornica odnosnoga instrumentarija ne smiju činiti *teške povrede*

130 Section 1: Field of application, *Secretary-General's Bulletin, Observance by United Nations forces of international humanitarian law*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.

131 M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. II, str. 750.

132 S ovim u vezi, usp. A. Sergeev (2017) Applying Additional Protocol ii of the Geneva Conventions to the United Nations Forces: Legal Insights on a Growing Responsibility, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 8, Issue 1/2, str. 234-254.

međunarodnoga humanitarnoga prava, dok istovremeno vojni kontingenti onih država koje nisu stranke Ženevskih konvencija nemaju ili ne bi imali međunarodnopravnu obavezu poštivanja, a time i zabranu činjenja *teških povreda* međunarodnoga humanitarnoga prava?

5. Ratni zločini kao dio plana ili politike

Rimski statut uvodi jednu novinu u pogledu svoje jurisdikcije, a to je da će biti nadležan za ratne zločine „*naročito* kada su počinjeni kao dio plana ili politike ili kao dio opsežnoga počinjenja ovih zločina.“¹³³ To nikako ne znači da se uvodi dodatni uvjet kod dokazivanja ratnoga zločina, nego se očekuje od Međunarodnoga krivičnoga suda da procesuirá samo one predmete ratnih zločina koji su dosegili viši stupanj ozbiljnosti i veći opseg počinjenja, odn. koji predstavljaju „učinak politike“¹³⁴. Upravo na ovaj način definirani ratni zločini, približavaju se zločinu genocida i zločinima protiv čovječnosti. Pošto u tekstu čl. 8. st. 1. stoji izraz *naročito* (eng. *in particular*), otuda držimo da je ovaj Sud nadležan i za sva ostala djela ratnih zločina, tj. i za ona koja nisu dio plana ili politike, odn. dio opsežnoga počinjenja. To znači da ratni zločini mogu biti počinjeni, u principu, i kao izolirani akti od strane pojedinih vojnika, koji takvo što mogu činiti bez naredbe njihovoga nadređenoga.¹³⁵ Ovakav stav međunarodne zajednice je vrlo interesantan, posebno za našu tvrdnju koju iznosimo u radu, a to je da se i ratni zločini, poput zločina genocida ili zločina protiv čovječnosti, čine ili mogu činiti kao dio plana ili politike koja je prvenstveno svojstvena državama. Iz toga se može zaključiti da je vrlo legitimno u međunarodnome pravu postaviti pitanje odgovornosti država¹³⁶ za navedene međunarodne zločine, posebno imajući u vidu činjenicu da su prema klasičnome međunarodnome pravu teške povrede međunarodnoga humanitarnoga prava bile povrede koje su počinile – države.¹³⁷ I u suvremenome međunarodnome pravu, iako se naglasak u pogledu krivične odgovornosti za počinjenje ratnih zločina stavlja poglavito na pojedinca, s druge strane se drži da se ratni zločini itekako mogu činiti kao dio ili, pak, u cilju provođenja plana ili politike, u prvome redu, države, i to najčešće preko njezinih

133 Čl. 8. st. 1. Rimskoga statuta ICC. V. M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (1999) *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Geneva: International Committee of the Red Cross, str. 366; Kurziv autora.

134 V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 238.

135 W. A. Schabas (2001) *op. cit.*, str. 44.

136 Od odgovornosti države i drugih državi sličnih entiteta valja razlikovati kolektivnu odgovornost i kolektivno kažnjavanje. Shodno odredbi u čl. 33. IV Ženevske konvencije, zabranjuje se svako kolektivno kažnjavanje, odn. kolektivne kazne (eng. *collective penalties*). Također, v. i zajednički čl. 3. Ženevskih konvencija za uvjete nemeđunarodnih oružanih sukoba.

137 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 198.

oružanih snaga u kojem smislu međunarodno humanitarno pravo propisuje strogu ili striktnu (objektivnu) odgovornost države za sva djela koja su počinili pripadnici njezinih oružanih snaga.¹³⁸ U pravnoj literaturi primjećujemo učenje da država strana jednoga međunarodnoga ili unutrašnjega oružanoga sukoba je prva koja ima biti odgovorna za kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava počinjena u takvome sukobu.¹³⁹ Jednako tako, *non-state* oružane skupine¹⁴⁰ uključene u unutrašnji oružani sukob nužno su odgovorne za kršenja počinjena od njihovih pripadnika.¹⁴¹ Također, međunarodno humanitarno pravo u ovome dijelu potvrđuje i opću obavezu koja je usmjerena prema državama u vidu plaćanja obeštećenja: „Strana u sukobu koja povrijedi odredbe Konvencija ili ovoga Protokola bit će, u ovisnosti od slučaja, obavezna da plati obeštećenje. *Ona će biti odgovorna za sva djela koja učine osobe koje se nalaze u redovima njezinih oružanih snaga.*“¹⁴²

6. Umjesto zaključka

Pravila međunarodnoga humanitarnoga prava, u svome općem značenju, odnose se prvenstveno na države i druge strane u oružanome sukobu, tj. ova grana prava regulira odnose država u pogledu njihovih međunarodnih obaveza u ovome smislu, utvrđujući međunarodne standarde koji se imaju poštivati u nekome sukobu. „Odredbe o ratnim zločinima predstavljaju sekundarna pravila, koja inkriminiraju kršenja primarnih pravila, tj. pravila međunarodnog humanitarnog prava.“¹⁴³ U vezi s pitanjem odgovornosti za ove zločine, u pravnoj doktrini je još uvijek preovladavajuće gledište, kao što smo i vidjeli ranije, da su ratni zločini „inkriminirana ponašanja koja povlače odgovornost pojedinca.“¹⁴⁴ Iz svega prethodno navedenoga također zaključujemo da, u smislu individualne krivične odgovornosti, svaka povreda pravila međunarodnoga humanitarnoga prava ne predstavlja ratni zločin. Međutim, u smislu odgovornosti

138 *Ibid*, str. 199; *Cf.* čl. 3. IV. Haške konvencije i čl. 91. I. Dopunskoga protokola.

139 F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 154. „Specijalnu odgovornost države povlači rad oružanih snaga. Svaki rad oružanih snaga protivan međunarodnome pravu pripisuje se u odgovornost države. To ima svoj pravni osnov u Haškoj konvenciji o pravilima vođenja rata na kopnu iz 1907.“ (M. Bartoš (1954) *Međunarodno javno pravo. I knjiga. Opšti deo. Izvori. Subjeksi*, Beograd: Kultura, str. 306).

140 Ratne zločine mogu činiti i druge oružane formacije ili skupine. Drugim riječima, „naročito ratne zločine ne čine isključivo regularne vojne formacije [...]“ (M. Majić (2005) *op. cit.*, str. 196). Međutim, *non-state actors* nisu predmet istraživanja ove znanstvene rasprave.

141 F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *op. cit.*, str. 155.

142 Čl. 91. I. Dopunskoga protokola (za međunarodne oružane sukobe). *Cf.* čl. 3. IV. Haške konvencije. Kurziv naknadno dodan. Također, v. M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. I, str. 386-395.

143 V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 177.

144 *Ibid*, str. 178.

država i međunarodnih organizacija, vjerujemo da bi bilo razložno ustvrditi da svaka povreda međunarodnoga humanitarnoga prava od ovih subjekata itekako predstavlja povredu međunarodnoga prava, tj. povredu međunarodne obaveze i činjenje međunarodnoga protupravnoga djela. S ovim u vezi, povreda obaveze postoji i u uvjetima kršenja zajedničkoga člana 1. za sve četiri Ženevske konvencije, prema kojem su države dužne poštivati i osigurati poštivanje odnosnih mnogostranih međunarodnih ugovora,¹⁴⁵ što se razumije i kao sprječavanje kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava, koja obaveza danas ima snagu međunarodne obaveze *erga omnes*.

Ukoliko se, pak, radi o *teškoj povredi* međunarodnoga humanitarnoga prava, otuda držimo da se države, ali i međunarodne organizacije, mogu pojaviti u kategoriji *izravnih ili neizravnih* njegovih prekršitelja. Dakle, da li bi ovi učesnici u međunarodnome pravu bili odgovorni samo za nesprečavanje i nekažnjavanje pojedinaca za ratne zločine ili i za direktnu povredu međunarodnih obaveza i činjenje međunarodnoga protupravnoga djela s ovim u vezi? No, dilema teoretske naravi glasi: da li to znači da država i međunarodna organizacija mogu učiniti ratni zločin, odn. da li teška povreda međunarodnoga humanitarnoga prava istovremeno znači *počinjenje ratnoga zločina* od strane država i međunarodnih organizacija?

Kako bi pokušali bar djelimično odgovoriti na prethodno postavljenu dilemu, valjalo bi prvenstveno istaknuti da je jedan od glavnih ciljeva UN sprječavanje oružanoga sukoba, tako da se djelatnost ove organizacije *može* dovesti u vezu s međunarodnim humanitarnim pravom.¹⁴⁶ Zarad ostvarenja toga cilja, Povelja UN dopušta, *e.g.* Vijeću sigurnosti, da odobri upotrebu sile¹⁴⁷, a to su ujedno situacije u kojima se primjenjuje međunarodno humanitarno pravo.¹⁴⁸ Osnivanje ICTY i ICTR 1993/1994. upravo odlukama ovoga organa UN jasno pokazuje da Vijeće sigurnosti kršenje međunarodnoga humanitarnoga prava tretira kao prijetnju ili povredu međunarodnoga mira i sigurnosti. U uvjetima kada se ova organizacija suočava s oružanim sukobom njihov glavni cilj treba, po Povelji, biti zaustavljanje toga sukoba i rješavanje spora koji leži u njegovoj osnovi.¹⁴⁹ Međutim, da bi se postigli ovi ciljevi, nepobitno je da se UN moraju svrstati na jednu stranu u sukobu, npr. protiv države agresora, ukoliko je u pitanju međunarodni oružani sukob, što, s druge strane, umanjuje njihovu mogućnost da pomognu prinudno izvršenje međunarodnoga humanitarnoga prava i da, bar teorijski, pruže humanitarnu pomoć preko svojih specijaliziranih agencija koje djeluju u sistemu Organizacije. Izazovi

145 Usp. K. Dörmann, J. Serralvo (2014) Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, Issue 895-896, str. 707-736. Jednako tako, v. C. Focarelli (2010) Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?, *European Journal of International Law*, Vol. 21, Issue 1, str. 125-171.

146 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 193. Kurziv autora.

147 Glava VII Povelje UN.

148 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 193.

149 *Ibid.*

su u ovome smislu i smjeru još i veći ukoliko se zna da se u posljednje vrijeme modificiraju načini vođenja oružanih sukoba i metodi oružanih neprijateljstava.¹⁵⁰

Nadalje, postoji gledište da iako pravila međunarodnoga humanitarnoga prava sadrže *erga omnes* međunarodne obaveze i iako spadaju u *jus cogens*, ona, kao pravila ugovornoga prava, obavezuju samo države strane ugovornice i, kada je o međunarodnim oružanim sukobima riječ, obavezuju ih samo u odnosu na druge strane ugovornice konkretnoga ugovora.¹⁵¹ Naučava se da nedostaci ugovora iz međunarodnoga humanitarnoga prava, ali i cijeloga ugovornoga prava, „proističu iz činjenice da oni, tehnički, ne mogu proizvesti opće dejstvo – obavezati automatski sve države.“¹⁵²

Međutim, u racionalnoj ravni običajnih pravnih pravila, uzimajući u razmatranje činjenicu da „običajno pravo, uključujući i brojne odredbe ugovornoga međunarodnoga humanitarnoga prava koje izražavaju običajno pravo ili su prerasle u običajno pravo, obavezuju sve države u odnosu na sve druge države“¹⁵³, javlja se sljedeća nedoumica – da li otuda običajna pravna pravila međunarodnoga humanitarnoga prava obuhvataju teške povrede Ženevskih konvencija, tj. da li se referiraju na zabranu činjenja ratnih zločina?

Na ovo pitanje, kako smo prethodno i predočili, odgovor je bez dileme potvrđan. U prilog ovome ide i određenje s Popisa običajnih pravila međunarodnoga humanitarnoga prava, u kojem su sadržana, *inter alia*, pravila o odgovornosti država običajnopravne naravi. Tako, *Rule (pravilo) 149*, stipulira da je

„država odgovorna za kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava koja su njoj pripisiva, uključujući: (a) kršenja počinjena od njezinih organa, uključujući njezine oružane snage; (b) kršenja počinjena od osoba ili entiteta koje je ona ovlastila da izvršavaju elemente vlasti; (c) kršenja počinjena od osoba ili grupa koje djeluju *de facto* ili po njezinim instrukcijama, ili se nalaze pod njezinom komandom ili kontrolom; i (d) kršenja počinjena od fizičkih osoba ili grupa koja ona priznaje i usvaja kao svoje vlastito ponašanje.“¹⁵⁴

150 Cf. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 26-30 November 2007.

151 M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *op. cit.*, str. 68.

152 *Ibid.*

153 *Ibid.* „Pored međunarodnih ugovora, Sudan je obavezan i običajnim pravilima međunarodnoga humanitarnoga prava. Ona uključuju pravila koja se odnose na unutrašnje oružane sukobe, mnoga od njih su evoluirala kao rezultat prakse država i jurisprudencije međunarodnih, regionalnih i nacionalnih sudova, kao i izjavama država, međunarodnih organizacija i oružanih skupina. [...] praksa ili stavovi velikoga broja država pokazali su da su se vremenom i neke druge odredbe Drugoga dopunskoga protokola mogle smatrati obdarenim s općim podrazumijevanjem i primjenjivošću [tako da ova pravila] mogu biti uzeta kao obavezujuća za države koje nisu stranke i pobunjenike.“ (Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Ženeva, 25. januar 2005, par. 156. i 158).

154 J.-M. Henckaerts (2005) Annex [List of Customary Rules of International Humanitarian Law] to Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, *IRRC*, vol. 87, br. 857, str. 198-212. Znakovito je što

Rule 150. propisuje da se od „države odgovorne za kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava zahtjeva da načini punu reparaciju za prouzročen gubitak ili povredu.“¹⁵⁵

Nastavno na prednje postavlja se sljedeće pitanje – da li takvo običajno pravno pravilo zabrane činjenja ratnih zločina važi i za pojedince¹⁵⁶, i za države, ali i za međunarodne organizacije? Nadalje, da li se međunarodna obaveza zabrane činjenja ratnih zločina može odnositi i proizvoditi pravne učinke na države i međunarodne organizacije, koje preko svojih oružanih snaga, odn. vojnih i/ili mirovnih snaga, poglavito onih Organizacije UN¹⁵⁷, mogu teško kršiti odredbe međunarodnoga humanitarnoga prava, dakle one skupine pravila koja se primjenjuju u doba oružanoga sukoba, i tako, u konačnici, biti izravni učinitelji ratnih zločina?¹⁵⁸ Na kraju analize odnosne teme, možemo ustvrditi da se na snage UN primjenjuju odredbe Ženevskih konvencija, ali i da one istodobno imaju obavezu poštivati norme međunarodnoga humanitarnoga prava u toku oružanoga sukoba na području države u kojoj su raspoređeni.¹⁵⁹

U tome smislu, na samome svome logičkome kraju, dolazi i eventualna mogućnost teoretske postavke – da li zabrana činjenja ratnih zločina predstavlja *opću zabranu* koja nadilazi ugovorni osnov, karakter i njegove domašaje u pravu? Na terenu prava o odgovornosti, s ovim u vezi, može se raspraviti o sljedećem – ako primarna pravila u ovoj materiji važe i za države i međunarodne organizacije, poglavito u smislu međunarodne obaveze zabrane izravnoga počinjenja ratnih

se u pravu o odgovornosti država na međunarodnome sudištu još uvijek koristi terminologija „kršenje obaveza prema međunarodnome humanitarnome pravu“, a ne „ratni zločin“. Tako je Međunarodni sud u presudi u predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* izbjegavao upotrebu termina ratni zločin, već je isključivo promatrao odgovornost države kroz povredu njezine međunarodne obaveze u domenu međunarodnoga humanitarnoga prava. V. npr. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, na str. 280, par. 345, tč. 2, 3, 4. Dispozitiva Presude.

155 M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit.*, vol. II, str. 656. V. npr. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, na str. 280, par. 345, tč. 5. Dispozitiva Presude: „[Sud] nalazi da je Republika Uganda u obavezi načiniti zadovoljštinu Demokratskoj Republici Kongo za prouzročenu povredu.“

156 *Rules 151-155.* s Popisa običajnih pravila međunarodnoga humanitarnoga prava reguliraju individualnu (krivičnu) odgovornost, osobito za počinjenje ratnih zločina.

157 Ova se pitanja protežu i na snage međunarodnih regionalnih organizacija.

158 U svijetu postoje primjeri da članovi mirovnih misija vrše povredu međunarodnog humanitarnog prava. V. npr. M. Deschamps, H. B. Jallow, Y. Sooka (2015) *Taking Action on Sexual Exploitation and Abuse by Peacekeepers: Report of an Independent Review on Sexual Exploitation and Abuse by International Peacekeeping Forces in the Central African Republic*; E. Khairullin, *Central African Republic: Sexual Violence by Peacekeeping Forces*, dost. na: <https://casebook.icrc.org/case-study/central-african-republic-sexual-violence-peacekeeping-forces> (prist. 20. novembar 2021); UN News, *UN sends Gabon peacekeepers home from Central African Republic, following abuse allegations*, 15. septembar 2021., dost. na: <https://news.un.org/en/story/2021/09/1100032> (prist. 20. novembar 2021).

159 D. Lapaš (2008) *Pravo međunarodnih organizacija*, Zagreb: Narodne novine, str. 113.

zločina, da li se otuda temeljem sekundarnih pravila prava o odgovornosti odnosni protupravni čini vojnih ili mirovnih snaga država i međunarodnih organizacija mogu pripisati, za svrhe odgovornosti, državi i međunarodnoj organizaciji kao takvoj, a slijedom *nexusa* posjedovanja efektivne komande i kontrole nad ovim snagama, odn., s druge strane, dokazivanja da su ove snage *de jure* i/ili *de facto* organi države i/ili međunarodne organizacije?

Na temelju prethodno razloženoga, valjalo bi i na potonje pitanje odgovoriti potvrdno, i to u pogledu oba odnosna subjekta međunarodnoga prava čija odgovornost predstavlja jedan od osnovnih predmeta naše rasprave u radu – tvrdimo stoga da je i pravnologički i razložno primijetiti da i države i međunarodne organizacije¹⁶⁰ mogu izravno počinuti ratne zločine, da s ovim u vezi navedeni subjekti imaju određene međunarodnopravne obaveze¹⁶¹ i da, sljedstveno tome, mogu biti pravno odgovorni na temelju Nacrta Pravila o odgovornosti država (međunarodnih organizacija) za međunarodna protupravna djela iz 2001/2011.

7. Izvori i literatura

1. A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, prijevod: O. Račić *et al*, Beograd: Beogradski centar za ljudska prava
2. A. J. Colangelo (2014) What Is Extraterritorial Jurisdiction?, *Cornell Law Review*, vol. 99, izd. 6, Article 2, str. 1303-1352.
3. A. Sergeev (2017) Applying Additional Protocol ii of the Geneva Conventions to the United Nations Forces: Legal Insights on a Growing Responsibility, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 8, Issue 1/2, str. 234-254.

160 Na kraju, što je s nedržavnim akterima (*non-state actors*) i njihova aktivnoga učešća u modernim oružanim sukobima? Da li se i na njih mogu primijeniti osnovna pravila međunarodnoga humanitarnoga prava? Na temelju svega prethodno iznijetoga u ovome radu, nalazimo da međunarodne obaveze koje deriviraju iz Ženevskih konvencija i dva dopunska protokola valjano mogu imati svoju primjenu i svojim uređenjem pokrivati i ove sudionike u oružanim sukobima. Usp. radi, v. W. A. Qureshi (2021) Modern War, Nonstate Actors and the Geneva Conventions: No Longer Fit for Purpose?, *San Diego International Law Journal*, Vol. 22, Issue 2, str. 219-261.

161 *Rules 156-161.* predviđaju da su ozbiljna kršenja međunarodnoga humanitarnoga prava ratni zločini; da države imaju pravo da izvršavaju univerzalnu jurisdikciju pred njihovim nacionalnim sudovima u predmetima ratnih zločina; da države imaju obavezu istražiti ratne zločine koji su navodno učinjeni od njihovih državljana ili oružanih snaga, ili su učinjeni na njihovoj teritoriji, i, ukoliko je primjereno, da izvrše procesuiranje osumnjičenika. Države također imaju obavezu istražiti druge ratne zločine nad kojima imaju nadležnost i da, ukoliko je primjereno, procesuiraju osumnjičenike; na kraju neprijateljstava, vlasti moraju nastojati garantirati najširu moguću amnestiju osobama koje su uzele učešće u nemeđunarodnome oružanome sukobu, ili onima koji su lišeni svoje slobode iz razloga koji su povezani s oružanim sukobom, s izuzetkom osoba koje se sumnjiče, koje su optužene ili koje su osuđene i kažnjene za ratne zločine; zastara ne može biti aplicirana na ratne zločine; i u konačnici, države moraju uložiti svaki napor za svrhe suradnje s drugim državama, i to u najvećoj mogućoj mjeri, kako bi sprovele istragu kod počinjenja ratnih zločina i procesuirale osumnjičene.

4. A. Szpak (2007) *The Genesis of International Humanitarian Law and the Most Important Elements of State Practice in Relation to Prisoners of War*, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 20, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers
5. B. Čejović (2006) *Međunarodno krivično pravo: opšti i posebni deo*, Beograd: Dosije
6. B. Demeyere, J.-M. Henckaerts, H. Hiemstra, E. Nohle (2016) The updated ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Demystifying the law of armed conflict at sea, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, Issue 902, str. 401-417.
7. B. Krivokapić (2010) *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd: Službeni glasnik
8. B. M. Janković (1960) *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Sarajevo: Veselin Masleša
9. C. C. Jalloh (2013) What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity, *American University International Law Review* 28, br. 2
10. C. Focarelli (2010) Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?, *European Journal of International Law*, Vol. 21, Issue 1, str. 125-171.
11. C. Jochnick, R. Normand (1994) The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War, *35 Harvard International Law Journal* 1994.
12. C. Ryngaert (2012) Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights (*Al-Skeini v the United Kingdom*), *Utrecht Journal of International and European Law* 28 (74).
13. D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert (2007) *International Law and International Relations*, New York: Cambridge University Press
14. D. Lapaš (2008) *Pravo međunarodnih organizacija*, Zagreb: Narodne novine
15. D. P. Forsythe (2019) The 1949 Geneva Conventions after Seventy Years: The Fate of Charity in Turbulent Times, *Global Governance*, Vol. 25, Issue 3, str. 359-369.
16. E. Khairullin, *Central African Republic: Sexual Violence by Peacekeeping Forces*, dost. na: <https://casebook.icrc.org/case-study/central-african-republic-sexual-violence-peacekeeping-forces>
17. ESLJP, *Öcalan v. Turkey* iz 2005.
18. ESLJP, *Al-Jedda v. The United Kingdom* (ESLJP, Grand Chamber, Judgment, App. No. 27021/08), 7. juli 2011.
19. ESLJP, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Judgment, App. No. 55721/07, NJ 2012/430, 7. juli 2011.
20. ESLJP, *Issa et al. v. Turkey* iz 2004.
21. ESLJP, *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Judgment, br. 40/1993/435/514, 18. decembar 1996.
22. ESLJP, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgment, br. 15318/89 [1995] ECHR 10, 23. mart 1995.

23. ESLJP, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, Grand Chamber, Decision on Admissibility, App. No. 52207/99, 12. decembar 2001.
24. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950.
25. F. D. Mulinen (1987) *Priručnik o ratnom pravu za pripadnike oružanih snaga*, Ženeva: Međunarodni komitet Crvenoga križa
26. F. Kalshoven, L. Zegveld (2011) *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, 4. izd, Cambridge: Cambridge University Press
27. G. M. Hart (2010) Military Commissions and the Lieber Code: Toward a New Understanding of the Jurisdictional Foundations of Military Commissions, 203 *Military Law Review* 1, str. 9-14.
28. Haška konvencija za zaštitu kulturnih dobara u vrijeme oružanih sukoba iz 1954.
29. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp
30. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/prus1785.asp
31. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp
32. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/geneva02.asp
33. <http://www.icrc.org>
34. I. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije iz 1977.
35. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 595.
36. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43.
37. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168.
38. ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Pretresno vijeće, Izdvojeno i različito mišljenje sutkinje Gabrielle Kirk McDonald o primjenjivosti čl. 2. Statuta, 7. maj 1997, IT-94-1-T
39. ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995, IT-94-1.
40. ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, 2. oktobar 1995, IT-94-1.
41. ICTY, *Tužitelj v. Duško Tadić*, Žalbeno vijeće, Presuda, 15. juli 1999, IT-94-1-A
42. ICTY, *Tužitelj v. Radoslav Brđanin*, Pretresno vijeće, Presuda, 1. septembar 2004, IT-99-36-T

43. ICTY, *Tužitelj v. Tihomir Blaškić*, Pretresno vijeće, Presuda, 3. mart 2000, IT-95-14-T
44. ICTY, *Tužitelj v. Zdravko Mucić et al*, Pretresno vijeće, Presuda, 16. novembar 1998, IT-96-21-T
45. ICTY, *Tužitelj v. Zdravko Mucić et al*, Žalbeno vijeće, Presuda, 20. februar 2001, IT-96-21-A
46. ICTY, *Tužitelj v. Zlatko Aleksovski*, Žalbeno vijeće, Presuda, 24. mart 2000, IT-95-14/1-A
47. II. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije iz 1977.
48. III. Dopunski protokol uz Ženevske konvencije iz 2005.
49. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 26-30 November 2007.
50. IV. Haška konvencija (Konvencija o poštivanju zakona i običaja ratovanja na kopnu) iz 1907.
51. J. Arman, J.-M. Henckaerts, H. Hiemstra, K. Krotiuk (2021) The updated ICRC Commentary on the Third Geneva Convention: A new tool to protect prisoners of war in the twenty-first century, *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, Issue 913, str. 389-416.
52. J. C. Levy (2020) Documentation for Accountability, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 52, Issue 1/2, str. 451-465.
53. J. Laird, J. F. Witt (2020) Inventing the War Crime: An Internal Theory, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 60, Issue 1.
54. J.-M. Henckaerts (2005) Annex [List of Customary Rules of International Humanitarian Law] to Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, *IRRC*, vol. 87, br. 857, str. 198-212.
55. K. Dörmann, J. Serralvo (2014) Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, Issue 895-896, str. 707-736.
56. K. Greenman (2020) Common Article 3 at 70: Reappraising Revolution and Civil War in International Law, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 21, Issue 1, str. 88-114.
57. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948.
58. L. A. Horvitz, C. Catherwood (2011) *Encyclopedia of War Crimes and Genocide*, izm. izd, vol. II, New York: Facts On File
59. L. Cameron, B. Demeyere, J.-M. Henckaerts, E. La Haye, H. Niebergall-Lackner (2015) The updated Commentary on the First Geneva Convention – a new tool for generating respect for international humanitarian law, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Issue 900, str. 1209-1226.

60. M. A. Newton (2015) Charging War Crimes: Policy and Prognosis from a Military Perspective, u: C. Stahn (ed.) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, str. 732-761.
61. M. Bartoš (1954) *Međunarodno javno pravo. I knjiga. Opšti deo. Izvori. Subjekti*, Beograd: Kultura
62. M. Brier-Mills (2017) Questioning the Utility of the Distinction Between Common Articles 2 and 3 of the Geneva Conventions of 1949 since Tadić: A State Sovereignty Approach, *Macquarie Law Journal*, Vol. 17, str. 17-37.
63. M. Deschamps, H. B. Jallow, Y. Sooka (2015) *Taking Action on Sexual Exploitation and Abuse by Peacekeepers: Report of an Independent Review on Sexual Exploitation and Abuse by International Peacekeeping Forces in the Central African Republic*
64. M. E. Badar, S. Porro (2015) Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC, u: C. Stahn (ed.) *op. cit.*, str. 649-668.
65. M. Majić (2005) *Ratni zločin u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd: Tehnička knjiga
66. M. Milanović (2012) Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, *European Journal of International Law*, vol. 23, br. 1.
67. M. N. Simović, M. Blagojević, V. M. Simović (2013) *Međunarodno krivično pravo*, 2. izm. i dop. izd, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu
68. M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (1999) *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Geneva: International Committee of the Red Cross
69. M. Sassòli, A. A. Bouvier *et al.* (2002) *Kako pravo štiti u ratu? Savremena praksa međunarodnog humanitarnog prava*, prijevod: V. Knežević Predić, Beograd: Međunarodni komitet Crvenog krsta
70. M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, 3. proš. i dop. izd, Geneva: International Committee of the Red Cross, vol. I, II i III.
71. M. Starčević (pr.) (2002) *Izvori međunarodnog humanitarnog prava*. Beograd: Međunarodni komitet Crvenog krsta
72. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR) iz 1966.
73. P. Malanczuk (1997) *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7. izm. izd, London/New York: Routledge
74. P. Sands (2006) *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London: Penguin Books
75. Povelja UN iz 1945.
76. R. Murphy (2003) United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?, *Criminal Law Forum*, 14/2003.

77. *Ratification and Implementation of the Kampala Amendments to the Rome Statute of the ICC. Crime of Aggression and War Crimes* (2012) Princeton: Liechtenstein Institute on Self-Determination, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, str. 44-52.
78. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Ženeva, 25. januar 2005.
79. Rezolucija UNGA, br. 177 (II)
80. Rimski statut ICC
81. S. Fabijanić Gagro (2008) Zaštita osoba u nemeđunarodnim oružanim sukobima, *Pravni Vjesnik*, Vol. 24, Issue 2, str. 115-135.
82. S. Fabijanić Gagro (2015) Uloga i aktivnosti tijela Ujedinjenih naroda u zaštiti djece u oružanim sukobima, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 36, Issue 2, str. 759-786.
83. S. Fabijanić Gagro, R. Crgol (2021) Seksualno nasilje povezano s oružanim sukobima i primjena koncepta odgovornosti za pružanje zaštite (RToP), *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 42, Issue 1, str. 131-149.
84. S. Sali, Z. Terzić (1996) *Međunarodni dokumenti o ljudskim pravima: instrumenti Ustava Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo: Pravni centar, Fond Otvoreno društvo Bosne i Hercegovine
85. S. Telhami (1995) Is a Standing United Nations Army Possible—Or Desirable, *Cornell International Law Journal*, Vol. 28, Issue 3, str. 673-683.
86. Section 1: Field of application, *Secretary-General's Bulletin, Observance by United Nations forces of international humanitarian law*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999.
87. Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju
88. Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu
89. Statut Specijalnoga suda za Sierra Leone
90. UN Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984.
91. UN News, *UN sends Gabon peacekeepers home from Central African Republic, following abuse allegations*, 15. septembar 2021., dost. na: <https://news.un.org/en/story/2021/09/1100032>
92. UNGA Rezolucija, br. 2444 (XCIII) od 19. decembra 1968.
93. United States District Court for the Southern District of Florida, *United States of America v. Manuel Antonio Noriega et al*, Opinion: Omnibus Order, William M. Hoeveler, United States District Judge, No. 88-79-CR, 8. juni 1990 (746 F. Supp. 1506 (1990))
94. V. B. Petrović, M. Bisić, V. Perić (2011) *Međunarodno kazneno sudovanje: (pregled sudske prakse i relevantnih dokumenata)*, Sarajevo: Privredna štampa
95. V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

96. V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik
97. V. Ibler (1987) *Rječnik Međunarodnog javnog prava*, 2. izm. i dop. izd, Zagreb: Informator
98. V. Kazazić (2008) *Međunarodno humanitarno pravo: difuzija i primjena*, Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
99. W. A. Qureshi (2021) Modern War, Nonstate Actors and the Geneva Conventions: No Longer Fit for Purpose?, *San Diego International Law Journal*, Vol. 22, Issue 2, str. 219-261.
100. W. A. Schabas (2001) *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press
101. www.un-documents.net/gc.htm
102. *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.
103. Z. Hasić (2005) *Međunarodno humanitarno pravo*, Sarajevo: VKBI
104. Z. Seizović (2008) *Međunarodno humanitarno pravo. Pojam, historijski razvoj i odnos prema međunarodnom pravu ljudskih prava*, u: *Međunarodno javno pravo: zbirka eseja*, Zenica: Univerzitet u Zenici
105. Z. Seizović (2016) *Međunarodno humanitarno pravo*, Sarajevo: Dobra knjiga
106. Z. Stojanović (2008) *Međunarodno krivično pravo*, 6. dop. izd, Beograd: Pravna knjiga
107. Z. Vučinić (2006) *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, 2. dop. izd, Beograd: Službeni glasnik
108. Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949.
109. Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata iz 1949. i Dopunski protokoli (1999) Sarajevo: Međunarodni komitet Crvenog križa

Enis Omerović, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica

WAR CRIMES AS A SYSTEMATIC VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AND PROTECTION OF PERSONS IN CONDITIONS OF ARMED CONFLICT

Abstract: A war crime is a violation of the norms of the law of armed conflict. But just as armed conflicts still cannot be eliminated entirely in real life, there are rules govern the conduct of armed conflicts, including the principle of the application of humanity. In this paper, we address the issue of the dichotomy of armed conflicts and the protection of persons in them. The difference between international and internal conflicts loses its value in regards to the protection of human beings. Hence, why protect civilians from the violence of the warring parties, or ban the rape, torture or wanton destruction of hospitals, religious, cultural and historical buildings or private property, and ban weapons that cause unnecessary suffering when two sovereign states are at war, and refrain from imposing the same bans or providing the same protection when violence occurred “only” within the territory of a sovereign state. International law, while protecting the legitimate interests of states, must have gradually turned to the complete protection of human beings. If we keep this in mind, then it is natural that this division of conflict should gradually lose weight. This is the result of the expansion of human rights doctrines, when states began to accept the idea that it was simply not reasonable to protect, for example, civilians exclusively in international armed conflicts, i.e. that it would be inconsistent to leave civilians unprotected in internal conflicts while, at the same time, they have the right to international legal protection in international armed conflicts. The paper starts from the definition of the concept of war crime with a brief historical overview of the development of law of armed conflicts (international humanitarian law). The study covers both the primary requirement and the binding obligation for all states responsible for violations of international humanitarian law and international human rights law, which is to make full reparations to victims for the loss or injury caused. In fact, at this stage in the development of international law, the main question is crystal clear: is the prohibition of war crimes a general prohibition that goes beyond the treaty basis, character and scope of the law - and does such a prohibition apply to all subjects of law? In this paper, we analyze the current pressing issues of international humanitarian law, which is the role and responsibility of the United Nations peacekeeping missions for illegal acts in armed conflict. Can peacekeeping missions or international forces be considered a party to the conflict? Is there any claim that the basic principles and rules of international humanitarian law cannot be applied to the United Nations forces, i.e.

can it be argued that the forces of the Organization are not bound by international humanitarian law, particularly in times of internationally wrongful acts committed by peacekeeping soldiers?

Keywords: human rights, war crimes, armed conflict, international humanitarian law, United Nations, peacekeeping forces

Dr. sc. Vesna Popović, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Dr. sc. Cvija Jurković, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Dr. sc. Jelena Zovko, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

OGRANIČENJA LJUDSKIH PRAVA U PRAKSI EUROPSKIH SUDOVA S OSVRTOM NA OGRANIČENJA UZROKOVANA PANDEMIJOM COVID-19

Sažetak: U članku se kroz analizu rada Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu i Suda Europske unije u Luxemburgu obrađuju ograničenja ljudskih prava u povijesno pravnoj perspektivi i postignuti standardi u sudskoj praksi. Sudovi u Strasbourgu i Luxemburgu su sudovi različitog identiteta nastali u okviru međunarodne odnosno nadnacionalne organizacije čija suradnja nije obvezna, ali se u praksi često pozivaju na presude drugog suda. U radu se daje osvrt na nastanak i funkcioniranje organizacija u okviru kojih su ustanovljeni navedeni sudovi, funkcionalno razlikovanje i njihova interakcija, te pitanje pristupanja Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od strane Europske unije.

Ljudska prava nisu neograničena i država može ograničiti njihovo ostvarenje. Instrumenti za zaštitu ljudskih prava predviđaju njihova ograničenja pod određenim uvjetima i postoji izgrađena sudska praksa o tome kojim se zahtjevima mora udovoljiti da bi ograničenje bilo opravdano. U radu se ukazuje i na pitanja i izazove vezano za poštivanje odnosno ograničenja ljudskih prava otvorena u okolnostima uzrokovanim pandemijom COVID-19.

Ključne riječi: Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europska unija, Europski sud za ljudska prava, Sud Europske unije, ograničenja ljudskih prava, COVID-19

1. Vijeće Europe i Europska unija - osnivanje, organizacija i nadležnost

Pobornici ideje o europskom ujedinjenju organizirali su u svibnju 1948. godine u *Den Haagu* nevladin Europski kongres na kojem je sudjelovalo oko 700 delegata iz 16 država. Rasprave koje su dominirale Kongresom, od onih o europskoj zajednici kao supranacionalnoj¹ tvorevini, otvorila su vrata ideji europskih integracija kao realnom pravcu moguće buduće europske politike. Prvi konkretni rezultat haških rasprava predstavljao je, u svibnju 1949. godine,²

1 Opširnije u: **V. Đ. Degan**, *Međunarodno pravo*, Rijeka, 2006., str., 435.

2 Geopolitika Europe 1949. godine poznavala je samo jednu kategoriju entiteta, suverene države.

osnivanje prve poslijeratne političke međunarodne vladine organizacije pod nazivom Vijeće Europe³ sa sjedištem u *Strasbourg*⁴. Vijeće Europe⁵ osnovano je sa zadatkom da promovira europsko zajedništvo i ljudska prava⁶. Za odlučivanje o povredama ljudskih prava i temeljnih sloboda koje prema pojedincima počine države članice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda nadležan je Sud za ljudska prava u Strasbourg⁷. Riječ je o sudu međunarodne organizacije koja ima gotovo dvostruko više država članica od Europske unije, što znači da su u njenom članstvu i države izvan Europske unije. Nasuprot tome, Europski sud u Luxembourg⁸ je institucija Europske unije. Nadležan je za interpretaciju Osnivačkih ugovora Europske unije i nadležnost mu je puno šira. Ona uključuje zaštitu tržišnih sloboda poput slobode kretanja robe, slobode pružanja usluga, slobode kretanja ljudi ili kapitala, zaštitu tržišne utakmice, ali i sporove između Komisije i država članica o tome je li država počinila povredu prava Europske unije ili ne. Europski sud također odlučuje i o sporovima između institucija EU. Drugim riječima, nadležnost Luxembourg⁹ višestruko je šira od nadležnosti Strasbourg¹⁰. Gotovo da nema područja prava koje se ne može pojaviti u sporu. S druge strane, Strasbourg odlučuje isključivo o povredama temeljnih ljudskih prava. Drugo, nadležnost Strasbourg¹¹ je supsidijarna, a nadležnost Luxembourg¹² originalna. To znači da sud u Strasbourg¹³ odlučuje tek naknadno, kada je stranka već izgubila svoje pravo u državi stranci EKLJP i kada je iscrpljen sav pravni put u državi. Pred sudom u Luxembourg¹⁴ rješavaju se predmeti koji za stranku još nisu izgubljeni pred nacionalnim pravosuđem. O ishodu spora u

Njih deset, Belgija, Danska, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg, Norveška, Nizozemska, Velika Britanija i Švedska, vjerovalo je da zaštita ljudskih prava, demokracija i vladavina prava u svakoj državi pojedinačno nije dostatno jamstvo miru, slobodi i stabilnosti kontinenta te 5. svibnja iste godine odlučile osnovati Vijeće Europe.

3 [engleski](#) *Council of Europe*, [francuski](#) *Conseil de l'Europe*, [njemački](#) *Europarat*. Vijeće Europe čine dva glavna tijela, Odbor ministara (*Committee of Ministers*), Parlamentarna skupština (*Parliamentary Assembly*), te tri institucije, Europski sud za ljudska prava (*European Court of Human Rights*), Kongres lokalnih i regionalnih vlasti Europe (*Congress of Local and Regional Authorities*) te Povjerenik za ljudska prava (*Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*). Na čelu Tajništva Vijeća Europe je Glavni tajnik Vijeća Europe.

4 Vidi u: **S. Avramov, M. Kreća**, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2001, str. 275-277.; **B. M. Janković, Z. Radivojević**, *Međunarodno javno pravo*, Niš, 2005., str. 215-216.

5 Mnogo je onih koji Vijeće Europe zamjenjuju s Europskom unijom. Međutim ove dvije organizacije potpuno su različite i imaju posve različite uloge. Ima i onih koji znaju da su to različite institucije, ne raspoznavajući pri tome da Vijeće Europe nije isto što i Europsko vijeće, koje također postoji, ali je jedno od tijela Europske unije.

Najčešće se miješaju nadležnosti sudova, strazburškog Europskog suda za ljudska prava i luksemburškog Suda Europske unije.

6 Vijeće Europe danas obuhvaća više od 800 milijuna Europljana u 47 država članica. Bosna i Hercegovina je članica Vijeća Europe od 24. travnja 2002. godine i aktivno je uključena u sve aspekte misije i rada Vijeća Europe.

7

Luxembourg ovisi ostvarivanje subjektivnih prava pred nacionalnim sudovima.⁸ Međutim, nije tajna da postoje različite interpretacije dvaju europskih Sudova na sličnim ili istim spornim pitanjima. Sudska praksa i neke odluke Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu već su se pokazali kao potencijalni sukobi između Strasbourga i Luxemburga.⁹ Obvezna suradnja između sudova ne postoji, ali postoje i primjeri usklađivanja prakse odnosno primjeri da se ESLJP poziva na praksu Suda EU i obrnuto.¹⁰

Zbog činjenice da Vijeće Europe nije imalo nikakvih supranacionalnih-nadnacionalnih, elemenata, ono, iako je s vremenom okupilo u svom članstvu sve europske države, nikad nije odigralo značajnu ulogu u procesu europskog integriranja. Ipak, dalo je ogroman doprinos u promicanju svijesti o ljudskim pravima i njihovoj zaštiti u Europi. Godine 1950. donesena je u Vijeću Europe Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda¹¹.(u nastavku: EKLJP) Kasnije, tijekom vremena, Vijeće Europe je kroz brojne druge konvencije razradilo cijeli jedan pravni sustav zaštite i promicanje ljudskih prava u državama članicama.¹² Uspostavljanjem prvog stalnog međunarodnog suda osigurana je učinkovitost sustava.

Potrebno je naglasiti razliku u ustrojstvu i djelovanju jedne supranacionalne integracije, kakve su Europske zajednice odnosno Europska unija i međuvladine organizacije kakvo je Vijeće Europe. Postoji više razloga i za zamjenu, u prvom redu, ove dvije organizacije, bez obzira koliko različite po ulozi i djelovanju, bile su, na izvjestan način, dio iste vizije. Statut Vijeća Europe govori o "*većem jedinstvu među državama članicama*", dok Rimski ugovor iz 1957. godine o Europskoj ekonomskoj zajednici, govori o "*još čvršćoj uniji među narodima Europe*". Drugi razlog česte zabune je nedostatak razlika u vizualnom identitetu

8 Opširnije o Sudu EU vidi u: **N. Misita**, *Uvod u pravo Evropske unije*, Sarajevo, 2014., str. 131-145.

9 Primjera radi: Odluka Suda EU-a, koja je od Velike Britanije tražila da isključe građane Gibraltara iz prava glasovanja za Europski parlament, pokazala se u suprotnosti sa čl. 3, protokolom 1. EKLJP, koji se odnose na pravo glasa.

10 Tako se primjerice ESLJP u predmetu *Steck protiv United Kingdom* poziva na presudu Suda EU u istom slučaju. Opširnije vidi u: **S. Vasiljević, M. Vinković** *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Zagreb, 2019., str. 10.-12.

11 Nakon ratifikacije od strane deset država EKLJP je stupila na snagu 1953. godine. Opširnije u: **M. W. Janis, R.S., Kay, A.W. Bradley.**, *"European human rights law: Texts and materials"*, Oxford, 2000.

12 Vijeće Europe ima i druge instrumente zaštite ljudskih prava: *Europska socijalna povelja* koja jamči niz prava koja se mogu podijeliti u dvije kategorije: uvjeti zapošljavanja i socijalna kohezija. Potpisana je u Torinu 1961. godine, a stupila je na snagu 1965. godine. Vidi: *Revija za socijalnu politiku*, god. IV, br. I, Zagreb, 1997., str. 41-53.; *Europsku konvenciju o sprečavanju mučenja* osnažuje zaštitu zatočenih osoba od mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Vidi: Izdanja Evropskih ugovora (ETS), br. 126. Tekst izmijenjen u skladu sa odredbama Protokola 1 (ETS No. 151) i Protokola 2 (ETS No. 152) koji je stupio na snagu 1. ožujka 2002. godine.

koje su razvile. Vijeće Europe i Europska unija imaju iste simbole, Europsku zastavu koristi i Vijeće Europe kao i Europska unija, što po sebi nije ništa loše ali stvara zabunu.¹³ Kad su razlike u pitanju, proračun i birokratski aparat Europske unije neusporedivo su veći od onih što ih ima Vijeće Europe.

U posljednjih nekoliko godina puno pozornosti i rasprava posvetilo se komplementarnosti Vijeća Europe s drugim institucijama, posebno s Europskom unijom. Objektivno gledajući, Europska unija ima vodeću ulogu što se gospodarstva tiče. Međutim, Vijeće Europe neupitno prednjači u području ljudskih prava. Dakle, EKLJP i Europski sud za ljudska prava nesumnjivo su okosnica Vijeća Europe.

Tako *Peter Schieder*, predsjednik Parlamentarne skupštine Vijeća Europe, u svibnju 2003. godine, u uvodniku *The Europeansa* kaže: "*Kad se Europska unija proširi na dvadeset i pet članica, Vijeće Europe neće imati manju, nego veću ulogu*".¹⁴ EKLJP i kontrolni mehanizmi Vijeća Europe danas predstavljaju najrazvijeniji izvod međunarodnog prava. Njegovi pravni mehanizmi za zaštitu ljudskih prava kroz Europski sud za ljudska prava su bez premca u svijetu. Uz sve pohvale, uvjerenja, potpore i odavanja priznanja ulozi Vijeća Europe, čini se da će se još dosta rasprava voditi na ovu temu.¹⁵

Jedno od pitanja je i hoće li Europska unija uvažiti vodeću ulogu Vijeća Europe na području zaštite ljudskih prava ili će isključivo uvažiti svoje vlastite instrumente? Kakav je odnos Europske unije prema EKLJP kao temeljnom dokumentu Vijeća Europe? Odgovori na ta pitanja se očitavaju iz kolokvija o Europskom identitetu koji se na temu *Jedna Europa* održao u Strasbourgu 19. travnja 2002. godine kada je *Peter Schieder*,¹⁶ u svom stilu, upitao: "*...zašto nam uopće treba Europska konvencija o ljudskim pravima kad imamo Povelju o temeljnim pravima Europske unije? Tko treba sud u Strasbourgu kad postoji onaj u Luxemburgu*".¹⁷

I Vijeće Europe i Europska unija su pokretači ujedinjenja na europskom kontinentu: Vijeće Europe kao najstarija europska politička organizacija, a Europska unija kao jedinstvena ekonomska i politička integracija europskih država čija je pravna narav osobita i nije usporediva ni s jednom "običnom" međunarodnom organizacijom, pa ni s Vijećem Europe.

13 U zapadnom dijelu kontinenta, Europska unija je za mnoge sinonim za Europu, što naravno nije točno. Zato se i u tom dijelu Europe odgovorni moraju potruditi objasniti tko je tko, što radi koja institucija, tko je za što zadužen i kako.

14 Vidi: http://assembly.coe.int/President/Schieder/Schieder_articles_E.htm (11.11.2021)

15 The Council of Europe; 800 million Europeans, Documents and Publications Production Department, Strasbourg, 2003.; **M. Vaughne**, *Human Rights in the EU: the Charter of Fundamental Rights*, International Affairs and Defence Section, House of Commons Library, Research paper 00/32, 20. March 2000.

16 **P. Schieder**, *Building one Europe*, Strasbourg, Council of Europe Publications, 2004.

17 Schieder je otišao i dalje te postavio pitanje *raison d'être* – razloga postojanja same Skupštine te upitao: "zašto uopće još uvijek postoji Parlamentarna skupština Vijeća Europe, kad je Europski parlament savršeno sposoban predstavljati demokratsku savjest Europe". Priznajući da je malo pretjerao kako bi postigao poantu, rekao je da je krajnje vrijeme da se o tome jasnije razgovara.

Iz provedene analize proizlazi da Vijeće Europe neupitno prednjači u području ljudskih prava. Dakle, EKLJP i Europski sud za ljudska prava, nesumnjivo su okosnica Vijeća Europe. Njegovi pravni mehanizmi za zaštitu ljudskih prava kroz Europski sud za ljudska prava su bez premca u svijetu.

Prije ili kasnije, Vijeće Europe će svoje odnose s Europskom unijom morati učiniti jasnijima, te ih na izvjestan način formalizirati, a Unija bi trebala više vrijednovati ulogu Vijeća u novoj političkoj i gospodarskoj strukturi Europe.

U Nici je 2000. godine potpisana Povelja o temeljnim pravima Europske unije,¹⁸ jedinstven dokument koji je, može se reći, recipirao EKLJP iz 1949. godine, ali ovoga puta u kontekstu procesa stvaranja europskog jedinstva.¹⁹ EU se tako ne mora više pozivati na jedan dokument koji je nastao u drugom forumu (Vijeću Europe), već artikulira svoj sustav vrijednosti i na području ljudskih i temeljnih prava.²⁰

U toj se Povelji, koja sadrži 54 članka podijeljenih u sedam poglavlja, po prvi put govori, opet u preambuli, o riješenosti naroda Europske unije da, stvarajući sve tješnji, odnosno čvršći savez među sobom, dijele miroljubivu budućnost zasnovanu na zajedničkim vrijednostima.²¹ Ta će formulacija poslužiti kasnije za lansiranje ideje o "Europskim vrijednostima". Ova je okrenutost "zajedničkim vrijednostima" specificirana u složenom iskazu kojim se kaže da je Unija, svjesna svojeg duhovnog i moralnog nasljeđa, zasnovana na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti, solidarnosti, pravu građana²² i pravde²³.

18 Povelja o osnovnim pravima Evropske unije prvi put u povijesti EU jedinstvenim tekstom utvrđuje niz građanskih, političkih, ekonomskih i socijalnih prava svih građana i osoba s prebivalištem u Evropskoj uniji. Povelja je objavljena na sammitu EU u Nici 7. prosinca 2000. godine, ali kao politička deklaracija koja nije bila obvezujuća. Potpisana je na plenarnoj sjednici Europskog parlamenta 12. prosinca 2007. u Strazburu, a Ugovorom iz Lisabona 2007./2009. Povelja će postati pravno obavezujući dokument svim institucijama i državama članicama Europske unije. Njezin je tekst objavljen u istom broju službenog glasila EU Official Journal. Tekst dostupan na stranicama EU-a: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm. (11.11.2021.)

19 Pravna osnova usvajanje Povelje o temeljnim pravima EU pronađena je u čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji.

20 **P. Bačić**, *Ustav za Europu (2004) i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42., 2005., str. 105-119.

21 U području zaštite temeljnih prava Sud EU postupno prihvaća doktrinu da su temeljna prava priznata kao opća pravna načela te da s te osnove obvezuju Zajednice i njihova tijela. Vidi: **B. Vukas**, *Opća načela prava kao izvor prava europskih zajednica*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 42, 3/1992, str. 253 - 266.

22 Pravo glasovati i biti biran na izborima za Europski parlament; Pravo glasovati i biti biran na lokalnim izborima; Pravo na dobru upravu; Pravo pristupa dokumentima; Europski ombudsman; Pravo na podnošenje peticije; Sloboda kretanja i boravka; Diplomatska i konzularna zaštita

23 Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje; Pretpostavka nedužnosti i pravo na obranu; Načela zakonitosti i razmjernosti kaznenih djela i kazni; Pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen za isto kazneno djelo

Ovim dokumentom je učinjen ne samo korak naprijed prema boljoj legitimaciji i jasnijem identitetu Europske unije nego su dane i jasne smjernice za donošenje njezina ustava.²⁴

Stoga Europska unija postavlja pojedinca u srce svojih aktivnosti, ustanovljujući građanstvo Unije i stvarajući područje slobode, sigurnosti i pravde. Ta poruka o "pojedinca u srcu aktivnosti Unije" nije u javnosti bila primljena s dovoljnom pažnjom. Nasuprot tom jasnom opredjeljenju prema vrijednosti pojedinca, opći dojam su, s jedne strane, zamaglile birokratizacija EU, a s druge strane sve brojnije afere korupcije i zlorabe sredstava EU, zbog čega se ova poruka izgubila da bi došla do izražaja tek kasnije, u Ugovoru o Ustavu kojim se uspostavlja Europska unija.

Lisabonskim ugovorom temeljna ljudska prava su i formalno podignuta na rang osnovnih načela Unije. U čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji navodi se da: "*Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima od ... 12. prosinca 2007., koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori*". "*Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*". "*Temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije*".

Članak 7. Ugovora o Europskoj uniji sadrži odredbu koja je postojala i u prethodnom Ugovoru iz Nice, a kojom se istodobno uspostavlja mehanizam prevencije u slučaju da postoji "*očita opasnost da država članica teško prekrši*" vrijednosti iz članka 2. Ugovora o Europskoj uniji i mehanizam za provedbu sankcija u slučaju da se utvrdi da država članica "*teško i trajno krši*" te vrijednosti. Europski parlament raspolaže i pravom inicijative, u okviru koje može pokrenuti navedeni mehanizam prevencije, i pravom na izvršavanje demokratskog nadzora jer mora dati odobrenje za njihovu provedbu.²⁵

Upućivanje na ljudska prava i temeljne slobode sadržano je i u odredbama o vanjskom djelovanju Unije.²⁶ Prema članku 67. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, "*Unija predstavlja područje slobode, sigurnosti i pravde s poštovanjem temeljnih prava i različitih pravnih sustava i tradicija država članica*".

Priznavanje obvezujućeg statusa Povelji učinit će ljudska prava vidljivijim dijelom europskog pravnog poretka što također pridonosi demokratskom legitimitetu Unije.

2. Ograničenja ljudskih prava

Dokumenti o ljudskim pravima i slobodama sadrže odredbe o granicama korištenja tih istih prava i sloboda. Iako se odmah postavlja pitanje o

24 Poblizje u: **T. Cipek**, *Politike identiteta Europske unije: u "potrazi za kolačićima male madeleine"* Anali hrvatskog politološkog društva, Zagreb, 2004., str.143.

25 Opširnije u: **S. Douglas-Scott**, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, *Human Rights Law Review* 11:4 The Author, 2011., str. 648.

26 Članak 21. Ugovora o Europskoj uniji.

kontradiktornosti ograničenja ljudskih prava, opravdanje se pronalazi u jednostavnoj potrebi da i drugi ljudi uživaju ta ista prava, i da im se treba osigurati mogućnost njihovog neometanog korištenja. Osim prava drugih građana, granice predstavljaju i zajednički interesi političke zajednice kao cjeline. Naposljetku, granice treba postaviti i kako bi se spriječile eventualne negativne posljedice po svakog pojedinca koji je nositelj određenih prava i sloboda.²⁷

Odredbe o derogaciji predviđene su uglavnom u *općim instrumentima* zaštite građanskih i političkih prava. Nalazimo ih tako u EKLJP, Europskoj socijalnoj povelji²⁸, Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima²⁹, kao i u Američkoj konvenciji o ljudskim pravima.³⁰

EKLJP kao najznačajniji regionalni dokument u području ljudskih prava propisuje mogućnost derogiranja obveza uz uvjet da te mjere nisu nespojive s ostalim obvezama države po međunarodnom pravu. Uz ovu odredbu, propisuje i ograničenja pojedinih prava u skladu sa zakonom i u interesu državne sigurnosti, javnog reda i mira, zaštite zdravlja i morala, zaštite prava i sloboda drugih i slično.

Ustav Bosne i Hercegovine sadrži odredbu prema kojoj se nijednim amandmanom na Ustav ne može eliminirati niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz članka II. Ustava, niti izmijeniti ova odredba (čl. X. st. 2.). Kako se prema čl. II. st. 2. Ustava Bosne i Hercegovine prava i slobode predviđeni u EKLJP i u njezinim protokolima izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, i imaju prioritet nad svim ostalim zakonima, gore navedena odredba o nemogućnosti eliminiranja i umanjenja se odnosi i na prava i slobode sadržane u EKLJP. Ukoliko se ovo tumači kao nesuglasnost Ustava Bosne i Hercegovine sa EKLJP, to bi značilo da je Ustav u nesuglasju sam sa sobom, jer je EKLJP njegov sastavni dio. Mišljenja smo da se ova situacija treba tumačiti na način da ustavne odredbe ne znače eliminiranja ograničenja sadržanih u samim odredbama EKLJP, odnosno u samom Ustavu.³¹

27 Opća Deklaracija o ljudskim pravima sadrži odredbe prema kojima svatko u korištenju svojih prava i sloboda može biti podvrgnut samo onim ograničenjima koja su utvrđena zakonom, isključivo radi osiguranja potrebnog priznanja i poštivanja prava i sloboda drugih te radi ispunjenja pravednih zahtjeva morala, javnog reda i općeg blagostanja u demokratskom društvu. Osim toga, prava i slobode se ni u kojem slučaju ne smiju koristiti protivno ciljevima i načelima Ujedinjenih naroda (čl. 29. i 30.) Pakt o građanskim i političkim pravima te Pakt o ekonomskim i socijalnim pravima predviđaju ograničenja koja su propisana zakonom, a u interesu su državne ili javne sigurnosti, javnog poretka ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih ljudi (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima) i to u onoj mjeri koja je u suglasnosti sa prirodom ovih prava i isključivo unaprijednja općeg blagostanja u demokratskom društvu. (Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima).

28 European Social Charter, (1965) 529 UNTS 89, art. 30(1); Revised European Social Charter 1999, ETS Prema: **A. B. Schabas**, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2016., str. 587.

163, 529 UNTS 89, čl. F(1). Odredba je istovjetna st. 1. čl. 15. EKLJP

29 International Covenant on Civil and Political Rights, (1976) 999 UNTS 171, čl. 5., Isto.

30 American Convention on Human Rights, (1978) 1144 UNTS 123, čl. 27. Isto.

31 Prema: Miljko, Zvonko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006., str. 173.

EKLJP sadrži odredbu o derogiranju u vrijeme izvanrednog stanja. U doba rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku naroda³², svaka visoka strana ugovornica može poduzeti mjere koje odstupaju od njenih obveza po EKLJP, i to u najnužnijoj mjeri koju zahtijeva hitnost situacije, s tim da takve mjere ne budu u neskladu s njenim drugim obvezama prema međunarodnom pravu. (čl. 15.).³³ Neke članice Vijeća Europe su se u vrijeme pandemije poslužile pravom derogiranja svojih obveza.³⁴ Neka prava se ne mogu ograničiti ni pod kakvim uvjetima, dakle ni u izvanrednim okolnostima.³⁵

Europski sud za ljudska prava je formulaciju „u doba rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku naroda“ prvi put tumačio u slučaju *Lawless protiv Irske*. Sud je smatrao da je „prirodno i običajno značenje riječi „druge javne opasnosti koja prijete opstanku naroda“, dovoljno jasno“ te da se odnosi na „iznimne situacije kriza ili hitnih slučajeva koje utječu na cjelokupno stanovništvo te predstavljaju prijetnju organiziranom životu zajednice od koje se sastoji država“³⁶ Nadalje, u Grčkom slučaju, Europska komisija je uočila da se engleska i francuska verzija navedenog dijela odredbe donekle razlikuju, te da se prednost da francuskoj verziji koja ističe „neposredne opasnosti“, koje nema u engleskoj verziji. Držalo se, stoga, „da opasnost mora biti trenutna i neposredna, mora biti takva da utječe na cijeli narod, da ugrožava opstanak organiziranog života zajednice, te kriza ili opasnost moraju biti izvanredne utoliko da uobičajene mjere i ograničenja koje EKLJP predviđa - dopušta za održavanje javne sigurnosti, zdravlja i reda, nisu adekvatne“³⁷.

32 U radnim verzijama izrade EKLJP „opstanku naroda“ („life of the nation“) glasilo je „u interesu naroda“ (in the interest of the people). Prema: **A. B. Schabas**, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2016., str. 590.

33 Sličnu odredbu sadrži i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. U vrijeme izvanrednog stanja u kojemu je ugrožen opstanak naroda i koje je službeno proglašeno, države članice ovog Pakta mogu, u opsegu koji je strogo određen tim izvanrednim prilikama, poduzeti mjere koje derogiraju njihove obveze iz Pakta, uz uvjet da te mjere nisu nespojive s njihovim ostalim obvezama po međunarodnom pravu i da ne povlače za sobom diskriminaciju temeljenu na rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri ili socijalnom podrijetlu (čl. 4.).

34 Albanija, Armenija, Estonija, Gruzija, Latvija, Sjeverna Makedonija, Republika Moldova, Rumunjska, San Marino, Srbija. Bosna i Hercegovina nije obavijestila Glavnog tajnika Vijeća Europe o derogiranju. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/notifications> (12.11.2021.)

35 Odredbu o ovome sadrži EKLJP. Ni pod uvjetima predviđenim u EKLJP ne može se derogirati pravo na život, zabrana mučenja, zabrana ropstva ili položaja ropske ovisnosti, zabrana retroaktivnog zakonodavstva, te pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen u istoj stvari. Temeljna razlika između ovih ograničenja te onih koja se vrše u određenim izvanrednim okolnostima, jest da su za razliku od potonjih, inherentna ograničenja stalna.

36 *Lawless v. Ireland* (no. 3), 1 July 1961, p. 27, § 28, Series A no. 3. Prema: **A. B. Schabas**, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2016., str. 595.

37 *Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece*, nos 3321/67, 3322/67, 3323/67, and 3344/67,

Commission report of 5 November 1969, § 112, (1969) 12 YB ‘The Greek Case’ 1. Prema: **A. B. Schabas**, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2016., str. 595.

Europski sud za ljudska prava pojam „opasnosti koja prijete opstanku naroda“ ne tumači usko – u *A. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, širi na „prijetnju vladi i postojanju civilnog društva“.³⁸

Ograničenja prava predviđa i Povelja o temeljnim pravima EU. Svako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih Poveljom mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tih prava i sloboda.³⁹

Ograničenja su moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba.

Jedan od elemenata potrebnih za zadovoljavanje standarda iz čl. 15. EKLJP jest da kriza ili opasnost moraju biti iznimni, što podrazumijeva da mjere koje EKLJP dopušta nisu primjerene kako bi se osigurala javna sigurnost ili zdravlje.⁴⁰

Izvanredni pravni režim često zahtijeva svjesno žrtvovanje određenih značajnih vrijednosti u obliku zajamčenih prava i sloboda radi jačanja cjelokupnog pravnog poretka.⁴¹

Globalna pandemija COVID-19 suočila je svijet sa upravo navedenim. Traženje adekvatnog odgovora na opasnost i pri tome poduzimanje mjera kojima su se ograničavala ljudska prava istovremeno je postavilo pitanje njihovog kršenja. I u izvanrednoj situaciji mjere kojima se ljudska prava ograničavaju moraju biti zakonite, imati legitiman cilj i biti nužne u demokratskom društvu.⁴² Uz navedene treba biti ispunjen i uvjet proporcionalnosti. Proglasivši pandemiju, Svjetska zdravstvena organizacija je pozvala zemlje na postizanje ravnoteže između zaštite zdravlja i zaštite ljudskih prava.⁴³ S druge strane, nepoduzimanje mjera od strane države moglo bi se smatrati povredom pozitivnih obveza države u smislu poduzimanja potrebnih mjera po pitanju zaštite prava na život.⁴⁴ Zahtjevi zakonitosti, legitimnog cilja, nužnosti u demokratskom društvu i proporcionalnosti moraju biti ispunjeni kumulativno kako bi se miješanje u prava smatralo opravdanim.

Sukladno praksi ESLJP zakonitost pretpostavlja utemeljenost miješanja

38 *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 177, ECHR 2009. Prema: A. B. Schabas, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2016., str. 595.

39 Službeni list Europske unije C 202/204, 07.6.2016., čl. 52., dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO> (14.11.2021.)

40 Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Novi informator, Zagreb, 2014., str. 77.

41 Fridrih, K., *Konstitucionalna demokratija: Teorija i praksa u Evropi i Americi*, CID, Podgorica, 2005., str. 464., navedeno prema: Nastić, Maja, *Odgovor države na bolest covid-19: na primjerima Hrvatske i Srbije*, Pravni vjesnik, br. 3-4, 2020., str. 70., dostupno na: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=363815 (12.11.2021.)

42 Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20, od 22.4.2020., t... 36.

43 Isto, t. 33.

44 **J. McBride**, *An Analysis of Covid -19 Responses and ECHR Requirements*, ECHR Blog, 27. 03.2020., dostupno na: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html> (14.11.2021.)

na zakonu koji mora biti formuliran sa dovoljnom preciznošću kako bi onima na koje se odnosi omogućio da usklade svoje ponašanje sa zakonom. Miješanje se smatra nužnim u demokratskom društvu za postizanje legitimnog cilja ako odgovara prijekoju društvenoj potrebi, ako su razlozi koje su domaće vlasti navele u opravdanju relevantne i dovoljne, i ako je proporcionalno cilju koji se želi postići.⁴⁵ Proporcionalnost označava potrebu postizanja ravnoteže između interesa za ispunjenje legitimnog cilja i zadiranja u predmetno temeljno pravo.⁴⁶ Mjera ne bi trebala neproporcionalno i prekomjerno opterećivati osobe na koje se odnosi ograničenje povezano s ciljem koji se želi postići.⁴⁷

U svjetlu ograničavanja prava i uspostavljanja ravnoteže između mjera i cilja zaštite zdravlja ljudi, smatramo važnim spomenuti i ulogu građana te mogućnost prekršajne ali i kaznene odgovornosti zbog prenošenja i širenja bolesti.⁴⁸

2.1. Ograničavanje ljudskih prava u Bosni i Hercegovini uslijed pandemije COVID-19 – sudska praksa

U apelacijama koje je Ustavni sud Bosne i Hercegovine razmatrao vezano uz ograničenja prava i sloboda u uvjetima pandemije COVID-19 apelanti se pozivaju na pravo na slobodu i sigurnost, slobodu kretanja, privatnost, zabranu diskriminacije, pravo na obrazovanje. Sukladno uvjetima dopustivosti, apelacije su razmatrane i u slučaju kada ne postoji odluka nadležnog suda ako apelacija

45 Vavřička and others v. the Czech Republic, nos. 47621/13 and 5 others, 8 April 2021., dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22covid%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D> (15.11.2021.)
Zahtjevi podnositelja odnosili su se na obvezu cijepljenja i s tim u vezi kršenje članka 8. EKLJP. Francuska Vlada ističe važnost učinkovitosti politika u području javnog zdravlja u borbi protiv ozbiljnih i zaraznih bolesti, što primjer pandemije COVID-19 jasno pokazuje. (t.210.) Ova presuda po nekim mišljenjima povećava mogućnost obveznog cijepljenja u uvjetima COVID-19 <https://www.dw.com/hr/europski-sud-za-ljudska-prava-obvezno-cijepljenje-mogu%C4%87e/a-57144201> (15.11.2021.)

46 Ured za publikacije Europske unije, Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2020., str. 76., dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_hr.pdf (11.11.2021.)

47 Sud Europske unije, C-258/14, Eugenia Florescu i dr./Casa Județeană de Pensii Sibiu i dr., 13. 6. 2017., t. 58., navedeno prema: Ured za publikacije Europske unije, Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2020., str. 76., dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_hr.pdf (11.11.2021.)

48 Vidjeti: **D. Primorac**, *Samoizolacija kao posebna sigurnosno-pravna mjera zaštite pučanstva od zaraznih bolesti, u kontekstu koronavirusa (COVID 19) – javnopravni aspekti*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. XII, 1/2021., str. 379.-380.

ukazuje na ozbiljna kršenja prava i temeljnih sloboda koje štiti Ustav ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.⁴⁹

Podsjećajući na kvalitete koje zakon treba imati kako bi miješanje u prava ispunilo zahtjev zakonitosti Ustavni sud Bosne i Hercegovine nalazi nedovoljnu preciznost pojedinih odredbi zbog čega je došlo do kršenja prava iako su bili ispunjeni uvjeti predviđenosti u zakonu i dostupnosti.⁵⁰

Ustavni sud smatra da obveza nošenja maske i zabrana kretanja u određenom vremenskom razdoblju predstavljaju miješanje u pravo na privatnost odnosno slobodu kretanja. Osporene mjere su donesene na temelju naredbi kriznih stožera ministarstava zdravstva čiji je pravni okvir djelovanja prema stavu Ustavnog suda postavljen na preširok način i bez adekvatne kontrole, odnosno sudjelovanja kako najviše izvršne vlasti tako i zakonodavne vlasti, te je zaključeno da miješanja u prava na privatni život i slobodu kretanja „koje je izvršeno naredbama uskih segmenata izvršne vlasti o obveznom nošenju zaštitnih maski i o ograničenju kretanja, u konkretnom slučaju kriznih stožera ministarstava zdravstva, kada je izostalo aktivno sudjelovanje najviših organa zakonodavne i izvršne vlasti u donošenju i preispitivanju naređenih mjera, predstavlja kršenje navedenih ljudskih prava i sloboda“.⁵¹

Pravo na slobodu kretanja je prekršeno i u slučaju zabrane kretanja osobama mlađim od 18 godina i starijim od 65 godina, zbog nedostatka proporcionalnosti između mjera i interesa zaštite javnog zdravlja obzirom da mogućnost nalažanja blažih mjera prethodno nije ni razmotrena, da mjere nisu bile vremenski ograničene, niti je utvrđena obveza njihovog preispitivanja.⁵²

U vezi s pravom na obrazovanje čija se povreda prema navodima apelantata sadrži u skraćenom trajanju školskog sata, uvođenju maksimalnog trajanja nastave te modela učenja na daljinu, Ustavni sud podsjeća da je pravo na obrazovanje podložno ograničenjima, a u konkretnom slučaju nije pronađena njegova povreda, odnosno ništa što „umanjuje pravo na obrazovanje u takvoj mjeri kojom se narušava njegova suština i lišava ga učinkovitosti“.⁵³

Konačno, Ustavni sud nije prihvatio zahtjeve za ukidanjem spornih naredbi

49 Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20 od 22.4.2020.: Apelantica je navela da bi odluku suda „mogla osigurati samo ukoliko bi bila sankcionirana zbog kršenja Naredbe, što bi predstavljalo prevelik teret za nju.“ Dalje, apelanti su zbog mjere zabrane napuštanja mjesta prebivališta imali temelj za tvrdnju da su „žrtve uslijed primjene navedenih zapovijedi kao općih akata“. U konkretnom slučaju je apelacija odbačena zbog izmijenjenih pravnih okolnosti. Odluka Ustavnog suda BiH AP-1485/20 od 20.5.2020.

50 Odluka Ustavnog suda BiH AP-3166/20 od 08.9.2021. Apelant je kažnjen jer je prekršio mjeru zabrane kretanja, međutim naredba kojom je ova mjera predviđena nije predviđala sankciju za suprotno postupanje, a sudovi odluke kojima je apelant kažnjen za prekršaj nisu temeljili na zakonskim odredbama koje istu sadrže, te je došlo do kršenja prava na pošteno suđenje.

51 Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-3683/20 od 22.12.2020., t.77.

52 Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20 od 22.4.2020. U odluci se ukazuje na činjenicu da postoje osobe starije od 65 godina koje imaju obvezu izvršavanja određenih dužnosti. (t. 58.)

53 Odluka Ustavnog suda BiH AP-3667/20 od 10.1.2020. U konkretnom slučaju apelanti nisu tvrdili da su imali poteškoća u izučavanju određene materije, bili preopterećeni i slično. (t.50.)

zbog negativnih posljedica istog te javnog interesa za mjerama zaštite od pandemije.⁵⁴

ZAKLJUČAK

Kršenja ljudskih prava su usprkos postojanju normativne zaštite sveprisutna. Kontrolni mehanizmi Vijeća Europe za zaštitu ljudskih prava kroz Europski sud za ljudska prava su bez premca u svijetu. Različiti stavovi su vidljivi kada se uzme u obzir da uz Vijeće Europe i Europska unija artikulira vlastiti sustav vrijednosti, te postavi pitanje međusobnog odnosa suda u Strasbourgu i onoga u Luxemburgu. Učinkoviti mehanizmi zaštite ljudskih prava su nužni kako ona ne bi ostala teoretska i iluzorna, te u tom smislu smatramo da Europski sud za ljudska prava i Sud EU u okviru organizacija u kojima su osnovani i vlastitih nadležnosti kroz međusobnu suradnju mogu doprinijeti učinkovitosti zaštite i promoviranja prava i sloboda.

Praktična i djelotvorna zaštita ljudskih prava je u uskoj vezi i sa pozitivnim obvezama države. Pandemija COVID-19 aktualizira pozitivne obveze države u smislu da se nepoduzimanje mjera od strane države može smatrati povredom pozitivnih obveza.

Pandemija je nesumnjivo postavila veliki izazov za sve zemlje u zaštiti javnog zdravlja. Mjere koje su poduzimane posljedično su ograničavale prava zajamčena EKLJP odnosno ustavima. Nepostojanje jasnog i jedinstvenog stava o mjerama koje učinkovito utječu na suzbijanje opasnosti je tijekom trajanja pandemije pojačalo izazov nadležnim tijelima da uspostave ravnotežu između mjera koje su donosile i poštivanja ljudskih prava, ali i doprinijelo stavovima da neke od tih mjera predstavljaju miješanje u ljudska prava i njihovo kršenje. Ono što je važno imati na umu je da se radilo o situaciji koja je nova, a brzina događaja odnosno širenja virusa je nametala potrebu brzog i učinkovitog djelovanja kako bi se zaštitilo zdravlje ljudi. Uzevši u obzir da se radi o novom događaju i nepostojanju iskustva a ni jedinstvenog stava znanosti kao ni ujednačenog pristupa u pojedinim zemljama, obvezno je aktivno djelovanje nadležnih tijela, prvenstveno zakonodavca u smislu konstantnog djelovanja i uspostavljanja ravnoteže između mjera koje donose i poštivanja ljudskih prava. Mjere je potrebno propitivati u smislu vremenskog trajanja ali i mogućnosti postizanja cilja mjerama koje ne nose pretjeran teret.

Zaključak Suda u Strasbourgu da se obvezno cijepljenje može opravdati ako se radi o zaštiti najugroženijih osoba kao i neprihvatanje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da ukine akte koji su predviđali ograničenja pojedinih prava i to zbog javnog interesa za mjerama zaštite od pandemije, ilustrira opravdanje mogućnosti ograničenja prava i sloboda koje se nalazi su potrebi da se i drugima

54 Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20 od 22.4.2020., AP-3683/20 od 22.12.2020.

omogućiti njihovo uživanje, ali i apostrofira važnost odnosa ljudi prema opasnosti koju pandemija uzrokuje i njihovog ponašanja u borbi protiv iste.

Literatura

1. **Avramov, Smilj, Kreća, Milenko**, *Međunarodno javno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2001,
2. **Bačić, Petar**, *Ustav za Europu (2004) i značaj konstitucionalizacije ljudskih prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42., 2005., str. 105-119.
3. **Cipek, Tihomir**, *Politike identiteta Europske unije: u "potrazi za kolačićima male madeleine"* Anali hrvatskog politološkog društva, Zagreb, 2004.
4. **Degan, Vladimir Đuro**, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006.,
5. **Douglas-Scott, Sionaidh**, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, Human Rights Law Review 11:4 The Author, 2011., str. 648.
6. **Janis, M. W., Kay, R.S., Bradley, A.W.**, *"European human rights law: Texts and materials"*, Oxford, 2000.
7. **Janković, Branimir, Radivojević, Zoran** *Međunarodno javno pravo*, SVEN, Niš, 2005.
8. **McBride, Jeremy**, An Analysis of Covid -19 Responses and ECHR Requirements, ECHR Blog, 27. 03.2020., dostupno na: <https://www.echrblog.com/2020/03/an-analysis-of-covid-19-responses-and.html>
9. **Miljko, Zvonko**, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006.
10. **Misita, Nevenko**, *Uvod u pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2014.
11. **Omejec, Jasna** *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Novi informator, Zagreb, 2014.
12. **Primorac, Damir**, *Samoizolacija kao posebna sigurnosno-pravna mjera zaštite pučanstva od zaraznih bolesti, u kontekstu koronavirusa (COVID 19) – javnopravni aspekti*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. XII, 1/2021, str.367.-384.
13. **Schabas, A. B.**, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
14. **Schieder, Peter**, *Building one Europe*, Strasbourg, Council of Europe Publications, 2004.
15. *Ured za publikacije Europske unije, Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini*, Agencija Europske unije za temeljna prava, 2020., dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_hr.pdf
16. **Vasiljević, Snježana, Vinković, Mario**, *Temeljna prava i zabrana*

diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova, Narodne novine, Zagreb, 2019,

17. Vaughne, Miller, *Human Rights in the EU: the Charter of Fundamental Rights*, International Affairs and Defence Section, House of Commons Library, Research paper 00/32, 20. March 2000.

18. Vukas, Budislav, *Opća načela prava kao izvor prava europskih zajednica*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 42, 3/1992, str. 253. - 266.

PROPISI:

- 1) Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda
- 2) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima
- 3) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima
- 4) Opća deklaracija o ljudskim pravima
- 5) Povelja o temeljnim pravima EU
- 6) Ugovor o Europskoj uniji
- 7) Ustav Bosne i Hercegovine

SUDSKA PRAKSA:

- 1) *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 177, ECHR 2009
- 2) *Denmark, Norway, Sweden, and the Netherlands v. Greece*, nos 3321/67, 3322/67, 3323/67, and 3344/67, Commission report of 5 November 1969, § 112, (1969) 12 YB 'The Greek Case' 1
- 3) *Lawless v. Ireland* (no. 3), 1 July 1961, p. 27, § 28
- 4) Odluka Ustavnog suda BiH AP-1217/20, od 22.4.2020.
- 5) Odluka Ustavnog suda BiH AP-1485/20 od 20.5.2020.
- 6) Odluka Ustavnog suda BiH AP-3166/20 od 08.9.2021.
- 7) Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-3683/20 od 22.12.2020. Odluka Ustavnog suda BiH AP-3667/20 od 10.1.2020.
- 8) *Vavrička and others v. the Czech Republic*, nos. [47621/13](#) and 5 others, 8 April 2021.

PRAVONADOMIZVRŠENIKA U POSTUPKU PRINUDNOG NAMIRENJA NA STAMBENOJ NEKRETNINI IZVRŠENIKA

Sažetak: Pravo na dom izvršenika nije propisano entitetskim zakonima o izvršnom postupku kao moguće ograničenje ili izuzeće u pogledu izvršenja na nekretnini radi namirenja tražitelja izvršenika. Shodno tome, bosanskohercegovački redovni sudovi, u pravilu, nisu pružali pravnu zaštitu izvršenicima u postupcima izvršenja na imovini koja predstavlja njihov dom. Zaštita prava na dom izvršenika pretpostavlja kompleksan i delikatan izazov balansiranja između potrebe zaštite izvršenika, s jedne strane i osiguranja efikasnog namirenja tražitelja izvršenja, s druge strane. O zaštiti izvršenika kroz sistem ljudskih prava, naročito prava na imovinu i prava na dom, izjašnjavali su se Ustavni sud BiH i Evropski sud za ljudska prava, što pitanje zaštite prava na dom izvršenika dodatno usložnjava, stavljajući pred domaće zakonodavce potrebu intervenisanja u zakone o izvršnom postupku, odnosno pred sudove potrebu razmatranja principa srazmjernosti u svakom konkretnom slučaju prinudnog namirenja na stambenoj nekretnini izvršenika.

Ključne riječi: pravo na dom, pravo na imovinu, zaštita izvršenika, predmet izvršenja, stambena nekretnina, srazmjernost miješanja

1 Uvodna razmatranja

Osnovni pravni okvir za izvršni postupak u Bosni i Hercegovini čini nekoliko zakona o izvršnom postupku, usvojenih na državnom, entitetskom i nivou Brčko distrikta.¹ Važeći Zakon o izvršnom postupku F BiH (dalje: ZIP F BiH) je, od usvajanja 2003. godine, dopunjavan i mijenjan u nekoliko navrata.² U fokusu analize će biti ZIP F BiH, konkretnije odredbe o izvršenju radi ostvarenja novčanog potraživanja na nekretnini izvršenika – fizičkog lica, u svjetlu sudske

1 Zakon o izvršnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 18/03); Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 32/2003, 52/2003 - ispr., 33/2006, 39/2006 - ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016 i “Službeni glasnik BiH”, br. 42/2018 - odluka Ustavnog Suda); Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 - odluka US, 58/2018 - rješenje US BiH i 66/2018); Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 39/2013 i 47/2017).

2 Prije donošenja ZIP F BiH 2003. godine, primjenjivao se Zakon o izvršnom postupku SFRJ („Službeni list SFRJ“ broj 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91).

prakse kojom je razmatrano pravo na dom (i imovinu) izvršenika, sa osvrtom na relevantne odredbe Nacrta Zakona o izvršnom postupku F BiH 2021 (dalje: Nacrt).³

Analiza historijske geneze izvršenja na nekretnini izvršenika pokazuje da je Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine sadržavao odredbe usmjerene ka zaštiti dužnika/izvršenika⁴, u kojima je izraženo načelo socijalnosti.⁵ Kritika ranijih zaštitnih rješenja je isticala izrazito jaču zaštitu dužnika u odnosu na povjerioca, čime se dovodila u pitanje učinkovitost izvršnog postupka, kada je izvršenik bio fizičko lice. Shodno tome, reforma izvršnog postupka izvršena 2003. godine bila je motivisana potrebom ubrzanja izvršnog postupka i olakšavanja prinudnog namirenja povjerilaca, smanjivanjem prostora za odugovlačenje postupka i/ili izbjegavanje ispunjenja obaveze od strane izvršenika⁶, pa je načelo socijalnosti – zaštite dužnika suštinski napušteno, najradikalnije u Federaciji BiH⁷. Uprkos činjenici da većina zakona o izvršnom postupku u BiH proklamuje načelo zaštite dostojanstva dužnika, u nedostatku izričitih odredbi o izuzeću ili ograničenju izvršenja na nekretnini izvršenika, kojima bi se takvo načelo učinilo operabilnim, te u generalnom nedostatku direktne primjene odredbi o ljudskim pravima od strane redovnih sudova u izvršnom postupku, faktička zaštita dostojanstva i egzistencijalnog minimuma izvršenika je upitna.

Pravo na dom izvršenika nije propisano entitetskim zakonima o izvršnom postupku kao moguće ograničenje ili izuzeće u pogledu izvršenja na nekretnini radi namirenja tražitelja izvršenika. Shodno tome, bosanskohercegovački redovni sudovi, u pravilu, nisu pružali pravnu zaštitu izvršenicima u postupcima izvršenja na imovini koja predstavlja njihov dom. O zaštiti izvršenika kroz sistem ljudskih

3 Nacrt datira iz juna 2021. godine, tekst je dostupan putem linka: https://parlamentfbih.gov.ba/v2/userfiles/file/Materijali%20u%20proceduri_2021/Nacrt_zakona_bos.pdf

4 Članovi 4. i 5. Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine, uspostavljali su generalno pravilo prema kojem se, prilikom provođenja izvršenja i obezbjeđenja, moralo paziti na dostojanstvo dužnika i provoditi izvršne radnje i radnje obezbjeđenja na način koji je najmanje nepovoljan za dužnika. Zaštita dužnika je bila i konkretizovana kroz odredbe o izuzeću i ograničenju izvršenja kojim je uspostavljena generalna zabrana izvršenja na stvarima ili pravima neophodnim za zadovoljenje osnovnih životnih potreba, ne samo dužnika, nego i lica koje je on, po zakonu, bio dužan da izdržava, kao i stvari ili prava koja su neophodna za vršenje samostalne djelatnosti koja je glavni izvor dužnikovih prihoda. Tako i S. Triva/M. Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Informator, Zagreb, 1980, 39; G. Stanković, *Gradansko procesno pravo*, Predsedništvo KSSO Pravnog fakulteta, Niš, 1986, 597; B. Poznić/V. Rakić-Vodinelić, *Gradansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1999, 438.

5 A. Daupović et al., *Komentari zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo 2005, XXVII, 244.

6 Nezadovoljstvo sporošću prinudnog izvršenja sudskih odluka, kao i brojne mogućnosti dužnika da opstruira izvršenje obaveze, najčešće su navodeni kao osnovne prepreke na putu uspostave vladavine prava u BiH i kao najvažniji uslov za snažniji ekonomski oporavak države. Vidi više: A. Daupović et al., *op.cit.*, 244 i dalje.

7 U Zakonu o izvršnom postupku RS, u osnovnim odredbama je određeno da će sud, *prilikom sprovođenja izvršenja, paziti na dostojanstvo izvršenika*. Vidi čl. 3. st. 4. ZIP RS. Slično propisuje i čl. 10. ZIP Brčko distrikta, kao i čl. 6. ZIP pred Sudom BiH.

prava, naročito prava na imovinu i prava na dom, izjašnjavali su se Ustavni sud BiH, Evropski sud za ljudska prava, pa i Sud Evropske unije, što pitanje zaštite prava na dom izvršenika dodatno usložnjava, stavljajući pred domaće sudove i zakonodavca potrebu balansiranja između potrebe zaštite izvršenika – izražene u pravu na dom (i imovinu), s jedne strane, i zaštite interesa tražitelja izvršenja za postupkom brzog i efikasnog namirenja, sa druge strane.⁸

Uvažavajući tešku ekonomsku situaciju i sve veći broj izvršnih postupaka protiv fizičkih osoba kao izvršenika, javila se potreba, na podlozi prakse Ustavnog suda BiH, ali i Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), zaštite socijalno najugroženijih kategorija građana/ki i nekretnina koje predstavljaju njihovu jedinu stambenu nekretninu. To je razlog što se Nacrtom Zakona o izvršnom postupku F BiH iz juna 2021. godine predviđa niz značajnih intervencija u uređenje izvršenja na nekretnini izvršenika. Cilj je ovog rada da predstavi najznačajniju praksu Ustavnog suda BiH i ESLJP kojom su utvrđene povrede ljudskih prava na dom i imovinu tokom provođenja izvršnog postupka na nekretnini, kako bi se bolje razumjele, ali i kritički razmotrile, predložene izmjene i dopune iz Nacrta.⁹

2 Zaštita izvršenika kroz sistem ljudskih prava

U modernom građanskom pravu, osnovni princip je da dužnik odgovara za svoje građanskopravne obaveze, samo svojom imovinom, i ona je, po pravilu, jedini objekat izvršenja.¹⁰ Da li, međutim, okolnost da u građanskom pravu postoji samo imovinskopravna sankcija (izvršenje samo na imovini, ne na ličnosti dužnika), znači da cjelokupna imovina dužnika – izvršenika može biti predmetom izvršenja? Da li, osim načelnog dopuštanja izvršenja na svim vrstama imovine dužnika (pokretne stvari, nekretnine, novčana potraživanja, druga imovinska prava), način na koji se provodi izvršenje može biti preispitan iz perspektive zaštite dostojanstva i egzistencijalnog minimuma dužnika – izvršenika? Treba li, u svakom konkretnom slučaju prinudnog izvršenja, ocjenjivati postojanje pravične ravnoteže između privatnog i javnog interesa?

Tri su osnovna ljudska prava iz kojih možemo posmatrati zaštitu dužnika (izvršenika) u izvršnom postupku: pravo na pravičan postupak, pravo na dom (u okviru prava na privatni i porodični život) i pravo na imovinu. Radi se o pravima predviđenim Ustavom BiH i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Evropska konvencija), koja je direktno primjenjiva u BiH¹¹. Navedeno znači da i izvršni sudovi imaju obavezu direktne primjene

8 Vidi t. 7. *Smjernica za bolju implementaciju postojeće Preporuke Vijeća Evrope o izvršenju*, usvojene od strane CEPEJ-a u decembru 2009. godine. Dostupno putem linka: <https://rm.coe.int/16807473cd> (pristup: 10.11.2021.).

9 https://www.javnaraspava.ba/fbih/Zakon/1693?sp=lawSection_2439 (pristup: 03.09.2021.).

10 S. Triva et al, *Sudsko izvršno pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, 40.

11 Čl. II.(2.) Ustava BiH: *Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih*

odredbi Evropske konvencije i uvažavanja standarda razvijenih kroz praksu ESLJP, što cijenimo naročito značajnom osnovom za obavezu izvršnih sudova da u svakom konkretnom slučaju ocjenjuju postojanje pravične ravnoteže između cilja (učinkovitog postupka namirenja tražitelja izvršenja) i upotrebljenih sredstava (ograničenja prava na imovinu i/ili dom izvršenika).

Odnos prava na imovinu¹² i prava na dom¹³ je naročito zanimljiv za temu rada, jer se navedena prava nalaze u bliskoj vezi i često se njihova zaštita isprepliće. Ispitivanje povrede prava na imovinu i prava na dom podrazumijeva provođenje trostepenog testa, sa suštinski sličnim koracima utvrđivanja: (1) da li je miješanje zakonito (utemeljeno na određenom nacionalnom propisu); (2) da li ima legitiman cilj; (3) da li je nužno u demokratskom društvu (test srazmjernosti/proporcionalnosti). Suština razmatranja zaštite izvršenika kroz sistem ljudskih prava upravo polazi od načela proporcionalnosti (srazmjernosti), koje mora biti ispoštovano u slučaju miješanja u pravo na imovinu ili pravo na dom, prilikom provođenja izvršenja na nekretnini izvršenika koja ujedno predstavlja njegov/njen dom.¹⁴ Praksa pokazuje da se kod prava na poštovanje doma ocjenjuje (ne) proporcionalnost miješanja u pravo, odnosno propuštanja države (ako se radi o pozitivnoj obavezi) i na osnovu toga se zaključuje o mogućoj povredi. U odnosu na pravo na imovinu, težište je na ispitivanju (ne)proporcionalnosti ograničenja koje nastupa kao posljedica proširenja polja slobodne procjene, tako što država pojedincu nameće prekomjeran teret i narušava pravičnu ravnotežu njegovih interesa i javnog interesa.¹⁵

Osnovna svrha izvršnog postupka jeste brzo i efikasno namirenje povjerioca - tražitelja izvršenja, ipak, uređenje izvršnog postupka treba uvažavati okolnost da

prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Tekst dostupan putem linka: https://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (pristup: 10.11.2021.).

12 Pravo na imovinu je sadržano u članu 1. Protokola br. 1. uz Evropsku konvenciju i glasi: (1) *Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava.* (2) *Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu s općim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.*

13 Ljudsko dostojanstvo izvršenika je zaštićeno kroz čl. 8. EKLJP, koji definiše pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (pravo na dom), a glasi: (1) *Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.* (2) *Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.*

14 Iako se navedena prava mogu posmatrati iz perspektive tražitelja izvršenja i izvršenika, fokus rada će biti na položaju izvršenika.

15 Tako i G. Mihelčić/M. Marochini Zrinski, „Sekvestracija nekretnine u svjetlu zaštite prava na mirno uživanje imovine“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 40, br. 1 (2019): 203, 218. Također vidi: *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 - Protection of property, European Court of Human Rights*, Council of Europe, dostupan putem linka: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf. (pristup: 05.11.2021.).

su prava povjericilaca – tražitelja izvršenja, ali i prava dužnika – izvršenika zaštićena ustavnim garancijama.¹⁶ Evropska konvencija ne spominje izričito izvršni postupak, zbog čega je praksa ESLJP od presudnog značaja. Važan rukovodni princip u izvršnom postupku treba biti princip proporcionalnosti, značajan za postizanje ravnoteže u suprotstavljenim pravima i interesima tražitelja izvršenja i izvršenika (učinkovitost vs. humanost).¹⁷ Drugim riječima, da bi miješanje bilo opravdano nije dovoljno da samo bude nametnuto zakonskom odredbom koja ispunjava uslove vladavine prava i služi legitimnom cilju u javnom interesu, nego mora, također, održati razuman odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.¹⁸

Na ovom mjestu ćemo dati par napomena vezano za pravo na imovinu. Uređenje izvršnog postupka spada u polje slobodne procjene države članice, u pogledu određivanja predmeta i sredstava izvršenja, kao i odlučivanja da li su posljedice prinudnog izvršenja (e.g. lišavanje izvršenika jedine nekretnine u kojoj stanuje) opravdane spram cilja konkretnog postupka (učinkovito namirenje povjerioca).

Države imaju pozitivnu obavezu organizovati sistem za izvršenje presuda koji je učinkovit i u pravu i u praksi, te osigurati da se postupci utvrđeni u zakonodavstvu za izvršenje pravomoćnih presuda poštuju bez nepotrebnog odlaganja¹⁹, čime se prvenstveno štite interesi tražitelja izvršenja. Ako tražitelj izvršenja prigovara zbog nemogućnosti izvršenja onoga što je sud dodijelio u njegovu korist, obim obaveza države na temelju člana 1. Protokola br. 1 razlikuje se ovisno o tome je li dužnik *država* ili *privatna osoba*.²⁰ Kada je dužnik privatni subjekt, položaj je drugačiji jer država, u pravilu, nije direktno odgovorna za dugove privatnih subjekata, te su njene obaveze prema odredbama Evropske konvencije ograničene na pružanje potrebne pomoći povjericu u izvršenju odgovarajućih sudskih odluka, e.g., putem službe sudskih izvršitelja ili stečajnih postupaka²¹. Iako se države ne mogu smatrati odgovornim za nedostatak imovine izvršenika iz koje bi se tražitelj izvršenja mogao namiriti²², propuštanje da se osiguraju djelotvorna

16 U predmetu broj *AP 5522/15* Ustavni sud BiH je proširio ispitivanje navodnih povreda prava na imovinu i na faze izvršnog postupka koje se odnose na prodaju izvršenikove imovine (vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj *AP 5522/15* od 16. marta 2016. godine, tačka 48., dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ustavisud.ba).

17 G. E. Kodak, Chapter 17, The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Procedures, u *Enforcement Agency Practice in Europe – JAI/02/FPC/19/UK*, ur. M. Andenas/B. Hess/P. Oberhammer, British Institute of International and Comparative Law 2005.

18 Odluka Ustavnog suda BiH, u predmetu broj *AP 4380/13*, od 22.12.2016. godine, tačka 39.

19 ESLJP, *Fuklev v. Ukraine*, zahtjev broj 71186/01.

20 ESLJP, *Anokhin protiv Rusije*, zahtjev broj 25867/02; *Liseytseva i Maslov protiv Rusije*, zahtjevi broj 39483/05 i 40527/10, stav 183.

21 ESLJP, *Anokhin protiv Rusije*; *Shestakov protiv Rusije*, zahtjev broj 48757/99; *Krivotogova protiv Rusije*, zahtjev broj 74694/01; *Kesyana protiv Rusije*, zahtjev broj 36496/02.

22 ESLJP, *Gasus Dosier-und Fördertechnik protiv Holandije*, zahtjev broj 15375/89. *Vodič kroz*

sredstva (izvršna procedura) za namirenje mogu predstavljati povredu prava na imovinu.²³ Pravo na imovinu tražitelja izvršenja bi moglo biti povrijeđeno, ukoliko bi izvršenje presude bilo *de facto* onemogućeno.²⁴

U nekoliko slučajeva vezanih za BiH²⁵, ESLJP je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku, kao dijelu prava na pravičan postupak i povredu prava na mirno uživanje imovine, zbog produženog neizvršavanja pravosnažnih presuda donesenih u korist fizičkih osoba kao povjerenika u odnosu na javnu vlast - kantone²⁶ kao dužnike.²⁷ U povezanim slučajevima, sa gotovo identičnim činjeničnim stanjem, radilo se o Zeničko-dobojskom²⁸ i Srednjobosanskom kantonu²⁹ koji su se pozivali na veliki broj presuda donesenih protiv kantona i nedostatak novčanih sredstava u budžetu, kao opravdanje za nepoštivanje obaveza proisteklih iz presuda. ESLJP je naveo kako ne prihvata da državne vlasti navode nedostatak sredstava kao opravdanje za nepoštivanje obaveza proisteklih iz presuda³⁰. Doduše, odgoda u izvršenju presude može se opravdati posebnim okolnostima, ali odgoda ne može biti takva da naruši srž prava koje štiti član 6. stav 1.³¹ Osim toga, ESLJP je naveo da nemogućnost izvršenja pravosnažne presude u korist aplikanata (tražitelja izvršenja) predstavlja miješanje u njihovo pravo na neometano uživanje imovine.³² Navedena razmatranja se tiču tražitelja izvršenja, ali su od značaja za adekvatno uređenje izvršnog postupka i pravilno procjenjivanje proporcionalnosti konkretne mjere.

član 1. Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Vijeće Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2019, 31 i dalje. Također, ESLJP, *GmbH v The Netherlands*, zahtjev broj 15375/89, presuda od 23. februara 1995. godine.

23 ESLJP, *Omasta protiv Slovačke*, zahtjev broj 40221/98; *Vrtar protiv Hrvatske*, zahtjev broj 39380/13, t. 96.

24 Vidi: G.E. Kodak, Chapter 17, „The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Procedures“, u *Enforcement Agency Practice in Europe – JAI/02/FPC/19/UK*, ur. M. Andenas/B. Hess/P. Oberhammer, British Institute of International and Comparative Law 2005, 303 i dalje.

25 ESLJP, *Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjevi broj 68955/12 i 15 drugih, od 14.11.2017. godine; *Spahić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjevi broj 20514/15 i 15 drugih, od 14.11.2017. godine.

26 Administrativno-teritorijalne jedinice unutar Federacije BiH.

27 Za potpuniji pregled prakse Ustavnog suda BiH i ESLJP u odnosu na problematiku neizvršenja iz javnog budžeta u BiH, vidjeti: *Vodič - Suđenje u razumnom roku*, Ustavni sud BiH i The AIRE Centar, Sarajevo 2021, 80 i dalje.

28 Predmet *Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*.

29 Predmet *Spahić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*.

30 Vidi ESLJP, *Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*, zahtjev broj 41183/02, t. 38-39; vidi i *R. Kačapor i Ostali protiv Srbije*, zahtjev broj 2269/06 et al., t. 114, 15. januar 2008., i *Arbačiauskienė protiv Litvanije*, zahtjev broj 2971/08, t. 87.

31 Stav koji je ESLJP izrazio i ranije: ESLJP, *Burdov protiv Rusije*, zahtjev br. 59498/00, t. 35 i *Teteriny protiv Rusije*, zahtjev broj 11931/03, t. 41.

32 Tačka 31. presude ESLJP u predmetu *Spahić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, kao i u predmetu *Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*.

Šta je, pak, s pravom izvršenika na zaštitu mirnog uživanja imovine u odnosu na pravo tražitelja izvršenja da pokrene postupak prinudnog izvršenja na nekretnini koja predstavlja imovinu izvršenika, a koja može biti prodana za nesrazmjerno niži iznos od procijenjene vrijednosti? Član 1. Protokola br. 1 ne zabranjuje izvršni postupak sam po sebi.³³ Oduzimanje imovine dužnika u toku izvršnog postupka ne predstavlja „eksproprijaciju” u smislu ove odredbe. Štaviše, takva mjera je očigledno u javnom interesu, ‘predviđena zakonom’ i obuhvata provođenje sudske odluke. Međutim, prava izvršenika mogu biti povrijeđena ako se imovina dužnika proda po nerazumno niskoj cijeni.³⁴ Miješanje u pravo na imovinu ne smije ići dalje od potrebnog da bi se postigao legitiman cilj, a nosioci prava se ne smiju podvrgavati proizvoljnom tretmanu i od njih se ne smije tražiti da snose preveliki teret u ostvarivanju legitimnog cilja³⁵. O praksi pojedinih sudova u regionu da određuju izvršenje pljenidbom i prodajom nekretnina za iznose bagatelne vrijednosti se, u nekoliko navrata, očitovao ESLJP. Tako je utvrđena povreda prava izvršenika u predmetu u kojem su domaće vlasti prodale udio podnositelja zahtjeva u imovini nakon što je on u cijelosti podmirio dug, samo kako bi nadoknadile troškove izvršnog postupka (predmet *Mindek protiv Hrvatske*)³⁶, kao i povreda prava na mirno uživanje imovine u izvršnom postupku pokrenutom radi namirenja potraživanja za vodoprivrednu naknadu čija je glavnica iznosila 124,00 eura³⁷, slično predmetu u kojem je kuća prodana u izvršnom postupku po cijeni u iznosu od jedne trećine njene vrijednosti (predmet *Ljaskaj protiv Slovenije*).³⁸

U predmetu *Mindek* se radilo o izvršenju pokrenutom nakon osude za klevetu u građanskom postupku u kojem je izvršitelj bio osuđen na isplatu odštete (20 hiljada kuna sa kamatama) svom susjedu, sa kojim je duže vrijeme bio u sporu. Radi isplate toga iznosa, isti je susjed pokrenuo izvršni postupak tražeći prodaju kuće podnositelja. Kuća je u izvršnom postupku prodana (tj. suvlasnički udio izvršenika je prenesen na tražitelja izvršenja kao kupca), usprkos tome što je izvršenik, nakon prvog ročišta za prodaju, sudu dokazao da je platio čitav dug s kamatama, pri čemu su neplaćeni ostali samo troškovi izvršnog postupka (otprilike 10.700 kuna). Suvlasnički udio izvršenika na nekretnini prodan je na drugoj licitaciji za oko 6.000 eura, tj. za trećinu utvrđene cijene. U ovome je predmetu ESLJP posebnu važnost dao činjenici da je podnositelj prije izvršne prodaje nekretnine u cijelosti isplatio dug, te je izrazio namjeru da dobrovoljno

33 ESLJP, *Ignaccolo-Zenide v Romania*, zahtjev broj 31679/96, t. 111; *Sylvester v Austria*, zahtjevi broj 36812/97 i 40104/98, t. 71.

34 G. E. Kodak. *op.cit.*, 308.

35 Vidjeti presude ESLJP, *Sunday Times v. The United Kingdom*, zahtjev broj 6538/74, od 26. aprila 1979. godine, t. 49. i *Malone v. The United Kingdom*, zahtjev broj 8691/79, t. 67. i 68.

36 ESLJP, *Mindek protiv Hrvatske*, zahtjev broj 6169/13.

37 ESLJP, *Vaskrsić protiv Slovenije*, zahtjev broj 31371/12, presuda od 25.4.2017. godine.

38 ESLJP, *Ljaskaj protiv Hrvatske*, zahtjev broj 58630/11.

podmiri troškove postupka.³⁹ U presudi se stiče i da je izvršni sud, umjesto da donese odluku o visini troškova i zatraži njihovo plaćanje, nastavio s provedenjem izvršenja, a troškove je specificirao tek pri donošenju odluke o raspodjeli prodajne cijene, čime je postupao očigledno neracionalno (eng. *manifestly unreasonable*) i suprotno cilju zakona.⁴⁰ Vlada Hrvatske je, nakon presude Evropskog suda, zatražila reviziju donesene odluke, jer je iz novinskih članaka naknadno saznala da porodica Mindek živi u Njemačkoj, a ne u spornoj nekretnini, što je protumačila kao zloupotrebu prava i prikrivanje relevantnih činjenica od strane izvršenika. Zahtjev za reviziju je demonstrirao nedostatak distinkcije između prava na imovinu i prava na dom izvršenika.⁴¹ Naime, u odluci u ovom predmetu postupak se vodio oko kršenja prava na mirno uživanje imovine, a ne oko kršenja prava na dom, u odnosu na koje bi činjenica o stalnom boravištu bila relevantna.⁴² Kasnije je ESLJP pojasnio da je odluka u predmetu *Mindek* donesena zbog toga što u izvršnom postupku nije ostvarena pravična ravnoteža između željenog cilja i mjere kojom je pravo podnositelja bilo ograničeno, pri čemu je odlučan bio „nesrazmjernost između vrijednosti kuće i vrijednosti duga“ koji se u izvršnom postupku trebao namiriti.⁴³

U odnosu na postupanje sudova iz regiona, malo koja pravna odluka je posljednjih godina podigla toliku medijsku prašinu i postigla takav odjek u javnosti⁴⁴, kao što je slučaj *Vaskrsić*⁴⁵, inače ilustrativan za analizu postupanja slovenskih sudova u izvršnom postupku prinudnog namirenja na nekretnini izvršenika. Tu se radilo o izvršenju radi namirenja novčane tražbine tri povjerioca, koja su tražila izvršenje na različitoj imovini izvršenika. Za naše razmatranje je najrelevantnije potraživanje povjerioca čija je glavnica iznosila 124 eura, a koji je namiren prisilnom prodajom kuće izvršenika u Litiji (Slovenija) u kojoj je živio sa svojom porodicom. Kuća je u postupku procijenjena na 140 hiljada eura, a na drugom ročištu/licitaciji je prodana kupcu za polovicu te vrijednosti. U postupku je ESLJP utvrdio da je došlo do povrede izvršenikovog prava na imovinu iz čl. 1.

39 ESLJP, *Mindek*, tačka 81.

40 A. Uzelac, “Hrvatsko građansko pravosuđe između Strasbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini”, Okrugli stol na temu: Evropska budućnost hrvatskoga građanskoga pravosuđa – uvodna izlaganja, mart 2018. godine, 55.

41 Ibid., 55.

42 Vidjeti ESLJP, *Mindek protiv Hrvatske*, odluka Suda o odbijanju zahtjeva za revizijom presude od 11.09.2018. godine.

43 Vidjeti ESLJP, *Zehentner protiv Austrije*, zahtjev broj 20082/02, presuda od 16.7.2009. i *Rousk protiv Švedske*, zahtjev broj 27183/04, presuda od 25.7.2013. godine.

44 A. Galič, ‘Ob hišo zaradi sto evrov ali zaradi česa drugega?’, Delo, 16.03.2017. <https://old.del.si/zgodbe/sobotnapriloga/ob-hiso-zaradi-sto-evrov-ali-zaradi-cesa-dругega.html>). Citirano prema: A. Uzelac, *op.cit.*, 2918. Za više vidjeti A. Uzelac, *op.cit.* i S. Aras Kramar, „Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrsi na nekretninama“, Pravni vjesnik, god. 33, broj 3-4, 2017.

45 ESLJP, *Vaskrsić protiv Slovenije*.

Protokola 1. Evropske konvencije, upravo u odnosu na nesrazmjjer između mjere (prodaje kuće – i to za polovicu njene tržišne cijene) i iznosa koji se u postupku namirivao. Također je Sud primijetio i to da izvršni sud nije razmatrao mogućnost alternativnih načina izvršenja, usprkos tome što mu je bilo poznato da izvršenik ima stalna novčana primanja i da je znatno veći iznos novčanog duga prema trgovačkom društvu uspješno namiren izvršenjem na izvršenikovom bankovnom računu. Predmetom preispitivanja je bilo nekoliko specifičnosti slovenskog izvršnog postupka, koji su u dovoljnoj mjeri slični domaćim rješenjima. Tako je Sud primijetio da slovensko pravo ne sadrži eksplicitnu dužnost suda da prilikom određivanja izvršenja odredi najmanje nepogodnu mjeru za izvršenika, što bi sudu dozvolilo da koriguje situacije u kojima se pojavljuje nesrazmjernost između mjere i cilja koji se tako želi ostvariti. Također, primijećeno je da zakonom nije propisana najniža granica za izvršenje na nekretninama, tako da se načelno i trivijalni iznosi mogu namirivati prodajom nekretnina izvršenika, bez obzira na njihovu vrijednost.⁴⁶ Na osnovu podataka koje je ESLJP zatražio, i dobio, od Slovenije, a koji se tiču izvršenja na nekretninama, došlo se do saznanja da je u periodu od januara 2008. godine do aprila 2012. godine izvršenje na nekretninama zatraženo u 574 slučaja radi namirenja duga manjeg od 100 eura, te u 6.663 slučaja radi namirenja duga koji je iznosio između 100 i 1.000 eura. U navedenim je predmetima do prodaje nekretnine došlo u 32 slučaja, od kojih se jedan odnosio na dug manji od 100 eura.⁴⁷ To je Evropskom sudu bilo dovoljno da potvrdi da načelna mogućnost namirenja nesrazmjernim sredstvima po slovenskom pravu nije samo teorijski moguća, nego i praktično ostvariva, što ukazuje na sistemski nedostatak unutar slovenskog prava. Naglašena je, stoga, dužnost da državna tijela brižljivo i eksplicitno razmotre mogućnost primjene manje invazivnih alternativnih mjera.⁴⁸

Sada ćemo se osvrnuti na najbitnije zaključke u pogledu prava na dom (izvršenika). Izvršenje na nekretnini se, prema domaćem pravu, može odrediti samo na nekretnini koja je u vlasništvu izvršenika. S druge strane, pravo na dom, u konvencijskom smislu i protumačeno od strane ESLJP, ne kvalificira dom izvršenika zahtjevom vlasništva, stanovanja i nužnosti tog stanovanja, već pojam doma tumači dinamično tražeći faktičku, dovoljnu i trajnu vezu s prostorom koji i ne mora biti nekretnina, a samim tim ni stan ili stambeni prostor u smislu domaćeg prava. Stoga, postoji značajno razilaženje u shvatanju sadržaja prava na dom iz perspektive domaćeg i konvencijskog prava.⁴⁹ Iz navedenog je jasno da je pojam „doma“ samostalan pojam, koji ne ovisi o klasifikaciji prema domaćem pravu.⁵⁰

46 ESLJP, *Vaskrsić*, t. 82.

47 ESLJP, *Vaskrsić*, t. 56.

48 ESLJP, *Vaskrsić*, t. 83.

49 Tako i G. Mihelčić/M. Marochini, "Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava", Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne praske, 1 (2014), 12, 200-2013.

50 ESLJP, *Chiragov i drugi protiv Armenije*, zahtjev broj 13216/05, presuda od 16. juna 2015. godine, t. 206.

Prema tome, odgovor na pitanje predstavlja li stambeni objekat „dom“ zaštićen članom 8. stavom 1. ovisi o činjeničnim okolnostima⁵¹, odnosno o postojanju dovoljne i neprekinute veze s određenim mjestom.⁵²

Miješanje u pravo na dom jest svaki čin vlasti kojim se pravo na dom ograničava ili oduzima, ali i propust države da zaštiti prava pojedinca od miješanja trećih osoba. Miješanje je, u načelu, zabranjeno. Međutim, ako su ispunjene određene pretpostavke, propisane čl. 8. st. 2. EKLJP, miješanje neće predstavljati povredu, odnosno, bit će u skladu sa EKLJP. To će biti u slučajevima kada su kumulativno ispunjena tri uslova: (1) da je miješanje zakonito (utemeljeno na određenom nacionalnom propisu); (2) da ima legitiman cilj (legitimni ciljevi su navedeni u čl. 8. st. 2. EKLJP: interesi državne sigurnosti, javni red i mir, ekonomska dobrobit zemlje, sprečavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala ili zaštita prava i sloboda drugih); (3) da je nužno u demokratskom društvu (test srazmjernosti/proporcionalnosti). Pod *testom proporcionalnosti* podrazumijeva se da će sud, pred kojim se stranka pozove na svoje pravo na dom, morati utvrditi može li se isti legitiman cilj postići primjenom blaže mjere, postoji li „neodgodiva društvena potreba“ za mjerom iseljenja i da li je miješanje proporcionalno toj potrebi. Drugim riječima, ograničenje ljudskog prava na dom nužno je samo ako se opravdani cilj zbog kojeg je poduzeto ne može postići primjenom blaže mjere, odnosno ako je miješanje poduzeto zbog „neodgodive društvene potrebe“, pri čemu miješanje mora biti proporcionalno toj potrebi.⁵³ Isti uslov, sadržan u odnosu na većinu prava iz EKLJP (s izuzetkom tzv. bezuslovnih prava)⁵⁴ pokazao se kao ključan za ocjenu intervencije u pravo na imovinu i pravo na dom, koje se vrši prilikom provođenja izvršenja na nekretninama.

U literaturi se ističe da postoji razlika između ispitivanja proporcionalnosti mjere kojom se miješa u pravo na dom od proporcionalnosti mjere kojom se miješa u pravo vlasništva⁵⁵, a prema ustaljenoj sudskoj praksi ESLJP, drugi stav

51 *Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, 62. Dostupno putem linka: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf (pristup 11.11.2021.).

52 ESLJP, *Winterstein i drugi protiv Francuske*, zahtjev broj 27013/07, presuda od 17. oktobra 2013. godine, tačka 141. i u njoj citirane reference; *Prokopovich protiv Rusije*, zahtjev broj 58255/00, presuda od 18. novembra 2004. godine, t. 36.; *McKay-Kopecka protiv Poljske*, zahtjev broj 45320/99 od 19. septembra 2006. godine.

53 ESLJP, *Čosić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 28261/06, presuda od 15. januara 2009. godine, t. 22: „Sud ponavlja da je gubitak doma najekstremniji oblik miješanja u pravo na poštivanje doma. Svaka osoba izložena riziku miješanja takve važnosti treba u načelu imati priliku da srazmjernost i razumnost mjere bude utvrđena od strane neovisnog suda, u svjetlu mjerodavnih načela iz članka 8. Konvencije, bez obzira na to što prema domaćem pravu njegovo pravo biti u stanu treba prestati.”

54 Bezuslovna prava su ona koja se ne mogu ograničiti zbog legitimnog ostvarenja drugih interesa i prava; među bezuvjetnim su pravima npr. pravo na život (čl. 2.), zabrana mučenja (čl. 3.), zabrana ropstva i prisilnog rada (čl. 4.) te pravilo *nulla poena sine lege* (čl. 7. st. 1.). A. Uzelac, *op.cit.*, 55.

55 Za razliku od člana 8. Konvencije, član 1. Protokola br. 1 ne pretpostavlja u svakom slučaju dostupnost postupka koji zahtijeva individualiziranu procjenu neophodnosti svake mjere implementacije relevantnih pravila kojima se ograničava pravo vlasništva.

člana 1. Protokola br. 1 mora se čitati u svjetlu principa iznesenog u prvoj rečenici prvog stava: *da miješanje treba uspostaviti pravičnu ravnotežu između opšteg interesa zajednice i prava pojedinca*. To znači da mjera mora biti i odgovarajuća za postizanje svog cilja, a ne nesrazmjerna tom cilju.⁵⁶ Međutim, države potpisnice Evropske konvencije uživaju polje slobodne procjene u tom pogledu, posebno u odabiru sredstava izvršenja i utvrđivanju da li bi posljedice izvršenja bile opravdane. Širina polja slobodne procjene će varirati, zavisno od konkretnog konvencijskog prava koje se razmatra. Polje slobodne procjene će biti uže kada se raspravlja o pravu koje igra ključnu ulogu u intimnoj sferi pojedinca/ke.⁵⁷ Nije u suprotnosti sa pravom na mirno uživanje imovine da zakonodavstvo postavlja široke i opšte kategorije, a da ne predviđa šemu po kojoj se proporcionalnost mjere implementacije treba ispitati u svakom pojedinačnom slučaju⁵⁸. U ovome nema nesklada, jer intenzitet interesa zaštićenih prema ova dva člana, i rezultujuća granica slobodne procjene koju uživaju nacionalni organi vlasti prema svakom od njih, nisu nužno podudarni⁵⁹. Dakle, iako je Sud u nekim slučajevima ocjenjivao srazmjernost (test proporcionalnosti) mjere iz člana 1. Protokola br. 1 u svjetlu uglavnom istih faktora kao i one koje je uzео u obzir prema članu 8. Konvencije⁶⁰, *ova ocjena nije nužno identična u svim okolnostima*.⁶¹

Glavna svrha člana 8. jest zaštita od proizvoljnog miješanja države u privatni i porodični život, dom i dopisivanje. To je klasična negativna obaveza koju ESLJP opisuje kao osnovni cilj člana 8.⁶² Međutim, države članice također imaju pozitivne obaveze osigurati poštovanje prava iz člana 8. čak i *između privatnih stranaka*.⁶³ Načela primjenjiva na ocjenjivanje pozitivnih i negativnih obaveza države prema Konvenciji su slična. Potrebno je uzeti u obzir *pravičnu ravnotežu* koju je potrebno uspostaviti između suprotstavljenih interesa pojedinca i zajednice

56 Vidjeti, između ostalog, ESLJP, *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 8793/79, od 21. februara 1986. godine, t. 50.

57 ESLJP, *Dudgeon v. the United Kingdom*, zahtjev broj 7525/76, presuda od 22. oktobra 1981., t. 52; *Gillow v. the United Kingdom*, zahtjev broj 9063/80, presuda od 24. novembra 1986., t. 55.

58 ESLJP, *James i drugi*, t. 68 i *Allen i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 5591/07 od 6. oktobra 2009., t. 66.

59 Vidjeti: ESLJP, *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 66746/1 od 27. maja 2004. godine, t. 82.

60 Vidjeti: ESLJP, *Zehentner*, t. 52-65 i 70-79; *Gladysheva*, t. 64-83 i 90-97; *Rousk*, t. 108-27 i 134-42, kao i *Demades protiv Turske*, zahtjev broj 16219/90.

61 <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija//Vodi%C4%8D%20kroz%20%C4%8Dlanak%201%20protokola%20br.%201.pdf> (pristup 11.11.2021.).

62 ESLJP, *Kroon i drugi protiv Holandije*, zahtjev broj 18535/91, presuda od 27. oktobra 1994. godine, t. 31.

63 ESLJP, *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 6339/05, presuda od 10. aprila 2007. godine, t. 75., iako je to načelo prvi put izloženo u predmetu *Marckx protiv Belgije*, zahtjev broj 6833/74, presuda od 13. juna 1979. godine.

kao cjeline⁶⁴, pri čemu se određena važnost pridaje ciljevima navedenim u drugom stavu člana 8.⁶⁵

Sudska odluka o prisilnoj prodaji jedine nekretnine izvršenika, čak i kada se radi o privatnopravnim odnosima, predstavlja miješanje u pravo na dom i pravo na mirno uživanje imovine. Međutim, to samo po sebi ne znači da je došlo do povrede prava na dom i prava na mirno uživanje imovine. U situacijama iz privatnopravnih odnosa, glavna obaveza države jest garantovati strankama proceduralna jamstva koja će osigurati provođenje učinkovitog i pravičnog postupka prinudne prodaje nekretnine.⁶⁶ Pionirski predmet u kojem je ESLJP pružio zaštitu prava na poštovanje doma jest predmet *McCann*.⁶⁷ U njemu su izložene osnovne pretpostavke kako ocjenjivati (ne)srazmjernost miješanja pri ispitivanju povrede prava na poštovanje doma. Riječ je o iseljenju zaštićenoga stanara iz doma nakon što mu je to pravo prestalo. Usprkos zakonitosti i usklađenosti sa legitimnim ciljem, miješanje nije smatrano srazmjernim, budući da „gubitak doma predstavlja najekstremniji oblik miješanja u pravo na poštovanje doma, pa svaka osoba kojoj prijete miješanje takvog obima treba imati mogućnost ispitivanja srazmjernosti takve mjere u svjetlu članka 8. Konvencije, neovisno, što joj je prema nacionalno propisu pravo prestalo“⁶⁸, stajalište na koje se ESLJP najčešće pozivao u sličnim predmetima.⁶⁹

Očekivano, sudska praksa ESLJP pravi razliku između izvršenja na nekretnini izvršenika koja nije osigurana, a predstavlja jedinu nekretninu i dom izvršenika, i izvršenje na nekretnini na kojoj je prethodno, uz pristanak izvršenika, uspostavljeno stvarnopravno osiguranje, npr. hipoteka. Zanimljivo je sagledati stavove ESLJP u slučajevima izvršenja na nekretnini u vlasništvu tzv. privatnih osoba, koje nisu “ranjivi pojedinci/ke”, a koje su dobrovoljno pristale na uspostavljanje založnog prava na nekretnini. Takav je predmet *Vrzić protiv Hrvatske*⁷⁰, u kojemu su izvršenici, bračni par iz Poreča, uzeli kredit 2006. godine, te za njega kupili kuću koja je, nakon što su 2009. godine postali nesposobni otplaćivati dug, postala

64 ESLJP, *Hämäläinen protiv Finske*, zahtjev broj 37359/09, presuda od 16. jula 2014. godine, t. 65.; *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 10454/83, presuda od 7. jula 1989. godine, t. 42.; *Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 32555/96, presuda od 19. oktobra 2005. godine, t. 157.

65 Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili ekonomske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

66 A. Uzelac, izlaganje na 217. tribini Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, naslovljenoj *Reforma ovršnog prava: putevi i stranputice*, održane u decembru 217. godine u Zagrebu.

67 ESLJP, *McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 19009/04, presuda od 13. maja 2008. godine.

68 *Ibid.*, t. 50.

69 ESLJP, *Vrzić protiv Hrvatske*, tačka 64. Vidjeti i M. Marochini, “Socio-economic dimension of the European Convention on Human Rights”, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2013, 177-200.

70 Vidjeti, ESLJP, *Vrzić protiv Hrvatske*, presuda od 12. jula 2016. godine, zahtjev broj 43777/13.

predmet izvršenja, te je – prema njihovim navodima – nekretnina vrijedna 600 – 700 hiljada eura prodana za otprilike 109 hiljada. Njihova je tvrdnja bila da je tom prodajom povrijeđeno njihovo pravo na poštivanje doma. ESLJP je u konkretnom slučaju jednoglasno zaključio da nije došlo do povrede prava na dom izvršenika. U ključnom dijelu obrazloženja koji se odnosio na pitanje je li ograničenje prava na dom do kojeg je došlo prodajom kuće u izvršenju srazmjerno legitimnom cilju, Sud je naglasio da, imajući na umu činjenicu da je riječ o *privatnom sporu*, te potrebu da i u takvim sporovima država osigura potrebna *procesna jamstva*, ne nalazi da bi gubitak doma bio nesrazmjeran. Dakle, srazmjernost je bila predmetom ispitivanja. Zaključivanjem ugovora o kreditu, smatra ESLJP, izvršenici su dobrovoljno poduzeli radnju kojoj je svojstven ekonomski rizik. Izvršenici su mogli, kada su shvatili da ne mogu ispuniti svoje ugovorne obaveze povodom kredita, sami prodati kuću, izvan i mimo izvršnog postupka, kako bi pokušali dobiti njenu punu tržišnu vrijednost.⁷¹ Samo po sebi, pravilo koje propisuje da se nekretnina ne može prodati ispod trećine procijenjene vrijednosti Sud nije našao „očigledno proizvoljnim ili nerazumnim”, pa ga je svrstao u pitanja kod kojih država ima slobodu procjene (eng. *margin of appreciation*).⁷² Poruka Evropskog suda je jasna, onda kada izvršenici, koristeći slobodu izbora, donesu odluke da prihvate određene tržišne rizike, npr. podizanjem kredita čije se vraćanje osigurava uspostavljanjem hipoteke na nekretnini, trebaju prihvatiti i mogućnost da se, u slučaju neispunjenja obaveza, izvršenje zaista može provesti na nekretnini, primjenjujući pravila izvršnog postupka. Time je težište pitanja zbrinjavanja osoba koje na takav način ostanu bez jedine nekretnine, prebačeno iz vladavine prava i zaštite ljudskih prava na teren socijalne politike države.⁷³

Na sličnoj liniji zaključivanja je bio i Ustavni sud BiH, kada je trebao ispitati da li je miješanje u pravo apelantice na poštovanje doma bilo “neophodno u demokratskom društvu”⁷⁴, onda kada je apelantica dobrovoljno založila nekretninu na kojoj se kasnije provelo izvršenje. U svom razmatranju, Ustavni sud je pošao od kriterija, koje treba cijeliti u svakom konkretnom slučaju prinudne prodaje založene nekretnine u izvršnom postupku, razvijenih od strane ESLJP u gore pomenutom slučaju *Vrzić protiv Hrvatske*. U navedenom predmetu, ESLJP je, između ostalog, cijenio okolnosti koje se tiču interesa stranaka u postupku i koje se razlikuju u slučajevima postojanja isključivo privatnog interesa (e.g.

71 ESLJP, *Vrzić*, t. 104.

72 ESLJP, *Vrzić*, t. 105.

73 A. Uzelac, op.cit., 2019, 51. S tim u vezi, Ovršni zakon RH predviđa rješenje o stambenom zbrinjavanju izvršenika, u slučaju kada je izvršenik radi naplate novčanog potraživanja dužan iseliti iz nekretnine prodane u izvršnom postupku, u vidu prava na novčanu naknadu za troškove stambenog zbrinjavanja, iz javnog budžeta. Uslovi su da je izvršenik stanovao u nekretnini iz koje je dužan iseliti zbog provođenja izvršnog postupka, da je dobrovoljno predao nekretninu kupcu i da nema u vlasništvu drugu nekretninu za zadovoljenje osnovnih stambenih potreba. Vidi: M. Dika et al, *Novela Ovršnog zakona – 2017*, Inženjerski biro Zagreb, 2017, 28.

74 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, u predmetu broj AP 3248/19, od 7. aprila 2021. godine, naročito t. 32.

s obje strane privatni interesi) u odnosu na slučajeve koje karakteriše državni interes (e.g. s jedne strane pojedinac, s druge strane država/vlast); zatim volje da se dom koristi kao osiguranje za zajam; mogućnosti osporavanja zaključenog ugovora o zajmu u odgovarajućim (parničnim) postupcima i konačno, svijesti da će nekretnina (dom) u svrhu osiguranja zajma moći biti prodana u slučaju neispunjenja obaveze (nepostupanje u ugovorenim rokovima).⁷⁵ Dovodeći navedene kriterije u kontekst okolnosti konkretnog slučaja, Ustavni sud zapaža da se pri javnoj prodaji nekretnine (završnoj fazi izvršnog postupka) pojavljuju dva suprotstavljena privatna interesa, i to tražioca izvršenja koji je ujedno i kupac nekretnine, s jedne strane, i apelantica kao izvršenika, s druge strane. Ustavni sud dalje uočava da je apelantica dobrovoljno založila stan, koji je u javnim evidencijama upisan kao suvlasništvo apelanata, kao zalog za uredno izmirenje obaveza po osnovu kredita koji je banka plasirala korisniku kredita. Naglašeno je da je apelantica, potpisivanjem ugovora o zasnivanju založnog prava, hipoteke na stanu apelanata, pristala da se u slučaju neizvršenja obaveze (vraćanja kredita u ugovorenom roku) naplata dugovanog iznosa obavi u izvršnom postupku prodajom predmetne založene nekretnine, pa je morala biti svjesna mogućnosti takvog ishoda. Slijedom toga, u situaciji kad apelanti ne osporavaju da obaveza vraćanja duga nije ispoštovana, niti osporavaju postojanje ugovora o zasnivanju hipoteke na predmetu izvršenja, nameće se zaključak da je apelantica pristala da se plaćanje neizmirenog duga izvrši prodajom predmetne nekretnine, pa je u takvim okolnostima nekretnina prodana tražiocu izvršenja kao kupcu, čiji je interes da kupljenu nekretninu, sa ciljem namirenja duga, preuzme u posjed. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je miješanje u pravo apelanata na dom bilo proporcionalno cilju, tj. namirenju tražioca izvršenja, odnosno neophodno u demokratskom društvu, zbog čega u konkretnom slučaju nije povrijeđeno pravo na dom.

Sve prethodno navedeno naglašava značaj principa srazmjernosti. Pretpostavke srazmjernosti su u predmetu *McCann* počivale na stajalištu da svako treba biti u prilici da se testira srazmjernost miješanja koje je za njega/nju rezultiralo iseljenjem. Nakon toga su uslijedili predmeti u kojima je zaključeno da je ispitivanje (ne)srazmjernosti miješanja u pravo na poštovanje doma obavezno, ako se iseljenje provodi iz stanova u vlasništvu različitih javnopравnih osoba.⁷⁶ Problematika prinudnog izvršenja na dobrovoljno založenoj nekretnini (između dva privatnopravnog subjekta), nametnula je pitanje potrebe ispitivanja srazmjernosti miješanja u pravo na dom. U predmetu *Vrzić protiv Hrvatske*, smatrano je da miješanje nije nesrazmjerno, jer su podnositelji „dobrovoljno pristali na prodaju nekretnine stavljene u zalog zbog osiguranja značajnog duga“. Dakle, srazmjernost je ispitivana sa uobičajenim zaključcima i iznesenim

⁷⁵ ESLJP, *Vrzić protiv Hrvatske*, aplikacija broj 43777/13, presuda od 12. jula 2016. godine, t. 64–71.

⁷⁶ Za više vidjeti: G. Mihelčić/M. Marochini/R. Šantek, “Od predmeta *McCann* do predmeta *F.J.M.* - razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravnog osiguranog tražbinu iz nekretnine”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 41, br. 1 (2020), 127.

stavovima. Međutim, u predmetu *FJM protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁷⁷, došlo je do promjene u pristupu⁷⁸, kada je ESLJP naglasak stavio na činjenicu postojanja ugovornog odnosa između dva privatnopravna subjekta, od kojih jedan nesumnjivo pripada kategoriji ranjive pojedinke, uz dobrovoljnost osiguranja, smatrajući da okolnosti datog slučaja dozvoljavaju da se odstupi od zahtjeva da se uopšte ispita srazmjernost.⁷⁹ Drugim riječima, kada se radi o zaštiti prava na dom u odnosu na javna tijela vlasti (e.g. prinudna iseljavanja iz javnih stanova), izvršenici se mogu pozvati na princip srazmjernosti, kao proceduralnu garanciju, a kada se radi o privatnopravnim odnosima sa dobrovoljnim uspostavljanjem založnog prava na nekretnini, smanjena je, odnosno isključena mogućnost da se od suda zahtijeva da izvrši procjenu srazmjernosti⁸⁰, zbog drugih privatnih interesa koje treba zaštititi.

3 Položaj izvršenika u domaćem pravu i praksi u pogledu izvršenja na nekretnini izvršenika

Izvršni postupak pokreće se prijedlogom tražioca izvršenja⁸¹, koji, između ostalog, mora sadržavati *predmet izvršenja*, ako je poznat⁸². Tražitelj izvršenja ne može podnijeti prijedlog za izvršenje protiv izvršenika sudu u kojem nije naznačen predmet i sredstvo izvršenja, odnosno prijedlog koji ne sadrži predmet i sredstvo izvršenja, bez obzira da li je u istom prijedlogu za izvršenje tražitelj izvršenja zatraženo od suda da od trećih lica i organa⁸³ pribavi podatke o imovini izvršenika.⁸⁴

77 ESLJP, *FJM v United Kingdom*, zahtjev broj 76202/16.

78 L. Graham/J. Boddy, "FJM v United Kingdom: the Taming of Article 8?", *Conveyancer and Property Lawyer*, 2019 (2), 166-174. <https://doi.org/10.17863/CAM.41350> (pristup: 20.11.2021.)

79 G. Mihelčić/M. Marochini/R. Šantek, *op.cit.*, 127.

80 J. C. Benito Sanches, "F.J.M. v. the United Kingdom: Judicial Review of the Proportionality of an Eviction in Private Rental Housing", *Strasbourg Observers*, januar 2019., <https://strasbourgobservers.com/2019/01/15/f-j-m-v-the-united-kingdom-judicial-review-of-the-proportionality-of-an-eviction-in-private-rental-housing/> (pristup 20.11.2021.).

81 Član 3. st. 1. ZIP F BiH. Izvršni postupak pokreće se i po službenoj dužnosti, kao i po prijedlogu lica i organa kad je to zakonom izričito određeno.

82 Član 36. st. 1. ZIP F BiH.

83 Po osnovu odredbe čl. 37. ZIP F BiH.

84 Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 22 0 I 049168 20 Spp od 09.06.2020. godine. Ako je podnesen takav prijedlog (bez oznake sredstva i predmeta izvršenja), u kojem je postavljen i zahtjev za utvrđivanje dužnikove imovine, prijedlog za izvršenje će se smatrati neurednim i nastat će obaveza otklanjanja njegovih nedostataka. Za slučaj podnošenja urednog prijedloga za izvršenje, sa naznakom, između ostalog, i sredstva izvršenja i predmeta izvršenja, uz zahtjev za utvrđenje imovine izvršenika na strani tražitelja izvršenja predstoji procesno-pravna obaveza da učini vjerovatnim da izvršenik kod nabrojanih pravnih osoba u prijedlogu posjeduje imovinu (nekretnine, račune itd). Pri navedenom predstoji obaveza tražitelja izvršenja da u zahtjevu za utvrđenje imovine izvršenika postupanjem, u smislu odredbi člana 37. st. 1. ZIP F BiH, zahtijeva da sud prije donošenja rješenja o izvršenju zatraži od samog izvršenika i od drugih u zahtjevu određenih fizičkih i pravnih lica,

Sud rješenjem određuje izvršenje onim sredstvom i na onim *predmetima koji su navedeni u izvršnom prijedlogu*.⁸⁵ Zakoni o izvršnom postupku ne sadrže pravila o redosljedu različitih predmeta izvršenja (pojedinih dijelova imovine izvršenika), e.g. na način da se najprije treba pokušati sa izvršenjem na novčanim potraživanjima izvršenika, a na kraju, kao posljednjem predmetu izvršenja, na nekretnini izvršenika. Moguće je da tražitelj izvršenja odmah predloži izvršenje na nekretnini izvršenika (uključujući i više nekretnina), ali tada sud može ograničiti izvršenje samo na neke od tih sredstava ili predmeta ako su dovoljni za ostvarenje potraživanja.⁸⁶ Napominjemo da, iako tražilac izvršenja ima pravo i obavezu da se opredijeli za konkretne predmete izvršenja, izvršenik može, u roku od tri dana od dana dostavljanja rješenja o izvršenju, predložiti da se izvršenje odredi na drugom predmetu izvršenja.⁸⁷ Uz prijedlog, izvršenik je dužan podnijeti dokaz o svom pravu na drugom predmetu izvršenja na osnovu kojeg je na tom predmetu moguće odrediti izvršenje protiv izvršenika.

4 (Ne)srazmjer između visine potraživanja i vrijednosti nekretnine na kojoj se provodi izvršenje

Ukoliko se tražitelj izvršenja odmah u početku opredijelio za nekretninu izvršenika, kao predmet izvršenja, izvršenik bi, načelno, pod pretpostavkom ispunjenosti određenih uslova, mogao predložiti promjenu predmeta izvršenja.⁸⁸ Ukoliko to propusti, sud neće voditi o tome računa *ex officio*, niti će informisati izvršenika o toj mogućnosti.⁸⁹

Predlaganje izvršenja na nekretnini izvršenika nije formalno uslovljeno ni postojanjem srazmjere između visine novčanog potraživanja čije se prinudno ostvarenje traži u izvršnom postupku i procijenjene vrijednosti nekretnine koja je označena kao predmet izvršenja, za razliku od rješenja zemalja u regionu.⁹⁰

odnosno upravnih i drugih organa i organizacija da sudu dostave podatke o imovini izvršenika, te da nakon što ga sud, postupanjem u smislu člana 36. stav 2. ZIP, obavijesti i ostavi mu rok da podneseni prijedlog uredi odnosno izmijeni i dopuni to i učini.

85 Član 8. st. 1. ZIP F BiH.

86 Član 8. st. 2. ZIP F BiH.

87 Što ne oslobađa izvršni sud obaveze da, u svakom slučaju, i mimo inicijative izvršenika, brižljivo i eksplicitno razmotri mogućnost primjene manje invazivnih alternativnih mjera. ESLJP, *Vaskrsić*, tačka 83.

88 Član 71. st. 1. ZIP F BiH: Izvršenik može u roku od tri dana od dana dostavljanja rješenja o izvršenju predložiti da se izvršenje odredi na drugom predmetu izvršenja. Uz prijedlog izvršenik je dužan podnijeti dokaz o svom pravu na drugom predmetu izvršenja na osnovu kojeg je na tom predmetu moguće odrediti izvršenje protiv izvršenika.

89 Član 71. ZIP F BiH.

90 Vidi: čl. 56. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019) koje uređuje načelo srazmjere; čl. 157. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Crne Gore ("Sl. list CG", br. 36/2011, 28/2014,

Štaviše, u praksi su se dešavali različiti slučajevi nesrazmjera, a u bizarnije spada slučaj u kojem je tražitelj izvršenja, doduše nakon iscrpljivanja mogućnosti određenja drugih predmeta izvršenja (penzija, pokretne stvari), predložio izvršenje na sedam nekretnina izvršenika (ukupne procijenjene vrijednosti 44.249,50 KM) radi prinudnog namirenja novčanog potraživanja u visinu od 64,90 KM. Općinski sud je donio rješenje kojim je odredio predloženo izvršenje, dakle prihvatio je izvršenje na svih sedam nekretninama. Izvršni sud je pritom zanemario očigledan nesrazmjer između broja i vrijednosti nekretnina i dugovanog iznosa kada je donio rješenje o određivanju izvršenja onim sredstvom i na onim *predmetima koji su navedeni u izvršnom prijedlogu*. Slučaj je dobio svoj epilog pred Ustavnim sudom BiH⁹¹, koji je smatrao da je, u specifičnim okolnostima konkretnog slučaja, stanovište izvršnog suda previše formalno, posebno jer se radi o očiglednom nesrazmjeru (neproporcionalnosti) između vrijednosti apelantovih nekretnina i duga, kao i propustu suda da, shodno svojim zakonskim ovlaštenjima, prethodno ocijeni mogućnost da predloženo izvršenje odredi samo na jednoj od sedam apelantovih nekretnina⁹², koja bi bila dovoljna za ostvarenje potraživanja tražioca izvršenja. Ustavni sud je zaključio da je došlo do povrede apelantovog prava na imovinu.⁹³

Iz navedenog možemo zaključiti da je izvršenje na nekretnini uređeno općenito, kao jedan od načina prisilnog namirenja novčanih potraživanja, bez obzira na pravnu osnovu, visinu i/ili povezanost novčanog duga s nekretninom na kojoj se izvršenje traži.

5 Prodaja nekretnine u besicijenje

Trenutno važeće uređenje izvršenja na nekretnini izvršenika ne predviđa izuzeća ili ograničenja izvršenja koja bi predstavljala pravni temelj za zaštitu *ljudskog prava na imovinu ili dom izvršenika*, onda kada je kao predmet izvršenja označena nekretnina u kojoj živi izvršenik i koja predstavlja jedinu nekretninu u njegovom/njenom vlasništvu ili suvlasništvu. Predviđeno je da se izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja sprovodi u obimu koji je potreban za namirenje

20/2015, 22/2017, 76/2017 - odluka US i 25/2019) o određivanju izvršenja drugi sredstvima ili na drugoj nepokretnosti. Hrvatska predviđa kao načelo zaštitu dostojanstva izvršenika, određujući da izvršenje treba biti što manje nepovoljno za izvršenika. Vidi čl. 6. Ovršnog zakona Republike Hrvatske (Narodne novine broj 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17 i 131/20).

91 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu broj U 20/16, objavljena u Službenom glasniku BiH br. 35/17.

92 U skladu sa članom 8. stav 2. ZIP F BiH.

93 Tačka 48. Odluke: Slijedom toga, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju ovakvo izvršenje pretjeran teret za apelanta, te da je došlo do neproporcionalnog miješanja u apelantovu imovinu, jer apelant provođenjem zaključka o prodaji nekretnina Općinskog suda (...) i rješenja o izvršenju (...) mora snositi pretjeran teret koji narušava pravičan balans između javnog interesa i apelantovog interesa, što je suprotno standardima zaštite prava na imovinu iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

potraživanja⁹⁴, ali odredbe o prodajnoj cijeni nekretnine koja je predmet izvršenja omogućavaju da, pod uslovom da se nekretnina nije prodala na prethodna dva ročišta, na trećem ročištu bude prodana bez ograničenja najniže cijene u odnosu na utvrđenu vrijednost.⁹⁵ Javno nadmetanje, kao vrsta prodaje nekretnine u postupku prinudnog namirenja, se zasniva na principima javnosti, konkurencije, ravnopravnosti i podobnosti. Svrha i smisao javnog nadmetanja jeste prodaja stvari dužnika pod najpovoljnijim uslovima. Postojeća rješenja, nasuprot tome, često dovode do grubih zloupotreba i prodaje nekretnine po značajno nižoj cijeni od utvrđene vrijednosti nekretnine, čemu doprinose pravila o prodaji nekretnine. Dok je u ranijem zakonu iz 1978. godine, prijedlog za održavanje trećeg ročišta povjerilac mogao staviti najranije šest mjeseci, a najkasnije godinu dana od drugog ročišta, prema ZIP F BiH ovaj je rok značajno skraćen, tako da se treće ročište zakazuje najranije 15, a najduže 30 dana od neuspješne prodaje na drugom ročištu.⁹⁶ Navedena rješenja su u domaćoj praksi dovodila do situacije da se nekretnina prodaje daleko ispod procijenjene tržišne vrijednosti, što je stvorilo pitanje da li bi se takve prakse mogle smatrati slučajevima prekomjernog oštećenja.⁹⁷

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH iz 2016. godine⁹⁸, unio je, barem privremeno, izmjene čl. 89. st. 5. ZIP F BiH, na način da ako nekretnina ne bude prodana ni na drugom ročištu sud će u roku najmanje od 15 do najviše 30 dana zakazati treće ročište, na kojem ročištu nekretnina može biti prodana bez ograničenja najniže cijene u odnosu na utvrđenu vrijednost, *isključivo uz prethodno pribavljenu saglasnost Porezne uprave F BiH*. Prema tom rješenju, ako bi Porezna uprava uskratila saglasnost za predloženu cijenu nižu u odnosu na utvrđenu vrijednost, bila je dužna sudu predložiti realnu vrijednost za koju nekretnina može biti prodana na ovom ročištu u roku od 15 dana od dana prijema zahtjeva za davanje saglasnosti na prodajnu cijenu.⁹⁹ *Ratio legis* za navedenu izmjenu zakonodavac je našao u “primijećenoj ustaljenoj praksi različitog postupanja u postupcima izvršenja od strane sudova u Federaciji BiH, kao i sve prisutnijoj zloupotrebi, jer su se nekretnine na području F BiH, putem izvršnog postupka, na sudu prodavale za cijene koje su vrlo niske, ispod realnih i tržišnih cijena, tako da su se nekretnine prodavale u bescijenje, čime je

94 Član 65. ZIP F BiH.

95 Član 89. st. 5. ZIP F BiH.

96 Za više vidjeti: M. Powlakić, „Osvrt na dva nova zakonska teksta u Federaciji BiH: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Zakon o finansijskom poslovanju“, Nova pravna revija, br. 2/2016, 24.

97 Iako zaista može doći do prodaje u bescijenje, ipak se odredbe ZOO o prekomjernom oštećenju i zelenoškim ugovorima nisu mogle primijeniti. O tome više: M. Powlakić u A. Daupović i drugi, *Komentari zakona o izvršnom postupku Federacije BiH i Republike Srpske* (Sarajevo, 2005) Nr. 89/10–12.

98 *Službene novine Federacije BiH*, 46/2016.

99 Član 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku F BiH iz 2016. godine.

bio oštećen i budžet Federacije BiH».¹⁰⁰ Iste godine je odlučivano o ustavnosti navedene odredbe, kada je Ustavni sud utvrdio da navedeni propis nije u skladu sa čl. II/3.e) Ustava BiH I članom 6. st. 1. EKLJP¹⁰¹, tako da se navedena odredba nije dugo zadržala u domaćem zakonodavstvu. Može se vidjeti iz navedenog, da su i rok za treće ročište za prodaju nekretnine, kao i cijena za koju se nekretnina može prodati na ovom ročištu ostala sporna rješenja, pa nije iznenađujuće što su predmetom izmjena i dopuna u Nacrtu 2021.

6 Obim namirenja tražitelja izvršenja kada se on/a javlja kao kupac nekretnine

Razmatranje specifičnih slučajeva u kojima je tražilac izvršenja jedini ponuđač na trećem ročištu i na kraju kupac, pretpostavlja da se najprije podsjetimo odredbe čl. 97. st.1. ZIP F BiH, prema kojoj se iz *prodajne cijene namiruju tražioci izvršenja na čiji je prijedlog određeno izvršenje, založni povjerioci i kad nisu prijavili svoja potraživanja i lica koja imaju pravo na naknadu za lične služnosti*. Zakon ne sadrži odredbu o tome kakve su posljedice po namirenje povjerioca u situaciji da on/a nekretninu kupi za iznos manji od potraživanja i manji od prvobitno procijenjene vrijednosti nekretnine. U praksi se postavilo pitanje, da li ovdje treba primijeniti opšte pravilo, da je povjerilac namiren u visini *prodajne cijene* uz odbitak troškova postupka¹⁰² ili pak, uzeti u obzir da je tražilac izvršenja postao vlasnik predmetne nekretnine. Često se dešavalo da tražitelj izvršenja pribavlja nepokretnost za nisku cijenu, koja može biti niža od njegovog potraživanja, što bi dalje značilo da je za iznos iznad postignute (minimalne) cijene dužnik i dalje dužan, te bi povjerilac mogao pokrenuti novi izvršni postupak radi namirenja ostatka potraživanja. Nema zakonske odredbe koja bi propisivala da se drugačije postupa kada nekretninu stiče povjerilac koji se namiruje u izvršnom postupku. Ipak, upravo ova situacija otvara nekoliko problema.¹⁰³ Sudovi su navedeno rješenje različito tumačili. U praksi određenih sudova ovakav se povjerilac smatra namirenim u visini svog potraživanja.¹⁰⁴ U prilog ovakvog tumačenja moglo bi se istaći da bi protivno rješenje vodilo zloupotrebi prava ili neosnovanom bogaćenju. U situaciji kada je tražitelju izvršenja za određeni iznos pripala nepokretnost znatno veće vrijednosti, on je istovremeno dobio vrijednu nepokretnost, ali bi kao povjerilac bio namiren samo u dijelu potraživanja. Neki su se sudovi u Federaciji BiH pozivali na načelo

100 Vidi prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZIP-a, maj 2016. godine, dostupan na www.parlamentfbih.gov.ba (pristup 21.11.2021.).

101 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, u predmetu broj U 20/16, objavljena u Službenom glasniku BiH br. 35/17.

102 Član 97. u vezi sa članom 101. ZIP FBiH.

103 M. Pvlakić, *op.cit.* (2016), 25.

104 Ovakva je bila praksa Općinskog suda u Sarajevu. Citirano prema M. Pvlakić, *op.cit.* (2016).

savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe (procesnih) prava.¹⁰⁵ Predstavljene problemi su se najčešće javljali u slučaju izvršenja na nekretnini radi prinudnog ostvarenja duga po osnovu ugovora o kreditu, a o nekoliko reprezentativnih slučajeva se očitovao i Ustavni sud BiH.

U prvom slučaju¹⁰⁶, izvršenik je sa bankom zaključio ugovor o kreditu u okviru kojeg su se sporazumjeli da povjerilac ima potraživanje prema izvršeniku – dužniku po osnovu ugovora o kreditu u iznosu od 110.000,00 KM. U cilju osiguranja tog potraživanja, sporazumom je u korist povjerioca zasnovano založno pravo na izvršenikovim nekretninama, koje je kao založno pravo upisano u zemljišne knjige. Dodatno, navedenim sporazumom su izvršenik i tražitelj izvršenja saglasno utvrdili da vrijednost založene nekretnine iznosi 209.278,00 KM. Izvršenik nije u cijelosti vratio iznos koji je primio po osnovu odobrenog kredita, pa je povjerilac na osnovu navedenog sporazuma podnio prijedlog za izvršenje radi namirenja ostatka duga u iznosu od 72.198,41 KM. Rješenjem o izvršenju izvršni sud je odredio izvršenje prema prijedlogu tražioca izvršenja, koje se provelo prodajom založene nekretnine, za iznos od 1.000,00 KM povjeriocu kao tražiocu izvršenja. Rješenjem o dosudi sud je predmetne nekretnine dosudio tražiocu izvršenja, te odredio da mu se imaju odmah predati u posjed. Rješenjem o namirenju prvostepeni sud je utvrdio da je tražilac izvršenja namiren za iznos od 1.000,00 KM koji je dobiven prodajom predmetnih nekretnina. Izvršenikovu žalbu na pomenuto rješenje je odbio drugostepeni, Kantonalni sud, i potvrdio prvostepeno rješenje. Po nalaženju ovog suda, prvostepeni sud jeste pravilno primijenio materijalno pravo, jer iz odredbe člana 98. ZIP F BiH proizlazi da se tražitelj izvršenja namiruje *iz iznosa koji je dobijen prodajom nekretnina*, a ne *iz procijenjene vrijednosti tih nekretnina*. Razmatranja uspostave pravične ravnoteže između interesa tražitelja izvršenja na namirenje i interesa (i prava) izvršenika na mirno uživanje imovine nisu spomenuta.

Ustavni sud je cjelokupnu stvar vratio (ili bolje reći podigao) na nivo ljudskih prava i potrebu osiguravanja pravične ravnoteže u postupku. Prema mišljenju Ustavnog suda, navedeno obrazloženje redovnih sudova uopšte ne odgovara konkretnom slučaju, te relevantnim odredbama ZIP daje smisao koji bi (kad bi tako nešto zaista proizlazilo iz zakona) bio suprotan Ustavom zaštićenom *pravu na imovinu*. Iako je zakonska norma jasna – povjerilac se namiruje iz iznosa koji je dobiven prodajom nekretnina - u konkretnom slučaju redovni sud je zanemario činjenicu da je tražilac izvršenja, kao jedini kupac, postao vlasnik založene nekretnine. Kada treće lice kupuje nekretninu na licitaciji, tražitelj izvršenja će zaista biti namiren samo u iznosu koji je ostvaren prodajom, jer je to iznos koji tražiocu izvršenja isplaćuje treće lice. U tom slučaju bi treće lice, a ne tražilac izvršenja, postalo vlasnikom založenih nekretnina. Međutim, u konkretnom slučaju

105 Primjer Kantonalnog suda u Novom Travniku: Pž-2/05 od 23. 11. 2005 i 006-0-Pž-07-000 031 od 21. 3. 2007. Citirano prema: M. Povlakić, *op.cit.*, (2016).

106 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4380/13 od 22. decembra 2016. godine (Službeni glasnik BiH, broj 10/17).

se takvo nešto nije desilo, nego je tražilac izvršenja postao vlasnik predmetnih nekretnina čija je vrijednost procijenjena na iznos (195.109,00 KM – po mišljenju vještaka) koji je skoro tri puta viši od iznosa njegovog potraživanja (72.048,41 KM), a za to je platio samo 1.000,00 KM. Tumačenjem relevantnih odredaba ZIP F BiH, na način kako su to uradili redovni sudovi, smatra Ustavni sud, štite se *isključivo interesi povjerioca, odnosno banke*. Stav Ustavnog suda je jasan, ne može se dozvoliti povjeriocu (tražiocu izvršenja) da za bagatelan iznos postane vlasnik predmetnih nekretnina i da to uopšte ne utiče na izvršenikov dug prema tražiocu izvršenja, kojem se čak dozvoljava da nastavi sa izvršenjem na ostaloj imovini izvršenika (pokretne stvari). Upravo na ovom mjestu, prema mišljenju Ustavnog suda, ključna je *uloga redovnih sudova koji vode izvršni postupak*, koji se prilikom donošenja rješenja o namirenju uvijek moraju zapitati i dati valjan odgovor na pitanje šta je uopšte *svrha postupka* koji oni vode na prijedlog tražioca izvršenja.

U drugom predmetu¹⁰⁷, Osnovni sud u Derventi (sudija Alen Lukač) podnio je u martu 2016. godine Ustavnom sudu BiH zahtjev za ocjenu ustavnosti člana 97. stav 1. ZIP RS¹⁰⁸ (sadržajno identična odredbi istog člana u ZIP F BiH, u kojem je predložio da se spornu odredbu proglasi nekompatibilnom sa odredbom člana II/3.k) Ustava BiH i člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Prema navodima podnosioca, u slučajevima kada tražitelj izvršenja kupuje nekretninu izvršenika, prodajna cijena ima sasvim drugi smisao i značaj od slučaja kada se ona zaista uplaćuje tražitelju izvršenja. U navedenom slučaju tražitelj izvršenja taj iznos ne mora uplatiti, nego ponuđeni iznos zamjenjuje samo njegovo potraživanje, zbog kojeg je i pokrenut izvršni postupak¹⁰⁹. Podnosilac zahtjeva ističe da se, u tom slučaju, tražitelj izvršenja *de facto* namiruje iz vrijednosti same nekretnine čiji je postao vlasnik, te se njegova imovina i povećava, ne za iznos prodajne cijene, nego za stvarnu vrijednost nekretnine čiji je postao vlasnik. Imajući u vidu navedene razloge, podnosilac zahtjeva ističe da zakonodavac, time što spornom odredbom nije regulirao slučajeve kupovine/preuzimanja nekretnine od tražitelja izvršenja, nije ispunio svoju dužnost da ispuni zahtjev preciznosti zakonske norme koja treba biti određena, jasna i jednaka prema svakome i koja će otkloniti diskriminaciju i povredu prava na imovinu izvršenika u svakom pojedinačnom slučaju, bez obzira na različite životne situacije. Dodatno se, u obrazloženju zahtjeva za predlaganje ocjene ustavnosti navedenog člana, navodi visok stepen fragmentarnosti sudske prakse, kao i teškoće pri njenom usklađivanju u pitanjima izvršnog postupka, zbog faktičkog isključenja Vrhovnog suda u tumačenju odredaba ZIP-a zbog krajnjeg učinka žalbe, te krajnje nadležnosti drugostepenih sudova.

¹⁰⁷ Ustavni sud BiH, u predmetu U 3/16. Tekst odluke Ustavnog suda dostupan putem linka: <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/DBABuf7KD0> (pristup 21.11.2021.).

¹⁰⁸ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29710, 57/12, 67/13 i 98/14.

¹⁰⁹ Član 92. stav 8. ZIP RS

Razmatranje Ustavnog suda polazi od sudske prakse ESLJP i nespornog zaključka da prinudna prodaja imovine u izvršnom postupku predstavlja miješanje u pravo na imovinu izvršenika¹¹⁰, u smislu trećeg pravila, koje je propisano član 1. st. 2. Protokola broj 1., a koje se odnosi na pravo države da “provodi takve zakone ako smatra da je potrebno kontrolisati korištenje imovine u skladu s općim interesom”. Odvojeno je pitanje da li je miješanje proporcionalno cilju, tj. da li uspostavlja pravičnu ravnotežu između prava dužnika, odnosno izvršenika i općeg javnog interesa. Miješanje u pravo na imovinu ne smije ići dalje od potrebnog da bi se postigao legitiman cilj, a nosioci prava se ne smiju podvrgavati proizvoljnom tretmanu i od njih se ne smije tražiti da snose preveliki teret u ostvarivanju legitimnog cilja.¹¹¹ Suprotno navodima podnositelja zahtjeva, Ustavni sud izvodi zaključak da ne postoje pravno valjani razlozi na temelju kojih bi se moglo zaključiti da je sporna odredba člana 97. suprotna pravu na imovinu, obrazlažući time da je tekst sporne odredbe neutralan, jasan, precizan/predvidljiv i pristupačan, te da slijedi generalno postavljeni legitiman cilj da se dug namiri prodajom založene nekretnine. S obzirom na to da je tekst sporne odredbe dat neutralno, ne može se ni otvoriti pitanje proporcionalnosti, *koje bi se u ovom slučaju moralo utvrđivati u svakom pojedinačnom slučaju u kojem se primjenjuje ovaj član*. Drugim riječima, fokus je na sudovima koji, postupajući u konkretnim slučajevima, imaju obavezu da uvažavaju sve relevantne okolnosti kako bi pravilno ispitali postojanje pravične ravnoteže između cilja koji se želi postići izvršnim postupkom i sredstva u vidu izvršenja na nekretnini izvršenika. U tom smislu su navedeni primjeri prakse redovnih sudova kojima je ispoštavan princip proporcionalnosti, u uporedivim činjeničnim situacijama.¹¹² Postojanje

110 Skrenuta je pozornost na presuda ESLJP u predmetu *Vrzić protiv Hrvatske*, u kojem je ESLJP ispitaio različite situacije prisilne prodaje imovine podnositelca predstavke na osnovu člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, te zaključio da takva prodaja predstavlja miješanje u pravo podnositelca predstavke na mirno uživanje njihove imovine. ESLJP je smatrao da se sudska prodaja imovine podnositelca predstavke (u konkretnom slučaju prema Ovršnom zakonu) treba razmotriti na osnovu takozvanog trećeg pravila, koje se odnosi na pravo države da “provodi takve zakone ako smatra da je potrebno kontrolirati korištenje imovine u skladu sa općim interesom”, koje je propisano čl. 1. st. 1. Protokola broj 1.

111 Vidjeti presude ESLJP, *Sunday Times*, t. 49, i *Malone*, t. 67. i 68.

112 E.g., “Rješenjem Kantonalnog suda u Sarajevu broj 65 0 I 082445 10 Gz od 14. februara 2012. godine potvrđeno je Rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 I 082448 06 I (065-0-I-06-005290) od 8. juna 2009. godine. Upravo ovdje se radilo o situaciji kada se na licitaciji pojavio samo tražilac izvršenja, koji je postao vlasnik založene nekretnine čija je procijenjena vrijednost bila znatno veća od visine potraživanja koje je tražilac izvršenja imao prema izvršeniku. S obzirom na to da je na licitaciji plaćen iznos koji je manji od potraživanja koje je imao prema izvršeniku, tražilac izvršenja je tražio da se izvršni postupak nastavi. Međutim, Općinski sud u Sarajevu je smatrao da se tražilac izvršenja ima smatrati u cijelosti namirenim, a takvu odluku je potvrdio Kantonalni sud u Sarajevu, s obzirom na to da je tražilac izvršenja postao vlasnik založene nekretnine čija je procijenjena vrijednost veća od potraživanja prema izvršeniku. U tom pravcu Kantonalni sud je naveo u obrazloženju: “...U pobijanom rješenju i nije određeno da se tražbina tražioca izvršenja smatra u cijelosti namirenom iz iznosa dobijenog prodajom nekretnine...već se tražbina smatra namirenom u cijelosti upravo zbog činjenice da je tražilac izvršenja postao vlasnik nekretnine kojom

drugačije prakse, pokazuje da osporena odredba ne sprečava sudove da naprave razliku između situacije o kojoj se govori u zahtjevu i situacije kada na licitaciji treće lice kupi založenu nekretninu. U drugoj navedenoj situaciji tražilac izvršenja (povjerilac) ne postaje vlasnik založene nekretnine (vlasnik postaje treće lice koje je na licitaciji kupilo nekretninu), već mu se (tražiocu izvršenja) isplaćuje novčani iznos ostvaren na licitaciji, te, ukoliko je taj iznos manji od njegovog potraživanja, sasvim je logično da se može nastaviti izvršni postupak prema izvršeniku, ali na novom sredstvu izvršenja.¹¹³ Konačno, Ustavni sud zaključuje da Zakon o izvršnom postupku (nijednom svojom odredbom) ne garantuje tražiocu izvršenja da će na licitaciji prodati založenu nekretninu za novčani iznos koji je jednak njegovom potraživanju. Jedina garancija povjeriočevog potraživanja u ovim slučajevima jeste založena nekretnina, te ukoliko povjerilac odluči da u izvršnom postupku postane vlasnik založene nekretnine, čija je procijenjena vrijednost veća od njegovog potraživanja, *nema nikakvog razloga da se smatra da njegovo potraživanje nije u cijelosti namireno.*

7 Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama zakona o izvršnom postupku F BiH

Tema rada ograničava razmatranje sadržaja Nacrta ZIP F BiH na odredbe koje se tiču ograničenja i izuzimanja od izvršenja na nekretnini izvršenika, u svjetlu prava na dom (i imovinu) izvršenika. U tom smislu, za ovaj rad su najznačajnije tri predložene izmjene i dopune: (1) izuzimanje iz izvršenja nekretnine koja je jedini dom izvršenika (i članova njegove/njene porodice); (2) inovirana pravila o održavanju ročišta za prodaju nekretnine, kao i (3) pravila o nužnosti postojanja srazmjere između potraživanja čije se namirenje traži u izvršnom postupku i procijenjene vrijednosti predmetne nekretnine.

Članom 16. Nacrta ZIP F BiH uvedene su značajnije izmjene i dopune pravila o zaštiti izvršenika - fizičke osobe u izvršnom postupku radi naplate novčanog potraživanja, a koje se tiču izvršenja na nekretnini radi naplate takvog potraživanja (izmjena i dopuna sadašnjeg čl. 79. ZIP F BiH). Navedenim članom se određuje *da ne može biti predmetom izvršenja nekretnina koja predstavlja jedini dom izvršenika.*¹¹⁴ Jedini dom izvršenika je, prema Nacrtu, nekretnina ili drugi

je njegova tražbina na osnovu založnog prava bilo osigurana...Postupanje suprotno navedenom, odnosno kada bi se tražiocu izvršenja u konkretnom slučaju dozvolilo ponovno pokretanje postupka uprkos činjenici da je u izvršnom postupku kao kupac na ročištu za prodaju stekao vlasništvo na nekretnini čija vrijednost premašuje iznos tražbine koja se u ovom postupku prinudno ostvaruje... predstavljalo bi povredu načela zabrane zloupotrebe prava, odnosno njegovo vršenje suprotno cilju zbog kojeg je zakonom ustanovljeno...”

113 Tačka 31. Odluke U 3/16. Dostupna putem linka: <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/bs/U-3-16-1056263.pdf> (pristup 18.11.2021.).

114 Pored postojećeg izuzetka koji se odnosi na nemogućnost prodaje poljoprivrednog zemljišta do 5 000 m².

objekat koji služi isključivo za stanovanje izvršenika i članova njegove/njene uže porodice u mjestu prebivališta izvršenika i članova uže porodice. Obim i površinu nekretnine koja predstavlja jedini dom izvršenika, a koja se izuzima iz izvršenja, bila bi predmetom utvrđivanja od strane suda u svakom konkretnom slučaju.¹¹⁵ To znači da bi od izvršenja bio izuzet dom izvršenika u kojem stanuje izvršenik lično, sam ili sa svojom porodicom, pa ukoliko bi izvršenik imao više nekretnina koje se imaju smatrati domom, takve nekretnine ne bi mogle biti izuzete od izvršenja.¹¹⁶ Sa predloženom izmjenom, bili bi zaštićeni izvršenici, ali i članovi njegove/njene uže porodice, što kao rješenje nije lišeno kritike¹¹⁷.

Ni ZIP F BiH niti Nacrt ne definišu ko čini *užu porodicu* u smislu čl. 79., dok Porodični zakon F BiH definiše općenito porodicu kao životnu zajednicu roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu¹¹⁸. Kao neposredni razlog za predloženu izmjenu člana 79. ZIP F BiH navodi se Odluka Ustavnog suda BiH, kojom se zapravo ne štiti pravo na dom izvršenika, nego člana/ova njegove porodice – supruge (i djece).¹¹⁹ Do povrede prava apelantice – supruge izvršenika je došlo tako što je redovni sud u postupku izvršenja zanemario pravo apelenice na dio imovine (bračnu stečevinu) koja predstavlja njen dom, te istu prodao u postupku izvršenja, a sve radi namirenja tražioca izvršenja.¹²⁰

Kao izuzetak je predviđeno da se izvršenik više ne bi mogao pozvati na pravo na dom radi sprečavanja namirenja na jedinoj nekretnini čiji je vlasnik i koja služi isključivo za stanovanje izvršenika i članova njegove uže porodice, ukoliko je *pristao na izvršenje* na toj nekretnini ili ukoliko je na nekretnini prethodno *voljom izvršenika zasnovano založno pravo*.¹²¹ Ovakvo rješenje je u skladu sa praksom ESLJP, Ustavnog suda BiH, ali i nekim rješenjima u regionu¹²². Osim toga, druga zakonodavstva predviđaju dodatne izuzetke koji nisu sadržani u Nacrtu, e.g., u uporedivim rješenjima iz hrvatskog Ovršnog zakona, predviđen je dodatni izuzetak od prava na dom izvršenika, u odnosu na pojedine kategorije potraživanja. E.g. da će sud, kad to *pravičnost* zahtijeva, odrediti i provesti

115 Član 16. Nacrta.

116 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu broj AP 15/14 od 20. aprila 2016.god.

117 Vidjeti: Intervju sa prof.emer. dr.sc. Mihajlom Dikom o Noveli Ovršnog zakona, septembar 2017. Objavljen u Hrvatskoj pravnoj reviji, Inženjerski biro d.d. Zagreb. Tekst dostupan putem linka: https://www.ingbiro.com/komunikacija/intervju/hpr_2017_09_intervju_dika.pdf (pristup 13.11.2021.).

118 Član 2. st. 1. Porodičnog zakona F BiH (Službene novine Federacije BiH, broj 35/05 i 31/14).

119 Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu broj AP 15/14 (Službeni glasnik BiH, b. 36/16).

120 Ibid.

121 Član 16. st. 5. Nacrta ZIP F BiH. Navedena situacija je izuzetak i od pravila iz Nacrta, da ne može biti predmet izvršenja nekretnina izvršenika, ukoliko je visina potraživanja manja od 1/3 tržišne vrijednosti nekretnine.

122 Vidi član 80.b. Ovršnog zakona RH, Narodne novine br. 73/17 i 131/20.

izvršenje na jedinoj nekretnini izvršenika, ako izvršenikova obaveza proističe i vanugovornog obligacionog odnosa.¹²³

Pravila o održavanju ročišta za prodaju nekretnine su izmijenjena u Nacrtu, na način da „ako nepokretnost ne bude prodana ni na drugom ročištu, sud će na prijedlog tražioca izvršenja donijeti rješenje kojim se utvrđuje pravo vlasništva tražioca izvršenja na nepokretnosti srazmjerno njegovom potraživanju u odnosu na utvrđenu vrijednost nepokretnosti“¹²⁴. Ukoliko bi se usvojila navedena rješenja, održavala bi se samo dva ročišta za prodaju nekretnine, nekretnina se više ne bi mogla prodati ispod trećine procijenjene vrijednosti, a regulisale bi se i situacije u kojima tražilac izvršenja postaje vlasnik nekretnine (na drugom ročištu cijena nekretnine ne može pasti ispod jedne trećine utvrđene vrijednosti, a ako ni tad ne bude prodana, *tražitelj izvršenja može tražiti* da se utvrdi njegovo pravo vlasništva strazmjerno potraživanju, a u odnosu na utvrđenu vrijednost nepokretnosti).

Kada je u pitanju očiti nesrazmjer u postupku izvršenja na nekretninama, u cilju postizanja određene ravnoteže između prava izvršenika u pogledu prava na imovinu u odnosu na prava tražioca izvršenja iz izvršne ili vjerodostojne isprave, Nacrt propisuje mogućnost provođenja izvršenja na nekretnini izvršenika samo ukoliko je potraživanje veće od jedne trećine procijenjene vrijednosti nekretnine.¹²⁵ U tom slučaju, ukoliko bi i došlo do prodaje nekretnine na drugom ročištu, uvažavajući prethodno navedena predložena zakonska rješenja kod druge prodaje nekretnine, ne bi se pojavile bilo kakve smetnje za prodaju nekretnine po cijeni većoj od jedne trećine vrijednosti nekretnine. Na opisani način bila bi spriječena mogućnost prodaje nekretnine izvršenika, radi namirenja veoma niskih, ponekad beznačajnih iznosa potraživanja iz izvršnih isprava, te bi na opisani način bila obezbijeđena Ustavom i konvencijama zagarantovana prava izvršenika, a također bi, s druge strane, bila zagarantovana i prava tražioca izvršenja iz izvršne ili vjerodostojne isprave.

8 Zaključak

Nesporna je, i u više navrata od Ustavnog suda BiH potvrđena, obaveza izvršnih sudova da direktno primjenjuju odredbe Evropske konvencije, prilikom odlučivanja o izvršenju na jedinoj izvršenikovoj nekretnini, uvažavajući standarde razvijene kroz praksu ESLJP, naročito princip srazmjernosti/proporcionalnosti. Aktuelno izvršno zakonodavstvo pogoduje različitim zloupotrebama, time što ne

123 Član 75. st.5. Ovršnog zakona RH. Neovisno o odredbi čl. 75. st. 5. o zaštiti jedine nekretnine ovršenika koja je nužna za zadovoljenje osnovnih životnih potreba, sud će kada to “pravičnost zahtijeva”, odrediti i provesti izvršenje na nekretnini za stanovanje ako glavnica tražbine radi čijeg se namirenja izvršenje traži prelazi iznos od 20.000,00 kuna (*arg. ex. nov. čl. 80.b st. 2. i 3. OZ-a 12*) ili ako izvršenikova obaveza (neovisno o njenoj visini) potječe iz vanugovornog obligacionog odnosa (nov. čl. 75. st. 6. OZ-a 12). Tako: S. Aras Kramar, *op.cit.*, 32.

124 Član 18. Nacrta.

125 Član 16. Nacrta, kojim se mijenja član 79. ZIP F BiH.

postavlja ograničenja u pogledu cijene po kojoj nekretnina može biti prodana na trećem ročištu u postupku prinudnog namirenja, ne predviđa uslov niti izričito nalaže da se u svakom slučaju ispituje postizanje srazmjernosti između interesa povjerioca za učinkovitim namirenjem i potrebe zaštite temeljnih ljudskih prava izvršenika, zbog čega je moguće izvršenje na vrijednijoj nekretnini radi izrazito niskih iznosa potraživanja.

Kriteriji za ispitivanje srazmjernosti su detaljno razvijeni kroz sudsku praksu, a Evropski sud za ljudska prava postavlja distinkciju između slučajeva u kojima se radi o zaštiti *javnog interesa* (nasuprot konkretnog ljudskog prava izvršenika) kada je teže opravdati mjeru kojom se ograničava pravo izvršenika, od slučajeva u kojima dominira privatnopravni interes - tražitelj izvršenja i izvršenik tzv. privatni subjekti – u kojem slučaju su kriteriji ispitivanja općenito liberalniji, iako nije isključeno moguće indirektno horizontalno dejstvo konvencijskih prava. Izvjesno da je, da čak i kad se radi o dva privatnopravna subjekta, dobrovoljno preuzimanje obaveza i uspostava založnog prava na nekretnini dužnika, sprečava tog istog dužnika da se kasnije, u poziciji izvršenika, uspješno poziva na ljudsko pravo na dom. Moguće je i dalje da se izvršenik poziva na pravo na imovinu, ako bi dobrovoljno založena nekretnina bila prodana po nesrazmjerno niskoj cijeni u odnosu na utvrđenu vrijednost nekretnine.

Inovirana rješenja sadržana u Nacrtu ZID ZIP F BiH u značajnoj mjeri postavljaju ograničenja za izvršenje na nekretnini izvršenika, sa ciljem da spriječe donošenja odluka u izvršnom postupku, kojima bi se potencijalno povrijedilo pravo na dom i/ili imovinu izvršenika. Time se nastojao u zakonsku normu inkorporirati princip srazmjernosti/proporcionalnosti između ciljeva izvršnog postupka i zaštite ljudskih prava izvršenika, naročito imajući u vidu slučajeve u kojima su se izvršni postupci vodili radi namirenja izrazito niskih iznosa potraživanja iz izvršnih ili vjerodostojnih isprava. Mogućnost prodaje nekretnine na trećem ročištu za prodaju bez ograničenja u pogledu cijene, dodatno su doprinosili potpunom obezvređivanju nekretnina izvršenika i kršenju prava na imovinu. Ipak, noveliranje izvršnog postupka zahtijeva ozbiljnu i pažljivu analizu uticaja inkorporacije odredbi usmjerenih ka zaštiti izvršenika na učinkovitost izvršnog postupka u cjelini. Zakonodavac ne treba gubiti iz vida osnovnu svrhu izvršnog postupka, a to je učinkovito i brzo namirenje tražitelja izvršenja. Uredno i blagovremeno izvršavanje međusobnih obaveza u građanskopravnim odnosima je uslov za normalno funkcionisanje privrede i društva u cjelini. Važnu pretpostavku za takav ishod predstavlja učinkovit sistem prinudnog izvršenja, koji djeluje preventivno na izbjegavanje ispunjenja obaveza, jer će izvršenici biti svjesni toga da će se njihovi povjerioci moći prinudno naplatiti.

Stoga bi trebalo pažljivo razmotriti i odvagati potrebu da se, prilikom inoviranja izvršnog postupka, predvide izuzeci koji bi omogućili izvršenje na nekretnini izvršenika, ako se radi o određenim, kvalificiranim potraživanjima (e.g. alimentacija, naknada vanugovorne štete, etc.). S druge strane, vrijedi razmisliti, po uzoru na neke susjedne zemlje, e.g. Hrvatsku, i o dodatnim mogućnostima

za diskrecionu ocjenu suda radi odbijanja zahtjeva za prinudno izvršenje, čak i kad su ispunjeni uslovi za izvršenje na nekretnini (e.g. uslov visine glavnice potraživanja), ako se procijeni da bi prodaja nekretnine narušila pravičnu ravnotežu između interesa izvršenika i interesa tražitelja izvršenja. Pri ocjeni da li je narušena pravična ravnoteža, moguće je uzeti u obzir različite okolnosti slučaja, a naročito: da li je izvršenje na drugim predmetima izvršenja bilo neuspješno, odnosno da li postoje druge prikladne mogućnosti da se potraživanje u cijelosti ili u pretežnom dijelu namiri, služi li nekretnina za stanovanje i zadovoljavanje osnovnih životnih potreba izvršenika, ima li izvršenik drugih nekretnina ili drugih mogućnosti da svoje potrebe zadovolji; te ima li tražitelj izvršenja naročito opravdan interes za hitnim namirenjem potraživanja radi ostvarenja vlastitog izdržavanja ili drugih važnih razloga i da li se izvršenik izričito saglasio sa izvršenjem prodajom određene nekretnine.

Bibliografske jedinice

1. A. Daupović et al., Komentari zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo 2005, XXVII;
2. A. Galič, 'Ob hišo zaradi sto evrov ali zaradi česa drugega?', Delo, 16.03.2017. (<https://www.delo.si/zgodbe/sobotnapriloga/ob-hiso-zaradi-sto-evrov-ali-zaradi-cesa-druega.html>);
3. A. Uzelac, "Hrvatsko građansko pravosuđe između Strasbourga i Zagreba ili o europeizaciji ovršnog prava na primjeru ovrhe na nekretnini", Okrugli stol na temu: Evropska budućnost hrvatskoga građanskoga pravosuđa – uvodna izlaganja, mart 2018. godine;
4. B. Poznić/V. Rakić-Vodinić, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999.;
5. G. Mihelčić/M. Marochini, Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne praske, 1 (2014), 12, 200-2013.;
6. G. Mihelčić/M. Marochini/R. Šantek, "Od predmeta McCann do predmeta F.J.M. - razmjernost i pravo na poštovanje doma kod prisilnog namirenja stvarnopravno osiguranih tražbina iz nekretnine", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 41, br. 1 (2020);
7. G. Stanković, Građansko procesno pravo, Predsedništvo KSSO Pravnog fakulteta, Niš, 1986.;
8. G.E. Kodak, Chapter 17, The Impact of the European Convention on Human Rights and Fundamental Liberties on Enforcement Procedures, u Enforcement Agency Practice in Europe – JAI/02/FPC/19/UK, ur. M. Andenas/B. Hess/P. Oberhammer, British Institute of International and Comparative Law 2005.;
9. G. Mihelčić i M. Marochini Zrinski, „Sekvestracija nekretnine u svjetlu zaštite

- prava na mirno uživanje imovine“ Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 40, br. 1 (2019);
10. Guide on Article 1 of Protocol No. 1 - Protection of property, European Court of Human Rights, Council of Europe, dostupan putem linka: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.
 11. J. C. Benito Sanches, "F.J.M. v. the United Kingdom: Judicial Review of the Proportionality of an Eviction in Private Rental Housing", Strasbourg Observers, januar 2019. <https://strasbourgobservers.com/2019/01/15/f-j-m-v-the-united-kingdom-judicial-review-of-the-proportionality-of-an-eviction-in-private-rental-housing/>
 12. L. Graham/J. Boddy, "FJM v United Kingdom: the Taming of Article 8?", Conveyancer and Property Lawyer, 2019 (2), 166-174. <https://doi.org/10.17863/CAM.41350>.
 13. M. Dika et al, Novela Ovršnog zakona – 2017, Inženjerski biro Zagreb, 2017;
 14. M. Marochini, Socio-economic dimension of the European Convention on Human Rights (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta, 2013.);
 15. M. Povlakić, Osvrt na dva nova zakonska teksta u Federaciji BiH: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, Zakon o finansijskom poslovanju, Nova pravna revija, broj 2/2016.;
 16. S. Aras Kramar, Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrši na nekretninama, Pravni vjesnik, god. 33, broj 3-4, 2017;
 17. S. Triva/M. Dika, Sudsko izvršno pravo, Informator, Zagreb, 1980.;
 18. Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Vijeće Evrope/Evropski sud za ljudska prava, 2019.;
 19. Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Dostupno putem linka: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf

Zakoni, propisi i smjernice

1. Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku Federacije BiH (juni 2021. godine)
2. Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine broj 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17 i 131/20)
3. Porodični zakon F BiH (Službene novine Federacije BiH, broj 35/05 i 31/14);
4. Smjernica za bolju implementaciju postojeće Preporuke Vijeća Evrope o izvršenju, usvojene od strane CEPEJ-a u decembru 2009. godine.
5. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku F BiH iz 2016. godine;
6. Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje i 54/2019);
7. Zakon o izvršenju i obezbeđenju Crne Gore ("Sl. list CG", br. 36/2011,

- 28/2014, 20/2015, 22/2017, 76/2017 - odluka US i 25/2019);
8. Zakon o izvršnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 39/2013 i 47/2017);
 9. Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 32/2003, 52/2003 - ispr., 33/2006, 39/2006 - ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016 i “Službeni glasnik BiH”, br. 42/2018 - odluka Ustavnog Suda);
 10. Zakon o izvršnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 18/03);
 11. Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 - odluka US, 58/2018 - rješenje US BiH i 66/2018);
 12. Zakon o izvršnom postupku SFRJ („Službeni list SFRJ“ broj 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91);

Sudska praksa

1. ESLJP, Allen i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 5591/07;
2. ESLJP, Anokhin protiv Rusije, zahtjev broj 25867/02;
3. ESLJP, Arbačiauskienė protiv Litvanije, zahtjev broj 2971/08;
4. ESLJP, Burdov protiv Rusije, zahtjev br. 59498/00;
5. ESLJP, Chiragov i drugi protiv Armenije, zahtjev broj 13216/05;
6. ESLJP, Ćosić protiv Hrvatske, zahtjev broj 28261/06;
7. ESLJP, Demades protiv Turske, zahtjev broj 16219/90;
8. ESLJP, Dudgeon v. the United Kingdom, zahtjev broj 7525/76;
9. ESLJP, Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 6339/05;
10. ESLJP, Fuklev v. Ukraine, zahtjev broj 71186/01;
11. ESLJP, Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 10454/83;
12. ESLJP, Gillow v. The United Kingdom, zahtjev broj 9063/80;
13. ESLJP, Gasus Dossier- und Fördertechnik protiv Holandije, zahtjev broj 15375/89;
14. ESLJP, GmbH v The Netherlands, zahtjev broj 15375/89,;
15. ESLJP, Härmäläinen protiv Finske, zahtjev broj 37359/09;
16. ESLJP, Ignaccolo-Zenide v Romania, zahtjev broj 31679/96;
17. ESLJP, James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 8793/79;
18. ESLJP, Jeličić protiv Bosne i Hercegovine, zahtjev broj 41183/02;
19. ESLJP, Kesyan protiv Rusije, zahtjev broj 36496/02;
20. ESLJP, Krivonogova protiv Rusije, zahtjev broj 74694/01;
21. ESLJP, Kroon i drugi protiv Holandije, zahtjev broj 18535/91;
22. ESLJP, Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, zahtjevi broj 68955/12 i 15 drugih;
23. ESLJP, Liseytseva i Maslov protiv Rusije, zahtjevi broj 39483/05 i 40527/10;
24. ESLJP, Ljaskaj protiv Hrvatske, zahtjev broj 58630/11;

25. ESLJP, Malone v. The United Kingdom, zahtjev broj 8691/79;
26. ESLJP, Marckx protiv Belgije, zahtjev broj 6833/74;
27. ESLJP, McCann protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 19009/04;
28. ESLJP, McKay-Kopecka protiv Poljske, zahtjev broj 45320/99;
29. ESLJP, Mindek protiv Hrvatske, zahtjev broj 6169/13;
30. ESLJP, Omasta protiv Slovačke, zahtjev broj 40221/98;
31. ESLJP, Vrtar protiv Hrvatske, zahtjev broj 39380/13;
32. ESLJP, Prokopovich protiv Rusije, zahtjev broj 58255/00;
33. ESLJP, R. Kačapor i ostali protiv Srbije, zahtjev broj 2269/06 et al.;
34. ESLJP, Roche protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 32555/96;
35. ESLJP, Rousk protiv Švedske, zahtjev broj 27183/04;
36. ESLJP, Shestakov protiv Rusije, zahtjev broj 48757/99;
37. ESLJP, Spahić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, zahtjevi broj 20514/15 i 15 drugih;
38. ESLJP, Sunday Times v. The United Kingdom, zahtjev broj 6538/74;
39. ESLJP, Sylvester v Austria, zahtjevi broj 36812/97 i 40104/98;
40. ESLJP, Teteriny protiv Rusije, zahtjev broj 11931/03;
41. ESLJP, Vaskrsić protiv Slovenije, zahtjev broj 31371/12;
42. ESLJP, Winterstein i drugi protiv Francuske, zahtjev broj 27013/07;
43. ESLJP, Zehentner protiv Austrije, zahtjev broj 20082/02;
44. ESLJP, Vrzic protiv Hrvatske, zahtjev broj 43777/13;
45. Odluka Ustavnog suda BiH, u predmetu broj AP 4380/13, od 22.12.2016. godine;
46. Odluka Vrhovnog suda Federacije BiH, broj 22 0 I 049168 20 Spp od 09.06.2020. godine;
47. Odluke Kantonalnog suda u Novom Travniku: Pž-2/05 od 23. 11. 2005 i 006-0-Pž-07-000 031 od 21. 3. 2007. godine;
48. Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu broj 65 0 I 082445 10 Gz od 14. februara 2012. godine;
49. Rješenje Općinskog suda u Sarajevu broj 65 0 I 082448 06 I (065-0-I-06-005290) od 8. juna 2009. godine;
50. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 4380/13 od 22. decembra 2016. godine (Službeni glasnik BiH, broj 10/17);
51. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu u predmetu broj U 20/16 (Službeni glasnik BiH br. 35/17);
52. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, u predmetu broj U 20/16 (Službeni glasnik BiH br. 35/17);
53. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, u predmetu broj AP 4993/18 (Službeni glasnik broj 70/20);
54. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti i meritumu, u predmetu broj AP 15/14 (Službeni glasnik BiH, broj 36/16);
55. Ustavni sud BiH, u predmetu AP 3719/16 od 23. oktobra 2018. godine (Službeni glasnik BiH, broj 83/18);

56. Ustavni sud BiH, u predmetu U 3/16;
57. Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 5522/15 od 16. marta 2016. Godine.

Ostalo

1. Intervju sa prof.emer. dr.sc. Mihajlom Dikom o Noveli Ovršnog zakona, septembar 2017. Objavljen u Hrvatskoj pravnoj reviji, Inženjerski biro d.d. Zagreb. Tekst dostupan putem linka: https://www.ingbiro.com/komunikacija/intervju/hpr_2017_09_intervju_dika.pdf

Dženana Radončić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica

DEBTOR'S RIGHT TO A HOME IN ENFORCEMENT PROCEDURES ON IMMOVEABLE PROPERTY

Summary: The right to a debtor's home is not prescribed by the Laws on Enforcement Procedure in Bosnia and Herzegovina as a possible restriction or exemption in respect of enforcement on immovable property. Consequently, the courts in Bosnia and Herzegovina, as a general practice, did not provide legal protection to debtors in enforcement procedures on immovable property constituting their home. Protecting the debtor's right to a home presupposes a complex and delicate challenge of balancing the need to protect the debtor, on the one hand, and the need to ensure the effective enforcement of monetary judgments, on the other. The Constitutional Court of BiH and the European Court of Human Rights have ruled on the protection of debtors through the human rights system, especially right to peaceful enjoyment of property and the right to a home, which contributes to the complexity of the issue of protection of debtor's rights, tasking the legislator to make proper intervention in the Law on Enforcement Procedure in F BiH, and courts to consider the principle of proportionality in each case of enforcement procedure on debtor's immovable property.

Keywords: right to home, right to property, protection of debtors, enforcement procedures, immovable property, proportionality

PASIVNE MJERE ZAPOŠLJAVANJA NA TRŽIŠTU RADA U EVROPSKOJ UNIJI

Sažetak: U Evropskoj uniji je uspostavljena precizna metodologija mjera zapošljavanja, na osnovu koje sve države članice dostavljaju izvještaje koji prate klasifikaciju određenu navedenom metodologijom i tako se dobiva jedinstveni prikaz preduzetih mjera zapošljavanja (tri kategorije intervencija: usluge na tržištu rada, mjere i potpore) izloženih prema jednakim principima za svaku pojedinu državu članicu. U skladu sa tim izvršena je klasifikacija mjera zapošljavanja koja obuhvata, pored aktivnih, i pasivne mjere zapošljavanja na tržištu rada, te su ove posljednje predmet analize u ovom radu. Strategije EU daju smjerove državama članicama za odgovarajuća prilagođavanja u okviru njihovih ekonomskih i socijalnih politika, a smjernice koje se donose u okviru strategija preciznije utvrđuju pravce za države članice u reguliranju politike zapošljavanja. Pasivne mjere zapošljavanja odnosno pasivne politike na tržištu rada predstavljaju mjere kojima se želi pomoći nezaposlenim osobama da osiguraju egzistenciju u određenom periodu, dok su izvan tržišta rada. Najčešće se to čini putem isplate naknade za nezaposlenost, koja čini jednu od osnovnih pasivnih mjera na tržištu rada, ali postoje i druge vrste ovih mjera, kao što su naknade koje se isplaćuju kao socijalna pomoć nezaposlenim licima kako bi održali egzistencijalni minimum, zatim kompenzacije radnicima koji su otpušteni kao tehnološki višak, kompenzacije radnicima usljed prestanka radnog odnosa kao jedne od posljedica otvaranja stečajnog postupka, privremeno penzionisanje i sl. Autorica u radu analizira ulogu i značaj ovih mjera u zaštiti položaja nezaposlenih lica u Evropskoj uniji.

Ključne riječi: pasivne mjere zapošljavanja, tržište rada, unutrašnje tržište, Evropska unija, nezaposlenost, politika zapošljavanja

1. Uvod

Primjena mjera zapošljavanja potaknuta je nastankom ekonomskih kriza, pa se u tim okolnostima najviše i koriste, a ovo pitanje aktuelizirano je pojavom krize na tržištu rada uzrokovane pandemijom COVID-19. U ovakvim kriznim situacijama najprije se poseže za tzv. pasivnim mjerama zapošljavanja kao što su najčešće naknade za nezaposlenost, kako bi se pomoglo korisnicima ovih prava da osiguraju ispunjenje minimalnih životnih potreba.

Mjere zapošljavanja na tržištu rada dijele se na aktivne i pasivne mjere. U ovom radu predmet analize su pasivne mjere zapošljavanja i njihov značaj u zaštiti položaja nezaposlenih lica na području Evropske unije (u daljem tekstu EU). Radi se o mjerama kojima se želi privremeno pomoći nezaposlenim licima dok ne nađu novi posao, u pravilu bez obaveze njihovog aktivnog uključivanja u određene programe i politike. Država, na ovaj način, koristeći budžetska sredstva, uglavnom omogućava isplatu naknade za vrijeme trajanja nezaposlenosti ili primjenjuje drugi oblik pasivnih mjera, uz određene uslove, ali ne predviđajući nikakve aktivnosti za olakšavanje pronalaženja posla nezaposlenim licima. Ova naknada vezuje se za sistem socijalnog osiguranja za slučaj nezaposlenosti, te se isplaćuje u situaciji nastupanja osiguranog rizika.¹ Ovdje zaposlenici dio svoje plaće usmjeravaju na plaćanje navedenog vida osiguranja, te će ukoliko ostanu bez posla imati pravo da primaju određeni iznos naknade za nezaposlenost tokom određenog vremenskog perioda. Ostvarenje ovog prava obično se vezuje za ispunjavanje uslova koji se tiču prethodnog zaposlenja, dužine trajanja zaposlenja, uplate doprinosa i sl.

„Osiguranje nezaposlenih je uobičajeni program javne podrške primanjima u razvijenim zemljama, i tradicionalno pokriva većinu zaposlenih lica, bez obzira na profesiju i sektor rada. Posljednjih decenija zemlje u tranziciji su takođe uvele programe osiguranja za slučaj gubitka zaposlenja, a njihov razvoj je sve prisutniji i u zemljama u razvoju.“²

Strategije EU daju smjerove državama članicama za odgovarajuća prilagođavanja u okviru njihovih ekonomskih i socijalnih politika, a smjernice koje se donose u okviru strategija preciznije utvrđuju pravce za države članice u reguliranju politike zapošljavanja. U skladu sa navedenim u EU je uspostavljena precizna metodologija mjera zapošljavanja, na osnovu čega sve države članice dostavljaju izvještaje u skladu sa klasifikacijom u okviru ove metodologije i time se dobiva jedinstveni prikaz preduzetih mjera zapošljavanja izloženih prema istim principima za svaku državu članicu. Na osnovu toga izvršena je klasifikacija mjera zapošljavanja koja obuhvata, pored aktivnih, i pasivne mjere zapošljavanja na tržištu rada.

1 Ovdje je riječ o socijalnom osiguranju nezaposlenih, ali uz napomenu da je u državama Evropske unije, kao i u Evropi generalno postao veoma rasprostranjen u upotrebi pojam „socijalna zaštita“ koji obuhvata i zaštitu nezaposlenih lica.

„Pojam „socijalna zaštita“ (social protection, protection sociale) u Evropi se sve više koristi u širokom značenju. Socijalna zaštita tako obuhvaća sve državne i druge mjere i mehanizme kojima je cilj zaštita socijalno ranjivih grupa, kao što su stari, bolesni, invalidi, nezaposleni, siromašni, porodice s djecom i sl. Takvo poimanje socijalne zaštite u upotrebi je u dokumentima Evropske unije i Vijeća Evrope.“ Puljiz Vlado, Organizacija socijalne zaštite u Europskoj uniji, Revija za socijalnu politiku., God. 7, Br. 3-4, Zagreb, 2000., (363-370) str. 363.

2 Vuković Drenka, Socijalna politika Evropske unije, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011., str. 184.

2. Pasivne mjere zapošljavanja – pojam i efekti

Uvođenje i primjena mjera zapošljavanja odnosno politika na tržištu rada (aktivnih i pasivnih) došlo je kao rezultat nastojanja da se njihovim korištenjem isprave nedostaci na tržištu rada i omogući normalno funkcionisanje tržišta rada, te uspostave pozitivni trendovi u njegovom razvoju. Primjena mjera zapošljavanja potaknuta je nastankom ekonomskih kriza, a ovo je pitanje aktuelizirano i pojavom krize na tržištu rada uzrokovane pandemijom COVID-19.

Aktivne i pasivne mjere na tržištu rada odnosno politike na tržištu rada čine veliku grupu različitih mjera, instrumenata i aktivnosti putem kojih se one ispoljavaju na tržištu rada. Utvrditi postojanje objektivne veze između primijenjenih mjera zapošljavanja i određenih rezultata na tržištu rada nije uvijek jednostavno. Može se govoriti o većem ili manjem uticaju, o pozitivnim ili negativnim efektima, ali svakako da mjere zapošljavanja ostavljaju traga na djelovanje tržišta rada. U zavisnosti s kojih aspekata se vrši mjerenje i analiza ovih mjera i njihove učinkovitosti na tržištu rada, stvaraju se i različita mišljenja o njihovim učincima.

Pasivne mjere zapošljavanja odnosno pasivne politike na tržištu rada predstavljaju mjere kojima se želi pomoći nezaposlenim osobama da osiguraju egzistenciju u određenom periodu, dok su izvan tržišta rada. Najčešće se to čini putem isplate naknade za nezaposlenost, koja čini jednu od osnovnih pasivnih mjera na tržištu rada. Osim isplate naknade za nezaposlenost kao prestacije u okviru osiguranja za slučaj nezaposlenosti, postoje i druge vrste ovih mjera, kao što su naknade koje se isplaćuju kao socijalna pomoć nezaposlenim licima kako bi održali egzistencijalni minimum, zatim kompenzacije radnicima koji su otpušteni kao tehnološki višak, kompenzacije radnicima usljed prestanka radnog odnosa kao jedne od posljedica otvaranja stečajnog postupka, privremeno penzionisanje i sl.

„U literaturi, ‘aktivne’ politike tržišta rada se razlikuju od ‘pasivnih’ politika tržišta rada. ‘Pasivne’ politike se bave pružanjem zamjenskog prihoda tokom razdoblja nezaposlenosti ili traženja posla, dok ‘aktivne’ politike naglašavaju (re)-integrisanje tržišta rada. Pasivne politike uključuju osiguranje za nezaposlenost i pomoć, i mjere ranog penzionisanja; aktivne mjere uključuju obuku na tržištu rada, mjere otvaranja novih radnih mjesta, podršku za aktivno traženje posla, subvencije za zapošljavanje, podršku za stvaranje preduzeća među nezaposlenima itd. APTR (aktivne politike na tržištu rada op. a. E.H.) pojavile su se u velikom obimu u poslijeratnom periodu inicijalno u Skandinaviji.“³

„Naknada za nezaposlenost i druge mjere pasivnih politika na tržištu rada stalna su tema kreatora politika zbog njihove kontroverznosti u smislu koliko

3 Meager Nigel, The Role of Training and Skills Development in Active Labour Market Policies, IES Working Paper: WP15, april 2008., str. 3.

stvarno utiču na porast zaposlenosti, a koliko opterećuju, kako same zaposlenike i njihova primanja, tako i državu i njen ekonomski razvoj.⁴⁴

Zaista, pitanje primjene pasivnih mjera zapošljavanja zaokuplja kako teoretičare, tako i institucije koje učestvuju u stvaranju politika, u kontekstu utvrđivanja realnih efekata ovih mjera. One, s jedne strane, djeluju ohrabrujuće za njihove korisnike koji se nađu u situaciji da više nemaju posao i ugrožena im je egzistencija, pa bi privremena primjena ovih mjera mogla da utiče na stvaranje osjećaja sigurnosti dok je nezaposlena osoba u potrazi za novim zaposlenjem. S druge strane, mnogo se govori i o destimulirajućem efektu ovih mjera, koje mogu djelovati kao siguran i dovoljan dohodak za nezaposlene koji u zavisnosti od visine naknade za nezaposlenost ili nekih drugih pasivnih mjera, stvarno može da odvraća nezaposlene od traženja posla ili prihvatanja već ponuđenog posla.

„PPTR (pasivne politike tržišta rada – op. a. E.H.) imaju dvosmislen efekat na učinak tržišta rada. S jedne strane, one su korisne za zaštitu standarda nezaposlenih, a s druge strane, one mogu voditi neefikasnosti usklađivanja poslova i padu protoka radnika i poslova, većinom zbog smanjenog intenziteta traženja posla i motivacije nezaposlenih.“⁴⁵

„Iskustvo pokazuje da uz postojeće naknade i raširenu neslužbenu privredu u tranzicijskim ekonomijama postoji mala vjerojatnost da primatelji naknada prihvate neki posao koji im nudi ured za zapošljavanje. Velik broj obeshrabrenih radnika, posebno onih s niskom stručnom spremom ili zdravstvenim problemima, odlučio se za socijalnu pomoć koju obično dopunjavaju radom u neslužbenoj privredi. Taj problem stvara velike teškoće brojnim stručnjacima socijalne politike, koji najčešće ističu kako je potrebno smanjiti socijalne naknade i prisiliti takve radnike da se ponovno vrate na tržište rada. Međutim, oni često ni u novim okolnostima ne uspijevaju pronaći posao. Smanjivanje socijalnih naknada tako bi uticalo na daljnje pogoršanje položaja nekvalificiranih radnika i onih koji su u nepovoljnom položaju te često ne bi rezultiralo njihovim zapošljavanjem.“⁴⁶

„Drugu vrstu problema u zemljama Srednje i Istočne Evrope identificirao je CS-EM. Ustvari, glavna smetnja u borbi protiv dugotrajne nezaposlenosti koja, pored ostaloga, smanjuje šanse za uspjeh lokalnih projekata, sveprisutni je rad „na crno“ ili siva ekonomija, te nepostojanje koherentnog pristupa u rješavanju

4 Hadžić Mehmed, Individualna i kolektivna prava na radu i u vezi sa radom i fleksibilnost u radnom zakonodavstvu, doktorska disertacija, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo, oktobar 2012., str. 16.

5 Fialová K; Schneider O., (2009). Labor market institutions and their effect on labor market performance in the new EU member countries. *Eastern European Economics*, 47(3), 57-83., prema: Laporšek Suzana; Primož, Dolenc, Do Flexicurity Policies Affect Labour Market Outcomes? An Analysis of EU countries, *Revija za socijalnu politiku*, God. 19, Br. 2, Zagreb, 2012., (107-130). str. 112.

6 Obadić Alka, Utjecaj aktivnih i pasivnih politika na tržište rada, *Financijska teorija i praksa*, 27 (4) (529-546), str. 534.

međusobno povezanih problema, kao što je paralelna ekonomija, niski dohoci i slaba ciljanost socijalnih davanja.⁴⁷

Ne može se isključiti postojanje dobrih strana pasivnih mjera zapošljavanja, a niti potpuno eliminisati ni njihove negativne uticaje, jer uspostavljanjem šema za osiguranje nezaposlenih lica, država brine za dobrobit svojih građana putem osiguranja barem minimalne egzistencije za nezaposlena lica i time istovremeno pomaže i članove njihovih porodica. Država treba voditi računa prilikom kreiranja politika na tržištu rada, da pasivne politike ostvare svoju svrhu uz što manje opterećenje zaposlenih, poslodavaca i institucija. U tom smislu, treba razmisliti o načinu kako bi se potrebna sredstva trebala prikupljati, čime bi se pokušali smanjiti tereti za sve učesnike u tom procesu, a i rashodi za državni budžet. U svakom slučaju, bitno je postojanje određenog sistema socijalne zaštite nezaposlenih za vrijeme dok su u potrazi za novim zaposlenjem, uz ispunjenje određenih uslova, tako da bi kombinovanom primjenom aktivnih i pasivnih mjera zapošljavanja, trebalo osigurati preduslove za postizanje željenih rezultata na tržištu rada.

„U većini studija ističe se da prava po osnovu osiguranja nezaposlenih povećavaju trajanje perioda nezaposlenosti korisnika, iako obim ovih efekata još nije pouzdano utvrđen. Beneficije takođe doprinose postojanosti nezaposlenosti, a njihovi efekti po restrukturiranje i rast su manje istraženi. Dokazi o nekim drugim efektima, kao što je uticaj beneficija na zaradu nakon nezaposlenosti ocjenjuju se kao manje značajni. Ipak se ističe da postoje ubjedljivi dokazi o negativnim efektima osiguranja nezaposlenih, mada njihov obim nije precizno utvrđen, jer na to utiče niz specifičnosti tržišta rada u zemljama članicama Unije.“⁴⁸

„Pasivna politika tržišta rada odnosi se na plaćanje za nezaposlenost i ostale povezane beneficije ljudima bez posla. Sve države OECD-a imaju sisteme novčane pomoći za ljude koji proživljavaju nezaposlenost, dijelom zasnovano na socijalnom osiguranju za one sa iskustvom sa tržišta rada, ali sa povlačenjem programa socijalne pomoći za one koji ne ispunjavaju uvjete za beneficije po osnovu osiguranja. Bilo da su bazirana na osiguranju ili na pomoći, mogu se razlikovati dva aspekta pasivne politike tržišta rada. Prvi je velikodušnost samih beneficija, često prezentovan kao odnos zamjene gdje je primanje izvan rada izraženo kao procenat primanja na radu. Drugi se odnosi na uslove izbora za primanje beneficija.“⁴⁹

Potrebno je, u kontekstu analize mjera zapošljavanja, ukazati na činjenicu da druge politike utiču na politike tržišta rada (aktivne i pasivne) kao dio politike zapošljavanja, kao što su uticaji socijalne politike, ekonomske politike,

7 Vijeće Evrope (Council of Europe), prevod trećeg poglavlja dokumenta Pristup socijalnim pravima u Evropi: stvarno stanje (Accès aux droits sociaux en Europe, 2002., str. 33-53), Revija za socijalnu politiku, God. 10, Br. 2, Zagreb, 2003, (199-215) str. 203. Preveo s francuskog jezika Puljiz Vlado.

8 Vuković D., Socijalna politika Evropske unije, op.cit., str. 188.

9 Robinson, P. (1998) Beyond Workfare: Active Labour?Market Policies. IDS Bulletin 29(1): 86-93, str. 90-91., str. 86-87. Preuzeto sa: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/9176/IDSB_29_1_10.1111-j.1759-5436.1998.mp29001010.x.pdf?sequence=1&isAllowed=y Pristupljeno: 5.11.2021.

te poreske politike. S obzirom da je socijalna politika dio ekonomske politike, a opet u okviru ekonomske politike značajnom se smatra i poreska politika, to se može govoriti o postojanju međusobnog odnosa ovih politika sa politikom zapošljavanja, a preko nje i uticaja na politiku tržišta rada. U tom smislu moglo bi se putem korekcije određenih vidova oporezivanja dohodka uticati na ukupni iznos sredstava za provođenje pasivnih mjera zapošljavanja, odnosno na visinu naknada za nezaposlene, te nivo opterećenja poslodavaca i zaposlenika. Ukoliko bi se smanjila stopa oporezivanja dohodka radnika, za taj iznos bi se mogla povećati izdvajanja iz dohodka za osiguranje za slučaj nezaposlenosti.

3. Pasivne mjere zapošljavanja u Evropskoj uniji

U EU se usvajaju strategije koje daju smjerove državama članicama za određena prilagođavanja u okviru ekonomskih i socijalnih politika, dok smjernice koje se usvajaju u okviru tih strategija utvrđuju pravce za države članice u reguliranju politike zapošljavanja. Države trebaju da u svojim nacionalnim sistemima usvajaju strategije za primjenu mjera zapošljavanja, a koje moraju biti jasne i precizne. Pored toga, u EU je uspostavljena i precizna metodologija mjera zapošljavanja, na osnovu koje sve države članice dostavljaju izvještaje koji prate klasifikaciju određenu navedenom metodologijom i tako se dobiva jedinstveni prikaz preduzetih mjera zapošljavanja (tri kategorije intervencija: usluge na tržištu rada, mjere i potpore) izloženih prema jednakim principima za svaku pojedinu državu članicu. U skladu s tim izvršena je klasifikacija mjera zapošljavanja koja obuhvata, pored aktivnih, i pasivne mjere zapošljavanja na tržištu rada.

Prema metodologiji u EU, klasifikacija mjera zapošljavanja u okviru pasivnih mjera obuhvata tzv. treću grupu intervencija na tržištu rada. U skladu s tim, ove intervencije čine potpore, te se ovdje prepoznaju sljedeće podgrupe u okviru ove kategorije:¹⁰

1. Održavanje prihoda za nezaposlene i podrška

- a. Naknade za slučaj nezaposlenosti
 - i. Osiguranje za slučaj nezaposlenosti
 - ii. Pomoć za slučaj nezaposlenosti
- b. Parcijalne naknade za slučaj nezaposlenosti
- c. Naknade za slučaj nezaposlenosti za rad sa nepunim radnim vremenom
- d. Kompenzacija za otpuštanje viška radnika
- e. Kompenzacija za stečaj

2. Prijevremeno penzionisanje

- f. Uslovno
 - i. Puno
 - ii. Parcijalno

¹⁰ Podjela i objašnjenje mjera treće grupe politika preuzeto iz: European Commission, Labour market policy statistics: Methodology 2018., str. 20-22.

a. Bezuslovno

i. Puno

ii. Parcijalno

Održavanje i potpora prihoda za nezaposlene pokriva potpore koje su usmjerene na to da kompenziraju pojedinca za gubitak plaće i zarade putem pružanja naknada u kešu kada:

- Osoba je sposobna za rad i dostupna za rad ali nije sposobna da pronađe odgovarajuće zaposlenje;
- Osoba je otpuštena ili primorana da radi sa nepunim radnim vremenom ili je na drugi način privremeno besposlena iz ekonomskih ili drugih razloga (uključujući sezonske efekte)
- Osoba je izgubila njegov/njen posao zbog restrukturiranja ili slično (kompenzacija za otpuštanje viška radnika).

Naknade za slučaj nezaposlenosti su naknade kojima se kompenzira gubitak zarada gdje je osoba sposobna za rad i dostupna za rad ali nije sposobna naći odgovarajuće zaposlenje, uključujući osobe koje nisu ranije bile zaposlene. Osiguranje za slučaj nezaposlenosti pokriva naknade koje se plaćaju radnicima koji zadovoljavaju kriterije za članstvo u šemi za osiguranje nezaposlenih. Naknade se obično plaćaju za ograničeni period. Pomoć za slučaj nezaposlenosti pokriva naknade koje se plaćaju radnicima koji ili ne zadovoljavaju kriterije za članstvo u šemi za osiguranje nezaposlenih ili koji su prekoračili vrijeme određeno za korištenje prava na naknade iz osiguranja nezaposlenih. Pomoć za slučaj nezaposlenosti je redovno podvrgnuta testiranju. Parcijalne naknade za slučaj nezaposlenosti pokrivaju naknade kojima se kompenzira gubitak plaće ili zarade zbog formalno kratkoročnih radnih angažmana, i/ili naizmjeničnih radnih rasporeda, bez obzira na njihovu svrhu (poslovna recesija ili usporavanje, kvar opreme, klimatski uslovi, nesreće itd), i gdje se odnos poslodavac/zaposlenik nastavlja. Naknade za slučaj nezaposlenosti je kategorija koja pokriva naknade koje se plaćaju osobama koje rade nepuno radno vrijeme koje su izgubile posao sa punim radnim vremenom ili dodatni posao sa nepunim radnim vremenom i koje traže da rade više sati. Kompenzacija za otpuštanje viška radnika pokriva kapitalne sume isplaćene iz javnih fondova zaposlenicima koji su bili otpušteni bez njihove krivice od strane preduzeća koje prekida ili smanjuje svoju djelatnost. Kompenzacija za stečaj pokriva kapitalne sume isplaćene iz javnih fondova da kompenziraju zaposlenike za plaće koje nisu isplaćene od poslodavca zbog stečaja/insolventnosti.

Prijevremeno penzionisanje pokriva potpore koje olakšavaju puno ili parcijalno rano penzionisanje starijih ljudi za koje se pretpostavlja da imaju male šanse u pronalaženju posla ili čije penzionisanje olakšava plasiranje nezaposlene osobe ili osobe iz druge ciljane grupe. Uslovno rano penzionisanje pokriva potpore koje olakšavaju rano penzionisanje starijih radnika i koje obavezuju poslodavca da zamijeni penzionisanog sa nezaposlenom osobom ili osobom iz druge ciljane grupe. Puno uslovno rano penzionisanje pokriva slučajeve uslovnog

ranog penzionisanja gdje se stariji radnik u cijelosti penzioniše i prestaje biti aktivan u radnoj snazi. Parcijalno uslovno rano penzionisanje pokriva slučajeve uslovnog ranog penzionisanja gdje stariji radnik smanjuje radne sate ali ostaje zaposlen. Bezuslovno rano penzionisanje pokriva potpore koje olakšavaju rano penzionisanje starijih osoba, i za one koji se penzionišu, gdje nema obaveze za poslodavca da zamijeni penzionisanog. Puno bezuslovno rano penzionisanje pokriva slučajeve bezuslovnog ranog penzionisanja gdje se starija osoba u cijelosti penzioniše i prestaje biti aktivna u radnoj snazi. Parcijalno bezuslovno rano penzionisanje pokriva slučajeve bezuslovnog ranog penzionisanja gdje stariji radnik smanjuje radne sate ali ostaje zaposlen.

U kontekstu poduzimanja mjera zapošljavanja, u pogledu odnosa aktivnih i pasivnih mjera zapošljavanja „bitno je napomenuti da izdvajanja ovisе o cikličkim kretanjima u kojima se ekonomije nalaze, tako se naknade za nezaposlenost povećavaju tokom recesije, a smanjuju u razdobljima ekspanzije, a potrošnja na mjere aktivne politike tržišta rada ovisi o fiskalnom prostoru. Porast potrošnje na aktivne politike u zemljama EU posljednjih godina je logičan ishod kako bi se ublažili trenutačni negativni trendovi na tržištu rada“¹¹.

Veća primjena aktivnih mjera zapošljavanja karakteristična je za države sa većom stopom zaposlenosti i sa manjim problemima u kretanju stope nezaposlenosti. Dok, s druge strane, države kod kojih je zabilježeno veće ulaganje u pasivne mjere zapošljavanja nego u aktivne mjere, pokazuju nestabilnosti, u pogledu niske stope zaposlenosti, posebno određenih kategorija osoba, te negativna kretanja stope nezaposlenosti. Usmjeravanje mjera zapošljavanja ka određenim ugroženim grupama na tržištu rada, kao i veća primjena određenih vrsta i oblika ovih mjera može imati velike pozitivne uticaje na unutrašnje tržište EU, a preko toga i na tržišta rada država članica.

4. Uticaj mjera zapošljavanja na unutrašnje tržište Evropske unije

Ekonomska i finansijska kriza stvorila je značajne probleme na unutrašnjem tržištu EU i na tržištima rada država članica. To je razlog zbog kojeg je reforma na tržištu rada, posebno u uslovima ekonomske krize, podrazumijevala novi pristup politici tržišta rada kao integralnom dijelu politike zapošljavanja.

„Evropska unija u globalnim razmjerima sve više djeluje kao najveće homogeno tržište. Međutim, i pored određenih pozitivnih trendova nisu je zaobišli negativni efekti globalizacije.“¹²

Analiza ovih politika pokazuje da je politika tržišta rada bitan segment šire i sveobuhvatnije politike zapošljavanja. EU je primijenila različite mjere i programe sa ciljem provođenja reformi na tržištu rada u uslovima nastale ekonomske krize,

11 Gotovac V., Strategije potpore za oporavak od krize u jugoistočnoj Europi; Ocjena Republike Hrvatske, Global Jobs Pact, Budapest, ILO, str. 11.-12., prema: Bilić Nikolina; Jukić Marijana, Nezaposlenost mladih – ekonomski, politički i socijalni problem s dalekosežnim posljedicama za cjelokupno društvo, Pravni vjesnik, časopis za pravne i društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, GOD. 30 BR. 2, 2014., (485-505) str. 497-498.

12 Korjenić Omer, Globalizacija i tržište rada, IC Štamparija Mostar, Mostar, 2015., str. 40.

ispravljaajući nastale tržišne poremećaje. Svakako da je u tom smislu najbitnije bilo usvajanje u 2010. godini Strategije Evropa 2020 *za pametan, održiv i uključiv rast*¹³, sa odgovarajućim ciljevima, te vodećim inicijativama i smjernicama.

„Strategija Evropa 2020, po kojoj bi Evropska unija trebalo da postane najkonkurentnija i najdinamičnija ekonomija svijeta zasnovana na znanju, te sposobna za održivi ekonomski rast s najvećom stopom zaposlenosti i snažnom ekonomskom i socijalnom kohezijom, promovira proaktivni odgovor na izazove koje postavlja globalizacija, prije svega oslanjajući se na napredne obuke i stručno osposobljavanje i usavršavanje radne snage usklađene sa zahtjevima poslovnih subjekata. Određene zemlje su se već primakle zacrtanim ciljevima iz ove strategije kada je u pitanju zapošljavanje.“¹⁴

U okviru postavljenih ciljeva Strategije države članice ostvaruju odgovarajuće nacionalne ciljeve prilagođene svakoj konkretnoj nacionalnoj situaciji, te su dužne da postupaju u skladu sa osnovnim smjernicama iz oblasti zapošljavanja i ekonomskih politika. Ali i države su obavezne da redovno izvještavaju Evropsku komisiju o napretku (putem Nacionalnih reformskih programa i Programa stabilizacije odnosno konvergencije i sl.), putem kojih izvještaja se pokazuje koliko su države članice napredovale u regulisanju ekonomskih i socijalnih politika odnosno stanja na tržištu rada, te da li su postupile u skladu sa eventualnim preporukama Vijeća EU. Države članice dobivaju odgovarajuću ocjenu svojih nacionalnih programa kroz izvještaje Komisije, te na osnovu preporuka Vijeća mogu da saniraju propuste i učine nove korake za popravljavanje situacije na tržištu rada.

„Jedan od temeljnih izazova Evropske komisije je dugoročno postizanje održive budućnosti koje nije moguće bez ostvarivanja kratkoročnih planova u svim državama članicama, poput uspješnog izlaska iz krize i smanjenja nezaposlenosti. Povratak Evrope na pravi put ujedno je i cilj strategije Evropa 2020 kojoj je prioritet ostvarivanje pametnog, održivog i uključivog rasta te pretvaranje Evropske unije u ekonomiju koja će ostvarivati visoke stope zaposlenosti, produktivnosti i društvene povezanosti. Postoji opći konsenzus kako bi sve članice EU trebale biti složne oko ograničenog broja glavnih ciljeva za 2020. godinu, te da oni moraju biti mjerljivi i moći odražavati raznolikost situacija u državama članicama.“¹⁵

Ekonomska kriza iz 2008. godine ostavila je značajne posljedice na tržišta rada, produbljujući probleme sa zaposlenošću, posebno ugroženih kategorija nezaposlenih osoba. Tako je uočeno da države članice imaju dosta problema sa nezaposlenošću mladih kao i dugotrajnom nezaposlenošću. Dugotrajna nezaposlenost vodi ka socijalnim problemima, prije svega siromaštvu, koje potiče na socijalne nemire i stvara socijalne napetosti, koje se mogu ublažiti i

13 Strategija je predstavljena u Komunikaciji Evropske komisije od 03. marta 2010. godine. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final.

14 Korjenić O., op. cit., str. 114-115.

15 Bilić N; Jukić M., op.cit., str. 494.

unapređenjem funkcija tržišta rada zbog čega je reforma na tržištu rada nužna.

„U nekoliko posljednjih desetljeća u Evropi općenito su se povećali nezaposlenost, siromaštvo i nejednakost, iako je bilo razdoblja (posebno krajem 1980-ih) i zemalja (na primjer Austrija, Holandija i Danska) gdje se socijalno stanje poboljšalo ili barem nije pogoršalo. U gotovo svim članicama EU najvažniji čimbenik koji pridonosi siromaštvu i socijalnoj isključenosti jest nezaposlenost, pogotovo dugotrajna, odnosno isključenost iz svijeta rada više od 12 mjeseci.“¹⁶

Utjecaj mjera zapošljavanja na unutrašnje tržište EU i tržišta rada država članica ispoljava se u više oblika. Tako se prvi uticaj ogleda u podnošenju odgovarajućih izvještaja država članica prema EU i davanju komentara; zatim jedan od uticaja se sastoji i u utvrđivanju odnosno navođenju naznaka stanja i prakse; osim toga osigurava se i zajednička akcija i razmjena prakse između država članica EU; a ove aktivnosti se preduzimaju u svrhu postizanja ciljeva Strategije Evropa 2020.

5. Zaključak

Primjena mjera zapošljavanja potaknuta je nastankom ekonomskih kriza, a ovo je pitanje aktuelizirano i pojavom krize na tržištu rada uzrokovane pandemijom COVID-19.

U EU je uspostavljena precizna metodologija mjera zapošljavanja, na osnovu koje sve države članice dostavljaju izvještaje koji prate klasifikaciju određenu navedenom metodologijom i tako se dobiva jedinstveni prikaz preduzetih mjera zapošljavanja (tri kategorije intervencija: usluge na tržištu rada, mjere i potpore) izloženih prema jednakim principima za svaku pojedinu državu članicu. U skladu s tim izvršena je klasifikacija mjera zapošljavanja koja obuhvata, pored aktivnih, i pasivne mjere zapošljavanja na tržištu rada.

Pasivne mjere zapošljavanja odnosno pasivne politike na tržištu rada predstavljaju mjere kojima se želi pomoći nezaposlenim osobama, da osiguraju egzistenciju u određenom periodu, dok su izvan tržišta rada. Najčešće se to čini putem isplate naknade za nezaposlenost, koja čini jednu od osnovnih pasivnih mjera na tržištu rada. Osim isplate naknade za nezaposlenost kao prestacije u okviru osiguranja za slučaj nezaposlenosti, postoje i druge vrste ovih mjera, kao što su naknade koje se isplaćuju kao socijalna pomoć nezaposlenim licima kako bi održali egzistencijalni minimum, zatim kompenzacije radnicima koji su otpušteni kao tehnološki višak, kompenzacije radnicima usljed prestanka radnog odnosa kao jedne od posljedica otvaranja stečajnog postupka, privremeno penzionisanje i sl.

Zaista, pitanje primjene pasivnih mjera zapošljavanja zaokuplja kako teoretičare, tako i institucije koje učestvuju u stvaranju politika, u kontekstu utvrđivanja realnih efekata ovih mjera. One, s jedne strane, djeluju ohrabrujuće

¹⁶ Bejaković Predrag, Opasnost od dugotrajne nezaposlenosti u Hrvatskoj, Radno pravo – stručni časopis, septembar 2013, Br. 09/13., (72-81) str. 75.

za njihove korisnike koji se nađu u situaciji da više nemaju posao i ugrožena im je egzistencija, pa bi privremena primjena ovih mjera mogla da utiče na stvaranje osjećaja sigurnosti dok je nezaposlena osoba u potrazi za novim zaposlenjem. S druge strane, mnogo se govori i o destimulirajućem efektu ovih mjera, koje mogu djelovati kao siguran i dovoljan dohodak za nezaposlene koji u zavisnosti od visine naknade za nezaposlenost ili nekih drugih pasivnih mjera, stvarno može da odvrati nezaposlene od traženja posla ili prihvatanja već ponuđenog posla.

Međutim, predviđanje i primjena pasivnih mjera zapošljavanja svakako je značajno u svrhu zaštite položaja nezaposlenih lica. Ne može se isključiti postojanje dobrih strana pasivnih mjera zapošljavanja, a niti potpuno eliminirati ni njihove negativne uticaje, jer uspostavljanjem šema za osiguranje nezaposlenih lica, država brine za dobrobit svojih građana putem osiguranja barem minimalne egzistencije za nezaposlena lica i time istovremeno pomaže i članove njihovih porodica. Država treba voditi računa prilikom kreiranja politika na tržištu rada da pasivne politike ostvare svoju svrhu uz što manje opterećenje zaposlenih, poslodavaca i institucija. U tom smislu, treba razmisliti o načinu kako bi se potrebna sredstva trebala prikupljati, čime bi se pokušali smanjiti tereti za sve učesnike u tom procesu, a i rashodi za državni budžet. U svakom slučaju, bitno je postojanje određenog sistema socijalne zaštite nezaposlenih za vrijeme dok su u potrazi za novim zaposlenjem, uz ispunjenje određenih uslova, tako da bi kombinovanom primjenom aktivnih i pasivnih mjera zapošljavanja, trebalo osigurati preduslove za postizanje željenih rezultata na tržištu rada.

EU je primijenila različite mjere i programe sa ciljem provođenja reformi na tržištu rada u uslovima nastale ekonomske krize, ispravljajući nastale tržišne poremećaje. Svakako da je u tom smislu najbitnije bilo usvajanje u 2010. godini Strategije Evropa 2020 za *pametan, održiv i uključiv rast*¹⁷, sa odgovarajućim ciljevima, te vodećim inicijativama i smjernicama.

U okviru postavljenih ciljeva Strategije države članice ostvaruju odgovarajuće nacionalne ciljeve prilagođene svakoj konkretnoj nacionalnoj situaciji, te su dužne da postupaju u skladu sa osnovnim smjernicama iz oblasti zapošljavanja i ekonomskih politika. Ali i države su obavezne da redovno izvještavaju Evropsku komisiju o napretku (putem Nacionalnih reformskih programa i Programa stabilizacije odnosno konvergencije i sl.), putem kojih izvještaja se pokazuje koliko su države članice napredovale u regulisanju ekonomskih i socijalnih politika odnosno stanja na tržištu rada, te da li su postupile u skladu sa eventualnim preporukama Vijeća EU. Države članice dobivaju odgovarajuću ocjenu svojih nacionalnih programa kroz izvještaje Komisije, te na osnovu preporuka Vijeća mogu da saniraju propuste i učine nove korake za popravljavanje situacije na tržištu rada.

¹⁷ Strategija je predstavljena u Komunikaciji Evropske komisije od 03. marta 2010. godine. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final.

Literatura

1. Bejaković Predrag, Opasnost od dugotrajne nezaposlenosti u Hrvatskoj, Radno pravo – stručni časopis, septembar 2013, Br. 09/13., (72-81)
2. Bilić Nikolina; Jukić Marijana, Nezaposlenost mladih – ekonomski, politički i socijalni problem s dalekosežnim posljedicama za cjelokupno društvo, Pravni vjesnik, časopis za pravne i društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, GOD. 30 BR. 2, 2014., (485-505).
3. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final.
4. Hadžić Mehmed, Individualna i kolektivna prava na radu i u vezi sa radom i fleksigurnost u radnom zakonodavstvu, doktorska disertacija, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo, oktobar 2012.
5. Korjenić Omer, Globalizacija i tržište rada, IC Štamparija Mostar, Mostar, 2015.
6. Laporšek Suzana; Primož, Dolenc, Do Flexicurity Policies Affect Labour Market Outcomes? An Analysis of EU countries, Revija za socijalnu politiku, God. 19, Br. 2, Zagreb, 2012., (107-130).
7. Meager Nigel, The Role of Training and Skills Development in Active Labour Market Policies, IES Working Paper: WP15, april 2008.,
8. Obadić Alka, Utjecaj aktivnih i pasivnih politika na tržište rada, Financijska teorija i praksa, 27 (4) (529-546).
9. Puljiz Vlado, Organizacija socijalne zaštite u Europskoj uniji, Revija za socijalnu politiku., God. 7, Br. 3-4, Zagreb, 2000., (363-370)
10. Robinson, P. (1998) Beyond Workfare: Active Labour?Market Policies. IDS Bulletin 29(1): 86-93, str. 90-91. Preuzeto sa: https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/123456789/9176/IDSB_29_1_10.1111-j.1759-5436.1998.mp29001010.x.pdf?sequence=1&isAllowed=y
11. Vijeće Evrope (Council of Europe), prevod trećeg poglavlja dokumenta Pristup socijalnim pravima u Europi: stvarno stanje (Accès aux droits sociaux en Europe, 2002., str. 33-53), Revija za socijalnu politiku, God. 10, Br. 2, Zagreb, 2003, (199-215) str. 203. Preveo s francuskog jezika Puljiz Vlado
12. Vuković Drenka, Socijalna politika Evropske unije, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011.

Emina Hasanagić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

PASSIVE EMPLOYMENT MEASURES ON THE LABOR MARKET OF THE EUROPEAN UNION

Abstract: A precise methodology of employment measures has been established in the European Union, on the basis of which all Member States submit reports that follow the classification determined by this methodology and thus obtain a unique overview of employment measures (three categories of interventions: labor market services, measures and support) according to the same principles for each Member State. Accordingly, the classification of employment measures was performed, which includes, in addition to active, passive employment measures on the labor market, and the latter are the subject of analysis in this paper. EU strategies provide guidance to Member States on appropriate adjustments in their economic and social policies, and the guidelines adopted in the Strategies set out more precisely the directions for Member States in regulating employment policy. Passive employment measures or passive labor market policies are measures that are intended to help the unemployed to ensure their livelihood in a certain period, while outside the labor market. This is most often done through the payment of unemployment benefits, which is one of the basic passive measures in the labor market, but there are other types of these measures, such as benefits paid as social assistance to the unemployed to maintain subsistence, then compensation to workers who were dismissed as technical redundancy, compensation to workers due to termination of employment as one of the consequences of opening bankruptcy proceedings, temporary retirement, etc. The author analyzes the role and importance of these measures in protecting the position of unemployed persons in the European Union.

Keywords: passive employment measures, labor market, internal market, European Union, unemployment, employment policy

Dr. sc. Ivana Grubešić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Mr. iur. Amna Hrustić, viša asistentica

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

PRAVO NA ZDRAVLJE I ZDRAVSTVENU SKRB U KONTEKSTU COVID-19 PANDEMIJE

Sažetak: Pravo na zdravlje kao jedno od ljudskih prava mora se u svom punom obimu implementirati u javnu zdravstvenu politiku i kao takvo pretpostavlja određene aktivne mjere poduzete od strane države. Normirano je u brojnim pravnim instrumentima međunarodnog prava ljudskih prava, te se usko vezuje sa drugim pravima socijalnog predznaka - prava na socijalnu i medicinsku pomoć, odgovarajući životni standard, itd. Navedena prava dobivaju novu dimenziju, a potreba za načinom njihovog normiranja postaje evidentna u uslovima COVID-19 pandemije. Predmet ovog istraživanja će biti određenje obima prava na zdravlje i prava na zdravstvenu skrb u uslovima pandemije. Naglasak je na određenju u kom obimu su poduzete vanredne mjere prije svega od strane država Evrope u skladu sa predviđenim obavezama država u kontekstu adekvatne primjene prava, odnosno, u kojoj mjeri su iste narušene. Istraživanju će posebnu dimenziju dati i kritičko preispitivanje usvojenih mjera u okviru Revidirane Evropske socijalne povelje i Izjave o tumačenju o pravu na zaštitu zdravlja u vrijeme pandemije usvojene od strane Evropskog odbora za socijalna prava.

Ključne riječi: zdravlje, zdravstvena skrb, pandemija, Revidirana Evropska socijalna povelja, javno zdravlje

I Uvod

Pravo na zdravlje, odnosno zdravstvenu skrb, predstavlja jedno od najvažnijih ljudskih prava u sistemu ljudskih prava uopće. Kao takvo, prepoznato je u velikom broju međunarodnih i regionalnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, kao i u nacionalnim sistemima zaštite. Neovisno o tome, pitanje zaštite javnog zdravlja jedan je od važnijih razloga opravdanja za lišavanje ili ograničavanje drugih ljudskih prava (osim apsolutnih prava, koja ne mogu biti predmet ograničenja).¹

Stanja hitnosti, epidemije, te pandemije su vanredna i posebno zahtjevna stanja u smislu obaveza država da donose odgovarajuće mjere koje će zaštititi javno zdravlje uz paralelno proporcionalno i legitimno ograničavanje ljudskih

1 M.Paunović/B.Krivokapić/I.Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 73.

prava. Ovo za države predstavlja izrazito težak zadatak, naročito u potpuno novim situacijama kada ni sudska praksa još uvijek nema odgovor.

Pandemija COVID-19 virusa otvorila je niz spornih pravnih pitanja u kontekstu zaštite ljudskih prava među kojima su najeklatantniji primjeri pravo na obrazovanje i pravo na slobodu kretanja. Ipak, iako se čini da je pravo na zdravlje postalo dominantno pravo u ovoj situaciji zbog kojeg dolazi do ograničenja drugih ljudskih prava, upravo ova ograničenja su dovela do težeg pristupa zdravstvenoj skrbi velikog broja pacijenata. Na koji način će ovo izvjesno auto-ograničenje ljudskog prava biti posmatrano u pravnoj doktrini i sudskoj praksi je pitanje o kojem će tek biti raspravljano.

II Pravo na zdravlje u međunarodnom pravu ljudskih prava

Pravo na zdravlje u međunarodnom pravu ljudskih prava normirano je kao ljudsko pravo u odredbi člana 12. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966.godine², dok je u Evropskoj socijalnoj povelji iz 1961. godine³, u odredbi člana 11, normirano pravo na zdravstvenu skrb. U navedenoj Povelji, sadržano je još jedno srodno pravo – pravo na socijalnu i medicinsku pomoć, normirano u odredbi člana 13. Odredba člana 25. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine⁴, predviđa svačije pravo na životni standard adekvatan njegovom zdravlju, posebno izdvajajući majke i djecu.

Navedena prava dobivaju novu dimenziju, a potreba za načinom njihovog normiranja postaje evidentna u uslovima COVID-19 pandemije.

To je ujedno bio i povod da Evropski odbor za socijalna prava - tijelo nadležno za nadzor provedbe Evropske socijalne povelje, izda svoju Izjavu o tumačenju o pravu na zaštitu zdravlja u vrijeme pandemije, 22. aprila 2020. godine (o čemu će naknadno biti riječi). Nešto ranije 30. januara 2020. godine, generalni direktor Svjetske zdravstvene organizacije (WHO) proglasio je stanje “*hitne zdravstvene situacije od međunarodnog značaja*”.⁵

U ovom kontekstu nužno je razmotriti pojam prava na zdravlje odnosno zdravstvenu skrb, odnosno koje garancije sadržava ovo pravo svakog čovjeka. Od međunarodnog značaja je tumačenje usvojeno od strane Ureda Visokog predstavnika za ljudska prava o pravu na zdravlje sadržanom u članu 12 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, u vidu Općeg komentara broj 14 koji se odnosi na pravo na najviši mogući zdravstveni standard⁶. Iako ovaj Opći

2 UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3.

3 Council of Europe (CoE), *European Social Charter*, Treaty No. 35., 18.10.1961.

4 UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).

5 [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-mergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-mergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (26.11.2021.)

6 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No.*

komentar ne predstavlja pravno obavezujući dokument, njegov značaj je u tome da predstavlja globalno razumijevanje normativnog sadržaja prava na zdravlje. Ovaj komentar pravo na zdravlje tretira kao temeljno ljudsko pravo neophodno za ostvarivanje drugih ljudskih prava. Proklamuje princip prema kojem svako ljudsko biće ima pravo na uživanje prava na zdravlje u najvišem dostižnom standardu koji vodi dostojanstvenom životu.⁷ Komentar se dalje poziva na sve međunarodne dokumente koji prepoznaju pravo na zdravlje kao ljudsko pravo – od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine do Dodatnog Protokola Američke konvencije o ljudskim pravima u oblasti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava iz 1988. godine⁸, te Bečke deklaracije i Akcionog programa o ljudskim pravima iz 1993. godine.⁹

Prilikom formulisanja odredbe člana 12 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, što i sam Komentar naglašava, zdravlje nije definisano onako kako ga je definisala Svjetska zdravstvena organizacija – kao “*stanje potpune tjelesne, mentalne i socijalne dobrobiti, a ne samo odsutnosti bolesti ili nemoći*”. Standard koji je postavljen u Paktu jeste “*najviši dostižni standard tjelesnog i mentalnog zdravlja*”.¹⁰ Historijat nastanka norme upućuje na intenciju priznanja prava na zdravlje kao prava koje obuhvata širok spektar socio-ekonomskih faktora potrebnih za zdrav život, a koji uključuju temeljne prekrvize poput prehrane, adekvatnog mjesta stanovanja, pristupa pitkoj vodi i odgovarajućim sanitarnim uvjetima, sigurnim i zdravim radnim uvjetima, te zdravom okruženju.¹¹

Pravo na pristup zdravlju u smislu odredbe člana 12 podrazumijeva *dostupnost* (u smislu načina rada i funkcionisanja zdravstvenih ustanova), *pristupačnost* (u smislu mogućnosti pristupa bez diskriminacije, fizičke pristupačnosti i ekonomske pristupačnosti – mogućnosti pacijenata da priušte uslugu, te pristupačnosti informacija), te *prihvatljivost*

14: *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 11 August 2000, E/C.12/2000/4

7 CESCR General Comment No. 14, tačka 1.

8 Organization of American States (OAS), *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (“Protocol of San Salvador”)*, 16 November 1999, A-52.

9 UN General Assembly, *Vienna Declaration and Programme of Action*, 12 July 1993, A/CONF.157/23.

10 Vidjeti Izvještaj Specijalnog Izvjestitelja o pravu svake osobe na uživanje najvišeg dostižnog standarda fizičkog i mentalnog zdravlja, Tlaleng Mofokeng, 21.6-09.7.2021.

11 Čl. 12 (2) Mjere koje će država članica ovog pakta poduzeti u cilju osiguranja punog ostvarenja ovog prava treba da obuhvate mjere potrebne radi osiguranja:

- (a) smanjenje broja mrtvorodne djece i smrtnosti djece, kao i zdrav razvitak djeteta;
- (b) poboljšanje svih vidova higijene sredine i industrijske higijene;
- (c) profilaksije i liječenje epidemičkih, endemičkih, profesionalnih i drugih oboljenja, kao i borbu protiv ovih bolesti;
- (d) stvaranje uvjeta za osiguranje svima ljekarskih usluga i pomoći u slučaju bolesti.

(u smislu zahtjeva da zdravstvene ustanove poštuju medicinsku etiku i kulturološke specifičnosti), te konačno, *kvalitet* (u smislu da zdravstvene ustanove, sredstva i usluge moraju imati određeni nivo kvaliteta).¹²

Svakako je važno pomenuti da se pitanjima prava na zdravlje na određeni način bave i Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom iz 2007. godine¹³, Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine¹⁴, kao i Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena.¹⁵

Konačno, 2005. godine donesene su i Međunarodne zdravstvene uredbe (IHR)¹⁶ koje su pravno obavezujuće, a potom i neobavezujući akti-planovi priprema za pandemiju gripe.¹⁷

U svakom slučaju, ono što je nezaobilazan pokazatelj provedbe i poštovanja prava na zdravlje i zdravstvenu zaštitu, posebno dovedenih u pitanje u vrijeme pandemije, jesu i podaci EuroMOMO - evropske aktivnosti praćenja mortaliteta¹⁸

12 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4), tačka 12.

13 Pravo na zdravstvenu zaštitu normirano je odredbom člana 25, dok je pravo na ravnopravnost i nediskriminaciju normirano odredbom člana 5.

14 Odredbom člana 24 normira se pravo djeteta da uživa najviši standard zdravlja koji je moguće dostići, i da ima pristup institucijama za liječenje i zdravstvenu rehabilitaciju. Stavom 2 istog člana predviđene su mjere koje država treba da poduzme u cilju obezbjeđenja ovog prava: (a) da smanje smrtnost dojenčadi i djece; (b) da obezbijede pružanje potrebne medicinske pomoći i brige za zdravlje svoj djeci, s naglaskom na razvitak primarne zdravstvene zaštite; (c) da se bore protiv bolesti i neuhranjenosti, uključujući, u okviru primarne zdravstvene zaštite, između ostalog, primjenu dostupnih tehnologija i davanje odgovarajuće prehrane i čiste vode za piće, uzimajući u obzir opasnosti i rizike zagađenja čovjekove okoline; (d) da majkama obezbijede odgovarajuću zdravstvenu zaštitu prije i poslije porođaja; (e) da obezbijede da su svi djelovi društva, naročito roditelji i djeca, obaviješteni, da imaju pristup obrazovanju i da im se daje podrška pri korištenju osnovnog znanja o dječijem zdravlju i prehrani, o prednostima dojenja, higijene i ekoloških sanitarija, kao i spriječavanje nesretnih slučajeva; (f) da razvijaju preventivnu zdravstvenu zaštitu, savjetovanje za roditelje, kao i obrazovanje u planiranju porodice i odgovarajuće službe.

3. Države-potpisnice će preduzeti sve efikasne i odgovarajuće mjere da bi se uklonili svi tradicionalni običaji škodljivi po dječije zdravlje. Odredba člana 25 normira mogućnost slanja djeteta u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu radi brige, zaštite ili liječenja njegovog fizičkog ili mentalnog zdravlja.

15 Član 12 CEDAW (UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13).

16 WHO, International Health Regulations (Third Edition), 2005, 58th World Health Assembly, dostupno na: https://www.who.int/health-topics/international-health-regulations#tab=tab_1 (26.11.2021.)

17 <https://www.ecdc.europa.eu/en/seasonal-influenza/preparedness/influenza-pandemic-preparedness-plans> (26.11.2021.);

<https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/influenza/pandemic-influenza/pandemic-preparedness/national-preparedness-plans> (26.11.2021.).

18 <https://www.euromomo.eu/> (24.11.2021.).

koja ima za cilj otkrivanje i mjerenje prekomjerne smrti povezane sa sezonskom gripom, pandemijama i drugim prijetnjama po javno zdravlje.

Kada su u pitanju hitne situacije, sistem mjera za ograničavanje ljudskih prava sadržan je u Vodiču baziranom na Principima iz Sirakuze.¹⁹ Suština ovih principa jeste u tome da bez obzira na prirodu ili ozbiljnost izvanrednog stanja, ograničenja ljudskih prava moraju zadovoljiti standarde zakonitosti, legitimnosti, nužnosti, proporcionalnosti, dokaza i nediskriminacije.²⁰

III Pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb prema EKLJP i RESP

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (u daljem tekstu EKLJP), ne štiti pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb kao ljudsko pravo *per se*. Ovo pravo se tradicionalno samo pominje kao razlog opravdanja ograničenja drugih ljudskih prava (npr. člana 2, 9(2), i čl. 2 4. Protokola uz Konvenciju).²¹

Ipak, ovo ne znači da ovaj pravni instrument nikako ne štiti pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb. U ekstenzivnom tumačenju Konvencije, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) tretira ovaj dokument kao „živi instrument“, te nalazi način zaštite ovog, ali i drugih prava koja nisu eksplicitno priznata kao ljudska prava. U presudi *Brincat i drugi protiv Malte*²², Sud odlučujući o aplikaciji radnika malteškog brodogradilišta koji su godinama bili neposredno izloženi utjecaju azbesta, ustanovio je povredu odredaba članova 2 i 8 (pravo na život i pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), tako što je vlada Malte ispustila da izvrši svoju pozitivnu obavezu prema Konvenciji i poduzme odgovarajuće mjere (u vidu donošenja propisa ili praktičnih mjera) kako bi aplikanti bili na adekvatan način informisani i zaštićeni od rizika po njihov život i zdravlje.

Pravo na zaštitu zdravlja u EKLJP, obuhvaćeno je i odredbom člana 5. koji garantuje pravo na slobodu i sigurnost. U doktrinarnom tumačenju ove odredbe nailazimo dominantno na dva koncepta: prema prvom konceptu pravo na sigurnost se shvata u kontekstu prava na slobodu²³, dok prema drugom konceptu postoji

19 International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (1984).

20 S.A. Zweig *et al.* “Ensuring Rights while Protecting Health: The Importance of Using a Human Rights Approach in Implementing Public Health Responses to COVID-19”, *Health and Human Rights Journal*, https://www.hhrjournal.org/2021/10/ensuring-rights-while-protecting-health-the-importance-of-using-a-human-rights-approach-in-implementing-public-health-responses-to-covid-19/#_edn4 (25.11.2021.)

21 S.D.Bachmann/J.Sanden, “State Responsibility for the (Public) Right to Health and Security in Times of COVID Pandemic: A European Perspective” *7 Indonesian Journal of International & Comparative Law* L 407.

22 Predstavke br.60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 i 62338/11, 24.juli 2014.

23 C.Grabenwarter, *ECHR Commentary*, Art. 5 No. 3, Bloomsbury Publishing, 2014.

pozitivna obaveza države da pruži pojedincu sigurnost u odnosu na druge privatne stranke.²⁴ Drugi koncept je podržan i od strane UN Development Programme (UNDP), koji u svom izvještaju iz 1994. godine navodi koncept prema kojem pravo na sigurnost obuhvata i pravo na zdravstvenu sigurnost.²⁵

ESLJP interpretira Konvenciju na način da prati drugi koncept tumačenja, uspostavljajući pozitivnu obavezu države da obezbijedi sigurnost pojedinaca u slučaju ozbiljne prijetnje javnom zdravlju u vrijeme vanrednih zdravstvenih situacija i pandemije. To konkretno uključuje pravo, ali i obavezu države na primjenu odgovarajućih kontramjera koje mogu uključivati i radikalne mjere poput karantina²⁶, odnosno potpunog ograničavanja kretanja, za slučaj da je takva mjera proporcionalna. Pitanje proporcionalnosti ESLJP procjenjuje u postupku vaganja između zaštićenih prava (tzv. *balancing*).²⁷ Pomenuti postupak vaganja se naravno primjenjuje prilikom ocjenjivanja ograničavajućih mjera kod ljudskih prava koja nisu apsolutna. Konsekventno, ni pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb, ne može se tretirati kao apsolutno pravo, što nadalje znači da može podlijegati legitimnim mjerama ograničenja.

Jedna od najznačajnijih presuda ESLJP koja tematizira pitanje proporcionalnosti ograničavajuće mjere i to mjere izolovanja radi zaštite od širenja virusa jeste presuda *Enhorn protiv Švedske*.²⁸ Aplikant je bio osoba zaražena HIV virusom, koja je taj virus prenijela na drugu mušku osobu tokom seksualne aktivnosti. U međuvremenu je aplikant propustio nekoliko ljekarskih pregleda koje je imao obezbijedene od strane švedske vlade. Aplikant se žalio da je bio podvrgnut prisilnoj izolaciji i nedobrovoljnoj hospitalizaciji, čime mu je povrijeđeno pravo iz člana 5 (1) EKLJP, u sklopu čega je Sud trebalo da ispita zakonitost njegovog zadržavanja zbog prevencije širenja virusa. Sud je ustanovio kršenje prava zbog činjenice da švedske vlasti nisu ispitale mogućnost primjene blažih mjera.

U kontekstu COVID-19 pandemije, evidentno je da se radi o ozbiljnom ugrožavanju javnog zdravlja, te da se prema tome, od država očekuje ozbiljan i adekvatan pristup, koji shodno problemu, mora uključivati i ograničavanja drugih ljudskih prava, uz obavezu da takva ograničenja budu kompatibilna sa EKLJP. Da li su i u kojoj mjeri u praksi primjenjivane blaže mjere od mjera izolacije i potpune zabrane kretanja, pitanje je o kojem će se još značajan vremenski period diskutovati, a mnoge konkretne situacije će zasigurno biti i predmet odlučivanja pred ESLJP.

24 W.Kälín/J.Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2nd edition, Oxford University Press, 2019;

25 UNDP (ed.), *Human Development Report 22, 1994; New Dimensions of Human Security, Human Development Report 36, 1999.*

26 S.D.Bachmann/J.Sanden, op.cit.

27 S.Greer, "Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2 (Jul., 2004), 412-434.

28 *Enhorn v. Sweden*, [2005] E.C.H.R. 56529/00;

Ono što je važno primijetiti u kontekstu ograničavanja ljudskih prava nije samo činjenica da su zbog zaštite javnog zdravlja bila ugrožena ili ograničena druga ljudska prava (poput prava na kretanje, prava na obrazovanje i slično), nego da je primjenom ograničavajućih mjera došlo i do značajnog ograničenja prava na zdravstvenu skrb. Postavlja se pitanje može li se govoriti o izvjesnom obliku auto-ograničenja ovog prava. Evidentno je da veliki broj pacijenata zbog činjenice da su zaraženi virusom COVID-19 ili zbog mjera u ustanovama za pružanje medicinskih usluga, nisu bili u mogućnosti dobiti odgovarajuću zdravstvenu skrb. Takve situacije su dovodile do životne ugroženosti pacijenata, pa čak i smrti. S druge strane, veliki broj pacijenata je medicinsku uslugu dobivao telefonskim ili elektronskim putem, što opet dalje vodi do dva problema: pitanja adekvatnosti takve zdravstvene skrbi u konkretnim slučajevima, te pitanja dostupnosti takvog načina komuniciranja sa zdravstvenim radnicima svim dijelovima populacije.²⁹

Ukoliko postavimo stvari na način da je donošenje mjere zabrane vršenja određene vrste operacije u medicinskoj ustanovi imalo za cilj zaštitu javnog zdravlja zbog sprječavanja širenja virusa pri čemu je to ograničilo druga ljudska prava, to istovremeno može značiti i ograničenja prava na zdravlje i zdravstvenu skrb izvedenog iz odredbe člana 5. Konvencije. Konsekventno, to znači da će pitanje zdravlja i zdravstvene skrbi istovremeno biti i pravo koje se štiti i razlog opravdanja kršenja drugih prava.

Na koji način će ESLJP tumačiti navedeni odnos između prava, pitanje je koje će tek biti predmetom rasprave. Stavovi i praksa ESLJP od posebnog su značaja u potpuno novim situacijama prijetnje pojedinačnoj i javnoj sigurnosti u suočavanju sa zdravstvenim problemima poput epidemija ptičije i svinjske gripe, ebole, te konačno sada i COVID-19 pandemije.

Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine, revidiranom 1996. godine³⁰, na sveobuhvatan način se uređuju minimalni radnopravni i socijalni standardi, čime ona dopunjava katalog građanskih i političkih prava sadržanih u EKLJP. Pravo na zaštitu zdravlja sadržano je kao jedno od osnovnih prava socijalnog predznaka u članu 11, a kojim se predviđa obaveza država potpisnica da direktno, ili u saradnji sa javnim ili privatnim organizacijama, poduzmu niz mjera, a u cilju uklanjanja slučajeva lošeg zdravlja, predviđanja savjetodavne ili obrazovne mogućnosti za promovisanje zdravlja i poticanja individualne odgovornosti u pitanjima zdravlja, i sprečavanja u najvećoj mogućoj mjeri epidemije, endemične i druge bolesti, kao i nezgode. Nužno je istaći da je član 11 u uskoj vezi i sa članovima 2 (pravo na život) i 3 (zabrana mučenja) EKLJP, u smislu nametanja niza obaveza za države potpisnice u cilju obezbjeđenja efikasnog provođenja istih, a što je potvrđeno

29 Ključne vrste javnozdravstvenih intervencija koje su provedene u prvih šest mjeseci pandemije COVID-19 (od 1. januara do 30. juna 2020.), sadržane su u Health Intervention Tracking for COVID-19 (HIT-COVID) bazi podataka. Vidjeti više u: Q. Zheng *et al.*, "HIT-COVID, a global database tracking public health interventions to COVID-19," *Scientific Data* 7/1, 2020, 1–8.

30 CoE, *European Social Charter (revised)*, Treaty No. 163, 03.05.1996.

i u Zaključcima kojima se interpretira član 11³¹ od strane Evropskog komiteta za socijalna prava. Pravo na zaštitu zdravlja se također predviđa i u nizu drugih odredbi Povelje, a u cilju zaštite zdravlja određenih ugroženih grupa lica ili u specifičnim situacijama – član 3 se odnosi na sigurnost i zaštitu zdravlja na radu, član 7 (pravo djece i mladih na zaštitu) i član 17 (pravo djece i mladih na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu) sadrže odredbe koje se odnose na zaštitu zdravlja djece i mladih, član 8 predviđa zaštitu zdravlja trudnica i porodilja, član 23 predviđa zaštitu zdravlja starih osoba.

Vanredna situacija uzrokovana pandemijom COVID-19 virusom rezultirala je uvođenjem posebnih zdravstvenih mjera a u cilju sprečavanja širenja utjecaja pandemije (preventivne mjere) te smanjenjem štetnih posljedica po oboljela lica (kurativne mjere). U ovom pogledu, relevantno je tumačenje člana 11 u datom društvenom i zdravstvenom okruženju izazvanom pandemijom, u pogledu sve tri stavke u okviru kojih se provode obaveze od strane država potpisnica. Tako se prva obaveza država potpisnica, da poduzmu sve mjere u cilju uklanjanja uzroka lošeg zdravlja, kao najšire postavljena obaveza država, pretpostavlja više aspekata/prava – pravo na najviši mogući standard zdravlja i pravo na pristup zdravstvenoj skrbi. Pojam „najvišeg mogućeg standarda zdravlja“ usko je povezan sa standardom života u zemlji i postojećim znanjem dostupnim općenito i u polju medicine, te činjenicom na koji način država odgovara na određene izazove koji mogu biti kontrolisani.³² Pravo na pristup zdravstvenoj skrbi je od ključne važnosti za ostvarenje zaštite zdravlja u uslovima pandemije. Naime, prilikom provođenja određenih mjera tokom pandemije od strane nadležnih vlasti, poput trijaže u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, testiranja, obezbjeđenja zaštitne opreme, zatvaranja (lock-down), bilježenja i informisanja javnosti o broju oboljelih i smrtnih slučajeva, postavlja se pitanje, u kojoj mjeri je razmatran utjecaj navedenih mjera na dostupnost, efikasnost, ravnopravan tretman u pristupu zdravstvenim ustanovama i pravo na zdravstvenu zaštitu u pogledu drugih bolesti (pored COVID-19). Postojeća obaveza prema Povelji, da se obezbijedi pristup zdravstvenoj skrbi podrazumijeva provođenje niza aktivnih mjera od strane nadležnih organa u okviru zdravstvenog sistema a koje se odnose na teret finansiranja zdravstvenih usluga, načela na kojima bi se trebala temeljiti reforma zdravstvenih sistema u evropskim državama, organizaciji pružanja zdravstvene skrbi u kontekstu listi čekanja na pružanje istih, te kadrovskoj i materijalnoj opskrbljenosti koji moraju biti na odgovarajućem nivou i u skladu sa ljudskim dostojanstvom.³³ Načela na kojima se trebaju temeljiti moderni zdravstveni sistemi, kako je istaknuto od strane Parlamentarne Skupštine Vijeća Evrope, u

31 Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11.

32 CoE, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, December 2018, 129.

33 Detaljnije o navedenim stavkama pogledati u: CoE, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 131.

okviru Preporuke br. 1626 (2003)³⁴, su jednakost, kvalitet i efikasnost, sa ciljem poboljšanja zdravlja ljudi, a predstavljaju okosnicu ljudskog dostojanstva.³⁵

Kao posebnu obavezu član 11 predviđa mjere čiji je cilj da „*spriječe, u najvećoj mogućoj mjeri, epidemije, endemične i druge bolesti, kao i nezgode*”³⁶, u okviru koje država potpisnica treba demonstrirati sposobnost da se nosi sa zaraznim bolestima, poput postupaka za izvještavanje o bolestima, poseban tretman za oboljele od AIDS-a, hitnih mjera u slučaju epidemija. U kontekstu ostvarivanja prava na zdravlje u uslovima pandemije i suzbijanja iste, ističe se i značaj člana 11§2, a koji predviđa i obavezu informisanja i podizanja svijesti o značaju zdravlja (u ovom slučaju, podizanja svijesti o mjerama čiji je cilj suzbijanje epidemije i borbe protiv virusa i njegovog širenja).

Na koji način se provodi član 11 u praksi u vanrednoj situaciji izazvanoj pandemijom virusa COVID-19, odnosno, u kojoj mjeri je značajno ovo pravo, govori i posebna *Izjava o interpretaciji prava na zaštitu zdravlja u vrijeme pandemije*, usvojene od strane Evropskog komiteta za socijalna prava.³⁷ Evropski komitet ističe da je u vrijeme krize izazvane COVID-19, zaštita zdravlja prioritet u pogledu mjera poduzetih od strane država potpisnica, te u tom pogledu smatra da države moraju poduzeti sve nužne mjere (testiranje, praćenje kontakata, fizičko distanciranje i samoizolacija, obaveza nošenja odgovarajuće maske i dezinficiranja, kao i nametanje karantene i zatvaranja, odnosno „lock-down-a“), „*ali u skladu sa naučnim spoznajama i posebno u skladu sa standardima relevantnih ljudskih prava*“.³⁸ U tom pogledu, Evropski komitet je istakao tri potencijalno problematična aspekta u pogledu provođenja vanrednih mjera:

- uzimanje u obzir drugih prava iz Povelje prilikom provođenja zaštite zdravlja putem vanrednih mjera (npr. pravo na socijalnu i medicinsku pomoć iz člana 13, pravo starih osoba na socijalnu zaštitu iz člana 23 itd.),

- utjecaj mjera na posebno ranjive skupine lica (npr. porodice sa djecom sa invaliditetom a koje će pretrpjeti negativne posljedice u slučaju zatvaranja institucija kao mjere protiv pandemije),

- obezbjeđenje pristupa zdravstvenoj zaštiti svima bez diskriminacije, a što se postavlja kao prioritet u ovoj situaciji.³⁹

Da će dalji razvoj pandemije imati negativan „prelijevajući“ efekat i na druga prava, očitovalo se već u prvim mjesecima od početka pandemije, radi čega

34 CoE, Parliamentary Assembly, *Recommendation 1626 (2003) - The reform of health care systems in Europe: reconciling equity, quality and efficiency*.

35 Tačka 1 Preporuke.

36 Član 11§3 Povelje.

37 CoE, European Committee of Social Rights (ECSR), *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, usvojena 21.04.2020., dostupna na: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640> (03.11.2021.)

38 *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, 3.

39 Detaljnije o navedenim aspektima pogledati u: *Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic*, 4.

je Evropski komitet za socijalna prava izdao novu *Izjavu o COVID-19 i socijalnim pravima* u martu 2021 godine⁴⁰. U Izjavi Evropski komitet ukazuje na negativne posljedice koje ima pandemija COVID-19 na niz prava radnog i socijalnog predznaka obuhvaćenih Poveljom, nastojeći obezbijediti određene smjernice u pogledu provođenja istih u vanrednoj situaciji.⁴¹

Dosadašnja istraživanja pokazala su da u vanrednim uslovima pandemije, društvene nejednakosti pojačavaju rizik od zaraze COVID-om i ističu ključne ugrožene grupe lica u društvu (starije osobe sa kroničnim bolestima, osobe sa najnižim primanjima, etničke manjine, i ne-COVID pacijenti sa drugim ozbiljnim oboljenjima).⁴² Stoga i predložene smjernice ukazuju na koji način se ugrožavaju socijalna prava navedenih grupa, a prije svega pravo na zdravlje koje je u uslovima pandemije od ključnog značaja, a koje je često uskraćeno upravo ovim grupama u društvu. Položaj ugroženih grupa u društvu dodatno je otežan i činjenicom da većina mjera poduzetih u svrhu suzbijanja širenja virusa je usmjerena ka smanjenju kretanja lica. Ovo je podprinijelo pojačavanju društvene isključenosti navedenih grupa, a ukoliko se uzme u obzir da je period pandemije rezultirao i naglašenijom digitalizacijom, odnosno, korištenjem digitalnih sredstava kako za informisanje, konsultovanje pacijenata, obezbjeđenjem socijalnih usluga i sl., nastaje i novi problem tzv. „digitalne podjele“ temeljene na nedostatku digitalnih sredstava, širokopojasnog pristupa internetu kao i nedostatnih digitalnih vještina.⁴³ Navedeni faktori uveliko su rezultirali nejednakim pristupom ostvarivanju prava na zaštitu zdravlja i obezbjeđenje zdravstvene skrbi. U tom pravcu je upućena i Žalba u postupku kolektivnih žalbi od strane Validity Foundation protiv Finske (Žalba br. 197/2020) u okviru koje se navedeni žalitelj poziva na ugrožavanje člana 11 (pravo na zaštitu zdravlja), člana 14 (pravo na usluge službi socijalne zaštite), član 15 (pravo osoba sa invaliditetom na nezavisnost, socijalnu integraciju

40 CoE, ECSR, Statement on COVID-19 and social rights, usvojena 24.03.2021., dostupna na: <https://rm.coe.int/statement-of-the-ecsr-on-covid-19-and-social-rights/1680a230ca> (04.11.2021.).

41 Izjavom su obuhvaćena slijedeća pitanja/aspekti:

- Zapošljavanje i radna prava (puna zaposlenost i službe za zapošljavanje, zdravlje i sigurnost na radu, pravični uslovi rada uključujući i pravičnu naknadu, pravo na organizovanje i kolektivno pregovaranje, rodna ravnopravnost i svijet rada, radnici migranti)
- Socijalna sigurnost, socijalna i medicinska pomoć i borba protiv siromaštva i socijalne isključenosti
- Obrazovanje
- Djeca i porodice
- Žene
- Stara lica
- Osobe sa invaliditetom
- Pravo na smještaj
- Derogacije i ograničenja

42 Detaljnije vidjeti u: L. Montel, A. Kapilashrami, M. P. Coleman, C. Allemani, „The right to health in times of pandemic: what can we learn from the UK’s response to the COVID-19 outbreak?“, *Health and Human Rights Journal*, Vol 22 No 2, 2020, 230.

43 ECSR, Izjava o COVID-19 i socijalnim pravima, 2021, 8.

i učešće u životu zajednice) te član E (zabrana diskriminacije), u smislu da su poduzete mjere tokom pandemije 2020-te godine dovele do društvene izolacije lica sa invaliditetom, onemogućavajući im pristup uslugama socijalne zaštite. Odlučeno je da je žalba dopuštena kao takva od strane Evropskog komiteta za socijalna prava, međutim, konačna odluka o meritumu žalbe još nije donesena⁴⁴, a sigurno će doprinijeti tumačenju određenja diskriminatornog položaja ugroženih kategorija lica u kontekstu obezbjeđenja osnovnih socijalnih prava tokom pandemije COVID-19.⁴⁵

Značajno je spomenuti mogućnosti koje pružaju članovi 30 (član F) i 31 (član G) u kontekstu potencijalnog isključenja ili ograničene primjene člana 11. Po pitanju mogućnosti isključenja iz primjene Povelje u slučaju rata ili javne opasnosti predviđenih u članu F Povelje, „*bilo koja strana ugovornica može da preduzme mjere kojima poništava svoje obaveze prema Povelji do obima koji je striktno određen okolnostima date situacije, pod uslovom da takve mjere nisu u suprotnosti sa njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu*“.⁴⁶ Član 31 (član G) predviđa mogućnost ograničenja efektivnog ostvarivanja prava i standarda iz Povelje ukoliko su „*predviđena zakonom i neophodna u demokratskom društvu radi zaštite prava i sloboda drugih ili radi zaštite javnog interesa, nacionalne bezbjednosti, javnog zdravlja, ili morala*“. Sama odredba sadržava preduslove koji se moraju ispuniti da bi se ograničenje primjene nekog standarda Povelje smatralo opravdanim – moraju biti predviđeni zakonom usvojenim u odgovarajućoj zakonodavnoj proceduri, moraju slijediti neki od navedenih legitimnih ciljeva, i da su neophodni u demokratskom društvu, a što u konačnici se tumači, da se iste mogu usvojiti kao odgovor na „*hitnu socijalnu/društvenu potrebu*“, te, cjelovito gledajući, same mjere kojima se ograničavaju određena socijalna prava moraju biti proporcionalne cilju koji se nastoji postići.⁴⁷

44 ECSR, *Validity Foundation v. Finland*, Complaint No. 197/2020, Decision on admissibility 8 September 2021.

45 Još jedna žalba zabilježena je tokom trajanja pandemije COVID-19, a u okviru koje se žalitelj poziva na ugrožavanje prava iz člana 11 i zaštitu od diskriminacije. Radi se o Žalbi br. 195/2020 podnesenoj od strane European Roma Rights Centre (ERRC) protiv Belgije, te je odluka o dopustivosti žalbe kao i o hitnim mjerama usvojena odmah zbog njihove važnosti za egzistenciju onih koje predstavlja žalitelj. Naime, u situaciji kada je belgijska policija zaplijenila sredstva za život i karavane nekoliko putujućih porodica romskog etniciteta, ERRC podnosi žalbu ističući ugrožavanje zdravlja, života, socijalne sigurnosti, prava na rad i smještaj, prava na obrazovanje, a bez obezbjeđenja alternativnog smještaja, sredstava za minimalan standard dostojanstvenog života a uzimajući u obzir posebno otežavajuće okolnosti uzrokovane COVID-19 jer se među pogođenim licima našlo nekoliko trudnica, starijih osoba, djece bez mogućnosti školovanja itd. U tom pogledu Evropski komitet za socijalna prava usvaja odluku u kojoj smatra dopuštenim žalbu, međutim, radi djelimičnih informacija, nemogućnosti provjere navoda, odbija zahtjev da se uputi nadležnim vlastima prijedlog poduzimanja hitnih mjera (ECSR, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Belgium*, Complaint No. 195/2020, Decision on admissibility and on immediate measures 29 June 2021).

46 Značajno je napomenuti da se do sada niti jedna država potpisnica Povelje nije pozvala na član F u kontekstu odstupanja od primjene Povelje.

47 ECSR, *Izjava o COVID-19 i socijalnim pravima*, 2021, 17.

IV Ostvarivanje prava na zaštitu zdravlja u aktima Evropske unije

Poduzimanje mjera u svrhu suzbijanja pandemije COVID-19 virusa poput ograničenja kretanja lica, zatvaranja (lock-down), zatvaranja granica osim u izuzetnim slučajevima, u značajnoj mjeri su utjecale na unutrašnje tržište Evropske unije a koje se temelji na principima slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala. Obzirom da se po osnovu slobode kretanja lica (radnika) kreće preko 13 milijuna radno aktivnog stanovništva širom EU⁴⁸, zdravstvena kriza širom država članica imala je značajne posljedice po tržište rada. Evropska unija je u prvim mjesecima pandemije kritikovana radi nedostatka inicijative u pogledu poduzimanja relevantnih koraka u kontekstu suzbijanja pandemije na unijskom nivou.⁴⁹ Ipak, da bi se objektivno razmotrilo u kojoj mjeri EU može utjecati na poduzimanje mjera protiv pandemije COVID-19 kao i na obezbjeđenje zaštite prava na zdravlje, potrebno je krenuti od samih nadležnosti EU kao i zaštite fundamentalnih ljudskih prava.

Pitanje socijalne politike u EU nalazi se u podijeljenoj nadležnosti između EU i država članica za one aspekte koji su navedeni Ugovorom o funkcionisanju EU⁵⁰, za koju je, prema članu 153 UFEU, EU nadležna da podupire i dopunjava aktivnosti država članica po nizu pitanja u okviru socijalne politike, između kojih je i pitanje socijalne sigurnosti i socijalne zaštite radnika kao i modernizacija sistema socijalne zaštite.⁵¹ Ipak, ne samo ova dva navedena pitanja, nego i niz drugih pitanja koja su u podijeljenoj nadležnosti EU i država članica, nemaju direktan utjecaj na pitanje zaštite određenog standarda zdravlja kakav susrećemo u okviru Revidirane Evropske socijalne povelje.

Pitanje sistema socijalne zaštite i socijalne sigurnosti je oduvijek bilo vrlo osjetljivo pitanje oko kojeg se vodila diskusija između država članica, prije svega zbog velikog troška koji isti mogu izazvati za pojedine države članice⁵² u kontekstu obezbjeđenja socijalne sigurnosti paralelno sa slobodom kretanja radnika. Iz tog, ali i mnogih drugih razloga, a koji se prevashodno odnose na različitosti između nacionalnih sistema socijalne zaštite i socijalne sigurnosti, u ovom pogledu je predviđena koordinacijska nadležnost Evropske unije, a prema članu 48 UFEU.

48 Prema izvještaju za 2018. godinu, zabilježeno je kretanje u prosjeku oko 11,7 milijuna stanovnika radno sposobne dobi, i 1,7 milijuna prekograničnih radnika (E. Fries-Tersch, M. Jones, B. Böök, L. de Keyser, T. Tugran, *2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility (Final Report January 2020)*, European Commission, 12.).

49 B. Safradin, S. de Vries, S. de Heer, "Fundamental Social Rights Protection and Covid-19 in the EU: Constraints & Possibilities", *Utrecht Law Review* 17(3), 2021, 104.

50 Član 4(2)(b) UFEU, OJ C 202, 7.6.2016.

51 Tačke (c) i (k) člana 153(2). Nužno je napomenuti da su neka pitanja izričito isključena iz nadležnosti EU a u vezi sa socijalnom politikom: plaće, pravo na udruživanje, pravo na štrajk ili na pravo uvođenja mjera isključenja s rada (član 153(5) UFEU).

52 F. Pennings, *European Social Security Law*, Kluwer Law International, 2012, 27.

Kao najznačajniji akt u oblasti socijalne zaštite i socijalne sigurnosti, usvojena je Uredba br. 883/2004 o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti⁵³, međutim, njen značaj očituje se u usklađivanju nadležnosti država članica odnosno, utvrđivanja mjerodavnog prava koje se primjenjuje na tačno određeni slučaj lica koje koristi slobodu kretanja radnika.⁵⁴ Dakle, svrha navedene Uredbe nije utvrđivanje minimalnih standarda u okviru socijalne sigurnosti i zaštite. Iz tog razloga je i članom 3(5) Uredbe izričito iz koordinacijske nadležnosti isključeno i pitanje medicinske i socijalne skrbi, ostavivši ova pitanja u potpunoj nadležnosti država članica.

Niti po pitanju politike javnog zdravstva prema članu 168 UFEU, Evropska unija nema široke ovlasti. Naime, predviđena je načelna obaveza osiguranja visokog stepena zaštite zdravlja ljudi prilikom utvrđivanja i provedbe svih politika i aktivnosti Unije.⁵⁵ Međutim, dalje se predviđa ovlaštenje Unije da dopunjava djelovanje država članica, potiče saradnju između država članica, te podupire saradnju sa trećim državama i međunarodnim organizacijama nadležnima u području javnog zdravstva. U ovom pogledu, posve je jasno da su nadležnosti EU vrlo ograničene u pogledu mogućnosti utvrđivanja standarda vezanih za zaštitu zdravlja i poduzimanja mjera u cilju usklađivanja istih⁵⁶.

Međutim, nužno je razmotriti i pitanje zaštite zdravlja na nivou EU u kontekstu sistema zaštite ljudskih prava od strane EU. Pravo na zdravlje predviđeno je kao jedno od načela u okviru Povelje Evropske unije o osnovnim pravima⁵⁷, u glavi IV „Solidarnost“ sa garancijom da „*svako ima pravo na pristup preventivnoj zdravstvenoj zaštiti i pravo na liječenje pod uvjetima utvrđenima nacionalnim zakonodavstvima i praksom. Pri utvrđivanju i provedbi svih politika i aktivnosti Unije osigurava se visok stupanj zaštite zdravlja ljudi*“⁵⁸. Iako je usvojena kao politička deklaracija još 2000. godine, priznata je kao obavezujući pravni akt sa pravnom snagom jednakom osnivačkim ugovorima, a posljedično se „*kvalifikuje mogućnost sudskog ispitivanja (eng. judicial review) ovakvih prava*“.⁵⁹ Problematika koja nastaje u tom trenutku je kvalifikacije prava, sloboda

53 Uredba (EZ) br. 883/2004 Evropskog Parlamenta i Vijeća od 29.04.2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti (Tekst značajan za EGP i Švicarsku), OJ L 166, 30.4.2004., izmijenjena Uredbom br. 988/2009, Uredbom Komisije br. 1244/2010, Uredbom br. 465/2012, Uredbom Komisije br. 1224/2012 Uredbom Vijeća br. 517/2013, Uredbom Komisije br. 1372/2013 i 1368/2014.

54 ILO, *Coordination of Social Security Systems in the European Union: An explanatory report on EC Regulation No 883/2004 and its Implementing Regulation No 987/2009*, 2010, str. 1.

55 Član 168(1) UFEU.

56 Po osnovu člana 168, usvojena je legislativa u slijedećim oblastima: prava pacijenata u prekograničnom ostvarivanju zdravstvene njege, farmaceutski i medicinski proizvodi, sigurnost zdravlja i infektivne bolesti, digitalno zdravlje i njega, duhan, organi, krv, tkiva i ćelije (više dostupno na: https://ec.europa.eu/health/policies/overview_en (19.11.2021.).

57 OJ C 202,07.06.2016.

58 Član 35 Povelje o osnovnim pravima EU.

59 D. Samardžić, Z. Meškić, *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 2017, 33.

i načela sadržanih u članu 52 Povelje. U pravnoj teoriji, pojedinac samo iz subjektivnih prava može zahtijevati lična prava od strane sudova.⁶⁰ Razmatrajući prava sadržana u poglavlju „Solidarnost“ postavlja se pitanje da li se pojedinac može pozivati na konkretna prava pred nadležnim organom. Po svojoj prirodi, prava sadržana u ovom poglavlju su „mješovitog karaktera“ zbog „*društvenog karaktera, funkcijama odbrane i elementima jednakosti*“⁶¹. Iz tog razloga teško je tvrditi da kao takva sadržavaju jasno subjektivno pravo za pojedinca koje se može potraživati pred sudom. Dodatno ograničenje u pogledu mogućnosti pozivanja na odredbe poglavlja „Solidarnost“ pred nadležnim sudom je i činjenica da se Poveljom ne smiju širiti nadležnosti Unije, te se mora poštovati načelo supsidijarnosti.⁶² Stoga odredbe poglavlja „Solidarnost“ prvenstveno imaju za funkciju poticanje uvođenja istih u nacionalne akte, razradu kroz pravnu praksu i teoriju.

Već u prvim mjesecima pandemije COVID-19 postalo je jasno u državama članicama da je preopterećenost zdravstvenih sistema dovela u pitanje pravo na ravnopravan tretman i pravo na jednak pristup zdravstvenoj skrbi uključujući i preventivnu zdravstvenu njegu.⁶³ Kroz svoje analize, Evropska agencija za osnovna prava ističe da uobičajene mjere koje su poduzete u cilju prioritizacije liječenja oboljelih od COVID-19 su rezultirale prolongiranjem pristupa zdravstvenoj skrbi svih nehitnih operativnih slučajeva i slučajeva drugih oboljenja osim COVID-19⁶⁴, a nerijetko je zabilježeno i diskriminisanje pacijenata po osnovu starosti u pogledu toga da li će biti obezbijedena dodatna oprema za disanje ili ne, gdje je i granična dob varirala.⁶⁵ I mnoge druge mjere koje su poduzete u cilju suzbijanja pandemije rezultirale su neproporcionalnim ograničenjem nekih ljudskih prava.⁶⁶ Kako ističe

60 D. Samardžić, Z. Meškić, *Pravo EU*, Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit, 2012, 279.

61 D. Samardžić, Z. Meškić, *Pravo Evropske unije II*, 199.

62 Tačka 5 Preambule Povelje.

63 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications*, Bulletin #1, 1 February - 20 March 2020, dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf, 8. (15.11.2021.)

64 Radi se o značajnim brojkama, npr. u Danskoj je broj tretiranih slučajeva kojima se pruža uobičajena zdravstvena skrb opao za 20%, podaci iz Rumunije ukazuju da je broj hospitaliziranih pacijenata od raka u 2020. godini u odnosu na 2019. godinu opao za čak 46%, podaci za Finsku ukazuju da je krajem avgusta 2020. godine oko 137156 pacijenata čekalo obezbjeđenje nehitne specijalističke zdravstvene zaštite (podaci peuzeti iz: FRA, *The coronavirus pandemic and fundamental rights a year in review*, 2020, dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-report-2021-focus_en.pdf , 15 (15.11.2021.)

65 FRA, *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications*, op.cit., 26.

66 Npr. to je slučaj sa ograničavajućom mjerom opće zabrane kretanja starijim osobama preko 65 godina i pristupa radnjama sa robom široke potrošnje, gdje su se utvrđivala vremenska razdoblja u kojima je dopušteno kretanje starijih osoba. Ova mjera je ocijenjena od strane slovenskog Advokata za princip jednakosti (državno tijelo za pitanja jednakosti), kao diskriminatorna po osnovu dobi i neproporcionalna cilju koji se nastoji postići (FRA, *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications: focus on social rights*, Bulletin #6, 1 September – 30 October 2020, dostupno

i Evropski Parlament „čak i u slučaju vanrednog stanja, osnovni principi vladavine prava, demokratije i poštovanja osnovnih prava moraju prevladati“⁶⁷, a što treba da bude osnovna smjernica državama članicama prilikom poduzimanja mjera u svrhu suzbijanja pandemije i potencijalnog ograničenja osnovnih ljudskih prava.

Uvažavajući nadležnosti Unije, ali, istovremeno i uzimajući u obzir negativne efekte pandemije na ograničavanje i neprovođenje ljudskih prava, Evropska Komisija je istakla da je nužno osigurati veći stepen koordinacije na nivou EU po pitanju provođenja zaštite javnog zdravlja. Konačni cilj je osigurati tzv. Evropsku zdravstvenu uniju (eng. *European Health Union*), a fokus je na pitanjima ozbiljnijih prekograničnih prijetnji zdravlju.⁶⁸ Ipak, u kojoj mjeri će EU uspjeti u obezbjeđenju većeg stepena svojih ovlaštenja spram onih garantovanih osnivačkim ugovorima, tek će pokazati budućnost, iako postoji potencijalno više načina na koji EU potencijalno može osnažiti socijalna prava na unijskom nivou.⁶⁹

V ZAKLJUČAK

Iako je sistem ljudskih prava prepoznao pravo na zdravlje i zdravstvenu skrb, kako na međunarodnom tako i na nivou nacionalnih zakonodavstava, evidentno je da je kriza uvjetovana pandemijom COVID-19 postavila nove izazove u provođenju zaštite ovog prava. Pozitivna obaveza države da donese mjere u svrhu zaštite ovog prava podrazumijeva nužno mjere koje će ograničiti neka druga ljudska prava, ali po principu proporcionaliteta i poštovanja zakonitosti cilja.

Ono što je uspostavilo poseban izazov jeste situacija u kojoj dolazi do ograničenja pristupa zdravstvenoj skrbi zbog mjera koje su donosene u svrhu zaštite javnog zdravlja. Postojeća zdravstvena kriza rezultirala je ukazivanjem na već postojeće manjkavosti zdravstvenih sistema širom svijeta, kako po pitanju neefikasne organizacije istih, problematike finansiranja, i – možda u ovom kontekstu i najznačajnije – obezbjeđenja dostupnosti zdravstvenih usluga za sve. Naime, kako je u više navrata i istaknuto u radu, u svrhu obezbjeđenja odgovarajućeg odgovora zdravstvenog sistema osobama pogođenim COVID-19, došlo je do

na:

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-november_en.pdf, 29 (15.11.2021.).

67 FRA, *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications*, op.cit., 34.

68 Evropska Komisija, Komunikacija Komisije Evropskom Parlamentu, Vijeću, Evropskom Ekonomskom i Socijalnom Odboru i Odboru Regija, *Izgradnja Evropske zdravstvene unije: jačanje otpornosti EU-a na prekogranične prijetnje zdravlju*, Bruxelles, 11.11.2020. COM(2020) 724 final, dostupno na:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0724&from=EN> (15.11.2021.)

69 O više pravaca u kojima EU može postupiti pogledati u: B. Safradin, S. de Vries, S. de Heer, “Fundamental Social Rights Protection and Covid-19 in the EU: Constraints & Possibilities”, *Utrecht Law Review* 17(3), 2021.

uskraćivanja zdravstvenih usluga onim koji nisu pogođeni sa COVID-19, iako se nerijetko radi o drugim teškim oboljenjima. Do tada grupe koje su često na meti marginalizacije, poput starijih osoba, lica sa invaliditetom, etničkih manjina i drugih, sada su dodatno pogođene ovako restriktivnim pristupom, a njihov položaj dodatno je otežan i nastojanjem da se određeni aspekti zdravstvenih sistema digitalizuju.

Istraživanje ukazuje na to da je sastavni element prava na zdravlje, odnosno, zdravstvenu skrb sadržan u nizu međunarodnih i regionalnih pravnih instrumenata upravo zabrana diskriminacije, međutim, tek će buduća praksa relevantnih aktera, poput Evropskog komiteta za socijalna prava, Evropskog suda za ljudska prava i drugih dati svoj doprinos tumačenju prava na zdravlje i zdravstvenu skrb. Do tada, ostaje na nadležnim nacionalnim institucijama da prilikom poduzimanja zaštitnih i drugih mjera ne zanemaruju katalog ljudskih prava i principa na kojima se temelji vladavina prava uopće.

VILiteratura i izvori

a) Literatura

1. C. Grabenwarter, *ECHR Commentary*, Art. 5 No. 3., Bloomsbury Publishing, 2014
2. CoE, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, December 2018
3. Fries-Tersch E./ Jones M./Böök B/L. de Keyser/Tugran T., *2019 Annual Report on Intra-EU Labour Mobility (Final Report January 2020)*, European Commission
4. ILO, *Coordination of Social Security Systems in the European Union: An explanatory report on EC Regulation No 883/2004 and its Implementing Regulation No 987/2009*, 2010.
5. International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (1984).
6. Izvještaj Specijalnog Izvjestitelja o pravu svake osobe na uživanje najvišeg dostižnog standarda fizičkog i mentalnog zdravlja, Tlaleng Mofokeng, 21.6-09.7.2021.
7. Meškić Z./Samardžić D., *Pravo EU*, GiZ, 2012.
8. Montel L./ Kapilashrami A./Coleman M.P./Allemani C., „The right to health in times of pandemic: what can we learn from the UK’s response to the COVID-19 outbreak?“, *Health and Human Rights Journal*, Vol 22 No 2, 2020, 230.
9. Paunović M./Krivokapić B./Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010.
10. Pennings F., *European Social Security Law*, Kluwer Law International, 2012.

11. Q. Zheng *et al.*, “HIT-COVID, a global database tracking public health interventions to COVID-19,” *Scientific Data* 7/1, 2020
12. S.D.Bachmann/J.Sanden, “State Responsibility for the (Public) Right to Health and Security in Times of COVID Pandemic: A European Perspective” *7 Indonesian Journal Of International & Comparative Law* L 407
13. S.Greer, “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2 (Jul., 2004)
14. Safradin B./S. de Vries/S. de Heer, “Fundamental Social Rights Protection and Covid-19 in the EU: Constraints & Possibilities”, *Utrecht Law Review* 17(3), 2021, 104.
15. Samardžić D/Meškić Z., *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 2017
16. UNDP (ed.), *Human Development Report* 22, 1994; *New Dimensions of Human Security*, *Human Development Report* 36, 1999
17. W.Kälin/J.Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2nd edition, Oxford University Press, 2019

b) Pravni izvori

1. CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4).
2. CoE, European Social Charter (revised), Treaty No. 163, 03.05.1996.
3. CoE, Parliamentary Assembly, *Recommendation 1626 (2003) - The reform of health care systems in Europe: reconciling equity, quality and efficiency*.
4. Council of Europe (CoE), European Social Charter, Treaty No. 35., 18.10.1961.
5. Evropska Komisija, Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu, Vijeću, Europskom Ekonomskom i Socijalnom Odboru i Odboru Regija, Izgradnja Evropske zdravstvene unije: jačanje otpornosti EU-a na prekogranične prijetnje zdravlju, Bruxelles, 11.11.2020. COM(2020) 724 final;
6. Povelja o osnovnim pravima EU, C 202/389. 07.06.2016.
7. Ugovor o funkcionisanju Evropske Unije, OJ C 202, 7.6.2016.
8. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 11 August 2000, E/C.12/2000/4
9. UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993.
10. Uredba (EZ) br. 883/2004 Europskog Parlamenta i Vijeća od 29.04.2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti (Tekst značajan za EGP i Švicarsku), OJ L 166, 30.4.2004.

c) Odluke sudskih i drugih organa

1. ECHR, *Brincat i drugi protiv Malte*, Predstavke br.60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 i 62338/11, 24.07.2014.
2. ECHR, *Enhorn protiv Švedske*, Predstavka br. 56529/00, 25.01.2005.
3. ECSR, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Belgium*, Complaint No. 195/2020, Decision on admissibility and on immediate measures 29 June 2021
4. ECSR, *Validity Foundation v. Finland*, Complaint No. 197/2020, Decision on admissibility 8 September 2021.

d) Internet izvori

1. CoE, ECSR, Statement on COVID-19 and social rights, usvojena 24.03.2021., dostupna na: <https://rm.coe.int/statement-of-the-ecsr-on-covid-19-and-social-rights/1680a230ca> (15.11.2021.)
2. CoE, European Committee of Social Rights (ECSR), Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic, usvojena 21.04.2020., dostupna na: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640> (15.11.2021.)
3. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications*, Bulletin #1, 1 February - 20 March 2020, dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf (15.11.2021.)
4. FRA, *Coronavirus pandemic in the EU - fundamental rights implications: focus on social rights*, Bulletin #6, 1 September – 30 October 2020, dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin-november_en.pdf (15.11.2021.)
5. FRA, The coronavirus pandemic and fundamental rights: a year in review, 2020, dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-report-2021-focus_en.pdf; (15.11.2021.)
6. https://ec.europa.eu/health/policies/overview_en (19.11.2021.)
7. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0724&from=EN> (19.11.2021.)
8. <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640> (03.11.2021.)
9. <https://rm.coe.int/statement-of-the-ecsr-on-covid-19-and-social-rights/1680a230ca> (04.11.2021.)
10. <https://www.ecdc.europa.eu/en/seasonal-influenza/preparedness/influenza-pandemic-preparedness-plans> (26.11.2021.)
11. <https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/influenza/pandemic-influenza/pandemic-preparedness/national-preparedness-plans> (26.11.2021.)

12. <https://www.euromomo.eu/> (24.11.2021.)
13. [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)); (26.11.2021.)
14. WHO, International Health Regulations (Third Edition), 2005, 58th World Health Assembly, dostupno na: https://www.who.int/health-topics/international-health-regulations#tab=tab_1 (26.11.2021.)
15. Zweig S.A. *et al.* “Ensuring Rights while Protecting Health: The Importance of Using a Human Rights Approach in Implementing Public Health Responses to COVID-19”, Health and Human rights Journal, https://www.hhrjournal.org/2021/10/ensuring-rights-while-protecting-health-the-importance-of-using-a-human-rights-approach-in-implementing-public-health-responses-to-covid-19/#_edn4 (25.11.2021.)

Ivana Grubešić, Ph.D., assistant professor

Faculty of Law, University of Zenica

Amna Hrustić, Ph.M., senior assistant

Faculty of Law, University of Zenica

THE RIGHT TO HEALTH AND HEALTH CARE IN CONTEXT OF COVID-19 PANDEMICS

Abstract: The right to health as one of the human rights must be fully implemented in public health policy and as such presupposes certain active measures taken by the state. It is regulated in numerous legal instruments of international human rights law, and is closely related to other rights of social significance - the right to social and medical assistance, appropriate living standards, etc. These rights gain a new dimension, and the need for their standardization becomes evident in COVID-19 pandemic. The subject of this research will be to determine the scope of the right to health and the right to health care during pandemic. The emphasis is on determining the extent to which extraordinary measures have been taken, primarily by the states of Europe, in accordance with the envisaged obligations of the states in the context of adequate application of the law, i.e., to what extent they have been violated. A special dimension of the research will be given by a critical review of the adopted measures within the Revised European Social Charter and the Statement of Interpretation on the right to health protection during the pandemic adopted by the European Committee of Social Rights.

Keywords: health, health care, pandemic, Revised European Social Charter, public health

Dr. sc. Emina Hasanagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Amina Zaklan Kolar, magistrica prava

Pripravnica u advokatskoj kancelariji Sadudin Zaklan

AKTIVISTIČKA ULOGA SUDA EVROPSKE UNIJE U ZAŠTITI PRAVA UPUĆENIH RADNIKA

Sažetak: Autorice u radu analiziraju pitanje zaštite upućenih radnika u pravnom sistemu Evropske unije sa fokusom na aktivističku ulogu Suda Evropske unije u ovoj oblasti. Zaštita upućenih radnika od učinaka globalizacije jedno je od najaktuelnijih pravnih pitanja na području Evropske unije naročito u kontekstu „socijalnog dampainga“. Navedeno pitanje na nivou Evropske unije primarno je regulisano Direktivom 96/71/EZ iz 1996. godine, međutim aktivistička orijentacija Suda Evropske unije je kroz sudsku praksu s vremenom izvršila izuzetno veliki utjecaj na razvoj ovog prava i brojnih s njim povezanih pitanja.

Upravo ispoljavanjem navedene aktivističke orijentacije pred Sudom Evropske unije se našao težak izazov izbora između davanja primata slobodi pružanja usluga ili ljudskim pravima u svome radnopravnom i socijalnom aspektu na unutrašnjem tržištu. U svojim ranijim presudama Sud Evropske unije je davao primat slobodi pružanja usluga nad pitanjima radnopravne zaštite upućenih radnika. Međutim, povećanjem broja upućenih radnika mijenja se i praksa Suda te se kroz presude u sve većoj mjeri ističe socijalna zaštita upućenih radnika.

U radu su prikazani najznačajniji predmeti koji su oblikovali stavove o predmetnom pitanju, a to su slučajevi Laval, Dirk Ruffert, Evropska komisija protiv Velikog Vojvodstva Luksemburga, Michael Dobersberger protiv Magistrat der Stadt Wien, Rush Portugesa te ESA.

Ključne riječi: upućeni radnici, socijalni dampaing, unutrašnje tržište, sloboda pružanja usluga, Sud EU, evolucija sudske prakse, radnopravna zaštita, socijalna zaštita.

1. Uvod

Oblast zaštite upućenih radnika u pravu Evropske unije (u daljem tekstu EU) regulisana je u okviru slobode pružanja usluga. Ukoliko pravna osoba pruža usluge u drugoj državi članici, njena sloboda bit će narušena ukoliko njeni radnici ne mogu slobodno boraviti u državi domaćinu dok obavljaju određeni posao. To dovodi do problema tzv. „upućenih radnika“.

„Sloboda pružanja usluga zauzima značajno mjesto zbog velikog udjela u svjetskoj privredi, a samo pitanje liberalizacije tržišta usluga po mnogočemu je osjetljivije pitanje od liberalizacije prometa roba.“¹

Mobilnost pružatelja usluga unutar Evropske unije osiguravaju sloboda poslovnog nastana i sloboda pružanja usluga, međutim, da bi se osigurala pravedna mobilnost i tržišna konkurencija, prava upućenih radnika uređena su posebnim propisima.

Osnovni komunitarni pravni akt kojim je normirana materija upućenih radnika je Direktiva 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. godine o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga. Navedenom direktivom uspostavljeni su osnovni principi upućivanja kao i sama definicija upućenog radnika. Pored sekundarnih pravnih akata, najznačajniji izvor prava koji reguliše oblast zaštite upućenih radnika, na nivou Evropske unije su presude i tumačenja Suda Evropske unije.

Omogućavanje slobode pružanja usluga unutar Evropske unije u funkciji stvaranja i jačanja unutrašnjeg tržišta te realizacije bitnih ciljeva socijalne politike jedan je od temelja evropskog projekta. Upravo je aktivistička orijentacija Evropskog suda koji je kroz svoj case-law s vremenom izvršio izuzetno veliki utjecaj na razvoj ovog prava i brojnih s njim povezanih pitanja pružila snažnu potporu takvoj politici.²

Jedno od najznačajnijih ovlaštenja Suda Evropske unije jeste davanje prethodnog mišljenja, na zahtjev nacionalnih sudova, o tumačenju prava Evropske unije. Sud Evropske unije je shodno tome, jedini ovlašteni tumač prava Evropske unije. Razlog tome je što Unija opravdano smatra da propisi koje se donosi u tijelima Unije može na jednoobrazan način u svim situacijama (konkretnim sporovima) tumačiti samo posebna nadnacionalna sudska instanca koja nije podložna nacionalnom pravu bilo koje države članice, a koja djeluje na nivou Evropske unije.³

„Osnivački ugovori su svojim nedorečenostima i prazninama stvorili prostor za diskreciono djelovanje sudija Suda EU i tako razvijanja aktivističkog pristupa.“⁴

2. Pravni izvori zaštite upućenih radnika u pravu EU

S obzirom na sve veći broj upućenih radnika na području Evropske unije početkom devedesetih godina prošlog stoljeća i uvidjevši potrebu da se to pitanje

1 Edin Rizvanović; Željko Batinović, Bosanskohercegovački integracijski put: izazovi u ispunjenju pravnog i ekonomskog kriterija, Print Team, Mostar, 2020., str. 36.

2 Petar Bačić, Ivan Sarić, Aktivizam evropskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., str. 27.

3 Ljerka Mintas – Hodak, Institucije Evropske unije u: Europska unija, ured. Mintas-Hodak Ljerka, MATE d.o.o., Zagreb, 2010. godina., str. 143.

4 Emina Hasanagić, Utjecaj prakse Suda pravde Evropske unije na ostvarivanje slobode kretanja radnika, Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 30 No. 2, 2014., str. 324.

pravno reguliše, 1991. godine Komisija se konsultirala sa Ekonomskim i socijalnim odborom Evropske unije te predložila nacrt Direktive o upućivanju radnika. U svome mišljenju Odbor se složio sa potrebom ujednačavanja pravnih propisa kojima se ovo pitanje reguliše, međutim istaknuto je da se unatoč isticanju cilja osiguranja poštenog tržišnog natjecanja nacrt Direktive odnosi gotovo isključivo na zaštitu radnika. Također Odbor je u svome mišljenju istaknuo da se s obzirom da se Direktiva temelji na „aktivnosti upućenih radnika“ ona treba sadržavati definiciju iste kako bi se razjasnila sama vrsta aktivnosti obuhvaćenih nacrtom Direktive⁵. Pored navedenog Odbor je apostrofirao da su visina plaće i uslovi rada jedini elementi konkurentnosti na području problema upućivanja radnika te da bi Direktiva trebala prvenstveno uređivati te elemente, a ne uzimati u obzir veću tehničku sposobnost pružatelja usluga iz razvijenih država članica.

Uzevši u obzir mišljenje Ekonomskog i socijalnog odbora 1996. godine Evropski parlament i Vijeće Evropske unije su donijeli Direktivu 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga. Ova Direktiva je najznačajniji dokument koji reguliše prava i obaveze upućenih radnika na jedinstvenom tržištu. Već u samoj preambuli Direktive naglašeno je da „ostvarenje unutrašnjeg tržišta nudi dinamično okruženje za transnacionalno pružanje usluga, čime se sve veći broj poduzeća potiče da privremeno upućuju radnike u inozemstvo kako bi obavljali posao na državnom području države članice koja nije država u kojoj su uobičajeno zaposleni.“⁶ Također je naglašeno da su poštena tržišna konkurencija i mjere koje jamče poštovanje prava radnika neophodan preduslov za poticanje transnacionalnog uživanja slobode pružanja usluga. U preambuli Direktive evropski zakonodavac se poziva na Rimsku konvenciju iz 1980. godine koja je već u tom periodu stupila na snagu u većini država članica i prema kojoj je u slučaju izostanka izbora samih ugovornih stranaka na ugovor primjenjivo pravo države u kojoj radnik uobičajeno obavlja posao ispunjavajući ugovor, čak i ako je privremeno zaposlen u drugoj državi, ili, ako radnik svoj posao ne obavlja uobičajeno u jednoj državi, pravo države u kojoj se nalazi poslovna jedinica koja ga je zaposlila, osim ako iz sveukupnih okolnosti ne proizlazi da ugovor ima bližu vezu s nekom drugom državom, u kojem slučaju se na ugovor primjenjuje pravo te države.⁷ Prema istoj Konvenciji predviđeno je i da izbor prava stranaka ne smije imati za posljedicu lišavanja radnika zaštite koju mu pružaju prisilni pravni propisi koji bi se primjenjivali da sporazum nije zaključen. Cilj navedene odredbe je da se zaključenjem sporazuma o mjerodavnom pravu radnik ne smije staviti u lošiji položaj od onog koji mu osiguravaju imperativni propisi. Ovom Direktivom

5 Official Journal of the European Communities, OJ No C 49, 24. 2. 1992. Opinion on the proposal for a Council Directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, str. 41., dostupno na http://eur-lex.europa.eu/legal_content/HR/TXT/?uri=OJ:C:1992:049:TOC (23. 04. 2021).

6 Direktiva 96/71/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. O upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, Službeni list Evropskih Zajednica I 18/1.

7 Konvencija 80/934/EEZ o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze otvorena za potpisivanje u Rimu od 19. 06. 1980., Službeni list Evropskih Zajednica I266/1.

se nadalje naglašava nužnost usklađivanja zakona država članica kako bi se osigurala upravo ta minimalna zaštita radnika na cijelom području Evropske unije. Navedeno ne sprječava države članice u primjeni njihovog zakonodavstva ili kolektivnih ugovora sklopljenih između poslodavaca i radnika na bilo koju osobu koja je čak i privremeno zaposlena na području te države iako njen poslodavac ima poslovni nastan u drugoj državi članici. U praksi to znači da prisilni propisi ove Direktive o minimalnoj zaštiti ne sprječavaju primjenu povoljnijih uslova rada i zapošljavanja radnika. Za samu primjenu Direktive predviđena je međusobna saradnja država članica kao i obaveza država članica da predvide odgovarajuće mjere za slučaj nepoštovanja odredaba. Sama Direktiva ne sadrži definiciju radnika ali je predviđeno da se za njenu primjenu koristi definicija radnika države članice na čije državno je područje radnik upućen, dok je pojam upućenog radnika preciziran kao što je već navedeno kao „radnika koji u ograničenom vremenskom razdoblju obavlja svoj posao na državnom području države članice koja nije država u kojoj uobičajeno radi“. Iako Direktiva u definiciji određuje da upućeni radnici obavljaju posao u određenom vremenu, ona ne propisuje ograničenje tog razdoblja osim slučajeva u kojima upućivanje traje toliko kratko da države članice mogu odlučiti na takva upućivanja ne primjenjivati određene dijelove Direktive.⁸

2.1. Područje primjene Direktive 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. godine o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga

U članu 1. Direktive propisano je da se ona primjenjuje na preduzeća s poslovnim nastanom u državi članici koja upućuje radnike na državno područje druge države članice, kada ono

- a) upućuju radnike, za svoj račun i pod svojim vođstvom, na državno područje države članice na temelju ugovora sklopljenog između poduzeća koje upućuje i primatelja usluge koji posluje u toj državi članici,
- b) upućuju radnike u pogon ili preduzeće koje pripada grupi poduzeća na državnom području države članice,
- c) upućuju radnike, kao preduzeće za privremeno zapošljavanje ili preduzeće koje ustupa radnike, poduzeću korisniku koje ima poslovni nastan ili obavlja djelatnost na državnom području države članice.

Za sve modalitete upućivanja radnika veže se dodatni uslov da postoji radni odnos između poduzeća koje vrši upućivanje, tj. u slučaju pod c) firme za privremeno zapošljavanje ili firme koje radnika ustupa, i radnika za vrijeme upućivanja.

⁸ Mislav Podolski, Utjecaj Direktive o upućivanju radnika na zaštitu prava radnika i slobodu pružanja usluga na jedinstvenom unutarnjem tržištu EU, diplomski rad, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet., str. 15.

Posada brodova trgovačke mornarice izuzeta je iz primjene ove Direktive, dok je za preduzeća s poslovnim nastanom u državi nečlanici predviđeno da ne smiju imati povoljniji tretman od onih s poslovnim nastanom u državi članici.

2.2. Uslovi zaposlenja prema Direktivi 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. godine o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga

Najznačajniji dio Direktive je njen član 3. koji reguliše uslove zaposlenja upućenih radnika na teritoriji druge države članice. U ovom članu obuhvaćen je upravo onaj minimum prava upućenih radnika koji štiti kako jedinstveno tržište od nelojalne konkurencije i „socijalnog dampainga“ tako i radnike od diskriminacije i eksploatacije njihovog rada. On određuje da neovisno koje se nacionalno pravo primjenjuje na radni odnos upućenih radnika, poduzeća koja upućuju radnike moraju im osigurati određene uslove zaposlenja kako su uređeni u državi domaćinu zakonom ili drugim propisom i/ili kolektivnim ugovorima ili arbitražnim dogovorima proglašenim univerzalno primjenjivim ako se odnose na:

- (a) maksimalno radno vrijeme i minimalno vrijeme odmora;
- (b) minimalni plaćeni godišnji odmori;
- (c) minimalne plaće, uključujući one uvećane za prekovremeni rad koje su određene nacionalnim pravom ili praksom države članice na čije je područje radnik upućen
- (d) uslove ustupanja radnika, posebno od strane poduzeća za privremeno zapošljavanje;
- (e) zdravstvene uslove, sigurnost i higijenu na radu;
- (f) zaštitne mjere u odnosu na uslove zaposlenja trudnica ili žena koje su nedavno rodile, djece i mladih;
- (g) jednako postupanje prema muškarcima i ženama i ostale odredbe u odnosu na nediskriminaciju.

Ovaj minimum prava zagaranovanih upućenim radnicima obuhvata upravo one najvažnije aspekte radnih odnosa ali i one koji su najpodložniji zloupotrebi i malverzacijama kao i one koje se vežu za naročito ranjive grupe kao što su trudnice, žene koje su nedavno rodile, djeca i mladi. Direktiva propisuje u svom članu 6. da se dužina trajanja upućivanja izračunava na temelju referentnog razdoblja od jedne godine od početka upućivanja što je veoma bitno za određivanje prava radnika vezanih dužinom trajanja upućivanja.

Evropski zakonodavac, međutim, ne ulazi u meritorno, materijalno i sadržajno propisivanje samih uslova rada upućenih radnika, on ih štiti na način da njihov pravni položaj izjednačava sa položajem ostalih radnika u datoj državi članici. Referentni dokumenti u kojima se nalaze norme koje regulišu prava domaćih radnika u većini država članica su kolektivni ugovori i arbitražni dogovori. Shodno navedenom evropski zakonodavac kao polaznu tačnu izjednačavanja položaja upućenih i domaćih radnika uzima upravo te akte. Pa se tako pod kolektivnim

ugovorima ili arbitražnim dogovorima proglašenim univerzalno primjenjivim u kontekstu ove Direktive smatraju oni kojih se moraju pridržavati sva preduzeća u predmetnoj struci ili industriji. Međutim u okviru primjene kolektivnih ugovora i arbitražnih pravorijedaka oni su primjenjivi samo ukoliko se odnose na djelatnosti koje su ustanovljene u Prilogu Direktive kao „svi građevinske poslovi koji se odnose na izgradnju, popravljavanje, održavanje, preinake ili rušenje zgrada.“ Ovim je mogućnost regulacije putem kolektivnih ugovora ograničena samo na jedan sektor pružanja usluga, dok se na ostale sektore mogu primjenjivati samo zakoni i drugi propisi. Ako u državi ne postoji sistem proglašenja kolektivnih ugovora Direktivom je predviđeno da države članice mogu uzeti kao osnovu one koji su općenito primjenjivi za slična preduzeća na konkretnom tržištu i u predmetnoj struci ili industriji ili/i one koje su sklopile najviše predstavničke organizacije poslodavaca i radnika na nacionalnom nivou i koji se primjenjuju na području cijele države članice. Naravno ova opcionalna primjena kolektivnih ugovora dopuštena je samo ukoliko se njima osigurava jednako postupanje između preduzeća na koja se primjenjuju i drugih koji su u sličnoj situaciji. Šta tačno podrazumijeva jednak tretman radi važnosti koju ova odredba nosi sa sobom nije ostavljeno slobodnoj procjeni, već sama Direktiva navodi da on podrazumijeva da domaća preduzeća u sličnoj situaciji podliježu istim obavezama i obavezama sa istim učincima kao i preduzeća koja upućuju radnike.

2.3. Izuzeci od primjene općih uslova zaposlenja prema Direktivi 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. godine o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga

S obzirom da je za donošenje direktiva potrebno da prijedlog bude usvojen glasanjem kvalificiranom većinom u Vijeću Evrope, i s obzirom na kritike Ekonomskog i socijalnog odbora na nacrt Direktive, bilo je nužno u njenu konačnu verziju implementirati određene izuzetke od primjene uslova zaposlenja za upućene radnike. Na taj način postigao se određeni kompromis između nacionalnog interesa država i poslodavaca s jedne strane i radničkih prava s druge strane. Samo kompromisnim rješenjem se moglo postići da se nakon implementacije Direktive u nacionalne sisteme država članica ona uistinu i u praksi primjenjuje onako kako je predviđeno prilikom njenog stvaranja.

Prema članu 3. stavu 2. Direktive kod ugovora o isporuci robe stručni i/ili specijalizirani radnici koji obavljaju početno sastavljanje i/ili prvu ugradnju robe koji su nužni za stavljanje robe u upotrebu ne primjenjuju se odredbe o minimalnom plaćenom godišnjem odmoru i minimalnim plaćama, ukoliko period upućivanja ne prelazi osam dana. Pored navedenog potrebno je da sam posao sastavljanja i/ili ugradnje koji vrše upućeni radnici bude sastavni dio glavnog ugovora o isporuci robe. Dodatno je precizirano da se ova odredba ne primjenjuje na djelatnosti u području građevinskih radova. U kontekstu Direktive građevinski

poslovi su svi oni koji se odnose na izgradnju, popravljanje, održavanje, preinake ili rušenje zgrada što je navedeno u njenom Prilogu. Prilog Direktive također sadrži taksativno nabrojane poslove koji se posebno smatraju građevinskim kao što su iskapanje, renoviranje, održavanje, poboljšanje itd.

Državama članicama je ostavljena mogućnost da nakon savjetovanja sa socijalnim partnerima i u skladu sa tradicijom i praksom svake države članice odstupe od primjene uslova minimalne plaće pod uslovom da je riječ o radnicima koji su upućeni za račun i pod vođstvom preduzeća koje ima sklopljen ugovor sa primateljom usluge ili koje pripada grupi preduzeća, i da period njihovog upućivanja ne prelazi jedan mjesec.

Ova direktiva ne spriječava države članice da na svoja preduzeća i preduzeća drugih država na jednak način primjenjuju uslove zaposlenja koji nisu obuhvaćeni ovom Direktivom u mjeri u kojoj se radi o odredbama javnog poretka.

Države članice su obavezne za potrebe provedbe ove Direktive u skladu sa nacionalnim pravom i/ili praksom imenovati urede i nadležna državna tijela za kontakt kao i donijeti odredbe za saradnju između tijela javne vlasti koja su nadležna za praćenje uslova zaposlenja. Svaka država je također dužna donositi mjere kako bi podaci o uslovima zaposlenja bili dostupni javnosti.

Prema članu 6. Direktive koji reguliše sudsku nadležnost u sporovima ostvarivanja prava na uslove zaposlenja garantovane ovom Direktivom, sudski spor je moguće pokrenuti u državi članici na čijem području je radnik bio ili je još uvijek upućen. Navedenom odredbom nastojala se osigurati dodatna zaštita radnika i olakšati njihovo ostvarivanje prava sudskim putem.

2.4. Reforma Direktive 96/71/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća iz 1996. godine

U godinama nakon donošenja Direktive o upućivanju radnika u provedbi, tumačenju i regulaciji uočena su tri konkretna izazova, došlo je do povećavane razlike u plaćama i neujednačene cijene rada, zbog čega su preduzeća i ranije koristila upućene radnike, navedeno je dovelo do toga da se u periodu od 2010. do 2014. broj upućivanja povećao za 44,4 %. Također došlo je do stvaranja okruženja pogodnog za zloupotrebu, kao što su rotacijska upućivanja ili fiktivna trgovačka društva, kojima su se iskorištavali nedostaci u Direktivi kako bi se zaobišli zakoni o radu i socijalnom osiguranju te poslovalo u drugoj državi članici. U konačnici se ispostavilo da postoje nedostaci u saradnji između nadležnih tijela kako unutar država članica tako i između različitih država članica.⁹ U Europskoj je uniji 2016. godine bilo 2,3 milijuna upućenih radnika, što predstavlja povećanje od 69 % tokom prethodnih šest godina.¹⁰

9 Susanne Kraatz, 12. 2019. godine, Informativni članci o Evropskoj uniji, dostupno na: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/hr/sheet/37/upucivanje-radnika> (12.9.2021).

10 Ibid.

Zbog ovih nedostataka, reforma Direktive je bila neizbježna te je Komisija započela rad na reformskom aktu kako bi poboljšala položaj upućenih radnika van granica postojeće Direktive. Nakon objave prijedloga parlamenti 11 država članica dostavili su obrazložena mišljenja, što je pokrenulo provjeru usklađenosti s načelom supsidijarnosti, tzv. postupak žutog kartona. Rezultati pregovora postali su vidljivi 2018. godine, više od dvadeset godina nakon donošenja Direktive 96/71/EZ, kada se postavilo pitanje da li se i dalje Direktivom 96/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća uspostavlja odgovarajuća ravnoteža između potrebe za promicanjem slobode pružanja usluga i osiguranjem jednakih uvjeta za poslovanje s jedne strane te potrebe za zaštitom prava upućenih radnika s druge strane.¹¹ Nakon sagledanja statističkih podataka dolazi se do negativnog odgovora te se u skladu s tim donosi Direktiva 2018/957 Evropskog parlamenta i Vijeća od 28. lipnja 2018. o izmjeni direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga. Ovom izmjenom nastoje se otkloniti svi nedostaci i manjkavosti Direktive iz 1996. godine. Među najznačajnijim izmjenama su inkorporiranje zaštite zdravlja i sigurnosti radnika kao i zaštite upućenih radnika za vrijeme njihova upućivanja, u predmet i područje primjene Direktive. Iako se navedeno već nalazilo u kontekstu prijašnje Direktive ovom izmjenom stavlja se još veći naglasak na samu svrhu regulisanja ove materije na nivou Evropske unije te se usmjerava tumačenje samih članova Direktive u budućnosti odnosno izražava jasna i nedvosmislena namjera Evropskog zakonodavca.

Novom Direktivom se mijenja i član 3. Direktive 96/71 na način da države članice osiguravaju da, neovisno o pravu koje se primjenjuje na radni odnos, poduzeća garantuju uslove zaposlenja koja su pored zakona i drugih propisa, propisana i kolektivnim ugovorima ili arbitražnim dogovorima koji su proglašeni univerzalno primjenjivima ili se na drugi način primjenjuju bez obzira na to na koji se sektor odnose. To predstavlja znatan raskorak s Direktivom iz 1996. godine gdje je primjena kolektivnih ugovora i arbitražnih dogovora bila ograničena samo na građevinski sektor. Također u slučaju da ne postoji sistem proglašenja kolektivnih ugovora u državi članici, prilikom korištenja mogućnosti uzimanja kao osnove kolektivne ugovore sklopljene između organizacija poslodavaca i radnika izraz između „najviših organizacija poslodavaca i radnika“ mijenja se sa izrazom „najnajreprezentativniji“ što i više odgovara samom smislu odredbe.

Pored već utvrđenih garantovanih uslova rada, ovom izmjenom dodani su i uslovi smještaja radnika ako ih poslodavac osigurava radnicima koji izbjivaju iz svojeg uobičajenog mjesta rada te dodaci ili nadoknade za pokrivanje troškova putovanja, hrane i smještaja za radnike koji izbjivaju iz svojeg mjesta boravišta zbog profesionalnih razloga.

Također postavlja se granični rok stvarnog trajanja upućivanja od 12 mjeseci, koji ukoliko je premašen obavezuje države članice da, neovisno o pravu koje se primjenjuje na radni odnos, poduzeća radnicima upućenima na njihovo

¹¹ Direktiva 2018/957 Evropskog parlamenta i Vijeća od 28. 06. 2018. o izmjeni Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga.

državno područje na temelju jednakog postupanja jamče, povrh uvjeta zaposlenja navedenih u ovoj i Direktivi 96/71/EZ, sve primjenjive uslove zaposlenja koji su u državi članici u kojoj se obavlja rad utvrđeni zakonom i drugim propisima i/ili kolektivnim ugovorima ili arbitražnim dogovorima koji su proglašeni univerzalno primjenjivima ili se na drugi način primjenjuju bez obzira na sektor na koji se odnose.

Da bi se izbjegle zloupotrebe i smjenjivanje radnika na istom radnom mjestu radi izbjegavanja proteka roka od 12 mjeseci, izmjenom Direktive se utvrđuje da ako preduzeće prvobitno upućenog radnika zamijeni drugim upućenim radnikom koji obavlja istu zadaću na istome mjestu, pod trajanjem upućivanja kumulativno se posmatra trajanje razdoblja upućivanja dotičnih pojedinačnih upućenih radnika. Što znači da se period njihovog zajedničkog upućivanja zbraja i računa kao da do smjene radnika nije došlo. Pojam „ista zadaća na istome mjestu”, određuje se uzimajući u obzir, među ostalim, prirodu usluge koju treba pružiti, posao koji treba obaviti i adresu (adrese) mjesta rada.¹² Osnovno načelo, koje je i glavna odrednica smjera kretanja svih izmjena navedene Direktive 96/71/EZ jeste “za jednak rad jednaka plaća” koje je sadržano u ugovorima Evropske unije još od 1957. godine.

Uprkos svemu pozitivnom što ova izmjena Direktive nosi sa sobom, mnogi autori joj prilaze sa određenom dozom skepse. Naime oni ističu da preduzeća „ekonomsko snažnijih“ država članica kao što su Njemačka i Belgija „u startu imaju prednost na svom terenu po gotovo svim usporednim parametrima, u odnosu na istočnjačku konkurenciju, osim po troškovima rada. Iza njih stoji daleko izdašniji kreditni aparat a i kudikamo potentniji međunarodni lobiji. „Za sada jedini realan izlaz privrednicima iz slabijih ekonomija utoliko zaista jeste obaranje cijene rada i, sužavanje opsega poreza.“¹³ U skladu s tim postavlja se pitanje da li ova Direktiva u odredbama čija je isključiva svrha na prvi pogled isključivo zaštita radnika, u pozadini štiti zapadnjačka preduzeća kojima inozemni „gosti“ predstavljaju prijatnu i opasnu konkurenciju.

Rok za implementaciju Direktive bio je 30. juli 2020. godine, te još uvijek nije jasno vidljivo u kojoj mjeri su postignuti priželjkivani ciljevi.

2.5. Direktiva 2014/67/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 15. maja 2014. o provedbi Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga i izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 o administrativnoj saradnji putem Informacijskog sistema unutrašnjeg tržišta

S obzirom na uočene nedostatke provedbe Direktive 96/71/EZ i kako bi se spriječila daljnja zloupotreba i zaobilazjenje važećih pravila od strane preduzeća

¹² Ibid.

¹³ Igor Lasić, „Dobra vijest o cijeni rada?“ Bilten regionalni portal 25.10.2017. godine, dostupno na: <https://www.bilten.org/?p=20707> (1.11.2021. godine)

koja nepropisno ili prevarom stiču koristi od primjene Direktive 96/71/EZ, evropski zakonodavac je došao do zaključka da bi trebalo unaprijediti provedbu i praćenje pojma upućivanja te na nivou Unije uvesti više jedinstvenih elemenata koji olakšavaju zajedničko tumačenje Direktive. Instrument za postizanje navedenih ciljeva je Direktiva 2014/67/EU o provedbi Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga. „Ovom Direktivom uspostavlja se zajednički okvir odgovarajućih odredbi, mjera i kontrolnih mehanizama potrebnih za bolju i ujednačeniju provedbu, primjenu i izvršavanje u praksi Direktive 96/71/EZ, uključujući mjere za spriječavanje i kažnjavanje svakog zloupotrebljavanja i zaobilaženja važećih pravila, kojim se ne dovodi u pitanje područje primjene Direktive 96/71/EZ.¹⁴ Pored navedenog ovom Direktivom se osigurava poštovanje odgovarajućeg nivoa zaštite prava radnika na prekogranično pružanje usluga s naglaskom na uslove rada. Kao jedan od ciljeva također je postavljena i pomoć nadležnim tijelima u identificiranju radnika koji su lažno prijavljeni kao samozaposleni.

Jedna od prvih obaveza postavljenih ovom Direktivom državama članicama je imenovanje nadležnih tijela za kontakte i razmjenu informacija o pitanjima vezanim za primjenu Direktive. Prilikom imenovanja tih tijela, države su obavezne osigurati zaštitu podataka u pogledu razmjenjenih informacija i zakonskih prava osoba na koje to može utjecati. Države članice također dostavljaju podatke za kontakt nadležnih tijela Komisiji i drugim državama članicama.

Vremenom je utvrđeno da je jedan od osnovnih početnih nedostataka prilikom primjene Direktive iz 1996. godine nedovoljna informiranost o uslovima zapošljavanja njenih adresata. Shodno tome, države članice bi prema preambuli ove Direktive trebale osigurati da takve informacije budu opće dostupne na način prilagođen korisnicima te besplatne. Također, države članice su obavezne omogućiti djelotvoran pristup informacijama, ne samo pružateljima usluga iz drugih država članica, nego i dotičnim upućenim radnicima. Ovo se odnosi kako na uslove zapošljavanja predviđene u samoj Direktivi, tačnije njenom članu 3., tako i onim koji su utvrđeni kolektivnim ugovorima koji su proglašeni univerzalno primjenjivim. Najpogodniji način za poboljšanje dostupnosti informacija, prema mišljenju Evropskog Parlamenta i Vijeća jeste osiguranje postojanja jedinstvene službene nacionalne internetske stranice koja je minimalno u obliku internetskog portala i koja na jasan i precizan način pruža relevantne informacije kojima na jednostavan način mogu pristupiti svi. Pored navedenog države članice su obavezne navesti osobu za kontakt koja je zadužena za zahtjeve za informacijama i pomoć korisnicima. Kao informacije od posebnog značaja izdvojene su one o periodu utvrđenom u nacionalnom pravu država članica u kojim pružatelj usluga moraju čuvati dokumente nakon perioda upućivanja. Pored rokova veoma bitne

14 Direktiva 2014/67/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 15. maja 2014. godine o provedbi Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga i izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 o administrativnoj saradnji putem Informacijskog sistema unutrašnjeg tržišta („Uredba IMI“).

informacije su i koji se kolektivni ugovori primjenjuju u toj državi članici i na koga se primjenjuju, te koji su uslovi rada u njima sadržani. Sve navedene informacije bi trebale biti dostupne na službenom jeziku države članice ali i na jezicima koji su najrelevantniji s obzirom na potražnju za uslugama na njenom tržištu rada.

U Direktivi 2014/67 su naknadno precizirani dodatni elementi koji se uzimaju u obzir prilikom procjene obavlja li upućeni radnik privremeno svoj rad u državi članici različitoj od one u kojoj uobičajeno radi. Ti elementi su naročito da li se rad obavlja u ograničenom vremenskom periodu u drugoj državi članici, koji je datum na koji upućivanje započinje, okolnost da li se upućeni radnik vraća u državu porijekla ili se od njega očekuje da nastavi raditi u državi članici iz koje je upućen nakon završetka rada ili pružanja usluga zbog kojih je upućen, koja je priroda aktivnosti, da li putovanje, hranu ili smještaj nadoknađuje poslodavac koji upućuje radnika kao i svi prethodni periodi tokom kojih je radno mjesto bilo popunjeno istim ili drugim upućenim radnikom. U slučaju da jedan od ovih elemenata nije ispunjen, to ne isključuje automatski da se ta situacija ne karakteriše kao upućivanje, već je potrebno u svakom konkretnom slučaju uzeti u obzir sve okolnosti nastale situacije.

Posebna pažnja prilikom izrade Direktive se posvetila podizvođačkim lancima za koje se u praksi ispostavilo kako često zaobilaze pravila utvrđena Direktivom 96/71. Direktiva o provedbi daje državama članicama mogućnost da poduzmu dodatne mjere, na nediskriminirajućoj i proporcionalnoj osnovi, kako bi osigurale da ugovaratelj čiji je poslodavac pružatelj usluga na kojeg se primjenjuju odredbe Direktive 96/71 uz ili umjesto poslodavca može biti smatran odgovornim za upućenog radnika u odnosu na bilo kakve nepodmirene neto primitke od rada koji odgovaraju minimalnoj plaći ili doprinose koje treba uplatiti u zajedničke fondove ili institucije socijalnih partnera ako su obuhvaćeni čl. 3. Direktive 96/71. Takva odgovornost ograničena je na prava radnika stečena ugovornim odnosom između izvoditelja i njegova podizvoditelja. Direktiva o provedbi također uređuje prekograničnu provedbu administrativnih i novčanih sankcija izrečenih pružatelju usluga s poslovnim nastanom u jednoj državi članici za nepoštivanje važećih pravila o upućivanju radnika u drugu državu članicu.¹⁵

Pored predviđanja saradnje i pomoći između radnika, preduzeća, država članica i nadležnih tijela Evropske unije, u trećem poglavlju ove Direktive predviđena je i administrativna saradnja koja se ogleda u međusobnoj uzajamnoj pomoći između različitih država članica u svrhe provedbe, primjene i izvršavanja obaveza iz ove Direktive i Direktive 96/71/EZ. Navedena saradnja država članica uključuje slanje i dostavu dokumenata, pomoć u istragama nepoštivanja ili kršenja važećih pravila o upućivanju radnika, kao i inspekcijama. U slučaju teškoća u ispunjavanju zahtjeva za informacijama ili u provođenju provjera, inspekcija

15 Direktiva 2014/67/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 15. maja 2014. o provedbi direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga i izmjeni Uredbe (EU) br 1024/2012 o administrativnoj saradnji putem Informacijskog sustava unutarnjeg tržišta, Službeni list Evropske unije (2014),. čl. 4. st. 2.

ili istraga, predmetna država članica je dužna bez odlaganja obavijestiti državu članicu koja je podnijela zahtjev kako bi pronašle rješenje.¹⁶ Predviđeno je da se administrativna saradnja i pomoć pružaju bez naknada.

3. Praksa Suda EU u području zaštite prava upućenih radnika

Države članice su obavezne poštovati i provoditi odluke Suda pravde Evropske unije. To je obaveza svih državnih tijela uključujući, u okvirima njihove nadležnosti, i nacionalne sudove. „Nacionalni sud koji bi pak zanemario raniju praksu Suda bez obzira u kojoj je grani nadležnosti presuda nastala i bez obzira ko su stranke u postupku, smatralo bi se da je počinio dovoljno ozbiljnu povredu prava EU, te bi to uz ispunjavanje drugih pretpostavki, činilo osnovu za naknadu štete od strane države.“¹⁷

Višestruki značaj Suda Evropske unije ogleda se kako u određivanju načina primjene osnivačkih ugovora i sekundarnih pravnih akata Unije, tako i u razvijanju samostalnog pravnog poretka koji je nadređen nacionalnim pravnim sistemima država članica. Sudski aktivizam primjetan je od početka evropskih integracijskih procesa, te države članice nisu primarnim ili sekundarnim pravom predvidjele načelo supremacije prava EU niti načelo neposredno primjene, već ih je stvorio Sud EU odnosno njegovi suci.

Važna su obrazloženja odluka Suda pravde Evropske unije jer u sebi sadrže pravne pretpostavke, sudsko shvaćanje prava i društvenog konteksta, i druge važne činjenice koje Sud pravde Evropske unije smatra bitnima za donošenje odluke. Kada jednom Sud zauzme neko pravno shvaćanje o značenju određene pravne norme to će, u pravilu, učiniti u obrazloženju svoje odluke. Njegove kasnije odluke zasnivat će se na takvim pravnim shvaćanjima.¹⁸

S obzirom da pitanje ostvarivanja, odnosno zaštite komunitarnog (radnog) prava nije regulisano komunitarnim aktima, praksa Evropskog suda pravde koja je stvaralačka (npr. širokim tumačenjem pojma komunitarnog radnika) upravo je doprinijela dosljednoj i ujednačenoj primjeni komunitarnog (radnog) prava u državama članicama, a bez toga bi ostvarenje ciljeva (zajedničke) socijalne politike bilo teško ostvarivo.¹⁹

16 Direktiva 2014/67/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 15. maja 2014. o provedbi Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga i izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 o administrativnoj suradnji putem Informacijskog sustava unutarnjeg tržišta., poglavlje III, član 6, stav 5.

17 Dragan Zlatović, Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radnopravnim pitanjima, Radno pravo – stručni časopis, Br. 05/12, 2012, (45-65) str. 53.

18 Ibid.

19 Branko A. Lubarda, Evropsko radno pravo, CID Podgorica, 2004., str. 120.

3.1. Predmet Laval

Jedan od najkontraverznijih predmeta koji se našao pred Sudom Evropske unije i koji je potakao mnoge rasprave o djelotvornosti Direktive 96/71/EZ je predmet „Laval“.²⁰

Laval je latvijska građevinska firma sa sjedištem u Latviji, koja je 2004. uputila dio radnika u Švedsku kako bi radili na građevinskim mjestima kojima upravlja druga švedska firma. Firma Laval je prije upućivanja radnika na teritoriju Švedske potpisala kolektivni ugovor u Latviji sa latvijskim Građevinskim sektorskim sindikatom, međutim nakon početka radova u Švedskoj, švedski sindikat zgrada i javnih radova zahtjevao je da naknadno potpiše kolektivni ugovor s njima. Na taj način bi se firma Laval obavezala na isplatu većeg iznosa plaća od onih propisanih zakonom kao minimalne, na način na koji je to predviđeno u kolektivnom ugovoru. Ovdje treba istaknuti da Švedska nema sistem kojim bi proglasila kolektivni ugovor univerzalno primjenjivim, a švedsko pravo ne nameće obavezu stranim firmama da primjenjuju švedske kolektivne ugovore, budući da nisu ni svi švedski poslodavci njima vezani. Plaća se u praksi najčešće određuje između poslodavaca i radnika u skladu sa njihovim iskustvom i strukom a minimalna plaća koja se spominje u mnogim švedskim kolektivnim ugovorima se odnosi na radnike bez kvalifikacija ili radnog iskustva, te se stoga kao pravilo odnosi na relativno mali broj radnika i ne na radnike preduzeća Laval. Također potpisivanjem Kolektivnog ugovora za građevinski sektor firme na sebe preuzimaju obavezu plaćanja dodatnih novčanih obaveza. Na taj način, se od njih zahtijeva da plate sindikatu iznos jednak 1.5% ukupne bruto plaća za potrebe analize plaća koju ta sekcija sindikata obavlja, te osiguravajućim društvima, iznose koji predstavljaju 0.8% od ukupne bruto plaće za potrebe naplate ‘Tilläggsörena’ (penny dopune) ili „specijalnog građevinskog dodatka“, te dodatnih, 5.9% za potrebe viših premija osiguranja.²¹

S obzirom da su pregovori protekli bezuspješno, švedski sindikat je započeo kolektivnu akciju usmjerenu protiv Latvijskog preduzeća blokirajući njihove građevinske lokacije u Švedskoj. Na ovaj način preduzeće Laval je efektivno spriječeno u obavljanju svojih radova i ostvarivanja profita. U ovoj situaciji zastupnici Lavala-a su se obratili švedskom organu za pravne poslove kako bi saznali kojih se uslova zapošljavanja moraju pridržavati prilikom poslovanja u Švedskoj te postoji li određena minimalna plaća. U svome odgovoru ovaj organ ih je uputio na odredbe o upućivanju radnika te istakao da se u slučaju daljnjih nesuglasica obrate sudu.

U skladu s novonastalom situacijom ponovno je pokušano postići kompromis u procesu mirenja. Postupak je međutim opet protekao bezuspješno, te je preduzeće

20 Predmet C-341/05 Laval un Partneri v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, ECLI:EU:C:2007:809 „Laval i partneri protiv Švedskog sindikata zgrada i javnih radova (Svenska Byggnadsarbetareförbundet ‘Byggnads’) i dr.“

21 Ibid.

Laval podnijelo tužbu pred švedskim sudom tražeći da se Bygghattenova blokada, kao i štrajk drugih sindikata koji su se naknadno uključili u blokadu iz solidarnosti, proglasi nezakonitim. Uz tužbu je također postavljen zahtjev za naknadu štete koje je preduzeće pretrpilo zbog nemogućnosti obavljanja radova.

Razmatrajući tužbu, Švedski sud se obratio Evropskom sudu s dva pitanja:

„1. Je li u skladu s odredbama Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga i zabrani diskriminacije na temelju državljanstva i s odredbama Direktive 96/71/EZ ... da sindikati pokušavaju, u smislu kolektivne akcije u obliku blokade („blockad“), prisiliti stranog pružatelja usluga na potpisivanje kolektivnog ugovora u državi domaćici u odnosu na odredbe i uslove zapošljavanja, ako je situacija u državi domaćici takva da zakonodavstvo koje treba implementirati Direktivu 96/71 nema izrazitih odredaba koje se odnose na primjenu odredaba i uslova zapošljavanja u kolektivnim ugovorima?“²²

2. Drugo pitanje se odnosi na Švedski Zakona o radnicima (MBL) koji zabranjuje sindikatu poduzimanje kolektivne akcije s ciljem zaobilazanja kolektivnog govora koji su sklopile druge stranke. Taj zakon se međutim primjenjuje samo kada sindikat poduzima kolektivne mjere koje su u vezi s radnim uslovima na koje se MBL direktno primjenjuje, što znači u praksi da zabrana nije primjenjiva na kolektivne mjere protiv stranog poduzeća koje privremeno posluje u Švedskoj i koje dovodi svoju vlastitu radnu snagu jer oni nisu direktni adresati ovoga zakona.

Prema tome drugo pitanje je: “Zabranjuju li pravila Ugovora o EZ o slobodi pružanja usluga i zabrane diskriminacije na temelju državljanstva, te odredbe Direktive 96/71 primjenu ovoga pravila na kolektivne mjere u obliku blokade poduzetu od švedskih sindikata protiv stranog privremenog pružatelja usluga u Švedskoj, koje znači u praksi da švedski kolektivni ugovori postaju primjenjivi i imaju prednost pred stranim kolektivnim ugovorima koji su već sklopljeni?“²³

Naime, budući da je Laval sklopio kolektivni ugovor u Latviji s latvijskim radnicima, švedski MBL se na njega ne primjenjuje te mu i ne daje zaštitu u obliku zabrane kolektivnih akcija što dovodi do toga da švedski sindikati imaju mogućnost da nametnu primjenu kolektivnog ugovorima stranim pružateljima usluga na način na koji to ne mogu prema domaćim pružateljima usluga su oni obuhvaćeni MLB-om.

U tom periodu Švedska nije uredila pitanje minimalne plaće upućenih radnika bilo putem zakonskih odredbi o minimalnoj plaći ili putem univerzalno primjenjivog kolektivnog ugovora. Međutim u tom periodu na snazi je bila Direktiva 96/71/EZ. Prema odredbama Direktive, postoji mogućnost da se u državi koja nema sistem za proglašenje kolektivnih ugovora univerzalno primjenjivim, univerzalna primjenjivost može temeljiti na kolektivnim ugovorima koji su generalno primjenjivi na sve slične djelatnosti na nekom geografskom području ili u nekom sektoru, ili na ugovoru koji je sklopljen između većine poslodavaca

22 Ibid.

23 Ibid.

i sindikata na nacionalnom nivou te se primjenjuje na cijelom području te države pod uslovom da primjena takvog ugovora osigurava jednakost tretmana subjekata u sličnim situacijama.

U svom odgovoru Sud Evropske unije je istaknuo da je iz formulacije ove odredbe jasno da korištenje ove mogućnosti zahtijeva, prvo, da države članice moraju donijeti takvu odluku o primjenjivosti kolektivnih ugovora u konkretnom slučaju bez postojanja zakonom predviđenog postupka proglašenja univerzalne primjenjivosti kolektivnih ugovora i drugo, da primjena kolektivnih ugovora na poduzeća koja izmještaju radnike treba jamčiti jednako postupanje u uslovima zaposlenja između poduzeća i nacionalnih poduzeća u profesiji ili industriji koja su u sličnoj situaciji. Smatra se da je jednako postupanje, u smislu Direktive, ostvareno gdje su nacionalne firme podložne istim obavezama, u smislu tih stvari, kao i firme koja izmještaju radnike, i gdje se od svakog zahtijeva da ispuni takve obaveza s istim učinkom.²⁴

U konkretnom slučaju, nije sporno da kolektivni ugovori nisu proglašeni univerzalno primjenjivima, i da država članica nije iskoristila mogućnosti ponuđene u drugom stavu člana 3(8) Direktive (primjenu kolektivnog ugovora koji su generalno primjenjivi na sve slične djelatnosti na nekom geografskom području ili u nekom sektoru).

Na osnovu svega navedenog Sud je odlučio da se mora zaključiti da “država članica u kojoj minimalni iznos plaće nije određen u skladu s jednim od sredstava navedenim Direktivom 96/71 (zakon, proglašeni kolektivni ugovor) nije ovlaštena, u skladu s Direktivom, nametnuti preduzećima koja su osnovana u jednoj državi članici, u okviru transnacionalnog pružanja usluga, pregovore na mjestu rada, uzimajući u obzir kvalifikacije i zadatke zaposlenika, tako da dotična poduzeća mogu odrediti iznos plaće koji trebaju isplaćivati svojim upućenim radnicima.”²⁵ U ovom konkretnom slučaju to podrazumijeva da niti država niti sindikat nisu ovlašteni nametati potpisivanje kolektivnog ugovora stranim firmama kojim bi na sebe preuzele veći nivo obaveza od onog zakonskog minimuma.

Takvim tumačenjem navedene odredbe primjenjivost kolektivnih ugovora na upućene radnike u državama članicama bez sistema proglašenja univerzalne primjenjivosti ostala je samo teoretska mogućnost.²⁶ Tome u prilog ide i podatak Europske komisije iz 2003. godine kako nijedna od država članica do navedene godine nije iskoristila ovu mogućnost.²⁷

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Melita Carević; Paula Kiš; Filip Kuhta (2008)., Minimum wages as an obstacle to the free provision of services, Croatian yearbook of European law & policy, Vol.4 No.4 studeni 2008. dostupno na: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/75> (17.8.2021. godine).

27 Evropska komisija, COM (2003) 458 final 25 July 2003.; The implementation of Directive 91/71/EC in Member States, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A52004AE0515> (17.12.2020. godine).

U Direktivi 96/71/EZ je propisano da odredbe o uslovima zaposlenja upućenih radnika ne sprječavaju primjenu propisa koji su povoljniji za radnike što je utvrdio i Evropski sud, međutim ta odredba Direktive ne smije biti tumačena u smislu da dozvoljava državi domaćinu da uslovljava pružanje usluga na svom području strožijim uslovima zaposlenja od obaveznih pravila za minimalnu zaštitu upućenih radnika. Također, Direktiva 96/71/EZ jasno određuje da su preduzeća koja upućuju radnike, u načelu, dužna poštivati samo obavezna pravila za nužnu zaštitu. Suprotno tumačenje dovelo bi do toga da tržište država “domaćica” bude nekonkurentno te bi odvratio strane firme od upućivanja svojih radnika u druge države, što bi u konačnosti predstavljalo prepreku samoj slobodi pružanja usluga.

U praksi ovakvo tumačenje pretvara minimalne zahtjeve zaštite propisane Direktivom u maksimum prava koja se mogu jamčiti upućenim radnicima. Konvergencija može ići u oba smjera – prema višoj, ali i nižem nivou radničkih prava; ovisno o početnoj poziciji pojedine države članice.²⁸ Domaći pružatelji usluga u državama s višim nivou socijalne zaštite stavljeni su u nepovoljniji položaj prema stranoj konkurenciji, jer se na njihovo poslovanje primjenjuje cjelokupno radno zakonodavstvo te države. Takva situacija dovodi do otvaranja povezanih društava u manje razvijenijim državama članicama te upućivanjem radnika iz te države u razvijeniju državu gdje mogu raditi pod manje striktnim pravilima.

Ovakvo tumačenje Direktive predstavljalo je prekretnicu u praksi Evropskog suda, u „pred-lavalskom“ tumačenju Direktive, pravila za zaštitu upućenih radnika koja idu preko minimalne granice predstavljala bi povredu čl. 49. Ugovora o EZ samo ako bi propisivala da pružatelji usluga iz drugih država članica posluju pod strožijim uslovima od domaćih.²⁹

U kontekstu drugog pitanja Sud je zauzeo stav da “Iako pravo na poduzimanje kolektivne akcije mora biti priznato kao temeljno pravo koje čini sastavni dio općih načela prava Zajednice čije ostvarenje osigurava Sud, korištenje tog prava može ipak biti predmetom određenih ograničenja.”³⁰ Korištenje prava na kolektivne akcije ipak treba ograničiti testom proporcionalnosti i srazmjernosti u kontekstu drugih sloboda i prava zagarantovanih na nivou Evropske unije koja se ograničavaju njihovim uživanjem. Sud navodi da bi, se ugrozila sloboda pružanja usluga kad bi ukidanje državnih barijera moglo biti neutralizirano ograničenjima koja su posljedica korištenja pravne autonomije dane udruženjima ili organizacijama koje nisu uređene javnim pravom. Na ovaj način, neposredno, privatnopravno udruženje je to koje vrši aktivnosti koje ograničavaju slobodu pružanja usluga koja je jedno od temeljnih načela na nivou Evropske unije. Ograničenje te slobode moguće je samo ako teži ostvarivanju legitimnog cilja u skladu sa Ugovorom o

28 Nikola Buković, Upućeni radnici, minimalna plaća i pravni poredak EU - nepovratni učinci slučaja Laval, dostupno na: <https://radnickaprava.org/tekstovi/clanci/nikola-bukovic-upuceni-radnici-minimalna-placa-i-pravni-poredak-eu-nepovratni-ucinci-slucaja-laval> (12.10.2021.godine)

29 Presuda C-341/05 „Laval“, op. cit. 91.

30 Ljerka Mintas Hodak, op. cit. str. 358.

funkcionisanju Evropske unije, te ako je opravdano prevladavajućim razlozima javnog interesa. Ukoliko su navedeni kriteriji ispunjeni, ono dodatno mora biti prikladno za ostvarenje cilja kojem teži i ne smije ići dalje od onog što je nužno kako bi ga ostvarila.³¹ Specifične obaveze potpisivanja kolektivnog ugovora i pregovaranja o plaćama koje sindikat nastoji nametnuti u konkretnom slučaju nisu opravdane u odnosu na cilj, jer je poslodavac već u okviru mehanizma Direktive 96/71/EZ obavezan poštovati minimum obaveznih propisa kojima se osigurava minimalna zaštita upućenih radnika.³² Što podrazumijeva da uprkos činjenici da je cilj akcije blokade od strane sindikata u državi članici domaćici osigurati da radnici izmješteni u okviru transnacionalnog pružanja usluga imaju uslove radnog odnosa na određenom većem nivou, što spada u opseg zaštite radnika, prepreka koju ta kolektivna akcija predstavlja ne može biti opravdana u odnosu na takav cilj.

S obzirom da kolektivna akcija nije opravdana, u konkretnom predmetu nije bilo potrebe razmatrati njenu proporcionalnost.³³

Stav koji je sud zauzeo u ovome predmetu, izazvao je mnoštvo kritika jer prema mišljenju mnogih stvara disproporciju između ekonomskih i socijalnih aspekata zajedničkog tržišta Evropske unije, pri tome dajući prednost ekonomskim slobodama nad temeljnim socijalnim pravima i mehanizmima socijalne zaštite. Ovakav restriktivan pristup tumačenju odredbi Direktive 96/71/EZ doveo je do pojave doze skepticizma i nepovjerenja građana, prvenstveno radnika, država članica Evropske unije, da će njihova prava, ukoliko se nađu u koliziji sa ekonomskim slobodama zaista biti u prvom planu. Konkretno, jedini sveobuhvatan način zaštite domaćih radnika od socijalnog dampinga ali i stranih upućenih radnika od niskih prihoda u državama članicama koje imaju socijalni sistem uređen kao u Švedskoj jeste putem nacionalnih propisa koji bi se prema odredbama Direktive 96/71/EZ primjenjivale jednako na sve. U ovom primjeru, harmonizaciji prava Evropske unije više pogoduje tzv. “bottom up” sistem od do sada korištenog “top down”. Naime primjenom “bottom up” sistema, države članice usklađuju svoje radnopravne sisteme, i u ovom slučaju pružaju zaštitu svojim, i upućenim radnicima na nacionalnom nivou, zakonima i drugim aktima koji su u tom slučaju primjenjivi na sve adresate na njoj teritoriji bez diskriminacije. Naravno prilikom primjene ove metode, države članice morale bi poštovati načela i okvire utvrđene pravnim aktima Evropske unije kao aktima više pravne snage. U slučaju postojanja opće primjenjivog kolektivnog ugovora ili zakona koji postavlja minimum plaća u Švedskoj, i uz dosljednu primjenu Direktive 96/71/EZ do navedenog problema ne bi došlo.

31 Adrijana Martinović, *Praksa europskog suda*, Hrvatska pravna revija, 06.2009. godine.

32

33 Catherine Barnard, *EU Social policy, From employment law to labour market reform*, The evolution of EU law, Edited by Paul Craig and Grainne de Burca, Oxford University Press. 2012., str. 673.

3.2. Predmet Dirk Ruffert

Godine 2003. Donja Austrija kao Austrijska savezna država, raspisala je javni tender za izgradnju Gittingen-Rosdorf-skog zatvora.³⁴ Na navedeni tender licitirala je građevinska firma "Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG". Vrijednost ugovora iznosila je 8.493.331 EUR.³⁵ U Donjoj Austriji zakonom je određeno da javne vlasti mogu dodijeliti ugovore o građevinskim radovima i lokalnom javnom transportu samo poduzećima koja isplaćuju plaće u skladu s kolektivnim ugovorima koji vrijede na području gdje se takav ugovor ima izvršiti. U konkretnom slučaju riječ je bila o kolektivnom ugovoru "Građevinarstva i javnih radova." Propisani iznos plaće je dužan isplaćivati glavni izvođač radova kao i eventualni podizvođač radova kojeg bi glavni izvođač unajmio. S obzirom na ovaj zakon, ugovor zaključen nakon uspješno provedene licitacije sadržavao je odredbu prema kojoj se firma Objekt und Bauregie obavezala poštovati odredbe navedenog kolektivnog ugovora. Pored navedene odredbe radi osiguranja ispunjavanja obaveza, javne vlasti su u ugovor implementirale ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja ugovornih obaveza koja u slučaju više prekršaja može iznositi do 10% vrijednosti ugovora.

Njemačka firma Objekt und Bauregie poslovala je sa podizvođačem radova koji je svoje sjedište imao u Poljskoj i čiji su uposlenici bili upućeni radnici iz Poljske koji su radili na izgradnji. U ljeto 2004. godine usljed inspekcijskog nadzora utvrđeno je da firma radnicima isplaćuje iznose znatno niže od onih ustanovljenih u kolektivnom ugovoru. Nakon provedenog istražnog postupka, utvrđeno je da firma Objekt und Bauregie 53 radnika isplaćivala samo 46,57% plaće predviđene kolektivnim ugovorom kao minimalne, te na ovaj način propustila ispuniti svoju ugovornu obavezu. Donja Austrija je na osnovu ovih okolnosti raskinula ugovor sa firmom te odbila isplatu vrijednosti za izvedene radove. Slijedom navedenih događaja, Dirk Ruffert je u ime firme Objekt und Bauregie podnio tužbu pred Regionalnim sudom u Hanoveru, tražeći od Donje Saske isplatu za izvršene radove.

Prvostepeni sud u Hanoveru, utvrdio je istinitost tvrdnji o povredi ugovorne obaveze i obavezao firmu Objekt und Bauregie na isplatu ugovorne kazne u iznosu od 84.964,31³⁶ Eura, odnosno 1% vrijednosti ugovora, te je izvršio prijebroj potraživanja do tog iznosa, a zahtjev izvođača radova preko te svote je odbijen.

Na navedenu presudu podnesena je žalba Višem regionalnom sudu kao drugostepeno nadležnom, na osnovu tvrdnje da je odredba Landesvergabegesetz-a tj. spornog Austrijskog zakona koji propisuje obavezu poštovanja kolektivnog ugovora za sva preduzeća koja licitiraju na javnim konkursima bez obzira da li su oni u konkretnom slučaju potpisnici kolektivnog ugovora, inkompatibilna sa

34 Dirk Ruffert, u svojstvu likvidatora firme "Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG" protiv Donje Austrije (Austrijska savezna država), Predmet C-346/06 st. 10.

35 Ibid.

36 Ibid., str. 12.

slobodom pružanja usluga iz čl. 49. Ugovora o EZ (danas čl. 59 UFEU). Ukoliko bi se odredbe kolektivnog ugovora primjenjivale i na strana preduzeća to bi značilo da i oni moraju prilagoditi iznos plaće koju isplaćuju svojim radnicima iznosu plaće u Austriji na mjestu izvođenja radova, koja je uobičajeno viša nego u njihovim domicilnim državama. Time strani pružatelji usluga gube svoju kompetitivnu prednost koju imaju u obliku nižih plaća. Također ovaj zahtjev je restriktivniji nego što je to predviđeno Direktivom 96/71/EZ tj. mjerodavnim pravnim aktom koji reguliše između ostalog pitanje minimalne plaće i uslova rada upućenih radnika na teritoriji zajedničkog tržišta Evropske unije.

Drugostepeni sud je uputio prethodno pitanje Evropskom sudu da li zakonom propisana obaveza da javne vlasti mogu na konkursima za javne radove izabrati samo pružatelje usluga koji se ugovorom obavežu poštivati iznos plaće zajamčen kolektivnim ugovorom u mjestu izvođenja radova predstavlja neopravdano ograničenje slobode pružanja usluga? Pored navedenog nacionalni sud se našao u dilemi da li je u konkretnom slučaju zaštita radnika dovoljan razlog “zaštite javnog interesa” da bi se na osnovu njega ograničila sloboda pružanja usluga, te da li je u konkretnom predmetu radnicima neophodna dodatna zaštita s obzirom da su u pravni sistem Njemačke inkorporirane odredbe Direktive 96/71/EZ kroz “Zakon o upućenim radnicima” koji je na snazi od 26. Februara 1996. godine i koji nalaže obavezu poštivanja minimalne plaće iz kolektivnog ugovora na snazi na mjestu izvođenja radova međutim ne i minimalnu plaću koja se mora isplaćivati radnicima upućenim na teritoriji Njemačke.

U svome odgovoru Evropski sud je istaknuo da se, prije svega, nacionalni zakon koji reguliše ovo pitanje ne može smatrati “zakonom” u smislu čl. 3. st 1. Direktive 96/71 koji uređuje minimalnu plaću. Slijedom toga primjena zakona u ovome konkretnom predmetu nije moguća. Druga alternativa predviđena u čl. 3. st 1. Direktive jeste uzimanja kao osnova za određivanje minimalne plaće kolektivnog ugovora koji je univerzalno primjenjiv na čitavom geografskom području u kontekstu profesije ili industrije koju obavezuje. Ta odredba Direktive se odnosi na države članice u kojima nije predviđen sistem proglašenja univerzalne primjenjivosti, što nije slučaj u Njemačkoj gdje takav sistem postoji. U skladu s tim, “Kolektivni ugovor građevinarstva i javnih radova” nije univerzalno primjenjiv u tome kontekstu niti je proglašen univerzalno primjenjivim od strane Federalne Republike Njemačke, što je neizostavan uslov kao što je naglašeno i u predmetu Laval.

Pored navedenog, zakon koji nalaže obaveznost poštovanja ovoga kolektivnog ugovora odnosi se samo na javne poslove a ne i na privatne ugovore što čini njegovu obaveznu primjenu diskriminatorskom za javna preduzeća koja pored obaveznosti propisivanja tendera podliježu i striktnijim propisima.

Iz svega navedenog Evropski sud zaključuje da se plaća iz kolektivnog ugovora o gradnji i javnim radovima ne može smatrati minimalnom plaćom iz čl. 3. st. 1. Direktive 96/71. “Takva plaća se ne može smatrati ni povoljnijim uslovom koji se primjenjuje na upućene radnike iz čl. 3. st. 7. Direktive, jer se taj član ne

može tumačiti na način da dozvoljava državama članicama da propisuju strožije uslove zaštite upućenih radnika od obaveznih pravila minimalne zaštite iz čl. 3. st. 1. Direktive 96/71, odnosno pravila koja se odnose na sve ostale radnike u određenom sektoru države članice.”³⁷

Ovom presudom kao i u predmetu Laval, Sud svojim tumačenjem postavlja praksu suprotno odredbi Direktive koja propisuje da odredbe o minimalnim uslovima zapošljavanja ‘neće spriječavati primjenu odredaba i uslova koji su povoljniji za radnike’. Sud je stava da države članice ne mogu “pružati usluge na svojoj teritoriji koje su uslovljene poštivanjem prava i obaveza zapošljavanja koja nadilaze obavezna pravila za minimalnu zaštitu”.³⁸ Postavljanje ovako striktnih kriterija za primjenjivost kolektivnih ugovora i primjenu povoljnijeg prava na radnike izazvalo je brojne kritike kako od strane sindikata država članica tako i od mnogih pravnih stručnjaka i teoretičara. Slijedom navedenog teško se ne složiti sa zaključkom Carević, Kiš i Kuhta³⁹ o tome kako se ovakvom odlukom, koja u praksi spriječava države primateljice da upućenim radnicima osiguraju istu razinu materijalnih prava kao svojim radnicima, Sud odlučio samo za ublažavanje, ali ne i za eliminaciju socijalnog dampinga.

3.3. Predmet Evropska komisija protiv Velikog Vojvodstva Luksemburga

Kao što je do sada već više puta ustanovljeno, materija zaštite prava upućenih radnika na nivou Evropske unije regulisana je najvećim dijelom Direktivom 96/71/EZ. Da bi se u potpunosti razumio začetak sukoba mišljenja u ovome postupku potrebno se prvenstveno osvrnuti na same karakteristike direktiva kao pravnih akata koji se donose na nivou Evropske unije. Naime direktive su opći, pravno obavezujući akti koji u horizontalnim odnosima nemaju direktan učinak. Prema tome države članice su obavezne u svoje nacionalne pravne poretke implementirati sadržaj direktive da bi on bio u potpunosti primjenjiv. Nacionalne vlasti su pri tome slobodne na izbor forme i metode provedbe, ali se prilikom nje moraju pridržavati rezultata koji se direktivama žele postići. Nakon implementacije direktiva, države članice su dužne dostaviti Komisiji pravni akt kojim se provedba konkretizirala. U istoj obavezi su se našle države članice i nakon donošenja Direktive 96/71/EZ.

“Ono što je specifično za ovaj slučaj⁴⁰ je da je nakon postupka inkorporiranja Direktive 96/71 u nacionalni pravni sistem Luksemburga, Komisija utvrdila da postoji mogućnost da je Zakon od 20.12.2002 .godine kojim je ono izvršeno u suprotnosti s pravom Zajednice.” Navedena nekonzistentnost, ogleda se prije svega u tome što se njime:

37 Ibid., str. 32.

38 Ibid., str 33.

39 M. Carević; P. Kiš; F. Kuhta, op. cit., str. 83.

40 Presuda Evropskog suda (prvo vijeće) 19. 06. 2008.godine u predmetu C-319/06, Komisija Evropskih zajednica protiv Velikog Vojvodstva Luksemburg.

- a) “zahtijeva od firmi s poslovnim nastanom u drugoj državi članici, koje upućuje radnike u Luksemburg, da se pridržava uslova rada i zaposlenja koji nadilaze propisane zahtjeve iz člana 3. stava 1. i 10. Direktive 96/71;
- b) ne jamči upućenim radnicima, osim sedmičnog odmora, pravo na dnevni odmor
- c) ograničava slobodu pružanja usluga zahtijevajući od firmi koja imaju sjedište izvan državnog područja Velikog Vojvodstva Luksemburg ili koja nemaju stalni poslovni nastan u Luksemburgu, da kod ad hoc zastupnika koji ima boravište u toj državi članici čuvaju dokumente potrebne za nadzor.”⁴¹

U svome odgovoru Komisiji, Veliko Vojvodstvo Luksemburg istaknulo je da su uslovi rada i zaposlenja koji su predmet prvog prigovora dio „odredaba javnog poretka” što prema članu 3. stavu 10. Direktive 96/71 spada pod izuzetke od primjene odredbi Direktive jer definicija javnog poretka uključuje sve odredbe koje su po viđenju države domaćina potrebne za njegovu zaštitu. Dio odredbe na koji se odnosi navedeni prigovor predviđa prema Zakonu minimalnu plaću i automatsku prilagodbu naknade s obzirom na promjene u životnim troškovima u Luksemburgu što Luksemburg ističe da osigurava dobre radne odnose te štiti radnike od učinka inflacije.

U odgovoru na drugi prigovor Veliko Vojvodstvo Luksemburg priznalo je njegovu utemeljenost.

Treći prigovor ne predstavlja diskriminatorske mjere prema mišljenju Velikog Vojvodstva Luksemburg jer ne zahtijeva prethodnu prijavu te je neophodno da upravno tijelo provodi nadzor.

Komisija nije bila zadovoljna navedenim odgovorom te je ponovno zatražila dopunski odgovor ali ni nakon proteka dodatnog roka, Veliko Vojvodstvo Luksemburg nije smatralo potrebnim odgovoriti na navedeno obrazloženo mišljenje. Slijedom navedenog Komisija je podnijela tužbu Evropskom sudu zbog povrede obaveze na temelju člana 226. UEZ-a.

U svojoj ocjeni sud ističe da iz Direktive 96/71 proizlazi da zakoni država članica moraju biti usklađeni kako bi se utvrdila jezgra prisilnih pravila za minimalnu zaštitu kojih se u državi članici domaćinu moraju pridržavati poslodavci koji onamo upućuju radnike.⁴² Pojam “javni poredak” kao odstupanje od načela utvrđenih direktivom mora se usko tumačiti. Na ovaj način mogućnosti nametanja mjera koje su opravdane razlozima javnog reda, su ozbiljno ograničene a sam pojam mjera zaštite “javnog poretka” nije prepušten diskreciji pojedinih država već podliježe zajedničkom tumačenju od strane Evropske unije, tj. u konačnici stavu Suda.

Također Sud uviđa da država ima slobodu garantovati uslove rada upućenim radnicima koji nadilaze one minimalne propisane Direktivom, međutim ta mogućnost se mora realizovati u skladu s predviđenim instrumentima na način

⁴¹ Ibid., str. 8.

⁴² Ibid., str. 24.

koji ne dovodi do diskriminacije između domaćih i upućenih radnika nego se jednako primjenjuje kako na jedne tako i na druge.

Uprkos priznanju osnovanosti drugog prigovora, Veliko Vojvodstvo Luksemburg nije otklonilo ukazane nedostatke te je taj tužbeni zahtjev očigledno osnovan.

U odnosu na treći prigovor Sud je procijenio da Veliko Vojvodstvo Luksemburg ne bi moglo od poduzeća koja upućuju radnike zahtijevati da se za čuvanje navedenih podataka na području Luksemburga pobrinu na početku pružanja usluga.⁴³

Odluka Suda u ovome predmetu ne predstavlja veliki raskorak u odnosu na prethodne odluke niti je Luksemburg u svojim odgovorima opravdao neusklađenost Zakona sa Direktivom 96/71. Uzimajući u obzir ranije stavove Evropskog suda o ograničavanju slobode pružanja usluga iz Laval i Rüfferta malo je vjerojatno da bi Luksemburg i usljed bolje argumentacije uspio opravdati takvu mjeru. Još jednom je ekonomski aspekt slobode pružanja usluga prevagnuo nad zaštitom radnika i njihove socijalne sigurnosti.

S druge strane sud implicitno priznaje razliku plaća kao glavnu pokretačku snagu koja stoji iza ekonomskih migracija, i kroz gore navedene slučajeve, stvara uslove za platnu konkurentnost i samoregulaciju kroz tržište rada. Povećana ponuda rada u zemljama sa visokim plaćama će uzrokovati njihov pad, dok će istovremeno plaće rasti u zemljama koje 'postavljaju radnike' kao posljedica nestašice rada.⁴⁴ U konačnici, plaće u zemljama koje 'postavljaju/primaju radnike' će se sroditi i motivacije za migracijama će opasti.

Ovaj način tumačenja Direktive 96/71 ukazao je na nedostatke primjene na upućene radnike koji svoj posao obavljaju duži vremenski period u drugoj državi članici te je potaknuo otklanjanje tih nedostataka. Slijedom toga je prilikom izrade izmjene Direktive 2018. godine ova materija upotpunjena na način da se pruža dodatna zaštita radnicima čiji period upućivanja premašuje 12 mjeseci na način da im se jamče pored osnovnih uslova zapošljavanja, svi ostali uslovi zaposlenja koji su u državi članici u kojoj se obavlja rad utvrđeni. Protekom roka od 12 mjeseci oni se pravno gledano izjednačavaju sa radnicima te države članice u pogledu svih uslova što im predstavlja dodatnu zaštitu kako od inflacije tako i od ostalih neizvjesnosti koje sa sobom nosi tržište rada i razvoj globalne ekonomije.

3.4. Predmet Michael Dobersberger protiv Magistrat der Stadt Wien

Društvo Austrijske savezne željeznice (OBB) dodijelilo je za period od 4 godine društvu D. GmbH sa sjedištem u Austriji ugovor o pružanju usluga u vidu upravljanja vagon-restoranima i pružanja usluga za vrijeme vožnje u nekim od

⁴³ Ibid., str. 93.

⁴⁴ Mirza Dinarević, Nove migracijske prilike u Evropskoj uniji i liberalizacija trgovine uslugama, 2013, I. (2) 147-162., str.156.

vozova.⁴⁵ Međutim putem podugovora sama provedba toga ugovora povjerena je društvu H.Kft. osnovanom prema mađarskom pravu sa sjedištem u Mađarskoj. H.Kft. pružalo je usluge u pojedinim OBB vozovima koji su vozili na relaciji od Austrije ili Njemačke do Budimpešte posredstvom radnika koji imaju prebivalište u Mađarskoj.

Svi radnici zaposleni za pružanje tih usluga svoju su službu započinjali i završavali u Mađarskoj. U Budimpešti su morali preuzeti robu, tj. hranu i piće koji su ondje bili uskladišteni, i ukrcati je u vozove. U Budimpešti su također bili dužni izvršiti kontrolu stanja zaliha i obračun prometa. Dakle, sav se posao o kojem je riječ u glavnom postupku, uz izuzetak onog koji je trebalo izvršiti u vozovima, obavljao u Mađarskoj.⁴⁶

Nakon kontrole u Beču, direktor mađarskog društva H.Kft. proglašen je krivim za nepoštivanje propisa u svojstvu poslodavca mađarskih radnika koje je to društvo uputilo na državno područje Austrije radi pružanja usluga za vrijeme vožnje. Navedene povrede ogleдалe su se u nepoštovanju AVRAG-a (Akta o usklađivanju ugovornog prava o radu) prema kojem je poslodavac koji upućuje radnike na područje Austrije obavezan najkasnije sedam dana prije stupanja na rad podnijeti prijavu nadležnom Austrijskom tijelu, čuvati dokumentaciju kao i dokaze o isplati plaća i ugovor o radu na njemačkom jeziku. Shodno navedenom, izrečene su mu upravne sankcije krivične prirode.

Nakon što je odbio plaćanje sankcije, direktor društva kao odgovorna osoba, podnio je zahtjev za rješavanje upravnog spora Visokom upravnom sudu u Austriji.

S obzirom na nedoumice pred kojima se našao, navedeni sud uputio je Evropskom sudu između ostalog sljedeća prethodna pitanja;

“Da li u područje primjene Direktive 96/71 spada pružanje usluga poput posluživanja hrane i pića putnicima koje obavljaju zaposlenici firme koje pruža usluge sa sjedištem u državi članici upućivanja (Mađarska) na temelju ugovora sklopljenog sa željezničkim prijevoznikom sa sjedištem u državi članici domaćinu (Austrija) ako se te usluge pružaju u međunarodnim vozovima koji prolaze i kroz državu članicu domaćina?”⁴⁷

U svojoj presudi Sud je istaknuo da usluge koje su navedene u ovome predmetu spadaju pod posebnu regulaciju UFEU tačnije pod član 56. u kojem se ističe da je sloboda pružanja usluga u području prometa regulisana odredbama glave koja se odnosi isključivo na promet a ne odredbama koje obuhvataju slobodu pružanja usluga u njenom općem obliku. Slijedom navedenog one kao takve mogu potpadati pod Direktivu 96/71 koja je donesena na temelju UEZ-a, koji se odnose na usluge.

Također odgovor na ovo pitanje nalazi se i u samoj Direktivi koja pojam „upućeni radnik” definiše kao radnika koji u ograničenom vremenskom razdoblju obavlja svoj posao na državnom području države članice koja nije država u kojoj

45 Predmet C-16/18 Evropskog suda, Michael Dobersberger protiv Magistrat der Stadt Wien.

46 Ibid., str. 11.

47 Ibid., str. 4

uobičajeno radi”.⁴⁸ U tom kontekstu upućenim radnikom se ne može smatrati radnik čije obavljanje rada nije povezano s područjem druge države članice čak i ukoliko se on u određenom trenutku zaista faktički nalazi na njemu. Kada bi ovo pitanje podpadalo pod primjenu Direktive to bi u praksi dovelo do niza problema ukoliko se uzme u obzir da određeni željeznički prevoz povezano prolazi kroz niz država članica kako Evropske unije tako i trećih zemalja a radnici koji obavljaju navedene poslove svoje poslovne aktivnosti obavljaju za cijelo vrijeme putovanja. Ovakvo tumačenje ne ograničava se međutim isključivo na radnike čija je djelatnost povezana sa željezničkim prevozom te je moguće povući paralelu i sa zračnim i brodskim uslugama.

3.5. Predmet ESA

Prije samog izlaganja ovoga predmeta⁴⁸, važno je napomenuti da je Sud po ovom predmetu rješavao 2015. godine i on hronološki datira nakon do sada izloženih primjera prakse Suda Evropske unije.

Naime ESA je društvo sa sjedištem u Poljskoj koje obavlja svoju djelatnost u području električne energije i ima podružnicu u Finskoj.⁴⁹ Kako bi obavila svoje radove na gradilištu nuklearne elektrane u Finskoj, ESA je u Poljskoj, uz primjenu poljskog prava, sklopila ugovore o radu sa 186 radnika. Ti radnici upućeni su u finsku podružnicu tog društva gdje su određen vremenski period i obaljali svoj rad. S obzirom da im ESA nije isplaćivala minimalnu naknadu koja je predviđena finskim kolektivnim ugovorom u sektoru elektrifikacije i sektoru tehničke instalacije zgrada, radnici su prenijeli svoja potraživanja iz radnog odnosa na finski Sindikat industrije električne energije. Smatrali su da je on, s obzirom na poznavanje jezika i prava te države, u boljoj poziciji da pred sudom ostvaruje njihove interese. Sindikat je 2011. godine podnio dvije tužbe u ukupnom iznosu od 6.648.383,15 Eura⁵⁰, koji odgovara neisplaćenim naknadama radnicima.

ESA je smatrala da tužbe treba odbaciti jer prema poljskom pravu, potraživanja koja proizilaze iz radnog odnosa se ne mogu ustupati na način koji je to učinjeno u ovom konkretnom predmetu.

Prvostepeni sud u Finskoj kojem su tužbe podnesene je uputio Evropskom sudu prethodna pitanja:

1. “Proizlazi li u sudskom postupku o dospjelim potraživanjima u državi obavljanja posla zajedno sa slobodom sindikalnog udruživanja zajamčenom da nacionalni sud ne smije primijeniti odredbu radnog prava države porijekla radnika koja zabranjuje ustupanje potraživanja za plaće sindikatu u državi obavljanja posla kako bi taj sindikat osigurao njihovu naplatu, dok odgovarajuća odredba države obavljanja posla dopušta

⁴⁸ Direktiva 96/71/EZ, op. cit., član. 2. stav 1.

⁴⁹ Presuda C-396/13 Evropskog suda, Sähköalojen ammattiliitto ry (Sindikat industrije električne energije) protiv Elektrobudowa Spółka Akcyjna (ESA) od 12.02.2015. godine., stav 11.

⁵⁰ Ibid.

ustupanje dospjelog potraživanja za plaću radi osiguranja njezine naplate, a tako i prijenos svojstva osobe koja ima aktivnu procesnu legitimaciju, sindikatu kojeg su članovi svi radnici koji su ustupili potraživanja s ciljem naplate?”⁵¹

2. “Trebali li član 3 Direktive 96/71, tumačiti na način da pojam minimalne plaće obuhvaća osnovnu plaću po satu prema klasifikaciji po platnim razredima, zajamčenu plaću za rad plaćen po učinku, naknadu za godišnji odmor, fiksne dnevnice i naknadu prijevoza na posao, kako su ti radni uvjeti određeni u kolektivnom ugovoru opće primjene koji proizlazi iz Priloga toj direktivi?”

U svom odgovoru na prvo pitanje Sud je istaknuo da je aktivna procesna legitimacija Sindikata pred sudom koji je uputio zahtjev uređena finskim procesnim pravom, koje se primjenjuje prema načelu *lex fori*. Nadalje je nesporno da, u skladu s navedenim finskim pravom, tužitelj ima aktivnu procesnu legitimaciju za postupanje u ime upućenih radnika. Stoga uređenje iz poljskog zakona o radu, na koji se poziva ESA, nije relevantno u pogledu aktivne procesne legitimacije Sindikata pred sudom koji je uputio zahtjev i nije prepreka njegovu pravu da podnese tužbu.⁵² Također iz člana 3. stava 1. drugog podstava Direktive 96/71/EZ proizlazi da su pitanja koja se odnose na minimalnu plaću neovisno o tome koje se pravo primjenjuje na radni odnos, uređena propisima države članice na čije su državno područje radnici upućeni kako bi obavili posao, odnosno u ovom slučaju Republike Finske.

Razmatrajući drugo postavljeno pitanje, Sud je ustanovio da je u predmetnom slučaju riječ o utvrđivanju “minimalnog iznosa plaće” koji je regulisan Direktivom 96/71/EZ.⁵³

U preambuli navedene Direktive se određuje sam cilj njenog donošenja kao “...određivanje, u interesu poslodavaca i njihovih zaposlenika, uslova zaposlenja koji se primjenjuju na radni odnos u situaciji kada preduzeće sa sjedištem u određenoj državi članici u okviru pružanja usluga privremeno upućuje radnike na područje druge države članice.”⁵⁴

Sud ističe da se u tom cilju Direktivom određuje minimalna plaća iz njezina člana 3. stava 1. podstava 1, na način da ona izričito upućuje na nacionalno zakonodavstvo ili praksu države članice na čije je državno područje radnik upućen. Slijedom navedenog Direktivom nije usklađen materijalni sadržaj tih prisilnih pravila o minimalnoj zaštiti već samo obaveznost primjene nacionalnih propisa koji regulišu pitanja minimalnih uslova rada (koji obuhvataju i minimalnu naknadu za rad) jednako kako na domaće državljanke tako i na strane upućene radnike. U tom kontekstu, određivanje konstitutivnih dijelova pojma minimalne

51 Ibid., str. 15.

52 Ibid., str. 18

53 Ibid. str. 20.

54 P., Pecinovsky, Evolutions in the social case law of the court of justice the follow-up cases of the Laval quartet: ESA and Regioplast, European Labour Law Journal, Volume 7 (2016).

plaće pripada u područje prava države članice upućivanja, pod uslovom da učinak te definicije, nije sprečavanje slobode pružanja usluga između država članica (presude Komisija/Njemačka, C-341/02, EU:C:2005:220, t. 39. i Isbir, EU:C:2013:711, t. 38.).⁵⁵

Ovakvim tumačenjem Sud je ublažio svoje stajalište iz predmeta Laval i Rüffert prema socijalnoj zaštiti kada ona stoji nasuprot ekonomskim slobodama unutrašnjeg tržišta. „Sud je iskoristio Direktivu 96/71 kao sredstvo za opravdanje mjera socijalne zaštite iz finskog kolektivnog ugovora.“⁵⁶ Također u ovom predmetu Sud je prepustio nacionalnom sudu ocjenu univerzalne primjenjivosti sektorskog kolektivnog ugovora, dok se u predmetu Rüffert sam bavio tim pitanjem. Ono što je dovelo do toga da Sud ne razmatra primjenjivost kolektivnog ugovora je što je u predmetu Rüffert kolektivni ugovor podijelio sektor na javne i privatne ugovore te je osiguravao uslove rada samo pri izvršavanju prvih dok je u ovom predmetu kolektivni ugovor jednako regulisao kako pivate tako i javne ugovore.

3.6. Predmet „Rush Portugesa“

Predmet Rush Portugesa⁵⁷ datira iz perioda prije donošenja DIREKTIVA 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, te se smatra “polaznom tačkom”⁵⁸ u sudskoj praksi vezanoj za upućene radnike. Naime u navedenom predmetu portugalsko društvo Rush Portugesa je zaključilo ugovor o izgradnji dijela željezničke pruge na istoku Francuske. Spomenuti ugovor zaključen je prije pristupanja Portugala Evropskoj uniji ali se njegovo izvršenje odvijalo i nakon pristupanja te za vrijeme tzv. “prijelaznog perioda”. U cilju izvršenja ugovora, ono je uputilo svoje radnike iz Portugala na teritoriju Francuske. Nakon što je utvrđeno da društvo Rush Prortuguesa nije ispunilo posebne uslove predviđene Zakonom o radu Francuske koji su propisani za inozemne radnike, direktor Odjela za imigracije obavijestio ih je da su dužni plaćati posebnu naknadu predviđenu za lica koja zapošljavaju strane radnike.

Portugalsko društvo uložilo je žalbu u kojoj je istaknulo svoje pravo na pružanje usluga na unutrašnjem tržištu u skladu sa članovima 59. i 60. Rimskog ugovora.

Suprotan stav zauzeo je Odjel za imigracije, tvrdeći da se, uprkos činjenici da radnici upućeni na teritoriju države ne podpadaju u domen slobode kretanja radnika, njima u mjeri u kojoj relevantne prijelazne odredbe Akta o pristupanju dopuštaju može ograničiti pristup tržištu rada države članice⁵⁹. Drugim riječima, stare države članice mogle su se osloniti na tu odredbu da bi za vrijeme prijelaznog

⁵⁵ Direktiva 96/71/EZ, op. cit., str. 6.

⁵⁶ Sud Evropske unije, priopćenje za medije, br. 17/15 U Luxembourgju 12. 02. 2015. godine, Presuda u predmetu C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry / Elektrobudowa Spółka Akcyjna., str.2.

⁵⁷ Predmet Laval, op.cit.

⁵⁸ Presuda Evropskog suda od 27. marta 1990., Rush Portugesa, C-113/89, EU:C:1990:142.

⁵⁹ Mirza Dinarević, op. cit. str. 158

razdoblja zahtijevale radnu dozvolu za radnike koji su bili upućeni iz nove države članice.

Francuski sud pred kojim je postupak pokrenut uputio je Evropskom sudu kao jedinom ovlaštenom tumaču prava Evropske unije prethodna pitanja neophodna za donošenje meritorne odluke. Da li se u skladu sa navedenim činjeničnim stanjem na radnike upućene na teritoriju Francuske iz države članice koja se nalazi u prelaznom periodu primjenjuju ograničenja vezana za tržište rada? Te da li nacionalni organ nadležan za pitanje imigracije ima ovlaštenje nametanjem naknade otežati pristup radnicima druge države članice?

Sud je u preambuli presude istaknuo da se navedena pitanja odnose na problematiku veze između slobode pružanja usluga zagwarantovane članovima 59 i 60 Rimskog ugovora i derogacije od slobode kretanja radnika predviđene Ugovorom o pristupanju Portugala. Također Sud pravi jasnu distinkciju između upućenih radnika koji se nakon obavljanja rada vraćaju na teritoriju države iz koje su upućeni i radnika obuhvaćenih slobodom kretanja radnika čiji se boravak na teritoriji države članice smatra trajnim.

U presudi Sud Evropske unije utvrdio je da se odredbe 59. i 60. Rimskog ugovora i članovi 215. i 216. Ugovora o pristupanju Kraljevine Španije i Republike Portugal moraju tumačiti na način da se mora osigurati sloboda pružanja usluga radnicima i firmama iz Portugala na unutrašnjem tržištu te da države članice ne smiju nametati dodatne obaveze niti troškove prilikom uživanja te slobode uprkos predviđenim derogacijama sloboda.

Navedenom presudom uspostavljena je praksa kojom su radnici bili ograničeni prilikom ostvarivanja svoga prava slobode kretanja radnika u prelaznom periodu pristupanja novih država članica iz razloga zaštite domaćeg tržišta rada dok su upućeni radnici u potpunosti uživali slobodu pružanja usluga bez ograničenja. Međutim pravljenjem ove distinkcije, upućeni radnici su ostali nezaštićeni u radnopravnim okvirima države članice na čiju su teritoriju upućeni jer se na njih nisu primjenjivale niti odredbe o minimalnoj plaći, odmoru, zaštiti na radu etc. Shodno činjenici da je Portugal za vrijeme trajanja postupka i izvršenja ugovora pristupio Evropskoj uniji, na meritorno rješavanje spora primjenjivano je pravo Evropske unije, međutim da do pristupanja nije došlo, konkretni spor bio bi riješen prema nacionalnom pravu Portugala te bi radnici ostali bez zaštite Evropskog suda. Upravo u takvom položaju se trenutno nalaze radnici trećih zemalja nečlanica Evropske unije, s obzirom da je donošenjem Direktive 96/71/EZ regulisan samo dio problema vezan za upućene radnike. Kako je već istaknuto ona kao osnovni pravni dokument kojim se regulišu navedena pitanja obuhvata eksplicitno samo radnike država članica Evropske unije, dok su radnici upućeni iz trećih zemalja bez pravne zaštite na unutrašnjem tržištu.

1994. godine, u predmetu 'Vander Elst'⁶⁰ Sud je zauzeo stav da je dovoljno za državljane trećih zemalja koji zakonito borave, a koji su zaposleni u Belgiji, a privremeno upućeni u Francuskoj, da podliježu migracijskim zahtjevima Francuske i da Francuske vlasti ne mogu zahtijevati pojedinačne radne dozvole.

60 Ibid., str. 16.

Iz navedenog proizlazi, da državljani trećih zemalja mogu raditi u državi članici bez potrebne radne dozvole, ako im je rad predviđen ugovorom o radu s poduzetništvom sa sjedištem u bilo kojoj drugoj državi članici. U ranijim predmetima ‘Komisija protiv Njemačke⁶¹’ prema regulativi u pitanju bilo je potrebno da strani radnici imaju ulaznu i radnu vizu, koja je izdata ‘postavljenim radnicima’ pod uslovom da su zaposleni najmanje godinu dana u firmi koja ih ‘postavlja’. Sud je smatrao da je taj zahtjev, i uopšteno, vizni režim, u suprotnosti članu 56. TFEU, kao nerazmjeran postavljenim ciljevima.

Već u februaru 1999. godine, Komisija je podnijela nacrt Direktive o postavljanju radnika koji su državljani trećih zemalja za pružanje međugraničnih usluga⁶², ali ova inicijativa nije imala podršku država članica te je kasnije uklonjena sa dnevnog reda Komisije.

4. Zaključak

Samim nastankom fenomena upućenih radnika na području Evropske unije, pred Sudom Evropske unije, našao se težak zadatak izbora između davanja primata slobodi pružanja usluga ili ljudskim socijalnim pravima na unutrašnjem tržištu. Evropski sud je stoga nesumnjivo aktivistička institucija čije je djelovanje uvelike uticalo na smjer evropske integracije, prirodu prava Unije, njezinu demokratizaciju, kao i na zaštitu prava i sloboda evropskih građana pa tako i upućenih radnika. U svojim ranijim presudama Evropski sud je davao primat slobodi pružanja usluga nad pitanjima radnopravne zaštite upućenih radnika. Pa tako u predmetu „Laval“ Sud je zauzeo stav da Direktiva 96/71/EZ ne smije biti tumačena u smislu da dozvoljava državi domaćinu da uslovljava pružanje usluga na svom području strožijim uslovima zaposlenja od obaveznih pravila za minimalnu zaštitu upućenih radnika. Zauzimanjem ovakvoga stava Sud radnicima pruža samo nužni minimum zagarantovanih prava dok njihov položaj ne izjednačava sa položajem „domaćih“ radnika. Kao i u predmetu Laval, u predmetu Ruffert Sud zauzima tumačenje suprotno odredbi Direktive koja propisuje da odredbe o minimalnim uslovima zapošljavanja ‘neće spriječavati primjenu odredaba i uslova koji su povoljniji za radnike’, te obavezuje poslodavce na primjenu samo minimalnih obaveznih uslova taksativno navedenih Direktivom 96/71/EZ.

Međutim, donošenjem izmjene Direktive 96/71/EZ i povećanjem broja upućenih radnika mijenja se i praksa Suda te se kroz presude u sve većoj mjeri ističe socijalna zaštita upućenih radnika. U premetu ESA koji datira iz 2015. godine Sud je iskoristio Direktivu 96/71 kao sredstvo za opravdanje mjera socijalne zaštite iz finskog kolektivnog ugovora te pružio zaštitu upućenim radnicima.

Jedan od najvećih nedostataka komunitarnog prava koji reguliše oblast prava upućenih radnika jeste njegova isključiva opredjeljenost prema radnicima sa

61 Predmet C-43/93 ‘Vander Elst’ [1994] ECR I-3803.

62 Komisija protiv Njemačke, Presuda Suda Evropske unije C-84/12 od 19.10.2013. godine.

teritorije Evropske unije. Iako je Direktivom 96/71/EZ ostavljena mogućnost državama članicama da njene odredbe prošire i na radnike koji dolaze iz trećih država, ta mogućnost je ostala neiskorištena. Navedeno dovodi do dijametralnih razlika u tretmanu i nivou zagarantovanih prava upućenih radnika iz trećih država zavisno od toga u koju državu članicu Evropske unije su upućeni.

Literatura:

1. Bačić Petar, Sarić Ivan, Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014.,
2. Barnard Catherine, EU Social policy, From employment law to labour market reform, The evolution of EU law, Edited by Paul Craig and Grainne de Burca, Oxford University Press, 2012.,
3. Buković Nikola, Upućeni radnici, minimalna plaća i pravni poredak EU nepovratni učinci slučaja Laval, dostupno na: <https://radnickaprava.org/tekstovi/clanci/nikola-bukovic-upuceni-radnici-minimalna-placa-i-pravni-poredak-eu-nepovratni-ucinci-slucaja-laval> (12.10.2021. godine),
4. Carević M., Kiš P., Kuhta F. (2008).; Minimum wages as an obstacle to the free provision of services, Croatian yearbook of European law & policy, Vol.4 No.4 studeni 2008. godina.,
5. Dinarević Mirza, Nove migracijske prilike u Evropskoj uniji i liberalizacija trgovine uslugama, 2013, I. (2).,
6. Direktiva 2014/67/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 15. maja 2014. godine o provedbi Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga i izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 o administrativnoj saradnji putem Informacijskog sistema unutrašnjeg tržišta („Uredba IMI“),
7. Direktiva 2018/957 Evropskog parlamenta i Vijeća od 28. 06. 2018. o izmjeni Direktive 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga,
8. Direktiva 96/71/EZ Evropskog Parlamenta i Vijeća od 16. 10. 1996. O upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, Službeni list Evropskih Zajednica l 18/1,
9. Evropska komisija, COM(2003) 458 final 25 July 2003.; The implementation of Directive 91/71/EC in Member States, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A52004AE0515>
10. Hasanagić Emina, Utjecaj prakse Suda pravde Evropske unije na ostvarivanje slobode kretanja radnika, Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 30 No. 2, 2014.,
11. Konvencija 80/934/EEZ o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze otvorena za potpisivanje u Rimu od 19. 06. 1980., Službeni list Evropskih Zajednica l266/1,

12. Kraatz Susanne, 12. 2019. godine, Informativni članci o Evropskoj uniji, dostupno na: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/hr/sheet/37/upucivanje-radnika>
13. Lasić Igor, „Dobra vijest o cijeni rada?“ Bilten regionalni portal 25.10.2017. godine, dostupno na: <https://www.bilten.org/?p=20707> (1.11.2021. godine)
14. Lubarda B. A., Evropsko radno pravo, CID Podgorica, 2004. godine.,
15. Martinović Adrijana, Praksa europskog suda, Hrvatska pravna revija, 06.2009. godine
16. Mintas-Hodak Ljerka, Europska unija, MATE d.o.o., Zagreb, 2010. godina.,
17. Official Journal of the European Communities, OJ No C 49, 24. 2. 1992. Opinion on the proposal for a Council Directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=OJ:C:1992:049:TOC>
18. Pecinovsky P. Evolutions in the social case law of the court of justice the follow-up cases of the Laval quartet: ESA and Regiopost, European Labour Law Journal, Volume 7 (2016).,
19. Podolski Mislav, Utjecaj Direktive o upućivanju radnika na zaštitu prava radnika i slobodu pružanja usluga na jedinstvenom unutarnjem tržištu EU, diplomski rad, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet,
20. Presuda Suda Evropske unije (prvo vijeće) od 18.12.2007. godine u predmetu C-341/05 „Laval i partneri“,
21. Presuda Suda Evropske unije (prvo vijeće) od 03.04. 2008. godine u predmetu C-346/06 „Dirk Ruffert v Land Niedersachsen“,
22. Presuda Suda Evropske unije (prvo vijeće) od 12.2.2015. godine u predmetu C-396/13 “Sähköalojen ammattiliitto ry protiv Elektrobudowa Spółka Akcyjna”,
23. Presuda Suda Evropske unije (prvo vijeće) od 19.06.2008. godine u predmetu C-319/06 „Europska komisija v Veliko Vojvodstvo Luksemburg“,
24. Presuda Suda Evropske unije (prvo vijeće) od 19.10.2019. godine u predmetu C-16/18 „Michael Dobersberger protiv Magistrat der Stadt Wien“,
25. Presuda Suda Evropske unije C-2/81 Seco & Desquenne ECLI:EU:C:1982:34,
26. Presuda Suda Evropske unije C-43/93 ‘Vander Elst’ [1994] ECR I-3803,
27. Presuda Suda Evropske unije C-84/12 od 19.10.2013. godine, „Komisija protiv Njemačke“.
28. Rizvanović Edin, Batinović Željko, Bosanskohercegovački integracijski put; izazovi u ispunjenju pravnog i ekonomskog kriterija, Print Team, Mostar 2020. godina.,
29. Sud Evropske unije, priopćenje za medije, br. 17/15 U Luxembourg 12. 02. 2015. godine, Presuda u predmetu C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto ry / Elektrobudowa Spółka Akcyjna,
30. Zlatović Dragan, Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radnopravnim pitanjima, Radno pravo – stručni časopis, Br. 05/12, 2012.,

Emina Hasanagić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar
Amina Zaklan Kolar, Ph.M.
Trainee in a law office Sadudin Zaklan

ACTIVIST ROLE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN PROTECTING THE RIGHTS OF POSTED WORKERS

Abstract: The authors in this paper analyze the issue of protection of posted workers in the legal system of the European Union, with a focus on the activist role of the Court of Justice of the European Union in this area. The protection of posted workers from the effects of globalization is one of the most current legal issues in the European Union, especially in the context of “social dumping”. This issue is primarily regulated at the level of the European Union by Directive 96/71/EC of 1996, however, the activist orientation of the Court of Justice of the European Union through case law over time has had a huge impact on the development of this right and many related issues.

It is, precisely, by manifesting this activist orientation that the Court of Justice of the European Union has faced the difficult challenge of choosing between giving priority to freedom of service or human rights in its labor law and social law aspects in the internal market. In its earlier judgments, the Court of Justice of the European Union has given priority to the freedom to provide services over issues of labor law protection of posted workers. However, with the increase in the number of posted workers, the Court’s practice is also changing, and the social protection of posted workers is increasingly emphasized through judgments.

The paper presents the most important cases that have shaped views on the subject matter, namely the cases of Laval, Dirk Rüffert, the European Commission against the Grand Duchy of Luxembourg, Michael Dobersberger v. Magistrat der Stadt Wien, Rush Portuguesa and ESA.

Keywords: posted workers, social dumping, internal market, freedom to provide services, Court of Justice of the EU, evolution of case law, labor law protection, social protection.

NAČELO ZABRANE DISKRIMINACIJE U REPUBLICI HRVATSKOJ U ODNOSU NA MEĐUNARODNO PRAVO S POSEBNIM OSVRTOM NA PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: Jedno od temeljnih načela modernih pravnih sustava je načelo zabrane diskriminacije poštivanje kojeg je indikator stupnja demokracije određenog društva. Jedan od gorućih problema hrvatskog sustava ljudskih prava je sustavno i grubo kršenje ovog načela o čemu svjedoče izvješća mjerodavnih domaćih i međunarodnih tijela, kao i presude Europskog suda za ljudska prava. U radu se polazi od pretpostavke da je načelo zabrane diskriminacije u Republici Hrvatskoj normativno zajamčeno i razrađeno u skladu s međunarodnim demokratskim standardima, ali se ne provodi u djelo. Navedeno se dokazuje prikazom i analizom ustavnih i zakonskih normi u odnosu na konvencijske odredbe, te izvješća mjerodavnih tijela kao i presuda Europskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: Republika Hrvatska, ljudska prava, načelo zabrane diskriminacije, međunarodni demokratski standardi, Europski sud za ljudska prava, zločini iz mržnje, epidemija COVID 19

1. Ustavno i zakonska jamstva načela zabrane diskriminacije u Republici Hrvatskoj

Načelo zabrane diskriminacije propisano je čl. 2. st.1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te čl. 2. st. 2. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima. Ujedno čl. 14 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹ Republika Hrvatska ratificirala je oba pakta i navedenu konvenciju te su oni, temeljem članka 134. Ustava, dio unutarnjeg pravnog poretka i po pravnoj su snazi iznad zakona. Načelo zabrane diskriminacije (načelo jednakosti, sklada u razlikama, sloboda od diskriminacije) ustavno je načelo u Republici Hrvatskoj.² Nalazi se u glavi

1 Povelja Ujedinjenih nacija, Narodne Novine – Međunarodni ugovori, broj 15/93, Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 12/09, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 12/93, Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 12/93, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 12/03, 9/05, 2/10

2 Detaljnije o načelu zabrane diskriminacije vidi: Barić Punda, V., Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 42., No. 1-2, 2005., (27.-42.), str. 28.

3. Ustava pod temeljnim pravima i slobodama čovjeka i građanina i to u članku 14. koji glasi: „*Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Svi su pred zakonom jednaki.*“³

Sukladno Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Ustav Republike Hrvatske nabraja pojedine osnove diskriminacije, ali se ne ograničava na njima. Prema tome, jednako kao navedeni međunarodni dokumenti terminom „*ili drugim osobinama*“ ostavlja otvorenu mogućnost da se diskriminacija utvrdi po raznim osnovama, osim nabrojanih: rase, boje kože, spola, jezika, vjere itd.⁴

Jednakost svih pred zakonom u Ustavu RH posebno se naglašava u članku 14. Po uzoru na međunarodne dokumente i Ustav Republike Hrvatske uz opće načelo zabrane diskriminacije u posebnim odredbama ističe jednakost pojedinih kategorija osoba i brani diskriminaciju po određenim posebnim osnovama. Unatoč tome što u članku 14. u okviru načela zabrane diskriminacije posebno izdvaja nacionalno podrijetlo, već u članku 15. posebno naglašava jednakost pripadnika nacionalnih manjina.

U Ustavu RH posebno se naglašava jednakost svih državljana Republike Hrvatske i stranaca „*...pred sudovima i drugim državnim i inim tijelima koja imaju javne ovlasti*“, što jasno podrazumijeva zabranu ikakve diskriminacije (čl. 26.) U Ustavu RH dosljedno je poštovan međunarodni demokratski standard koji nalaže nejednako postupanje s nejednakima u svrhu postizanja jednakosti, odnosno sprečavanja diskriminacije koju bi jednako postupanje prema nejednakima uzrokovalo.⁵ Tako je, sukladno Ustavu, Republika Hrvatska dužna pružiti posebnu skrb „*...slabim, nemoćnima i drugim, zbog nezaposlenosti ili nesposobnosti za rad, nezbrinutim građanima*“, kao i invalidima (čl. 58) te majkama, djeci i

3 Kada je donesen Ustav 1990. godine, početak ove odredbe glasio je drugačije. Umjesto ‘svatko’ stajalo je ‘građani Republike Hrvatske’. Ta je odredba bila diskriminatorna u odnosu na ostale osobe koje se nađu na teritoriju Republike Hrvatske i iz tog razloga je i izmijenjena.

4 U Općoj deklaraciji o ljudskim pravima upotrijebljen je termin ‘ili drugi status’, u dva međunarodna pakta termini ‘ili neke druge okolnosti’, a Europskoj konvenciji ‘ili druga okolnost’, a u Protokolu 12. ‘ili drugi status’.

5 Opća deklaracija o ljudskim pravima u čl. 25. st. 2. ističe kako „*...materinstvu i djetinjstvu pripada posebna skrb i pomoć.*“ Za razliku od nje koja nije obvezujući međunarodnopravni dokument, dva pakta nameću pozitivne obveze državama sa svrhom sprečavanja diskriminacije. Tako ih Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u čl. 27. obvezuje da etničkim, vjerskim i nacionalnim manjinama osiguraju posebna prava „*...da s pripadnicima svoje grupe uživaju svoju kulturu, ispovijedaju i iskazuju svoju vjeru ili da se služe svojim jezikom.*“ Pozitivne obveze državnih organa vlasti koje proizlaze iz navedenoga tiču se osiguravanja školskih programa na manjinskim jezicima i slično. Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima obvezuje države članice da pruže posebnu zaštitu majkama prije i poslije rođenja djeteta, naročito plaćeni dopust. (čl. 10. st. 2.) Također, obvezuje države na „*...posebne mjere zaštite i pomoći za dobrobit sve djece i mladeži, bez ikakve diskriminacije zbog njihova podrijetla ili drugih okolnosti.*“ (čl. 10. st. 3.)

mladeži (čl. 63), a posebno tjelesno i duševno oštećenoj i socijalno zapuštenoj djeci, maloljetnicima bez roditelja i onima o kojima se roditelji ne brinu (čl. 64.). Država je obvezna pružiti posebnu skrb invalidima (čl. 57.) Ustavnim promjenama ovim kategorijama u čl. 57. pridodani još: hrvatski branitelji, hrvatski ratni vojni invalidi, udovice, roditelji i djeca poginulih branitelja.⁶

Diskriminacija u određenim posebnim, ustavom predviđenim, situacijama može biti legalna u Republici Hrvatskoj, i to u doba ratnog stanja, neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti Republike te velikih prirodnih nepogoda. Tada se, sukladno čl. 17. Ustava pojedine slobode i prava mogu ograničiti, i za posljedicu, dakle, mogu dobiti diskriminaciju, ali nipošto po osnovi rase, boje kože, spola, jezika, vjere, nacionalnog ili socijalnog podrijetla. (čl. 17. st. 3)⁷ Ova je ustavna odredba u potpunosti u skladu s člankom 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji dopušta državama strankama Pakta derogiranje pojedinih obveza iz njega u vrijeme službeno proglašenog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda. Ali ta derogacija ne smije uzrokovati diskriminaciju po osnovi rase, boje kože, spola, jezika, vjere ili socijalnog podrijetla. Sukladno međunarodnim dokumentima Ustav Republike Hrvatske zabranjuje poticanje na diskriminaciju.⁸ Ustavna zabrana govora mržnje (čl. 39. Ustava) predstavlja ograničenje slobode izražavanja, između ostaloga, u svrhu ostvarenja načela zabrane diskriminacije. Ova ustavna odredba brani pozivanje ili poticanje „...na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti.“ Poticanje diskriminacije govorom mržnje, pozivanjem na „nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju“, zabranjeno je Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (čl. 20. st. 2.). Iz prakse Europskog suda za ljudska praksa također jasno proizlazi da se poticanje diskriminacije govorom mržnje ne može podvesti pod zaštitu slobode izražavanja zajamčene člankom 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Zakonom o suzbijanju diskriminacije uređuje se zaštita od diskriminacije. (čl. 1. st.1.)⁹ Zakon razlikuje izravnu i neizravnu diskriminaciju. Po pitanju tereta dokaza Zakon o suzbijanju diskriminacije također je u potpunosti usklađen s međunarodnim demokratskim standardom. Naime, sukladno čl. 20. Zakona, stranka koja u sudskom ili drugom postupku tvrdi da joj je povrijeđeno pravo na jednako postupanje, „... dužna je učiniti vjerojatnim da je došlo do diskriminacije. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na

6 „Ako želite izjednačiti ljude koji su u svakom pogledu veoma nejednaki, morate s njima različito postupati.“ (Hayek, F.A., Politički ideal vladavine prava, Preveo: Arsen Bačić, Školska knjiga Zagreb, 1994., str. 62.)

7 O ograničavanju prava i sloboda u navedenim situacijama, sukladno čl. 17. st. 2., koje za posljedicu mogu imati diskriminaciju građana odlučuje Sabor Republike Hrvatske dvotrećinskom većinom svih zastupnika, a ako se on ne može sastati, onda tu odluku donosi predsjednik Republike. Nakon ustavnih promjena takvu bi odluku predsjednik mogao donijeti samo na prijedlog Vlade i uz supotpis predsjednika Vlade.

8 Kao npr. čl. 7. Opće deklaracije o ljudskim pravima.

9 Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br. 85/08

protivnoj strani. “ Kao i pred Europskim sudom za ljudska prava, u postupcima pred hrvatskim sudovima povodom tužbi temeljem diskriminacije mogu se kao umješači na strani tužitelja pojaviti treći. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije donesen je 2012. godine.¹⁰ Njime je Zakonu o suzbijanju diskriminacije dodan čl.1.a. iz kojeg je već uvelike jasna namjera hrvatskog zakonodavca da zakonske odredbe koje razrađuju načelo zabrane diskriminacije u potpunosti uskladi s međunarodnim demokratskim standardima. U ovom se članku stoga navodi kako je Zakon o suzbijanju diskriminacije u skladu s relevantnim aktima Europske unije.¹¹ Osim toga, izmijenjene su pojedine odredbe Zakona koje nisu bile posve u skladu s međunarodnim demokratskim standardima. Naročito je značajna izmjena čl. 4. st.1. koja se tiče poticanja na diskriminaciju. Naime, prema Zakonu iz 2008. poticanje na diskriminaciju smatralo se diskriminacijom i prema tome bilo nezakonito i kažnjivo samo pod uvjetom da je počinjeno s namjerom. Izmjenom je iz članka 4. uklonjena namjera kao uvjet da se poticanje na diskriminaciju smatra diskriminacijom. Zakon o suzbijanju diskriminacije ujedno slijedi međunarodnopravni demokratski standard koji nalaže nejednako postupanje prema pojedinim nejednakim kategorijama građana, a u svrhu sprječavanja njihove diskriminacije. Tako se, sukladno čl. 9., ne smatra diskriminacijom stavljanje u nepovoljniji položaj u slučajevima: „...*provodjenja mjera socijalne politike kojima se pogoduje osobama ili domaćinstvima težeg imovinskog ili socijalnog stanja*“, zaštite prava i dobrobiti djece, osoba s invaliditetom, određenih poslova specifične naravi ili radnih uvjeta itd. U Zakonu se naglašava da sve iznimke „...*trebaju ostvarivati svoj legitimni cilj za koji su određene i moraju biti primjerene i nužne za ostvarenje tog cilja.*“ Navedeni međunarodni standard obveze nejednakog postupanja prema nejednakima u svrhu ostvarenja načela jednakosti najizraženiji je u članku 4. stavku 2. U njemu se navodi da će se „...*propust da se osobama s invaliditetom, sukladno njihovim specifičnim potrebama, omogući korištenje javno dostupnih resursa, sudjelovanje u javnom i društvenom životu te pristup radnom mjestu i odgovarajući uvjeti rada, prilagodбом infrastrukture i prostora, korištenjem opreme i na drugi način koji nije nerazmjeran teret za onoga tko je to dužan omogućiti*“ smatrati diskriminacijom. Ustavno načelo zabrane diskriminacije dalje se razrađuje kroz više zakona. Ravnopravnost spolova jedna je od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske, (čl. 3. Ustava)¹² i ona je ujedno

10 Zakon o izmjenama Zakona o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br.112/12

11 Direktivom Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000.o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja (SL L 303, 2.12.2000.), Direktivom Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo (SL L 180, 19. 7. 2000.), Direktivom Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. kojom se primjenjuje načelo ravnopravnosti muškaraca i žena u mogućnosti dobivanja i nabave roba, odnosno pružanja usluga (SL L 373/37, 21.12.2004.) te Direktivom 2006/54/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakoga tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja (SL L 204/23, 26. 7. 2006.)

12 Nije to bila po Ustavu iz 1990., tek je uvrštena kasnijim ustavnim promjenama.

temelj za tumačenje svih ustavnih odredbi. Opće osnove za promicanje i zaštitu te temeljne vrednote određene su Zakonom o ravnopravnosti spolova.¹³ Donesen je 2008., a 2017. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o ravnopravnosti spolova. Njime ništa bitno nije izmijenjeno, a jedino značajno je dodavanje čl. 1. a. u kojem se izričito navodi kako je čitav Zakon usklađen s relevantnim aktima Europske unije.¹⁴ Po pitanju usklađenosti Zakona o ravnopravnosti spolova s međunarodnim demokratskim standardima od iznimnog je značaja njegov čl. 4. koji određuje da se njegove odredbe „...ne smiju se tumačiti niti primjenjivati na način koji bi ograničio ili umanjio sadržaj jamstava o ravnopravnosti spolova koja izvire iz općih pravila međunarodnog prava, pravne stečevine Europske zajednice, Konvencije Ujedinjenih nacija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena, Ugovorima Ujedinjenih nacija o građanskim i političkim pravima odnosno ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima te Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.“ Zakon o ravnopravnosti spolova, sukladno međunarodnom demokratskom standardu koji potiče nejednako postupanje s nejednakima upravo u svrhu postizanja jednakosti, ukidanja diskriminacije, odobrava utvrđivanje posebnih mjera. To su npr. posebna prava trudnica i majki. Mediji su također, i to sukladno čl. 16. Zakona o ravnopravnosti spolova, dužni promicati svijest o ravnopravnosti spolova.

Među temeljnim načelima u Obiteljskom zakonu načelo je ravnopravnosti žene i muškarca, načelo zabrane diskriminacije po osnovi spola. (čl. 3.)¹⁵ U svrhu sprečavanja diskriminacije u Obiteljskom je zakonu naročito izražena primjena međunarodnog demokratskog standarda o obvezi državnih organa vlasti da zakonodavnom i drugom djelatnošću osiguraju povlašteni tretman određenim nejednakim kategorijama građana. Navedeno se primarno ogleda u načelu prvenstvene zaštite dobrobiti i prava djeteta. Ovo načelo obvezuje sudove i javnopravna tijela da „...u postupcima u kojima se izravno ili neizravno odlučuje o pravima djeteta moraju ponajprije štiti prava djeteta i njegovu dobrobit.“ (čl. 5.) Izvanbračna zajednica Obiteljskim je zakonom izjednačena s bračnom, čime

13 Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine br. 82/08, 69/17.

14 Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka) (SL L 204, 26. 7. 2006.) – Direktiva 2010/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 7. srpnja 2010. o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama koji su samozaposleni i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 86/613/EEZ (SL L 180, 15. 7. 2010.) – Direktiva Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. o provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pristupu i nabavi robe, odnosno pružanju usluga (SL L 373/37, 21. 12. 2004.) – Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL L 303, 2. 12. 2000.) – Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ) (SL L 348, 28. 11. 1992.) – Direktiva Vijeća 79/7/EEZ od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti (SL L 6, 10. 1. 1979.)

15 Obiteljski zakon, Narodne novine br. 103/15

je također poštovan međunarodni demokratski standard izjednačavanja bračnih i izvanbračnih partnera po pravima i obvezama. Sve odredbe Obiteljskog zakona u skladu su s načelom zabrane spolne diskriminacije. Tako npr. o rađanju i podizanju djece, obavljanju poslova u obiteljskoj zajednici (čl. 31. st. 3.) i određenju mjesta stanovanja (čl. 32.) sukladno zakonskim odredbama bračni i izvanbračni partneri ovlašteni su posve ravnopravno i sporazumno odlučivati.¹⁶ U čl. 31. st.1.posebno se i eksplicitno naglašava da su u braku „*bračni drugovi ravnopravni*“. Sve odredbe koje se tiču imovinskih odnosa bračnih drugova dosljedno poštuju načelo zabrane diskriminacije po osnovi spola.¹⁷ U pogledu bračne stečevine partneri imaju posve ista prava i dužnosti,¹⁸ kao i po pitanju skrbi nad zajedničkom djecom tijekom trajanja bračne ili izvanbračne zajednice i tijekom i nakon razvoda braka.¹⁹

Dakle, zabrana diskriminacije na osnovi spola normativno je Obiteljskim zakonom potpuno i dosljedno poštovana i razrađena u svim oblicima i elementima obiteljskih odnosa.²⁰

Zakon o radu u svojim odredbama također vrlo detaljno razrađuje konvencijsko i ustavno načelo zabrane diskriminacije.²¹ Najprije u čl. 7. st. 4. zabranjuje izravnu ili neizravnu diskriminaciju „...*na području rada i uvjeta rada, uključujući kriterije za odabir i uvjete pri zapošljavanju, napredovanju, profesionalnom usmjeravanju, stručnom osposobljavanju i usavršavanju te prekvalifikaciji.*“²² Odredbe Zakona usklađene su s Direktivom 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (SL L 204, 26. 7. 2006.). Najznačajniji međunarodni ugovor koji za svrhu ima postizanje

16 UN konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena u l. 16. st. 1.c. obvezuje države stranke osigurati „...*jednaka prava i odgovornosti za vrijeme trajanja braka i pri njegovu razvodu.*“

17 Glava IV. Obiteljskog zakona

18 Države stranke UN konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, temeljem čl. 16. st.1.h) obvezale su se osigurati „...*jednaka prava oba supružnika u pogledu vlasništva, stjecanja, upravljanja, uživanja i otuđivanja imovine.*“

19 Države stranke UN konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena obvezale su se, temeljem čl. 5., poduzeti odgovarajuće mjere koje će osigurati „...*da obiteljski odgoj obuhvati i odgovarajuće shvaćanje majčinstva kao društvene uloge te priznanje zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u odgoju i razvoju njihove djece, razumijevajući pri tome da u svim slučajevima treba prije svega voditi računa o interesima djece.*“ Također, temeljem čl. 16. st. 1.d) države stranke obvezale su se osigurati „...*jednaka prava i obveze roditelja, neovisno o njihovom bračnom statusu, u pitanjima koja se odnose na njihovu djecu; u svim slučajevima interesi djece moraju biti na prvom mjestu.*“ Dakle, i iz ove je Konvencije razvidan međunarodni demokratski standard posebnog povlaštenog položaja djece koji ne predstavlja diskriminaciju. Štoviše, suprotno postupanje, odnosno potpuno izjednačavanje djece s odraslima po pravima, sukladno međunarodnim propisima i praksi, predstavljalo bi diskriminaciju djece.

20 Postoji prijepor oko toga je li zakonska zabrana sklapanja braka, kao i zabrana posvajanja djece, osobama istoga spola diskriminacija. Ova se debata vodi na međunarodnoj razini.

21 Zakon o radu, Narodne novine br.93/14, 127/17

22 U samom zakonu navedeno je kako je usklađen s Direktivom Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL L 303, 2. 12. 2000.)

spolne ravnopravnosti u cijelom svijetu – UN konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena – u čl. 11. obvezuje države stranke (Republika Hrvatska je stranka) na poduzimanje odgovarajućih antidiskriminacijskih mjera kako bi se ženama i muškarcima osigurala jednaka prava na rad, zapošljavanje, unaprjeđenje, stručno osposobljavanje, jednaku naknadu i tretman na radnom mjestu. (čl. 11. st.1.) Zakon o radu u potpunosti izjednačuje žene i muškarce.²³ U njemu je i dosljedno poštovan međunarodni demokratski standard o nužnosti nejednakog postupanja prema nejednakim kategorijama građana upravo u svrhu postizanja jednakosti odnosno njihove zaštite od diskriminacije. S tim u svezi odredbe Zakona o radu usklađene su s Direktivom Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ) (SL L 348, 28. 11. 1992.) Najprije čl. 30. eksplicitno brani diskriminaciju trudnica, žena koje su rodile ili koje doje djecu. Poslodavac tako „...ne smije odbiti zaposliti ženu zbog njezine trudnoće, niti joj zbog trudnoće, rođenja ili dojenja djeteta u smislu posebnog propisa smije ponuditi sklapanje izmijenjenog ugovora o radu pod nepovoljnijim uvjetima.“ (st. 1.) Potom se propisuju njihova posebna prava koja, sukladno međunarodnim demokratskim standardima, ne predstavljaju diskriminaciju ostalih kategorija radnika.²⁴

Posebna prava temeljem Zakona o radu, a sukladno međunarodnim demokratskim standardima, uživaju također djeca i maloljetnici. U tom smislu Zakon o radu u potpunosti je usklađen s Konvencijom UN-a o pravima djeteta, praksom Europskog suda za ljudska prava te Direktivom Vijeća 94/33/EZ od 22. lipnja 1994. o zaštiti mladih ljudi na radu (SL L 216, 20. 8. 1994.) Tako, sukladno čl. 21., maloljetnici se ne smiju zapošljavati na poslovima koji mogu ugroziti njihovu sigurnost, zdravlje, čudoređe i razvoj. Ti su poslovi precizirani u Pravilniku o poslovima na kojima se ne smije zaposliti maloljetnik.²⁵ Zabranjen je prekovremeni rad maloljetnika (čl. 65. st.5.). Maloljetnik ne smije raditi duže

23 Zakon o radu usklađen je i s relevantnim konvencijama Međunarodne organizacije rada: Konv. br. 100 o jednakosti plaća radnika i radnica za rad jednake vrijednosti, 1951., Konv. br. 111 o diskriminaciji u odnosu na zaposlenje i zanimanje, 1958., Konv. br. 156 o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu radnika i radnica: radnici s obiteljskim obvezama, 1981. Konv. br. 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, 1983.

24 Tako čl. 4. st. 2. UN Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena navodi: “Usvajanje posebnih mjera od strane država stranaka, uključujući i mjere sadržane u ovoj Konvenciji kojima je cilj zaštita majčinstva, ne smatra se diskriminacijom.”

Čl. 13. st.7. Zakona o ravnopravnosti spolova posebno brani spolnu diskriminaciju vezano za trudnoću, porod, roditeljstvo i sve oblike skrbištva. U čl. 9. st. 3. istog zakona stoji: *Mjere usmjerene zaštiti žena, osobito u vezi s trudnoćom i materinstvom, ne smatraju se diskriminacijom.*“ One potpadaju pod tzv. posebne mjere koje ovaj zakon dozvoljava i potiče, a za svrhu imaju nejednakim, povlaštenim tretmanom obespravljenog spola doći do stvarne jednakosti spolova.

25 Pravilnik o poslovima na kojima se ne smije zaposliti maloljetnik, Narodne novine br. 89/15, 96/16.

od osam sati tijekom razdoblja od dvadeset četiri sata (čl. 68. st.1.). Zabranjen je i noćni rad maloljetnika, osim u iznimnim slučajevima (čl.70.).²⁶

Osim trudnica, majki i maloljetnika posebni, povlašteni položaj na radu uživaju i radnici koji su privremeno ili trajno nesposobni za rad.

Zakon o suzbijanju diskriminacije u već spomenutom čl. 9. gdje navodi iznimke od zabrane diskriminacije ističe da se stavljanje u nepovoljniji položaj neće smatrati diskriminacijom, između ostaloga, u zakonski propisanim slučajevima: pogodovanja trudnicama, djeci i mladeži te osobama s invaliditetom u cilju njihove zaštite, kao ni u odnosu na određene poslove specifične prirode ili uvjeta.

Već u prvom članku Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina ističe se kako je on u skladu s brojnim međunarodnim dokumentima.²⁷ Ustavni zakon zabranjuje bilo kakvu diskriminaciju temeljenu na pripadnosti nacionalnoj manjini, a pripadnicima nacionalnih manjina jamči jednakost pred zakonom i jednaku pravnu zaštitu. (čl. 4. st. 4.) te slobodu izjašnjavanja u pogledu pripadnosti nacionalnoj manjini (čl. 4. st.1.). Uopće, u Ustavnom se zakonu ističe kako pripadnici nacionalnih manjina uživaju sva prava i slobode kao i ostali građani Republike Hrvatske, s tim da su opseg i zaštita njihovih prava još veći. Naime, sukladno međunarodnom demokratskom standardu o nužnosti uvođenja pozitivnih obveza države u svrhu realizacije načela ravnopravnosti nacionalnih manjina ovaj Ustavni zakon propisuje da prava i slobode koje pripadaju nacionalnim manjinama „...*uživaju posebnu potporu i zaštitu, uključujući pozitivne mjere u korist nacionalnih manjina.*“ (čl. 3.) U svrhu ostvarenja međunarodnog demokratskog standarda, ujedno temeljne vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske - nacionalne jednakosti – Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina uspostavlja brojne pozitivne obveze državnih organa vlasti u odnosu na pripadnike nacionalnih manjina.²⁸

26 Posebna prava imaju i noćni radnici, a proizlaze iz pretpostavljene veće ugroze zdravlja koju noćni rad sa sobom povlači. Tako je donesen posebni Pravilnik o sadržaju, načinu i rokovima zdravstvenih pregleda noćnih radnika (Narodne novine 93/14, 127/17)

27 Završnim aktom Organizacije za europsku sigurnost i suradnju, Pariškom poveljom za Novu Europu i drugim dokumentima OEES-a koji se odnose na prava čovjeka, Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Deklaracijom o ukidanju svih oblika nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjere i uvjerenja, Deklaracijom UN o pravima osoba pripadnika nacionalnih ili etničkih, vjerskih i jezičnih manjina, Europskom poveljom o regionalnim i manjinskim jezicima, Okvirnom konvencijom o zaštiti nacionalnih manjina Vijeća Europe, Preporukom iz Lunda o učinkovitom sudjelovanju nacionalnih manjina u javnom životu.

28 U skladu sa svim relevantnim međunarodnim dokumentima i praksom, posebno Europskog suda za ljudska prava, ali i preporukama Ureda visokog povjerenika o nacionalnim manjinama OEES-a, poglavito Preporukom iz Lunda o djelotvornom sudjelovanju nacionalnih manjina u javnom životu iz 1999. godine koje upućuju države da uključe pripadnike nacionalnih manjina u donošenje odluka na svim razinama državne vlasti, Preporukom iz Osla o pravu nacionalnih manjina na uporabu vlastitog jezika iz 1998. godine, Haške preporukom o pravu nacionalnih manjina na obrazovanje iz 1996. godine.) te Preporukom iz Bolzana/Bozena o nacionalnim manjinama u međudržavnim odnosima iz 2008. godine.

Odredbe Kaznenog zakona Republike Hrvatske također su u skladu s načelom zabrane diskriminacije. Određuje se primjena kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske „...na svakoga tko počini kazneno djelo na njezinu području.“ (čl. 10.) Iz navedene odredbe proizlazi da nije dopuštena diskriminacija građana u odnosu na strance.

Diskriminacija je Kaznenim zakonom (Glava XI., čl.125.) svrstana među kaznena djela protiv ljudskih prava i temeljnih sloboda. Kazneno djelo diskriminacije nosi naziv ‘povreda ravnopravnosti’, a njegov opis i predviđena sankcija za počinitelja glasi: „ (1) Tko na temelju razlike u rasi, etničkoj pripadnosti, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju, bračnom ili obiteljskom statusu, dobi, zdravstvenom stanju, invaliditetu, genetskom naslijeđu, izražavanju rodnog identiteta, spolnom opredjeljenju ili drugim osobinama uskrati, ograniči ili uvjetuje drugome pravo na stjecanje dobara ili primanje usluga, pravo na obavljanje djelatnosti, pravo na zapošljavanje i napredovanje, ili tko na temelju te razlike daje drugome povlastice ili pogodnosti glede navedenih prava, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.“ Stavkom 2. istog članka jednaka kazna je predviđena za onoga „...tko progoni pojedince ili organizacije zbog njihova zalaganja za ravnopravnost ljudi.“

Kazneni zakon Republike Hrvatske naročitu pozornost posvećuje diskriminaciji nacionalnih manjina, pa u Glavi XI. čl. 126. sadrži i kazneno djelo ‘povreda slobode izražavanja nacionalne pripadnosti’.

„(1) Tko pripadniku nacionalne manjine uskrati ili ograniči pravo na slobodu izražavanja nacionalne pripadnosti ili na kulturnu autonomiju, kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine. (2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko suprotno propisima o uporabi jezika i pisma, uskrati ili ograniči osobi pravo služiti se svojim jezikom i pismom.“

Iako ne sadrži kazneno djelo koje se direktno odnosi na diskriminaciju na radu ili u vezi s radom, ista se svakako može podvesti pod kazneno djelo zlostavljanja na radu normirano čl. 33. Kaznenog zakona. Njega je počinio onaj „...tko na radu ili u vezi s radom drugog vrijeđa, ponižava, zlostavlja ili na drugi način uznemirava i time naruši njegovo zdravlje“. Predviđena je kazna do dvije godine zatvora. Diskriminacija se može podvesti pod ovo kazneno djelo u slučaju da je vrijeđanje, ponižavanje, zlostavljanje ili uznemiravanje počinjeno na nekoj diskriminacijskoj osnovi.

I u Kaznenom je zakonu dosljedno proveden međunarodni demokratski standard o nejednakom postupanju prema nejednakima u svrhu ostvarenja jednakosti, a ovdje se to primarno odnosi na djecu, mlade punoljetnike, neubrojive i smanjeno ubrojive osobe kao posebno osjetljive kategorije. Tako se, sukladno čl. 7. st. 1. kazneno zakonodavstvo ne primjenjuje prema djetetu koje u vrijeme počinjenja djela nije navršilo 14. godina života. Sukladno stavku 2. istoga članka prema osobi koja ima između 14. i 21. godinu života Kazneni će se zakon primjenjivati samo u slučajevima kada posebnim zakonom nije

drugačije određeno. Čl. 46. propisuje da se kazna dugotrajnog zatvora ne može se izreći počinitelju koji nije napunio 18 godina kada je počinio kazneno djelo. Povlašteni tretman neubrojivih osoba u kaznenom zakonodavstvu, kao i djece, sukladno navedenom međunarodnom demokratskom standardu, ne smatra se diskriminacijom.

2. Kršenje načela zabrane diskriminacije u Republici Hrvatskoj i utjecaj krize uzrokovane pandemijom bolesti Covid 19

Evidentno ustavna i zakonska regulativa načela zabrane diskriminacije u Hrvatskoj je zadovoljavajuća, ali kako upozorava Horvat:

„Samo donošenje zakona nije i ne smije biti dovoljan znak provedbe naših europskih obveza, kao što nije ni u interesu stanovnika Republike Hrvatske imati zakone – Potemkinova sela.“²⁹

Podaci koji se iščitavaju iz relevantnih izvješća upućuju na činjenicu da je diskriminacija jedan od najveći problema s kojim se suočava Republika Hrvatska. S obzirom na prikazanu vrlo visoku normativnu razinu usklađenosti s međunarodnim demokratskim standardima, proizlazi da su uzroci druge naravi. Zabrinjavajuće je da se situacija po pitanju kršenja načela zabrane diskriminacije nimalo ne poboljšava, štoviše u određenim segmentima stvari čak idu na gore. Tako se primjerice broj prijavljenih zločina iz mržnje, koji se smatraju najznačajnijim indikatorom diskriminacije društvu, iz godine u godinu povećava. Iz Izvješća pučke pravobraniteljice za 2020. godinu iščitavaju se podatci Ministarstva unutarnjih poslova o čak 87 kaznenih djela zločina iz mržnje povodom kojih se postupalo.³⁰ To je veliko povećanje u odnosu na godinu ranije kada je postupano povodom 51 kaznenog djela zločin iz mržnje.³¹ Kontinuiran je trend povećanja broja ovih kaznenih djela i ranijih godina.³² Svih je godina najčešće bila riječ o kaznenim djelima oštećenja tuđe stvari i prijetnje, a najčešći motiv je nacionalno ili etničko podrijetlo žrtve. 50 posto žrtava su bili Srbi. Osim toga kroz 2020.

29 Horvat, A., Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol 58, No 6, 2008., (1453-1498), str 1496

30 Vidi: Izvješće pučke pravobraniteljice za 2020. godinu, str.90, dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2020-godinu/?wpdmdl=10845&efresh=618eda111fdce1636751889>

31 Izvješće pučke pravobraniteljice za 2019. godinu, o zločinima iz mržnje na str. 22, dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2019-godinu/?wpdmdl=7580&refresh=618ee62ba29ad1636754987>

32 O zločinima iz mržnje 2018. i 2019. godine vidi izvješća pučke pravobraniteljice za 2018. i 2017. godinu, str.32 i str.33, dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2018-godinu/?wpdmdl=4747&refresh=618ee5ea216b31636754922>, <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2017-godinu/?wpdmdl=4745&refresh=618ee6550652c1636755029>

godinu, navodi se u Izvešću, se intenziviralo nasilje među navijačkim skupinama hrvatskih i srpskih nogometnih klubova na području Vukovara.³³

Na isto upućuje i 5. mišljenje o Hrvatskoj Savjetodavnoj odbora o Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina.³⁴ „Zločini iz mržnje, kao i incidenti govora mržnje u medijima i u političkom diskursu, su se povećali“ – navodi se u ovom mišljenju.³⁵ Nadalje se navodi kako je radikalni nacionalizam imao negativan utjecaj na uživanje prava nacionalnih manjina, naročito u područjima koja su bila teško pogođena ratnim sukobima. Naročito su, potvrđuje se u Mišljenju, ugroženi Srbi i Romi.

Da nije postignut značajniji napredak svjedoči 3. Izvješće o Hrvatskoj Europske komisije protiv rasizma i netolerancije Vijeća Europe iz 2004. godine iz koga iščitavamo iste probleme s kojim se hrvatsko društvo susreće i danas u pogledu diskriminacije. U ovom se izvješću navode ključni razlozi zbog kojih pozitivno anti-diskriminacijsko pravo ne zaživljava u praksi. Vlada je, naime, napravila „simbolične geste“ u korist nacionalnih manjina.

„Ipak, veliki broj preporuka koje je Europska komisija protiv rasizma i netolerancije u 2. izvješću dala (2001.god. op.a.) nisu implementirane ili su parcijalno implementirane.“³⁶

Međunacionalno nasilje, jednako kao i danas, i tada je bilo u porastu međutim, navodi se u ovom izvješću, ta činjenica ne dobiva potrebnu pažnju od organa vlasti. Zabilježeno je kako nedostaje spremnost vlade da se unaprijedi praksa procesuiranja odgovornih za kaznena djela koja se povezuju s nacionalnom netrpeljivosti. Naročito se upućuje kritika policiji i sudstvu.³⁷

Hrvatske su vlasti u ovom izvješću bile pozvane da omogućće uredu pučkog pravobranitelja ljudske i financijske resurse kako bi mogao svoje zadaće uspješno izvršavati. Ured pučkog pravobranitelja u međuvremenu je otvorio više područnih ureda, danas raspolaže s većim brojem ljudi i većim financijskim sredstvima, međutim uza sve napore ne može postići zacrtane ciljeve. Ponajviše iz razloga, kako se i navodi u njegovim izvješćima, što Sabor već godinama uopće ne razmatra njegova izvješća pa tako ni preporuke po kojima državna tijela u pravilu ne postupaju.

Okolnosti koje su nastupile uslijed pandemije bolesti COVID 19 osvijetlile su činjenično stanje u hrvatskom društvu po pitanju diskriminacije.

„Neizvjesnost uzrokovana pandemijom i s njome povezanim mjerama pokazala je kako se jednakost i nediskriminacija ne podrazumijevaju. Kriza je nesrazmjerno pogodila određene društvene skupine, često one koje su već u nepovoljnom društvenom ili ekonomskom položaju i u povećanom riziku od

33 Izvješće pučke pravobraniteljice za 2020. godinu, op.cit., str.92.

34 Dostupno na: <https://rm.coe.int/0900001680a2cb49>

35 Ibid, str.1

36 Dostupno na: <https://rm.coe.int/09000016808b57b8>

37 Ibid, str.10

diskriminacije te je produbila nejednakosti i pokazala da su potrebni veći napori kako bi se uspostavilo pravednije i ravnopravnije društvo.³⁸

Iz gore navedenog očigledno je kako je kriza usrokovana pandemijom nepovoljno utjecala na i tako lošu situaciju u pogledu diskriminacije u hrvatskom društvu, a najugroženiji građani su pripadnici nacionalnih manjina. Koliko su ti podatci alarmantni upućuje Arlovićeva konstatacija:

„Zbog svog značaja društvene vrednote, pravno uređivanje, ostvarivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda danas je jedno od najzahtjevnijih i najsloženijih pitanja međunarodne zajednice. Pogotovo ako se sagledava i proučava u cjelini svoga sadržaja i obuhvata, kada po naravi stvari obuhvaća prava i slobode pripadnika nacionalnih (i drugih) manjina, zatim prava svakog ljudskog bića za slučaj izvanrednih stanja, a osobito onih koja su rezultat ratova, prirodnih katastrofa, epidemija itd.“³⁹

Iz Izvješća za 2020. godinu iščitava se kako građani i dalje posve pogrešno prepoznaju diskriminaciju, odnosno pod nju podvode svako ponašanje koje dožive kao nepovoljno ili nepravedno.

„Istovremeno i dalje ju ne prijavljuju zbog neprepoznavanja, a nisu je skloni prijavljivati zbog nepovjerenja u institucije, prihvaćenosti kao uobičajenog obrasca ponašanja, straha od viktimizacije i drugoga.“⁴⁰

U Izvješću za 2020. godinu se nadalje navodi kako je nužno potrebno pojačati napore i aktivnosti usmjerene na zaštitu jednakosti, posebno u kriznim okolnostima, a poglavito educirati građane o samom pojmu diskriminacije, te jačati medijsku pismenost. Navedenome nipošto ne ide na ruku činjenica da ja Nacionalni plan za borbu protiv diskriminacije istekao 2019. godine, a još uvijek nije usvojen Nacionalni plan zaštite i promicanja ljudskih prava i suzbijanja diskriminacije od 2021. do 2027. s pratećim dokumentima: Akcijskim planom zaštite i promicanja ljudskih prava te Akcijskim planom za suzbijanje diskriminacije od 2021. do 2023. godine. Ujedno, otežavajuća je okolnost to što je zadnje izvješće pučke pravobraniteljice o kojem je Sabor raspravljao ono iz 2027. godine. Uzimajući to u obzir nije za očekivati da će nadležna državna tijela vlasti uvažiti preporuke pučke pravobraniteljice navedene u izvješćima, a koje su preduvjet da se situacija u pogledu diskriminacije u Republici Hrvatskoj poboljša.

S obzirom na činjenicu da građani Republike Hrvatske diskriminaciju često ne prepoznaju, a i kada je prepoznaju ne prijavljuju je zbog nepovjerenja u sustav, straha od viktimizacije i sl. podatci iz izvješća ni blizu ne odražavaju stvarno stanje stvari. Kako navodi Bježančević:

„Iako zakonodavni okvir zaštite od diskriminacije u Hrvatskoj pokriva nezanemariv broj osnova te ga možemo nazvati zadovoljavajućim, diskriminacija

38 Ibid, str.11.

39 Arlović, M., Pozitivna diskriminacija u regulaciji i zaštiti prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina – uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol 56, No 4, 2019., (785-817), str. 786

40 Ibid, str.12

u društvu prisutna je u većoj mjeri od one registrirane kroz pritužbe Uredu pučke pravobraniteljice.⁴⁴¹

3. Europski sud za ljudska prava i presude protiv Republike Hrvatske

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda načelo zabrane diskriminacije propisuje u članku 14. koji glasi: „*Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.*“

Temeljni međunarodni dokumenti o ljudskim pravima zabranjuju diskriminaciju, ali u pravilu ne nude njezinu definiciju. U tom smislu od iznimnog je značaja praksa Europskog suda za ljudska prava koja je postavila vrlo jasno određenje diskriminacije kao „...*različitog postupanja prema osobama u relevantno sličnim situacijama, bez objektivnog i razumnog opravdanja.*“⁴²

Kako navodi Omejec, „...*član 14. nema samostalnu pravnu egzistenciju: ne postoji pravna mogućnost da u postupku pred Europskim sudom u konkretnom slučaju bude utvrđena samostalna povreda članka 14. Konvencije, odnosno samostalna povreda zabrane diskriminacije.*“⁴³ Međutim, kako upućuju Van Dijk i Van Hoof, „...*članak 14 ne se odnosi isključivo na slučajeve u kojima se radi o navodnom kršenju, već na svako diskriminatorno ograničenje uživanja prava i sloboda. Čak iako neko ograničenje ima uporište u relevantnoj odredbi Konvencije, ne smije se primjenjivati na diskriminatoran način.*“⁴⁴ Dakle, moguće je da određena odredba zasebno ne bude prekršena, ali sagledano u relaciji s članom 14. - jest.

„*Član 14. može se uzeti u vezi s drugim članom koji ne mora biti prekršen. Dovoljno je da predmet u pitanju bude pokriven tim drugim članom.*“⁴⁵

41 Bježančević, S., Osnove i teži oblici diskriminacije u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol 42, No 1, 2021. (21-42), str.21

42 Vidi: Willis protiv Ujedinjene Kraljevine, br.36042/97, Okpisz protiv Njemačke, br. 59140/00, Oršuš i drugi protiv Hrvatske, br.15766/03.

43 Omejec, J., Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 59 No. 5, 2009., (873-979), str. 886.

44 Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H., op.cit., str. 672.

45 Ibid, str.6 73.

Van Dijk i Van Hoof upućuju na Predstavku 5763/72, Yearbook XVI. (1973.), str. 274 (296), Predst.5935/72, X. v. Federal Republic of Germany, Yearbook XIX. (1976.), str. 276 (288).

Omejec upućuje na presude: Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjene Kraljevine iz 1985. te E.B. protiv Francuske iz 2008. te Schmidt i Dahlstrom protiv Švedske iz 1976.

Konvencijski opseg zabrane diskriminacije proširen je 2000. godine kada je u Rimu usvojen Protokol br.12.⁴⁶ On je stupio na snagu 1. travnja 2005. godine. Člankom 1. Protokola 12., za razliku od članka 14. Konvencije, zabranjena je diskriminacija u odnosu na sva prava zajamčena nacionalnim zakonima država stranaka, kao i uopće postupanjem tijela javne vlasti.

*„Članak 14. Konvencije i članak 1. Protokola br.12 uz Konvenciju trebaju se promatrati kao komplementarni mehanizmi konvencijske zaštite u području zabrane diskriminacije odnosno oni koji se međusobno ne isključuju, nego postoje istodobno i uzajamno se upotpunjuju.“*⁴⁷

Iz presuda koje je Europski sud za ljudska prava donio protiv Republike Hrvatske zbog kršenja načela zabrane diskriminacije potvrđuje se ono o čemu svjedoče izvješća. Naime, dok je normativno-pravni okvir, što je i prikazano u radu, usklađen s međunarodno-pravnim normama državni organi vlasti, poglavito sudski, svojim djelovanjem odnosno nedjelovanjem odstupaju od demokratskih standarda. Iste upućuju na činjenicu da je poštivanje načela zabrane diskriminacije u uskoj vezi s (ne)mogućnosti ostvarenja prava na pošteno suđenje.

Postupak u predmetu Šečić protiv Republike Hrvatske pokrenut je u studenom 2002. godine zbog napada koji se dogodio u travnju 1999. godine, a koji je, prema tvrdnjama podnositelja zahtjeva, bio rasno motiviran.⁴⁸

Kada je je Europski sud krenuo razmatrati predmet, razdoblje trajanja predistražne faze postupka protegnulo se na sedam i pol godina, što je ocijenjeno posve neprihvatljivim. Europski sud napomenuo je još da „... smatra neprihvatljivim da je policija, svjesna da je događaj o kojemu je riječ najvjerojatnije motiviran etničkom mržnjom, dozvolila da istraga traje više od sedam godina bez poduzimanja bilo kakvih ozbiljnih koraka radi identificiranja ili kaznenog progona počinitelja“.⁴⁹

U predmetu Oršuš i drugi protiv Hrvatske također je utvrđena povreda čl.14 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i to zbog uskrate prava na obrazovanje djeci-pripadnicima romske nacionalne manjine u Medimurju.⁵⁰ Odvajanje romskih osnovnoškolaca u zasebna razredna odijeljenja zbog navodnog lošijeg poznavanja hrvatskog jezika i pisma nacionalni su sudovi ocijenili opravdanim, dok za Europski sud nije bilo sumnje da je riječ o diskriminaciji. Štoviše, Europski je sud utvrdio da za navedeni postupak nije bilo nikakvog uporišta u pozitivnom hrvatskom zakonodavstvu. Ujedno utvrđena je

46 Protokol broj 12. Na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori br.9/05, 1/06, 2/10

47 Omejec, J., Zabrana diskriminacije..., op.cit., str. 880

48 Šečić protiv Hrvatske, Zahtjev br. 40116/02, presuda od 31. svibnja 2007. godine, dostupno na: https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages/arhiva/728SECIC_.pdf

49 Ibid, st. 69.

50 Oršuš i drugi protiv Hrvatske, Zahtjev br.15766/03, Presuda od 16. ožujka 2010. godine, dostupno na: https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//Orsus_.pdf

povreda čl.6 Europske konvencije, odnosno povreda prava na pravično suđenje i to poglavito zbog nesrazmjerno dugog trajanja postupka pred domaćim sudovima.⁵¹

Iz navedena dva predmeta jasno je u kojoj je mjeri zaštita načela zabrane diskriminacije ovisna o mogućnosti ostvarenja prava na pravično suđenje. Kršenje istog najveća je pak boljka hrvatskog pravosudnog sustava o čemu svjedoči najveći broj presuda Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske upravo zbog povrede članka 6 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koji jamči pravo na pravično suđenje.⁵²

U predmetu Savez crkava Riječ života i ostali protiv Hrvatske utvrđena je povreda čl. 14. Konvencije u odnosu na čl. 9. koji jamči slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi i to zbog diskriminatorne primjene kriterija iz Zaključka Vlade od 23. prosinca 2004. prema vjerskim zajednicama predlagateljicama u odnosu na ostale vjerske zajednice u Republici Hrvatskoj.^{53 54}

Europski je sud, naime, utvrdio kako je trima vjerskim zajednicama - predlagateljicama (Savez crkava Riječ života, Crkvi cjelovitog evanđelja i Protestantskoj reformiranoj kršćanskoj crkvi u Republici Hrvatskoj) Vlada Republike Hrvatske protivno pozitivnom pravu uskratila obavljanje vjerskih obreda, sklapanje vjerskih brakova s učincima građanskog braka, održavanje vjeronauka u javnim školama i predškolskim ustanovama, pružanje dušobrižničke skrbi svojim pripadnicima u zdravstvenim ustanovama i ustanovama socijalne skrbi, u zatvorima i kaznionicama.

U predmetu Guberina protiv Hrvatske Europski je sud utvrdio diskriminaciju koja je djelovanjem državnih organa vlasti počinjena u odnosu na invalidno dijete i članove njegove obitelji.⁵⁵

Utvrđena je povreda čl.14 jer su pozitivni zakonski propisi koji se odnose na osobe s invaliditetom primjenjeni „...na stereotipan način bez mogućnosti ocjenjivanja na individualiziran način njihovih kapaciteta i potreba.“⁵⁶

51 Čl. 6. st.1. Konvencije svakome, između ostaloga, jamči pravo da „...radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi nepristrani sud... u razumnom roku ispita njegov slučaj...“

52 Presude dostupne na: <https://uredzastupnika.gov.hr>

53 Savez crkava Riječ života i ostali protiv Hrvatske, Zahtjev br. 7798/08, presuda od 9. prosinca 2010., dostupno na: <http://licodu.cois.it/wp-content/uploads/2017/08/04-La-Corte-europea-dei-diritti-delluomo-sentenza-Unione-delle-Chiese-Parola-di-Vita-e-altri-contro-Croazia.pdf>

54 Čl. 9. Konvencije glasi: „(1) Svatko ima pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi; to pravo uključuje slobodu da se promijeni vjeroispovijed ili uvjerenje i slobodu da se pojedinačno ili u zajednici s drugima, javno ili privatno, iskazuje svoju vjeroispovijed ili uvjerenje bogoslužjem, poučavanjem, praktičnim vršenjem i obredima. (2) Sloboda iskazivanja vjeroispovijedi ili uvjerenja podvrgnut će se samo takvim ograničenjima koja su propisana zakonom i koja su u demokratskom društvu nužna radi interesa javnog reda i mira, zaštite javnog reda, zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

55 Guberina protiv Hrvatske, Zahtjev br.23682/13, Presuda od 22. ožujka 2016., dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Presude%20i%20odluke//Guberina%20protiv%20Hrvatske,%20presuda.pdf>

56 Ibid

Iznavedenih presuda razvidno je kakav problem hrvatskog antidiskriminacijskog sustava ne leži u pravnim normama, već njihovom pogrešnom tumačenju posljedično i primjeni.

ZAKLJUČAK

Analizom pravnih normi kojima se u hrvatskom pozitivnom pravu regulira načelo zabrane diskriminacije te njihovom usporedbom s mjerodavnim konvencijskim odredbama dokazana je normativna usklađenost s međunarodnim demokratskim standardima. Problem kršenja načela zabrane diskriminacije institucionalne je naravi, što je dokazano prikazom mjerodavnih izvješća, te presudama Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske. Kako bi normativna jamstva zaživjela u praksi nužan je angažman kako državnih tijela, tako i svih ostalih društvenih aktera: od udruga civilnog društva do samih građana. Osnovni preduvjet poštivanja načela zabrane diskriminacije je rješavanje gorućeg problem hrvatskog pravosudnog sustava, a to je sustavno kršenje prava na pošteno suđenje koje je 'conditio sine qua non' ostvarenja svih ostalih ljudskih prava. Nadalje, nužno je da se građani i udruge civilnog društva znatno više aktiviraju prijavljivati diskriminaciju po svim osnovama. Nepovjerenje građana u pravosudni sustav, najvećim dijelom zbog nemogućnosti ostvarenja prava na pravično suđenje, uvelike doprinosi neprijavlivanju diskriminacije. Osim toga građani, o čemu svjedoče relevantna izvješća, nerijetko uopće ne prepoznaju da su žrtve diskriminacije. Navedeno upućuje na nužnost edukacije, a ta zadaća počiva kako na samim građanima tako i udrugama civilnog društva, medijima i nadležnim državnim organima vlasti. Nesumnjivo je prvi korak koji treba napraviti usvojiti Nacionalni plan zaštite i promicanja ljudskih prava i suzbijanja diskriminacije od 2021. do 2027. s pratećim dokumentima: Akcijskim planom zaštite i promicanja ljudskih prava te Akcijskim planom za suzbijanje diskriminacije od 2021. do 2023. godine. Također Sabor Republike Hrvatske treba pristupiti raspravi o Izvješću pučke pravobraniteljice za 2020. godinu, posebno razmatrajući preporuke iz istoga koje smjeraju poboljšanju situacije po pitanju poštivanja načela zabrane diskriminacije.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Arlović, M., Pozitivna diskriminacija u regulaciji i zaštiti prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina – uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol 56, No 4, 2019., (785-817)
2. Barić Punda, V., Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela zaštite

- ljudskih prava i sloboda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Vol. 42., No. 1-2, 2005., (27.-42.)
3. Bježančević, S., Osnove i teži oblici diskriminacije u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol 42, No 1, 2021. (21-42)
 4. Hayek, F.A., Politički ideal vladavine prava, Preveo: Arsen Bačić, Školska knjiga Zagreb, 1994.
 5. Horvat, A., Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol 58, No 6, 2008., (1453-1498)
 6. Omejec, J., Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 59 No. 5, 2009., (873-979)
 7. Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H., Teorija i praksa Europske konvencije o ljudskim pravima, Muller, Sarajevo, 2001.

Pravni akti

1. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 12/03, 9/05, 2/10
2. Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, Narodne novine –
3. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 12/93
4. Međunarodni ugovori, broj 12/93
5. Obiteljski zakon, Narodne novine br.103/15
6. Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine – međunarodni ugovori, broj 12/09
7. Povelja Ujedinjenih nacija, Narodne Novine – Međunarodni ugovori, broj 15/93
8. Pravilnik o poslovima na kojima se ne smije zaposliti maloljetnik, Narodne novine br. 89/15, 96/16.
9. Pravilnik o sadržaju, načinu i rokovima zdravstvenih pregleda noćnih radnika (Narodne novine 93/14, 127/17)
10. Protokol broj 12. Na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori br.9/05, 1/06, 2/10
11. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 59/90, 113/00, 55/01, 5/14
12. Zakon o izmjenama Zakona o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br.112/12
13. Zakon o radu, Narodne novine br.93/14, 127/17
14. Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine br. 82/08, 69/17.
15. Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine br. 85/08
16. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine br. 92/14.

Internet izvori

1. <http://hrcak.srce.hr>
2. <http://www.mvep.hr/>
3. <https://rm.coe.int/>
4. <https://uredzastupnika.gov.hr>
5. <https://www.ombudsman.hr/hr>

Ivana Mijić Vulinović, Ph.D.

Expert associate of the University of Dubrovnik

**PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE
REPUBLIC OF CROATIA IN REGARDS TO INTERNATIONAL LAW
WITH SPECIAL REFERENCE TO JUDGMENTS OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary: One of the fundamental principles of modern legal systems is the principle of non-discrimination, respect for which is an indicator of the degree of democracy of a particular society. One of the burning problems of the Croatian human rights system is the systematic and gross violation of this principle, as evidenced by the reports of the relevant domestic and international bodies, as well as the judgments of the European Court of Human Rights. The paper starts from the assumption that the principle of non-discrimination in the Republic of Croatia is normatively guaranteed and elaborated in accordance with international democratic standards, but is not implemented. This is proved by the presentation and analysis of constitutional and legal norms in relation to the convention provisions, as well as the reports of the competent bodies as well as the judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: Republic of Croatia, human rights, principle of non-discrimination, international democratic standards, European Court of Human Rights, hate crimes, epidemic Covid 19

Dr. sc. Mirsad Čizmić

Skupština Zeničko-dobojskog kantona

Savjetnik predsjedavajućeg Skupštine Zeničko-dobojskog kantona za društvene djelatnosti

DIREKTNA/NEPOSREDNA DEMOKRATIJA KAO INSTRUMENT ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU OSNOVNIH LJUDSKIH PRAVA –USTAVNO I ZAKONSKO NORMIRANJE

Sažetak: Direktna demokratija se razvila kao potreba građana da se institucionalno zaštite njihova osnovna ljudska prava i to u onim situacijama kada su se konzumenti predstavničke demokratije počeli otuđivati i na taj način zanemarivati prava onih koji su ih birali. Direktna demokratija se može definisati kroz nekoliko njenih značajki kao što su: direktno donošenje odluka narodnim glasanjem bez posrednika - direktno izražavanje volje građana, javno razmatranje političkih pitanja, kontrolni mehanizam predstavničkoj demokratiji, zasnovanost na demokratskim načelima narodnog suvereniteta, slobode i političke jednakosti. S obzirom da je moći predstavničke demokratije glavna prepreka direktna demokratija, nije ni čudo da se ista neselektivno institucionalizira u svijetu. Autori će na jedan sistematičan način pokušati da definišu značaj i uticaj neposrednog građanskog aktivizma na zakonodavstvo, naročito kroz inicijative i referendum. Mogućnost građana da direktno utiču na odluke predstavlja prijetnju političarima koji ne donose zakone u interesu društva. To je jedan od najboljih način da se razbiju koalicije političara i stranaka usmjerene protiv zajedničkog interesa birača, i način da se zaštite od pretjerane politike izabranih predstavnika. Zato se neposredna demokratija često i naziva kao kontrolni mehanizam predstavničke demokratije.

Ključne riječi: Direktna demokratija, ustavno i zakonsko normiranje, ljudska prava, građanski aktivizam.

UVOD

Neposredna demokratija nije novi koncept. Ona se javlja još u doba Antičke Grčke, kao potreba građana da se izbore za svoja temeljna ljudska prava. Razvojem društva, razvijaju se i ljudska prava, a za njihovo ostvarivanje javlja se i potreba za novim instrumentima građanskog aktivizma. S obzirom da zakonodavci vrlo vješto zaobilaze ili nedovoljno definišu načine ostvarivanja i zaštite temeljnih ljudski prava, ili otežavaju put do ostvarivanja istih, građani sa razvojem neposredne

demokratije imaju mogućnosti pribjegavanja direktnoj akciji podnošenjem i izglasavanjem određenih inicijativa koje su u nekim slučajevima mijenjale i državne ustave. Stoga se neposredni oblik učešća građana u javnom odlučivanju i smatra kao osnovnom polugom za zaštitu ljudskih prava kroz građanski aktivizam. Woodrow Wilson ističe da je neposredno učešće građana u odlučivanjima temelj za odvracanje od uzurpacije vlasti državnih zakonodavnih tijela. „Služeći kao „pištolj iza vrata“ prema Wilsonovim riječima, neposredno učešće građana u odlučivanju tjera zakonodavce na djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava“.¹ S obzirom da nije rijetka pojava da se predstavnička tijela otuđe od stvarnosti i realnog života građana, naročito zbog jakog uticaja stranačkih šefova, neposrednim učešćem građani itekako mogu da doprinose boljim i više dostupnim mehanizmima za zaštitu temeljnih ljudskih prava koja im pripadaju. Jedan od najboljih primjera jesu tzv. Spasonosne reforme u SAD, gdje su se građani neposrednim učešćem izborili za osmosatni radni dan, ograničenje dječijeg rada, naknade, starosne penzije, mjere zabrane i oporezivanja.² Neposredno učešće građana može biti i kamen spoticaja u razvoju ljudskih prava, naročito u onim državama u kojima ovaj model učešća građana u vlasti nije adekvatno zakonski regulisan. Zbog toga, nije rijedak slučaj da se modeli neposrednog učešća građana u vlasti iskoriste kao sredstva za ostvarivanje ciljeva od strane lokalnih moćnika. Iako je neposredna demokratija snažan temelj i poluga za ostvarivanje i zaštitu temeljnih ljudskih prava, ona svoju svrhu ne može ostvariti ako se adekvatno ne definira i zaštititi kako kroz ustva tako i kroz druge pozitivne propise.

1. Neposredna demokratija

Razvojem društva, razvijaju se i različiti oblici odlučivanja o društvenim tokovima, naročito onih bitnih za ostvarivanje i zaštitu ljudska prava. Tokom svog razvoja, demokratski procesi su uvijek na neki način bili naklonjeni vlasti koja nije nešto posebno naklonjena narodu, nego vladaru. Tek početkom dvadesetog stoljeća, dolazi do ubrzanog razvoja demokratskih principa na kojima počiva vlast u narodu, da narod treba odlučivati o pitanjima koja su posebno karakteristična za njihov životni ambijent. Pored velikih revolucija u 19 stoljeću i Oktobarske revolucije, narod se borio za svoja osnovna prava putem raznih pokreta kakvi su na primjer Pokret djece cvijeća šezdesetih godina 20. stoljeća kao i pokret za građanska prava istih godina oblik su političkih struja koji se u teorijskim raspravama nazivaju građanska neposlušnost, a za čijeg tvorca smatraju Henry David Thoreau. Građanski neposluh zakonu, odnosno blaže rečeno građanska afirmacija za bolje sutra, posljedica je lošeg upravljanja i otuđenosti predstavničke

1 D. Smith/C. Tolbert, *Educated by Initiative: The Effects of Direct Democracy on Citizens and Political Organizations in the American States*, University of Michigan Press, Michigan, 2004, 6., dostupno na: <http://library.lol/main/F4E214CAA7FA515A2296D82BE8BD3D6>

2 Vidjeti detaljnije u: *Ibidem*, 26.

vlasti. Razvoj predstavničke demokratije, ustoličio je praksu posredničkog postulata vladanja nad narodom, te donošenjem zakona koji nisu u skladu sa interesima onih nad kojima se vlada, nego često u suprotnom.

Međutim, često se postavlja pitanje da li građni mogu imati potpunu i legitimnu vlast, da sve odluke neposredno donose. „Mnogi teoretičari vide učešće građana u demokratskoj politici kao suštinsko dobro, što je neophodno za ljudski procvat. Drugi tvrde da je učešće odličan instrumenta vrijednosti u pomaganju da se demokratija zaštiti od apatije javnosti. Ili na način, iskustvo smislenog učešća u javnim odlukama pomaže ljudima da prevaziđu lične brige i podstiče građane da vode računa o javnom životu.“³ Stoga se danas može kazati da je „direktna demokratija izraz narodnog suvereniteta – prava naroda - građanstva da odlučuje o pitanjima od suštinskog značaja, direktno i autoritativno, bez posredovanja njihovih predstavnika“.⁴ Ubrzani napredak upotrebe direktne demokratije posljednjih decenija razlog je činjenice da izabrani predstavnici u velikom broju slučajeva, kada stupe na dužnost, stavljaju interese određenih elita iznad interesa građana, a svoju funkciju posmatraju kao privilegovani i lični interes. Kako bi se odredio uspon razvoja direktne demokrajje, ali i njeni prvi pojavni oblici, neizostavan je njen put od Atenske demokratije. Prvi pojavni oblik riječi „građanina“ prema dosadašnjim istraživanjima, potiče iz starog doba, odnosno antike. Jednu od boljih definicija atenske riječi građanin, dao je poznati historičar Aydon koji kaže: „riječ građanin u tom kontekstu nije značila što i danas. Građanin je bio čovjek koji je imao pravo sudjelovati u javnoj raspravi o zajedničkim pitanjima, a isto tako o njima i glasati. I građanin je u prvom redu bio muškarac.“⁵ Pored riječi građanin, veliku ulogu u definisanju direktne demokratije ima i pojam sloboda. Sloboda u današnjm kontekstu podrazumijeva slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, gdje se sa slobodom misli i savjesti usko može posmatrati i sloboda odlučivanja, bez nametanja rješenja odzgo – od vlasti. Važno je istaknuti da „direktna demokratija ne predstavlja lijek za rješavanje problema sadašnjih demokratija, niti je nešto suštinski pogrešno što se treba izbjegavati. Zaista, rasprave o „direktnoj demokratiji“ kao takvoj neće doći u sigurnu luku jednostavno zato što uključuju posljedično različite nijanse i institucije. Kao što je evidentno, ocjenjivanje direktne demokratije uopšte zavisit će od toga kako, zašto, gdje, kada i koje institucije direktne demokratije se koriste.“⁶

Naprijed spomenuta atenska demokratija, primjer je direktne demokratije, ali se postavlja pitanje u kojim aspektima se može primjenjivati direktna

3 B. Elliot, Direct Democracy - International IDEA Constitution-Building Primer 3, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) Second edition, Stockholm 2017., 8., dostupno na: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/direct-democracy-primer.pdf>

4 Ibidem.

5 C. Aydon, Povijest Čovječanstva (A Brief History of Mankind), Constable & Robinson, London 2009.,

6 A. David, Direct Democracy Worldwide, Cambridge University Press, 2010, 41, dostupno na: <https://libgen.is/book/index.php?md5=CDD41805C5A93CB97E132A63E373594E>

demokratija u današnjem vremenu, kada je brojnost stanovnika država drastično veća za razliku od perioda atene. Teoretičari koji se zalažu za uvođenje direktne demokratije u demokratske procese ističu da se direktna demokratija ne može provoditi na način kao u ateni, ali da je sa razvojem društva došlo i do razvoja novih instrumenata u primjeni direktne demokratije. Oblici u kojima se neposredna demokratija danas ispoljava, u kombinaciji sa predstavničkom i koji su kao takvi i u praksi primjenjivi su: narodna inicijativa, pravo peticije, narodni veto, plebiscit i referendum. Direktne demokratske institucije dolaze u različitim varijantama, a svaka ima svoju logiku. Jedna verzija je populistički, neposredovani oblik direktne demokratije, koja najbolje odgovara praksi u državama SAD, kada su populistički i progresivni reformatori od kraja devetnaestog vijeka uveli direktne demokratske procedure. Sjedinjene Države su to učinile, prije svega, da ograniče moć političkih partija i njihove političke mašine koje su kontrolisale državne parlamente u to vrijeme. U Sjedinjenim Državama, popularnu inicijativu i danas prvenstveno koriste društveni pokreti i interesne grupe da zaobiđu državne parlamente koje kontrolišu stranke.⁷ U poređenju sa političkim strankama ili klasičnim izborima, definicija direktne demokratije nema zajedničku definiciju. Definicija direktne demokratije je drugačiji koncept odlučivanja, jer ne uključuje potpunu vlast nad državnim aparatom, niti u potpunosti isključuje predstavničku vlast. Ona ima često različita značenja na različitim mjestima, kao i različite institucionalne okvire i mehanizme. Dakle, „ono što se u jednoj zemlji naziva referendumom može se nazvati plebiscitom ili čak popularna inicijativa u drugoj. U suštini, ne postoji univerzalna referendumska terminologija.“⁸

Da bi se otklonile nedoumice u pogledu naprijed navedenih pojava oblika direktne demokratije, neophodno je kratko definisati ovaj oblik izražavanja volje građana. Naime, direktni oblik glasanja, dakle direktna demokratija, u sebi nosi univerzalni karakter više glasova u jednoj snazi. U procesu direktne demokratije, u pogledu zaštite temeljnih vrijednosti, potrebno je znati koji oblici direktne demokratije su najizvjesniji u zaštiti osnovnih ljudskih vrijednosti. Za razliku od oblika direktne demokratije koji se spušta odozgo prema dolje, dakle od vlasti prema građanima, uspjeh za zaštitu i ostvarivanje ljudskih prava je dosta manji jer se rješenja ne nude iz naroda-građanstva, nego od predstavničke vlasti, u procesu direktne demokratije koja počiva odozdo prema gore, odnosno na prikupljanju potpisa za pokretanje određenih pitanja u svrhu zaštite i ostvarivanja istih dosta je realnija slika svijesti i interesa građana, a veći su uspjesi za zaštitu temeljnih ljudskih vrijednosti. Oblici direktne demokratije koji su obično inicirani od strane građana su narodne inicijative i referendumi. „Razlika između narodnih inicijativa i referenduma je ključna, s obzirom da su narodne inicijative

7 K. Hanspeter, *Political Communication in Direct Democratic Campaigns: Enlightening or Manipulating?*, Palgrave Macmillan UK, 2011., 18., dostupno na: <https://libgen.is/book/index.php?md5=8B63E462A93366F18A3C0F462EB190B0>

8 D. Altman, *Direct Democracy in Comparative Perspective. Origins, Performance, and Reform*, Cambridge University Press, 2019., 6., dostupno na: <http://library.lol/main/E3E0F6438A1A8C6D43A5E7B651DD3054>

osmišljene da promijene status quo, budući da se referendumi stvaraju kako bi se spriječile promjene. U popularnoj inicijativi, građanima je dozvoljeno da stave pitanja od interesa direktno na glasački listić, bez obaveznog dobijanje prethodne saglasnosti glavnih političkih ureda zemlje, na taj način djelujući kao proaktivni igrači na određenim temama. Na referendumu građanima je također dozvoljeno da odlučuju o pitanjima od značaja direktno na glasačkom listiću, bez obaveze pribavljanja saglasnosti od glavnih političkih ureda zemlje, ali u ovim slučajevima građani su ograničeni na reaktivnu ili ulogu igrača u veto na određene teme.⁹

Oblici direktne demokratije koji se iniciraju odozgo prema dole, odnosno od vlasti prema građanima, koji se iniciraju direktno ili indirektno, to su obično obavezni referendumi i plebisciti. U teoretskim raspravama, veoma je važno razlikovanje između referenduma i plebiscita, jer se referendumom u ovom slučaju traži neka vrsta saglasnosti građana na određeno pitanje, koje je prošlo sve faze provjera od strane relevantnih institucija, dok je sa plebiscitom sasvim drugačija situacija. Naime, plebiscit u većini slučajeva najčešće predstavlja zaobilaženje jedne institucije od druge, iako bi bilo dosta korisnije da bude to jedna koherentna situacija. U praksi se prema dosadašnjim istraživanjima pokazalo da je plebiscit sredstvo gdje obično izvršna vlast zaobilazi zakonodavnu, pri tome nastojeći da se legalizuje posotjeća vlast i njena politika.

Kada su u pitanju obavezni referendumi, u većini slučajeva se radi o određenim izmjenama u ustava. Ovo je prilika da građani mogu zaštititi svoje interese i reći da ili ne određenom zahtjevu vlasti koji je dužna da sprovede putem referenduma. Ovdje treba napomenuti, da je nužno zaštititi i od ovog oblika direktne demokratije, da se pitanja prava i sloboda građana ne mogu stavljati na glasanje, naročito u sredinama gdje postoje manjinske grupe i sl. Fakultativni, ili često u teoriji nazvan abrogativni referendum je oblik direktnog učešća građana u kojem građani imaju mogućnost da odbace odnosno ne prihvate zakon koji je usvojila ili donijela predstavnička vlast. Ovaj oblik neposrednog odlučivanja, poznat je na američkom tlu kao narodni veto. Narodna inicijativa kao oblik neposrednog učešća građana u odlučivanju često se upotrebljava na lokalnom nivou. Naime građani samostalno, bez saglasnosti predstavničke vlasti, iniciraju ili izmjene ili donošenje novog zakona, statuta, a ponekad i ustavnog amandmana. Može se kazati da građani putem narodne inicijative ostvaruju proaktivnu ulogu o određenim pitanjima da li na lokalnom ili nekom višem nivou. „Inicijativom građani sami pišu zakon, a pokreću izbore prikupljanjem potpisa. Inicijative omogućavaju građanima da pokrenu pitanja koja bi vlada možda radije ignorisala, kao što su proširena prava životinja, zakonodavna ograničenja mandata i smanjenje poreza. Proceduralna pravila za direktnu demokratiju razlikuju se u različitim jurisdikcijama.“¹⁰ Ipak, svi naprijed navedeni oblici neposredne demokratije, u velikom broju slučajeva,

9 Ibidem, 7.

10 J. G. Matsusaka, *Let the People Rule: How Direct Democracy Can Meet the Populist Challenge*, Princeton University Press, 2020, 61., dostupno na: <http://library.lol/main/EEBF68D1067B066D7E607DC1F6B01A97>

zavise prevashodno od predstavničke vlasti, koja uređuje ambijent i uslove za primjenu istih.

1.1. Pojavni modeli u primjeni direktne demokratije

Na osnovu do sada izloženog, može se konstatovati, da u pogledu primjene direktne demokratije, danas najčešće postoje dva pojavna modela u primjeni direktne demokratije. Jedan je dosta uspješniji u pogledu ostavraivanja i zaštite ljudskih prava i sloboda jer njegova ideja direktno potiče iz naroda, a drug je manje uspješan jer indirektno potiče od naroda te je obično konsultativnog karaktera. To su direktno demoratski (odozdo prema gore) i indirektno narodni (odozgo prema dole).

Direktno demokratski model „odozdo prema gore“, kojeg pokreću sami građani kada osjete potrebu da je nužna njihova proaktivnija uloga kako bi se zaštitile temeljne vrijednost. Radi se o modelu primjene direktne demokratije koji traži od građana veći demokratski aktivizam, kojim se zasigurno može pomjeriti stepen u ostvarivanju i zaštiti prava i sloboda koji građanima pripadaju. Na temelju usaglašenih stavova, građani prikupljaju dovoljan broj protpisa i pokreću demokratske promjene. S obzirom da ovaj model praktično izvire iz potreba širih društvenih masa, u praksi se pokazalo da ima daleko veći uspjeh od drugih modela direktne demokratije. To su prevashodno građanske inicijative. Dakle „građanske inicijative su najmoćnija alati direktne demokratije jer su u rukama samih građana. One mogu uključivati inicijative za predlaganje novih zakona ili ustavnih amandmana i ‘narodnih referenduma’ kojima se namjerava zaustaviti (ili izmijeniti, oblikovati, promijeniti) odluke koje su donijeli izabrani dužnosnici. U oba slučaja građani se trebaju prijaviti za podršku određenog broja drugih građana kako bi se kvalificirali za sljedeće formalne korake.“¹¹

Indirektno narodni model „odozgo prema dole“ je model koji je dobio ime indirektno narodni zbog činjenice da njegova prvobitna snaga potiče od naroda. Naime, građani na izborima biraju predstavnike u zakonodavna tijela gdje se vrši i raspodjela predstavničkih mandata. Tako izabrani predstavnici u određenim situacijama imaju obavezu da se konsultuju sa građanima, ili da traže saglasnost od građana kada se uređuju pitanja za koja je ustavom, zakonom ili drugim propisom predviđena obavezna konsultacija sa građanima. Postoje dva različita oblika putem kojih se traži saglasnost građana: „obavezni referendumi o promjeni zakonske odredbe ili druge vrste odluke (npr. međunarodni ugovor) koji se po zakonu mora iznijeti pred birače s pravom glasa na odlučivanje i plebisciti, koji su obično na bazi dobrovoljnog glasanja građana, pokrenuti od strane izabranog

11 B. Kaufmann, Global Passport to Modern Direct Democracy, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Embassy of Switzerland in Sweden, 2008, 6., dostupno na: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/global-passport-to-modern-direct-democracy.pdf>

javnog tijela.¹² Peticije nisu zvanično predviđene kao snažni modeli direktne demokratije koji imaju jaku snagu da dosegnu promjene u društvu, ipak se mogu smatrati kao jedna vrsta polazne osnove za direktnu demokratiju. Radi se o tzv. ostalim participativnim instrumentima građana, s ciljem da potaknu javnu raspravu. Putem peticija građani na legalan način nastoje da se čuje njihov glas u vezi sa određenom tematikom i imaju obično jednu vrstu savjetodavnog karaktera.

2. Uloga direktne/neposredne demokratije u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava i sloboda

Jedan od najvećih nedostataka savremenog društava, pa tako i u Bosni i Hercegovini, ogleda se u činjenici nedostatka aktivizma za „društvenu rekonstrukciju“. Opće poznata činjenica je da se nedvojbjenim i direktnim aktivizmom širih društvenih masa može doći do cilja koji podrazumijeva širu zaštitu temeljnih ljudskih vrijednosti, koje su danas u većini slučajeva takozvani „status quo“. Zasnovana na neposrednoj volji građana, povjerevanjem mandata kroz tzv. posrednu demokratiju, „politika danas prvenstveno znači dvoboje između birokratskih stranaka odozgo prema dolje za izborne položaje koje nude prazne programe za “socijalnu pravdu” kako bi privukli neopisivo “biračko tijelo”. Nakon što su u uredu, njihovi se programi obično pretvaraju u buket “kompromisa”.¹³ Zbog nedovoljnog znanja o svojim mogućnostima, kao i nedovoljna očekivanja od vlasti, građani u današnjem vremenu kada glasaju, obično glasaju za „etabilirane“ politike i to samo iz razloga što „misle“ da mogu proizvesti rezultate u praktičnim pitanjima. Međutim, treba postaviti pitanje, ako se već glasa, „*imam mogućnost i vrijednost glasa*“, zašto glasati za „etabilirane“ politike koje imaju sve karakteristike takozvanih „glavnih“ koji, kada uspiju na neposrednim izborima obično postaju otuđeni. Činjenica da se aktuelni politički proces ne mijenja godinama bez ikakvih temeljnih promjena, moglo bi se na neki način kazati da se radi o nekoj vrsti inercije samog društvenog procesa. Zato se danas i kaže „za modernu političku imaginaciju, “politika” je skup tehnika za držanje vlasti u predstavničkim tijelima – posebice u zakonodavnoj i izvršnoj areni – a ne moralni poziv utemeljen na racionalnosti, zajednici i slobodi.“¹⁴ Stoga je potreba za direktnom demokratijem neophodna, jer direktna demokratija, ustavno i zakonski normirana, predstavlja temelj po kojem se, borba za pravo svakog čovjeka, predstavlja etičkim i moralnim za društvo jednakog glasa. Može

12 Ibidem.

13 B. Murray/B. Debbie/ T. Blair/ L. G. Ursula K, *The Next Revolution: Popular Assemblies and the Promise of Direct Democracy*, Verso, London 2015, 126., dostupno na: [https://libcom.org/files/Murray%20Bookchin-The%20Next%20Revolution.%20Popular%20Assemblies%20and%20the%20Promise%20of%20Direct%20Democracy-Verso%20\(2015\).pdf](https://libcom.org/files/Murray%20Bookchin-The%20Next%20Revolution.%20Popular%20Assemblies%20and%20the%20Promise%20of%20Direct%20Democracy-Verso%20(2015).pdf)

14 Ibidem, 127.

se kazati, da se radi o nastojanju da se od ljudskih mogućnosti kroz direktno pravo glasa, uspostave jednake ljudske mogućnosti.

Direktna demokratija je jedan „demokratski kotač jednakih mogućnosti, koji uključuje redefiniranje politike, povratak izvornom grčkom značenju riječi kao upravljanje zajednicom, ili polisom, putem direktnih okupljanja ljudi licem u lice u formuliranju javne politike i na temelju etika komplementarnosti i solidarnosti.“¹⁵ U tom kontekstu su, još od najranijih perioda razvoja demokratskih principa, antički historičari konstatovali da je direktna demokratija bila središnji element političkih sistema antičke Grčke, gdje su u četvrtom stoljeću prije Krista donošeni dekreti većinom glasova onih Atenjana koji su prisustvovali sastancima skupštine (eklesia), koji su bili održavani četiri puta u građanskom mjesecu ili četrdeset puta godišnje.¹⁶ U teorijskim raspravama o odnosim direktne i predstavničke demokratije, često se može čuti da je direktna demokratija neka vrsta korektiva predstavničke vlasti. Međutim, nije česta pojava da se, izabrani predstavnici kroz posrednu demokratiju, otuđe nakon izbora, odnosno da su isti poslušni građanima samo u vrijeme izbora, dok traje politička kampanja. Stoga je direktna demokratija, adekvatno utemeljena kroz pozitivnopravne propise, više od „korektiva“ predstavničke demokratije.

Direktna demokratija je pored korektiva i neka vrsta „jake opcije“ predstavničkoj demokratiji, jer građani sigurno neće svoja osnovana ljudska prava i slobode prepustiti u ruke predstavnicima u vlasti, ukoliko imaju mogućnost direktnog uticaja. Stim u vezi, treba naglasiti da donošenje odluka u parlamentima prolazi neku fazu kontrole kroz razna radna tijela, prije nego se glasa o određenom pitanju koje u sebi sadrži i neko pravo. Upravo na ovoj činjenici, branioci predstavničke demokratije temelje svoje stajalište da je posrednička demokratija veći garant zaštiti ljudskih prava i sloboda, nego je to slučaj kod direktne demokratije, koju često nazivaju „tiranija većine nad manjinom“. S druge strane, zaboravlja se činjenica da su upravo izabrani predstavnici (predstavnici predstavničke demokratije) kreatori pozitivnopravnog zakonodavstva. Modeli direktne demokratije (referendum, inicijativa, zbor,...) „kroje“ se kroz pozitivnopravne propise, koje donose izabrani predstavnici. Stoga se način realizacije i zaštite pojedinih prava i sloboda, koji ne mogu biti predmet direktne demokratije trebaju zaštititi kroz dobro uređen pozitivno-pravni okvir. Zaboravlja se i činjenica, da predstavničkom demokratijemo, u pukoj suštini, rukovode tzv. „stranački šefovi“, a da je vrlo često sve ostalo samo farsa za javnost, a ljudska prava i slobode su usputno uzeta u obzir. Ukoliko bi se sa druge strane uzimali propusti predstavničke demokratije, može se kazati da je glas manjine u predstavničkoj demokratiji manje vrijedan, je se ne mogu izborti da ih predstavljaju predstavnici iz manjinske zajednice, pa tako

¹⁵ Ibidem, 128.

¹⁶ M. Laurenc/M. Qvortrup, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Taylor & Francis Group, New York 2017., 12, dostupno na: [https://www.vgls.vic.gov.au/client/en_AU/VGLS-public/search/detailnonmodal/ent:\\$002f\\$002fSD_ILS\\$002f0\\$002fSD_ILS:613798/one?qu=Morel%2C+Laurence%2C&ps=300](https://www.vgls.vic.gov.au/client/en_AU/VGLS-public/search/detailnonmodal/ent:$002f$002fSD_ILS$002f0$002fSD_ILS:613798/one?qu=Morel%2C+Laurence%2C&ps=300)

ne mogu da dođu do izražaja i njihovi temeljni ljudski postulati. Shodno naprijed navedenom, postavlja se pitanje da li treba ograničiti ljudsku volju, neovisno redi li se o direktnoj ili predstavničkoj demokratiji. Sloboda i volja čovjeka mogu dosegnuti svoj maksimum samo dotle dok ne narušava volju i slobodu drugih. Tu nastaje proces pravde i kompromisa, koji je jedino moguće urediti ustavnim i zakonskim normiranjem.

2.1. Ustavno i zakonsko normiranje neposredne demokratije-garant za zaštitu ljudski prava i sloboda

Iako se ustavi država u svijetu često ne mijenjaju, za potpunu svrhu u implementaciji direktne demokratije, neophodno je razmišljati i o upotrebi i zamkama koje sa sobom nosi ovaj oblik demokratskog procesa odlučivanja. Radi se o jednom od fundamentalnih pitanja kako razvijenih država tako i država u razvoju. U tom smislu neophodno je uspostaviti osnovne principe ustavnog i zakonskog uređenja procesa direktnog odlučivanja. U osnovi, prevladavaju dvije glavne vrste direktnih demokratskih alata: narodna inicijativa i referendum. Oba dolaze u različitim dizajnim i mogu se primijeniti na revizije ustava ili jednostavnih akata. Oni su općenito pravno obavezujući, ali mogu imati samo političku snagu, kao što je, na primjer, bilo glasanje za Brexit. Inicijativa i referendum usmjeravaju i zaustavljaju politički zakonodavni proces. Inicijativa funkcionira kao ‘volan’. Ona ‘usmjerava’ smjer kojim zakoni moraju krenuti u budućnosti, obično nakon prikupljanja dovoljne količine potpisa kako bi se zatražilo da se novi zakon kvalifikuje za glasanje. Referendum djeluje kao ‘kočnica’, koji ima za cilj da zaustavi provedbu zakona koji je izradilo zakonodavno tijelo.¹⁷ S obzirom da je u većini modernih pravnih sistema, proces ustavne revizije i drugog pozitivnog zakonodavstva u rukama predstavnika u vlasti izabраниh na izborima, javlja se potreba za zaštitom temeljnih prava koja ne mogu i ne smiju biti s jedne strane u rukama izabраниh predstavnika, a sa druge strane i neposrednog odlučivanja većine nad manjinom.

Stoga je jedan od važnih principa na kojima se treba temeljiti normiranost direktne demokratije upravo ustavna zaštita, prevashodno temeljnih vrijednosti svakog pojedinca, ali i mogućnost da građani mogu disciplinovati političare da donose zakone u interesu građana. „To je način da se razbiju političari i stranačke koalicije usmjerene protiv zajedničkog interesa birača, i način da se zaštiti od pretjerane politike izabраниh predstavnika, budući da su ekstremni prijedlozi u opasnosti da budu smijenjeni od strane birača.“¹⁸ Ustavna i zakonska normiranost direktne demokratije, garant je drugačijeg odnosa građana prema političkim vlastima. Naime, postojanje mogućnosti za direktnu kontrolu nad političarima u vlasti, daje veću mogućnost i više znanja građana u procesu zaštite ljudskih vrijednosti.

17 S. Kyburz/S. Schlegel, 8 Principles of Direct Democracy, 2019, dostupno na: <https://www.cgdev.org/blog/8-principles-direct-democracy>

18 Ibidem.

Ustavna i zakonska normiranost procesa direktne demokratije, spriječava mogućnosti tiranije većine nad manjinom (slučaj Švicarske koji se odnosi na izgradnju minareta na džamijama i zabrane nošenja burki, slučaj etničkih manjina u Kaliforniji, referendumske odluke u SAD iz 1960. kojim se regulišu uvjeti stanovanja između bijelaca i crnaca tzv Anti- fair housing Initiatives u korist bijelaca, i dr.). Navedene slučajeve tzv. tiranije većinskog glasa nad manjinskim u procesu direktne demokratije, Ustavni sud u Sloveniji je najneposrednije riješio u tzv. slučaju Džamije u Ljubljani. Naime, u Sloveniji, gdje je 2003. godine, nakon izdavanja urbanističke saglasnosti za gradnju džamije u Ljubljani pokrenuta aktivnost da se zabrani izgradnja džamije za slovenske muslimane. Na temelju prikupljenih potpisa koji su na razne načine prikupljeni, donesena je odluka da se raspiše referendum o tome da li da se slovenskim muslimanima odobri gradnja džamije. Nakon donošenja odluke od strane lokalnih vlasti, pokrenuta je apelacija za ocjenu ustavnosti predmetne odluke, na temelju koje se nastojalo putem zloupotrebe referenduma uskratiti pravo na vjersku slobodu. Ustavni sud je po zahtjevu gradonačelnika i Islamske zajednic odlučio pozitivno i time zaštitio njihova prava na vjerske slobode. Stoga je često jedan od prioriternih poduhvata u ovoj materiji jeste dobro i adekvatno uređeno pozitivno zakonodavstvo koje će uključivat i poseban nadzor nad provođenjem referenduma, ali i prethodnu saglasnost Ustavnog suda kao vrhovnog tumača Ustava kao najvišeg pravnog akta svake države. Ovo posebno daje na snazi, kada se sagleda stav Ustavnog suda u navedenom predmetu „Džamija u Ljubljani“ UI- 111/04, U-II-3/03-15 i predmetu U-II-1/11-52 koji se odnosi na Zakon o penzijskom i zdravstvenom osiguranju te pravo na socijalnu sigurnost, gdje je Ustavni sud posebno istakao važnost kontrole nad referendumom, navodeći da pravo birača u procesu direktne demokratije, da odlučuju o zakonu ili drugom aktu „može se ograničiti“ samo ako je to potrebno radi očuvanja druge ustavne vrijednosti.

Dakle, ovdje je sud jasno istakao da se neće dozvoliti provođenje referenduma u slučajevima kada se referenduskim predmetom zadire u prava i slobode drugih, ustavom zagaranotvanih vrijednosti. U teorijskim raspravama o direktnoj demokratiji, često se kaže da ista predstavlja nadopunu predstavničkoj demokratiji. Međutim, navedena konstatacija je dosta paušalno. Prevažnije je da se kaže da je direktna demokratija nadopuna indirektna ili predstavničke, budući da se ista vrlo često koristi u nedostatku predstavničkih alata. Stoga je važno da jedan od prioriternih principa kroz ustavno i zakonsko normiranje upravo bude proces direktnog učesća „odozdo prema gore“ a ne obrnuto, jer vlast ne treba da nudi rješenja građanima, nego građani sami da iznađu rješenja, posebno zbog činjenice da i izabrani predstavnici potiču iz građana. Stim u vezi, u državama kod kojih je predstavnička vlast „suveren“ koji donosi zakone, direktni proces odlučivanja je bez snage, te se stoga i pokazuje nužnost ustavnog i zakonskog regulisanja kada i na koji način građani direktno odlučuju, a ne da im to „po potrebi“ vlast nameće. U suprotnom, mogućnosti direktne demokratije se koriste samo kao oruđe vladajuće politike.

Naime, oblici neposrednog odlučivanja, koje vlast spušta na građane tzv. odozgo prema dolje, daje dodatnu snagu političarima, a građani nemaju mogućnosti izbora osim onog koji im aktuelna vlast nametne kao takve, i obično odluke u takvim procesima imaju samo konsultativni karakter, ali ne i obavezujući. „U predstavničkoj demokratiji, političari mogu koristiti tri glavna načina za sticanje koristi za na uštrb građana, ili tzv. eksploataciju opće populacije: (a) Političari mogu donositi odluke za koje znaju da odstupaju od preferencija birača. Na primjer, političari sistematski preferiraju direktne intervencije u ekonomiji na korištenje sistema cijena, jer im propisi to uglavnom dozvoljavaju, ostvaruju veće rente. (b) Političari sebi obezbeđuju prevelike privilegije u vidu direktnih prihoda za sebe ili njihove stranke, penzije i dodatne beneficije, kao što su automobili i kuće. (c) Eksploatacija građana može imati oblik korupcije, odnosno direktnih plaćanja za posebne usluge koje se pružaju obveznicima, ali ne i drugima.“¹⁹ Stoga, „osnove zakona o referendumu ili zakona o inicijativi ne bi trebale biti otvorene za izmjene prije javnog glasanja kako bi se osigurala stabilnost direktne demokratije. Zakonodavstvo o direktnim demokratskim instrumentima treba da bude zapisano u ustavu ili na nivou koji je viši od običnog zakona. Upisivanjem temeljnih aspekata referenduma i inicijativa u ustavni dokument, smanjuje se rizik od kratkoročne manipulacije kroz amandmane koji bi favorizirali određenu interesnu grupu.“²⁰

Proces direktnog odlučivanja, koji je ustavom i zakonom kvalitetno uređen, garantuje jedinstvo neposrednog procesa odlučivanja, jer se spriječava mogućnost da u jednom pitanju direktnim odlučivanjem građani odluče o više tema, pa na taj način ne izraze potpunu volju. To znači da predloženi zakon ili amandman koji uključuje više suštinskih pitanja, kod glasača izaziva nedoumicu i neće imati slobodan izbor. Jedan od ključnih segmenata procesa direktnog odlučivanja, jeste kako i na koji način spriječiti tiraniju većine nad manjinama. U tom pogledu, neophodno je da se u Ustavu predvidi posebna institucija za zaštitu manjina i njihovog glasa. Ovo je posebno karakteristično u ukupnom sistemu funkcionisanja jedne države kakva je Bosna i Hercegovina, ali valja naglasiti da u tome ne zaostaje ni država neposredne demokratije kakva je Švicarska, naročito ako se uzme u obzir slučaj zabrane izgradnje minareta na džamijama ili nošenja burki. Važno je naglasiti da su prava manjina ugrožena i u predstavničkoj kao i u direktnoj demokratiji, pa se kao nužno pitanje nameće uspostava posebne institucije za zaštitu prava manjina, u svim procesima odlučivanja, a posebno kod ustavnog i zakonskog normiranja. Dakle, ako je stanovništvo kojem je omogućeno direktno glasanje potpuno slobodno, odnosno suvereno u odlučivanju, treba znati da je suvereno da promijeni bilo koje osnovno ljudsko pravo i slobodu, kao na primjer sloboda vjeroispovijesti (Švicarska). Stoga, važno je naglasiti da predloženi

19 B. S. Frey/A. Stutzer, *The Role of Direct Democracy and Federalism in Local Power*, University of Zurich, Zurich 2004, 24. dostupno na: https://wwz.unibas.ch/fileadmin/user_upload/wwz/00_Professuren/Stutzer_Politische_Oekonomie/Publications/iewwp209.pdf

20 Ibidem.

predmeti direktne demokratije (zakoni, inicijative, i dr.) mogu biti u suprotnosti sa temeljnim ljudskim vrijednostima koji su zaštićeni međunarodnim dokumentim, te je neophodno da su ustavom zaštićene vrijednosti na kojima se temelji društveni poredak, kako ne bi bile podložne promjenama. Shodno navedenom, može se konstatovati da institucija za zaštitu ljudskih prava, prvenstveno manjinskih, kao što je istaknuto, treba da bude predviđena i ustanovljena Ustavom, sa osnovnom ulogom da odobrava inicijative, odnosno predmete neposredne demokratije, kako bi se spriječila mogućnost politizacije predmeta direktne demokratije, gdje vrlo često budu prekršena ljudska prava. "Direktnu demokratiju ne treba smatrati lijekom za sve političke probleme, niti je treba osuđivati kao inherentno populističku.

Diskusija o direktnoj demokratiji postavlja pitanje šta je suverenitet i gdje leži. Kada to zaista leži u populaciji sa pravom glasa, tada demos – narod – ima krajnji kratos – moć ili suverenitet. Ako konsenzus oko vrijednosti kontrole i ravnoteže i ustavnih prava erodira među ljudima, nijedan institucionalni dizajn neće moći dugoročno zaštititi ova dostignuća.²¹ Velika većina teoretičara koji se bave demokratskim procesom, vide učešće građana u javnom odlučivanju kao jedno od suštinskih pitanja za procvat društvenog dobra, naročito zbog činjenice da građani učešćem u javnom odlučivanju vide veću perspektivu u očuvanju zaštićenih vrijednosti.²² „Direktna demokratija je izraz narodnog suvereniteta – prava naroda - građanstva da odlučuje o pitanjima od suštinskog značaja, direktno i autoritativno, bez posredovanja njihovih predstavnika.“²³ Različiti oblici direktne demokratije, koji su ustavom i međunarodnim aktima propisani, predstavljaju ključnu ulogu u zaštiti velikog broja ljudski prava i sloboda, a naročito zaštitu od eksploatacije građana od strane predstavničke vlasti. Naime, „u neposrednoj demokratiji, zahtjevi su eksplicitno usmjereni protiv političkog establišmenta zastupljenog u parlamentu i vladi. Opciono i obavezno referendumi imaju više kontrolnu funkciju jer, ako su obavezni, a uz to i uspješni, poništavaju odluke koje donose izvršni i zakonodavni organi. Narodni referendum (u najširem smislu te riječi) može poslužiti svojoj svrsi samo ako politika to ne može blokirati. U mnogim zemljama, parlament ima moć odlučivanja da li je referendum prihvatljiv. Čini se da kriterijum čisto formalni, ali, u stvari, pripadnici političke elite imaju znatan broj mogućnosti i podsticaja za zabranu referenduma koji ugrožavaju

21 Ibidem

22 Tako pristaše "jake" ili "participacijske" demokracije (primjerice, Benjamin Barber, 1984) ulažu mnogo nade u širenje demokratskih procesa izvan okvira predstavničke demokracije, jer pretpostavljaju da će aktivno sudjelovanje u kolektivnom političkom odlučivanju djelovati tako što će educirati građane i dati im udio u vlasti te, naposljetku, stvoriti bolje građane., navedeno u: H. Kriesi, *Izravna demokracija: švicarsko iskustvo*, u: Anali Hrvatskog politološkog društva : časopis za politologiju, Vol. 4 No. 1, Institut za političku znanost, Zagreb 2007, 44, dostupno na:

23 E. Bulmer, *Direct Democracy-International IDEA Constitution-Building*, Primer 3, Strömsborg, Stockholm 2017, 8, dostupno na: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/direct-democracy-primer.pdf>

položaj političke elite.²⁴ Dobro i sitemski uređena direktna demokratija, znala je u nekim slučajevima da napravi velike štete pilitičkim elitama, naročito u onim situacijama kada se otuđe od interesa građana.

Iako nije u potpunosti uredila oblast direktne demokratije, te je korištena kao primjer zloupotrebe direktne demokratije, Švicarska nam može poslužiti kao primjer snage direktne demokratije nad otuđenom političkom elitom. Stoga, „sljedeći slučajevi se odnose na Švicarsku, naciju direktne demokratije. Prva dva slučaja tiču se važnih istorijskih epizoda: (a) Tokom 19. vijeka, Predstavnički dom (Nationalrat) je biran prema pravilu većine. Najveća stranka je od toga imala velike koristi; Radikalno-demokratska stranka je obezbedila većinu poslaničkih mesta. Kada je ideja bila ista kao da izbori treba da budu proporcionalni kako bi se omogućilo malim strankama da uđu u parlament, tadašnja politička elita među izvršnim vlastima i jurisdikcija je snažno odbila ovaj prijedlog iz očiglednih razloga vlastitog interesa. Ipak, 1918. godine odgovarajući referendum je prihvaćen od strane većine stanovništva i kantona. Na kasnijim izborima, Radikalno-demokratska stranka izgubila je nešto više od 40 posto svojih mjesta. (b) Sve do Drugog svjetskog rata, hitni savezni zakoni (dringliche Bundesbeschluesse) nisu bili predmet (fakultativnih) referendumu. Da ne bi morali tražiti narodno odobrenje, a da bi vodili politiku u svom interesu, političke elite u vladi i parlamentu su savezne zakone često proglašavali ‘hitnim’, čak i ako u stvari nije tako. Godine 1946. pokrenuta je inicijativa sa ciljem da se to spriječi nepoštovanje interesa stanovništva. Opet, izvršna i zakonodavna vlast je pozvala birače da odbiju inicijativu, koja je očigledno bila u ličnom interesu. Kako god, Inicijativu su glasači prihvatili, a političari su sada primorani da uzimaju u obzir interese građana kada odlučuju o saveznim zakonima. Istorija švicarskog glasanja pruža mnogo više primjera takvih sukoba između mišljenja lidera i građana.²⁵ Međutim, da bi se navedeni rezultati češće mogli ponavljati u cilju zaštite osnovnih vrijednosti, veliku ulogu igra ustavna pozicija direktne demokratije. Stoga i ne treba oblike direktne demokratije posmatrati samo kao puko glasanje, kao na izborima. Kao što je naglašeno, posebno u predstavničkim demokratijama, političar će vrlo rijetko postavljati na dnevni red pitanja kojima mogu da sebi ograniče vlast. Zato veliku ulogu i ima onaj ko postavlja dnevni red, jer od toga uveliko zavisi i ishod glasanja.

Dakle, sve naprijed navedeno ukazuje na potrebu ustavne i zakonske pozicije oblika direktne demokratije. Iz izloženog se da zaključiti, da uspjeh direktne demokratije zavisi od njene ustavne pozicije. Ukoliko je direktna demokratija zaštićena na međunarodnom planu kroz konvencije, a na domaćem planu kroz ustav, gdje je njena pozicija okrenuta odzdo prema gore, da građani utvrđuju pitanja i dnevni red, a ne političari, uspjeh je daleko veći.²⁶ Pored navedenog,

24 Ibidem, 26-27

25 Ibidem

26 Mreža „Eurotopia” se zalagala za evropski ustav koji bi trebao biti izrađen direktno-demokratskim sredstvima i trebao bi sadržavati elemente direktne demokratije., navedeno u: Efler

neupitna je veća angažovanost građana u zaštiti ljudskih vrijednosti ukoliko njihove odluke imaju obavezujuću snagu. Stoga se može konstatovati da „direktna demokratija mijenja politički proces na tri važna načina, u poređenju sa čisto predstavničkom demokratijom: (i) Zbog ograničenja etablirane moći političara, može se očekivati ishod političkog procesa tj. bliže preferencijama građana; (ii) Participativni karakter direktno demokratski donošenja odluka daje podsticaj glasačima da se informišu o političkim pitanjima, i mijenja njihov odnos prema vlasti i sugrađanima. Referendumski proces bi mogao tako biti izvor proceduralne korisnosti. (iii) Direktna demokratija utiče na institucionalne promjene, i štiti pravila koja favorizuju građane; posebno, to je zaštita od rizika od prekomjerne centralizacije.“²⁷ Dakle, slijedom navedenog proizilazi zaključak da direktna demokratija zaista može da promijeni politički proces odlučivanja. U tom pogledu, ne treba je posmatrati kao ograničenje predstavničkoj vlasti, nego direktnu involviranost građana u proces odlučivanja i njihovu motivaciju kada nastupaju kao oni koji donose odluke od suštinskog značaja za dobro funkcionisanje zajednice u kojoj obituju. Važno je naglasiti u ovom segmentu jednu veoma važnu činjenicu, koje sa ogleđa u adekvatnoj informiranosti građana, imaju mediji koji treba da preuzmu svoju ulogu u ukupnom sistemu funkcionisanja. Dobro informisani građani, preduslov je kvalitetnom odlučivanju i učešću u procesu odlučivanja.

2.1.1. Osnovni elementi za uspjeh direktne demokratije u društvu

Da bi direktna demokratija ostvarila svoju svrhu u demokratskom društvu, treba da se riješe mnoga prethodna pitanja koja predstavljaju prepreke. Dakle, jedan od osnovnih preduslova jeste građanska kultura i svijest birača o efektima odluka proizišlih iz direktne demokratije. Direktna demokratija ne može naći uspjeha u društvu koje nema svoj minimum demokratskog osjećaja. Naime, u procesima direktnog odlučivanja, nisu uvijek isti interesi različitih društvenih grupa, a ti interesi često znaju biti pogubni za grupe koje su bročano manje od suprotne strane. Stoga je veoma važno da se proces direktnog odlučivanja uvodi postepeno u zajednicu, a po mogućnosti da se to uvodi sa nivoa lokalne zajednice ka višim nivoima, jer se na taj način može odvijati proces učenja i razumijevanja direktne demokratije. “Učešće građana u odlučivanju u lokalnoj zajednici predstavlja sve one aktivnosti u kojima se građani uključuju u proces donošenja odluka koje se tiču njihovog svakodnevnog života. Učešće građana u procesu donošenja odluka u lokalnim poslovima je suština demokratije.“²⁸ Građani se sa sigurnošću mnogo više informišu o potrebama na lokalnom nivou, nego na regionalnom i sl. S

M, European Citizens' Initiative-Legal options for implementation below the constitutional level, European United Left/Nordic Green, Left Parliamentary Group in the European Parliament, 2006., 6, dostupno na: <https://core.ac.uk/download/pdf/75778684.pdf>

27 Ibidem, 30.

28 Klisura, S., Učešće građana u procesu odlučivanja u lokalnoj zajednici, Centar za promociju civilnog društva CPCD, Sarajevo, 8, dostupno na: http://aarhus.ba/sarajevo/images/docs/prirucnik-ucesce_gradjana_u_procesu_odlucivanja_u_lokalnoj_zajednici.pdf

druge strane, institucije za zaštitu ljudskih prava i vlade, imat će dosta vremena da unapreduju procese direktnog odlučivanja, kako bi se spriječila tzv. tiranija većine nad manjinom. Veliki broj teoretičara u predmetnoj oblasti ističe činjenicu da postepena upotreba nekih od oblika direktne demokratije zasigurno dovodi do povećanja građanske kulture, povjerenja u institucije, te povećava patriotski osjećaj prema državi i društvenom dobru.

U državama koje uvode ili su uvele proces direktnog odlučivanja, primijetno je nekoliko osnovnih elemenata, na kojima se zasniva uspjeh građanskog shvatanja procesa direktne demokratije. Naime, na samom startu prilikom raspravljanja nekih od predmeta direktne demokratije, ključno je da se uvede kriteriji tzv. "dvotrećinske većine" onih koji glasaju da daju pozitivan odgovor kako bi određeno pitanje bilo prihvaćeno. Na sličan način je uređeno pitanje direktne demokratije u Italiji, ali i drugim zemljama u tranziciji.²⁹ Pored navedenog, među najosnovnijim elementima direktne demokratije jeste i ustavnopravna i zakonska zaštita određenih segmenta društvenog života, i to na način da se o određenim pitanjima ne može raspravljati putem direktne demokratije (pitanja koja se odnose na manjine, vjerske grupe, ali i određena građanska i politička prava). Nadalje, direktna demokratija ne može imati pozitivan ishod u zaštiti temeljnih ljudskih vrijednosti, ukoliko se postavljaju prevelika ograničenja za direktno odlučivanje (osim pojedinih pitanja), kakva su na primjer preveliki broj potpisa kako bise pokrenuo određeni oblik direktne demokratije (referendum ili inicijativa). Stim u vezi, neophodno je naglasiti, da ključnu ulogu u provođenju nekog od oblika direktne demokratije, predstavlja način na koji se provodi npr. referendum. Dakle, u tom kontekstu potrebno je u početku uvesti da na primjer određena odluka na lokalnom nivou, treba da dobije određenu podršku, ali da to bude samo informativnog karaktera, a da se ponovno glasanje na referendumu provede nakon izvjesnog vremena, npr. nakon 6 mjeseci od prvog provođenja, kako bi se građani potpuno informisali o određenom pitanju i njegovim efektima nakon što odluka bude konačno usvojena i potvrđena na referendumu. S obzirom da građani najveći dio potreba zadovoljavaju na lokalnom nivou, a evidentno je da je građanska moć gotovo nikakava na lokalnom nivou, nameće se kako jedan od polaznih osnova za uspjeh direktnog odlučivanja, upravo da se građanima omogući da se o većem broju pitanja od značaja za život na lokalnom nivou, upravo rješava putem nekih od oblika direktne demokratije. Ovo je posebno značajno, jer pitanja ljudskih prava, prava manjina i druga građanska prava koja su osjetljiva, treba da budu zagarantovana ustavom, pa se ne mogu ni pojaviti kao kao predmet odlučivanja na lokalnom nivou.

²⁹ Vidjeti detaljnije u: Ibidem, 44-50

ZAKLJUČAK

Direktna demokratija je bila i ostat će jedno do važnih rješenja za kontrolu otuđene vlasti i jedno od važnih demokratskih oružja u rukama građana, kako bi zaštitili temeljna ljudska prava i slobode. Kako sve akte koji obavezuju građane, pa tako i ustav kao najviši pravni akt jedne države donosi predstavnička vlast, teško je u skorije vrijeme očekivati da će predstavnici vlasti sami sebi nametnuti ograničenja i kontrolu. Jedan od posebnih vidova zaštite je ustav, koji treba da sadrži sve demokratske principe, a najviše principe narodnog suvereniteta od kojeg potiče i direktna demokratija. Međutim, imajući u vidu činjenicu da se ustav usvaja u parlamentima kao najvišim zakonodavnim tijelima, u kojima odluke donose predstavnici vlasti, neophodno je oblast direktnog učešća građana u vlasti, regulisati na međunarodnom planu. Dakle, ovaj vid demokratskog učešća građana u javnom životu, jedino je moguće zaštititi prevashodno kroz međunarodne konvencije, sa normom koja obavezuje sve države potpisnice da iste standarde ugrade u svoj ustav, te da odredbe o direktnom učešću građana u ustavu mogu mijenjati samo građani na neposrednom odlučivanju, a nikako predstavnici u vlasti. Poštivanje principa direktne demokratije na međunarodnom planu, olakšava i proširenje kontrole i ravnoteže između predstavničke i direktne demokratije.

Naime, kako građani putem direktnog glasanja mogu da zaštite svoje temeljne vrijednosti, tako isto mogu da ugroze manjinska prava, pa je stoga nužna međunarodnopravna regulacija predmetne oblasti, kako se u budućnosti ne bi dešavali slučajevi poput „Minareta u Švicarskoj“ i sl. S druge strane, potpuno odbacivanje predstavničke demokratije nije pohvalno, ali involviranje koncepta direktne demokratije kao kontrolora predstavničke demokratije nije moguće u našim sitemima za kratak period, te je neophodno sagledati moguće aspekte trenutnog sistema za postepeno uvođenje elemenata direktne demokratije. Brojni primjeri država u svijetu (npr. Bolivija, Peru,) pokazuju da odlučivanje npr. o budžetu i drugim prioritetnim pitanjima na lokalnom nivou zasigurno mogu doprinijeti većoj jednakosti i naprednijem životu u toj zajednici. S tim u vezi, važno je naglasiti da je jedan od ključnih aspekata za uspješno provođenje direktne demokratije ustavna i zakonska pozicija modela direktne demokratije. Direktna demokratija, u kojoj građani imaju mogućnost da preuzimaju odgovornost da upravljaju javnim životom, kada postaju zakonodavac, naročito na lokalnom nivou, predstavlja jedan od najboljih odgovora za rješavanje nagomilanih problema i krize u kojima se nalaze demokratske institucije. U svijetu je posljednjih godina osjetan porast primjene direktne demokratije, s obzirom da građani lakše prihvataju odluke koje donose, ali sa druge strane predstavljaju prijatnu predstavnicima vlasti da se odgovornije odnose prema građanima u procesu ostvarivanja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Postepenim razvojem direktne demokratije, osjetno je da građani sve više postaju kritičari predstavničke vlasti, ali i dalje ostaju privrženi

demokratiji. S obzirom da je protok informacija u današnjem vremenu dosta uznapredovao, razmjenom informacija građani su sve više upoznaju o svojim pravima, a zaštitu i ostvarivanje istih nastoje da protažiraju kroz izražavanje sve češćeg porasta ka političkom angažmanu i učešću u direktnom odlučivanju.

Analizom sistema koji građanima omoćavaju korištenje modela direktne demokrtije, evidentno postoji veće zadovoljstvo građana sa jedne strane, ali sa druge strane države koje omoćavaju direktno učešće građana definitivno imaju napredniji sistem razvoja, kakva je Švicarska. Shodno navedenom, nije teško zaključiti da je rasprava o odnosu predstavničke i direktne demokratije aktuelnija nego ikada. Bez obzira na činjenicu što se sistem političkog predstavljanja ne dovodi u pitanje, najčešća teoretska rasprava je usmjerena na mogućnosti kombinovanja modaliteta direktne i predstavničke demokratije., gdje se direktna demokratija postavlja na stepen „kontrolora“ predstavničkoj demokratiji. Budući da su građani aktivniji u javnom upravljanju, instrumentima direktne demokratije se uspješno štite temeljna ljudska prava, ali se povećava i društvena kohezija, balansiraju različiti društveni interesi. U tom kontekstu najvažniju ulogu ima ustavna i zakonska regulacija modaliteta direktne demokratije. Kada je odluka, koja je usvojena neposrednim glasanjem građana (na referednuu i sl.), obavezna za institucije predstavničke vlasti, uspostaviti će se zasigurno veći nivo korespodencije i balansa između predstavnika vlasti i građana. Postojanje „prijetnje“ predstavničkoj vlasti putem inicijative od građana za pokretanje referenduma, definitivno vodi ka usaglašavanju stavova sa građanima i njihovim interesima, što je jedana od velikih garancija za zaštitu i ostvarivanje velikog broja ljudskih prava i sloboda.

LITERATURA

1. A. David, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, 2010.,
2. B. Elliot, *Direct Democracy - International IDEA Constitution-Building Primer 3*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Second edition, Stockholm, 2017.,
3. B. Kaufmann, *Global Passport to Modern Direct Democracy*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Embassy of Switzerland in Sweden, 2008.,
4. B. Murray/B. Debbie/T. Blair/L. G. Ursula, *The Next Revolution: Popular Assemblies and the Promise of Direct Democracy*, Verso, London 2015.,
5. B. S. Frey/A. Stutzer, *The Role of Direct Democracy and Federalism in Local Power*, University of Zurich, Zirich, 2004.,
6. C. Aydon, *Povijest Čovječanstva (A Brief History of Mankind)*, Constable & Robinson, London 2009.,
7. D. Altman, *Direct Democracy in Comparative Perspective. Origins, Performance, and Reform*, Cambridge University Press, 2019.,

8. D. Smith/C. Tolbert, *Educated by Initiative: The Effects of Direct Democracy on Citizens and Political Organizations in the American States*, University of Michigan Press, Michigan, 2004.,
9. E. Bulmer, *Direct Democracy-International IDEA Constitution-Building, Primer 3*, Strömsborg, Stockholm 2017.,
10. H. Kriesi, *Izravna demokracija: švicarsko iskustvo*, *Anali Hrvatskog politološkog društva: časopis za politologiju, Vol. 4 No. 1*, Institut za političku znanost, Zagreb 2007.,
11. J. G. Matsusaka, *Let the People Rule: How Direct Democracy Can Meet the Populist Challenge*, Princeton University Press, 2020.,
12. K. Hanspeter, *Political Communication in Direct Democratic Campaigns: Enlightening or Manipulating?*, Palgrave Macmillan UK, 2011.,
13. M. Efler, *European Citizen Initiative-Legal options for implementation below the constitutional level*, European United Left/Nordic Green, Left Parliamentary Group in the European Parliament, 2006.,
14. M. Laurenc/M. Qvortrup, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Taylor & Francis Group, New York 2017.,
15. S. Klisura, *Učešće građana u procesu odlučivanja u lokalnoj zajednici*, Centar za promociju civilnog društva CPCD, Sarajevo,
16. S. Kyburz/S. Schlegel, *8 Principles of Direct Democracy*, 2019.

Mirsad Čizmić, Ph.D.

Assembly od Zenica-Doboj Canton

Advisor to the Chariman of the Assembly od Zenica-Doboj Canton for social activities

PROTECTION OF BASIC HUMAN RIGHTS - CONSTITUTIONAL AND LEGAL STANDARDIZATION

Summary: Direct democracy developed as a need of citizens to institutionally protect their basic human rights in those situations when consumers of representative democracy began to become alienated and thus neglect the rights of those who elected them. Direct democracy can be defined through several of its features such as: direct decision-making by popular vote without intermediaries - direct expression of the will of citizens, public consideration of political issues, control mechanism of representative democracy, based on democratic principles of people's sovereignty, freedom and political equality. Given that the power of representative democracy is the main obstacle to direct democracy, it is no wonder that it is indiscriminately institutionalized in the world. The authors will in a systematic way try to define the significance and impact of direct civic activism on legislation, especially through initiatives and referendums. The ability of citizens to directly influence decisions poses a threat to politicians who do not pass laws in the public interest. It is one of the best ways to break up coalitions of politicians and parties directed against the common interest of the electorate, and a way to protect oneself from the excessive politics of elected representatives. That is why direct democracy is often referred to as the control mechanism of representative democracy.

Keywords: Direct democracy, constitutional and legal regulation, human rights, civic activism.

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Dževad Drino, redovni profesor

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dipl. iur. Ajša Luković, asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

MAGNA CARTA LIBERTATUM I KORIJENI MODERNIH LJUDSKIH PRAVA

Sažetak: *Magna Carta Libertatum* (engl. *The Great Charter*, bos. Velika povelja sloboda) donesena 1215. godine od strane engleskog kralja *John-a Lockland-a* predstavlja svojevrsnu prekretnicu u pravnoj historiji. Donošenjem Velike povelje sloboda po prvi put je ograničena vlast jednog vladara, preciznije kralja, u korist stanovnika i upravo su ovim aktom postavljeni temelji za budući razvoj ljudskih prava, odnosno međunarodnog prava ljudskih prava.

U radu se nastoji objasniti historijska pozadina donošenja Velike povelje sloboda, pravna priroda akta, njezine pravno-političke inovativne ideje koje proklamira, te značaj u odnosu na današnju poziciju međunarodnog prava ljudskih prava. Akcenat je stavljen na činjenicu da su do tada neuvažavana mišljenja i potrebe podanika, praćeni neuspjehom engleskog kralja doveli do ograničavanja moći državne vlasti i da taj princip postoji i danas, u modernom dobu.

Ključne riječi: *Magna Carta Libertatum*, *The Great Charter*, Velika povelja sloboda, englesko pravo, moderna ljudska prava, međunarodno pravo ljudskih prava, ograničenje državne vlasti

I - UVOD

Livada Runnymede ušla je u englesku, ali i svjetsku pravnu povijest u jednom izuzetno dramatičnom periodu britanske historije kada se, nakon dugih sukobljavanja engleskog kralja i njegovih barona, upravo na njoj potpisao - danas slavni dokumenat naziva *Magna Carta Libertatum*, Velika povelja sloboda. Njena 800-ta godišnjica je svečano obilježena u cijelom svijetu brojnim naučnim skupovima na kojima je analizirana uglavnom u svjetlu njenog značaja za englesko političko i državno uređenje. Ukoliko je neko posjetio Ujedinjeno Kraljevstvo 2015. godine nije mu nedostajalo jubileja za proslavu; obilježavale su se i bitke kod Agincourta (1415. g.) i Waterlooa (1815. g.), ali je, možda najmonumentalnije, proslavljena 800. obljetnica Velike povelje sloboda (*Magna Carta*).¹ U Ujedinjenom Kraljevstvu povelja ostaje dokument mitske važnosti, vrlo slične Zlatnoj buli Andrije II (1222.) za Ugarsku; u stvarnosti je,

¹ Jedan od pregleda održanih skupova, vidi u: Annual Symposium „*Celebrating 800 Yars of Magna Carta*“, University North Caroline, 2016.

pak, Magna Carta bila samo jedan od više trinaestostoljetnih dokumenata poput ugarske Zlatne bule, aragonskih *fueros* i Statuta iz Pamiersa (1212.), koji su težili ograničiti tradicionalnu kraljevsku svemoć.

Zapravo je engleski politički sistem nametnut izvana normandskim osvajanjima u XI stoljeću i nije donio onaj poznati feudalni partikularizam prisutan u cijeloj zapadnoj Evropi, pa je permanentni sukob vladara sa baronima i crkvom rezultirao donošenjem ovog prvog akta ustavnog karaktera u Engleskoj, ali i u svijetu!

Naime, kralj John, preuzimanjem prijestolja 1199. godine, vodio je niz neuspješnih ratova za koje je razrezivao visoke poreze stanovništvu što je dovelo do općeg revolta i početka građanskog rata u zemlji. Nakon bezuspješnog pokušaja da povrati britansku vlast u Normandiji, sukobi s pobunjenim plemićima eskaliraju njihovim zauzećem Londona 1215. godine; pregovori koji su uslijedili rezultirali su potpisivanjem povelje Magna Carta 15 juna 1215. godine. Još ranije, kralj Henry II Plantagenet Anjou je kao prvi engleski vladar koji je jačao kraljevsku vlast i smanjivao prava plemića i crkve; donio dva značajna dokumenta za englesku pravnu povijest: Klarendonske konstitucije (Constitution of Clarendon iz 1164. godine) i Asize (Assize of Clarendon);² imaju formu kraljeve odluke, ali koja je utemeljena na »pristanku svih prelata, plemića i starih ljudi kraljevstva«. ³

Kralj John je bio najmlađi sin kralja Henryja II i majke Eleonore iz Akvitanije, a kako je Henry već unaprijed odredio svakom sinu pripadajuće nasljedstvo, Johnovo je rođenje otvorilo pitanje njegova nasljedstva, zbog čega je prozvan *Locckland* (francuski - *Jean Sans Terre*, hrvatski/srpski - Ivan/Jovan Bez Zemlje). Henry ga je očigledno favorizovao među svojim sinovima te mu je učinio brojne ustupke i omogućio nasljeđe, a svakako je najznačajnija titula *Lord of Ireland*. John je preuzeo nadležnost sakupljanja novca za otkup brata Richarda iz zarobljeništva (1192-1194.), koristeći ga i u sasvim druge svrhe, ali je veći dio otkupnine ipak isplaćen te je Richard Lavlje Srce bio oslobođen. Kralj John je imao tu nesreću što je bio suvremenik pape Inocenta III, ipak, najambicioznijeg nasrtnika među papama koji su zauzimali papški tron u razvijenom srednjem vijeku.

Zbog svoje nemogućnosti da vrati posjede u Francuskoj, a još više zbog unutrašnjih sukoba s barunima, koncem 1212. godine, kralj se odlučuje za pomirbu sa Crkvom i pristaje na uslove pape Inocenta III; to je javno prihvatio poveljom „*Ustupanje Engleske Papi 1213. g*“, kojom je priznao Papu kao sizerena nad Engleskom i Irskom.

Kralj John se ovim aktom obvezao plaćati Papi danak od 1000 maraka (700 za Englesku i 300 za Irsku), a početne riječi ove Povelje iz 1213. godine su istovjetne početnim riječima Magne Carte:

2 Njima je ograničena nadležnost crkvenih sudova koja je bila veoma široka u građanskom pravu, pogotovo bračnom i nasljednom pravu - vidi u: Festić Raifa, *Common Law i druge pravno-historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008., 189.

3 Maitland F.W, *The Constitutional history of England*, London 1951., 61. Čuvena je njegova izreka: „Mi još nismo pokopali stare oblike postupka, ali sa dna svojih grobova oni još gospodare nama“, str. 55.

„John, po milosti Božjoj, kralj Engleske, gospodar Irske, vojvoda Normandije i Akvitanije, grof Anjoua...“,

Upućujući pozdrav, ova Povelja navodi Johnovo izvinjenje Papi, te se kralj obvezuje na vazalsku poslušnost uz plaćanje danka, što prihvata kao obvezu i svojih nasljednika. U nastavku Povelje navodi se i kraljeva formalna zakletva vjernosti, a na kraju se navode svjedoci i datum donošenja. Zanimljiva je činjenica da su među prisutnima na potpisivanju ove Povelje iz 1213., godine, devetorica prisustvovala i dvije godine kasnije na livadi Runnymedeu kad se potpisivala i Magna Carta.

Njoj su sadržinski prethodili poznati tzv. „Baronski članci“ (Articles of the Barons), doneseni 27. maja 1215. godine što je bila svojevrsna pravna kapitulacija kralja pred baronima; članke je kralj potpisao 10. juna i to je bila pravna podloga buduće Magna Carte. Kako je kralj kasnije iznevjerio svoja obećanja, što je prouzrokovalo nove sukobe i podjele, Papa prestaje podržavati plemstvo nakon donošenja Magna Carte jer ugrožava njegove interese, pa 24. avgusta 1215. godine donosi bulu „*Etsi carissimus*“ kojom je stavlja van snage!⁴

II - ŠTA JE MAGNA CARTA?

Osnovno pitanje u raspravi o ovom dokumentu glasi: šta je zapravo *Magna Carta*?

Dio istraživača nalazi da je to darovnica kralja Johna njegovim barunima i narodu, drugi smatraju da je to kompromisni sporazum nastao radi uspostavljanja mira u tadašnjem građanskom ratu, a neki smatraju da je to ustvari registar važećih običaja, koje su baruni željeli potvrditi i tako spriječili Johnovu daljnju samovolju.

Analizirajući iznesene teorije darovanja (poklona) treba napomenuti da je bitan elemenat darovanja prenošenje neke stvari ili imovinskog prava na obdarenika, što ovdje nikako nije slučaj. Pa i mnogi srednjovjekovni akti vladara, koji se danas smatraju darovnicama, uglavnom su sadržavali i odredbe koje su se ticale različitih pravnih grana, srednjovjekovni sustav funkcionirao je tako da je vladar darovao velike posjede uz isticanje jasnog uslova vojne službe, što, naravno, nije slučaj kod darovanja. Povelja priznaje kraljevim podanicima različita prava, ali ona nisu nikakvog imovinskog, već nasuprot, pretežno javnog karaktera, pa očito da ovdje ne možemo govoriti o darovanju ili bilo kakvom poklonu. U prijevodima se na više mjesta koriste riječi „*podariti*“ i „*darovati*“, ali u izvornom latinskom tekstu nedostaje glagol „*donatio*“ (darovati), već izvedenice glagola *concedo*, *concessi*,

4 Papa osuđuje Magnu Cartu: „...taj »sramotni, ilegalni, i nepravedni dokument« koji je djelo »neprijatelja ljudske rase koji su protiv njega« (tj. kralja) »potakli barone engleske« –baroni se odriču vazalske zakletve prema kralju (*diffi datio*).

concessum (što se može prevesti s „ustupiti“, „odobriti“, „dodijeliti“, „dopustiti“, „priznati“).⁵

Povelja jasno proglašava da niti jedan slobodan čovjek ne može biti uhapšen ili privoren niti lišen svog posjeda nekretnina ili slobodnih običaja, niti stavljen van zakona niti progнан, niti na bilo koji način stavljen van zakona ili smetan, osim po osnovu zakonite presude njemu jednakih ili na osnovu prava zemlje!

Sagledavajući naprijed navedeno, valja istaći najvažnije karakteristike Magne Carte, a to su:

1. Utvrđivanje osnovne lične slobode zabrane kažnjavana i progona bez suda (član 39.),

2. Kontrola vladareve vlasti kroz Vijeće barona, te

3. *Ius resistendi* baruna u slučaju povrede odredaba Povelje od strane vladara.⁶ Kakvo je njeno značenje danas?

Magna Carta za neke danas predstavlja, riječima poznatog britanskog suca lorda Irvinea, tek „*udaljeni ustavni eho*“,⁷ dokument kojim je uska skupina bogatih plemića nastojala sebi osigurati političku korist, stanovite povlastice i slobode, pa i pravo pobune protiv nepravedne ili arbitrarne kraljevske vlasti. U praktičnom smislu ona je svojevrsni mirovni ugovor između kralja i pobunjenih plemića i predstavlja „kulminaciju dugotrajnih teških pregovora i vještog manevriranja“, odnosno pokušaj rješavanja političke krize (doduše neuspješan, jer je već u septembru iste godine buknuo građanski rat). No, za mnoge druge ona je ipak puno više od toga – Magna Carta ustavni je dokument izuzetnog značaja, ali i trajan spomen čovjekovog slobodarskog duha. U tom smislu nije joj nimalo naškodila hitra osuda pape Inocenta koji je nedugo nakon njezina potpisivanja, na zahtjev kralja Johna, u svojoj buli od 24. avgusta 1215. proglasio Magnu Cartu „*nezakonitom, nepravednom i sramotnom za engleski narod*“ te je ukinuo „*za sva vremena*“.⁸ Naravno, s vremenom se njezino značenje postepeno mijenja, značaj i primjena njenih odredaba prate postojeće društvene i političke promjene. Tačno je da je Magna Carta nastala prvenstveno kao reakcija na tiransku vladavinu kralja Johna, odnosno kao posljedica pobune plemića i nastojanja kralja da izbjegne građanski rat te sačuva prijestolje, no ona se nije ograničila samo na utvrđivanje odnosa između kralja i plemića. Na to nam, naime, ukazuju njezine najvažnije odredbe – a to su, prije svih, članovi 39. i 40. (kasnijom revizijom iz 1225. godine objedinjeni u poznatom članu 29.) – koje su, vrijedno je i to napomenuti, i danas na snazi i primjenjuju se kao pozitivno pravo.

Pravo na otpor tiraniji javlja se još u antici kao negacija polisa - tri različita suprotstavljanja tiranskim vlastima su korištenje prava na otpor, revolucija i

5 Maršavelski Aleksandar, *Magna Carta i počeci engleske ustavnosti*, Pravnik, Zagreb, 40, 2/83,2006., 105-122, 116.

6 Oc, Maršavelski Aleksandar, *Magna Carta i počeci engleske ustavnosti*, 118.

7 Bačić Petar, Najava modernih garancija prava u Korčulanskom statutu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 58, 3/2021, 729- 742., 731.

8 Bačić, o.c., 732.

građanska neposlušnost.⁹ Srednjovjekovlje već donosi dvije vrste tirana: tiranina-uzurpatora (*tyrannus ex defectu tituli*) i tiranina koji protupravno vrši vlast (*tyrannus ex parte excercitii*), dok juridifikacija čina otpora donosi problem legitimiranja.¹⁰

Nakon smrti kralja Johna u oktobru 1216. godine, prijestolje preuzima njegov sin Henry, koji kao kralj Henry III vlada Engleskom sve do 1272. godine; odmah po Henrijevom preuzimanju prijestolja u njegovo je ime ponovno izdana djelomično izmijenjena Magna Carta s ciljem pomirenja s odmetnutim engleskim plemićima. Naredne, 1217. godine izdana je još jedna varijanta dokumenta, da bi konačno 1225. godine Magna Carta bila još jednom izdana, ovaj put sa znatnijim izmjenama teksta.

Pravni historičar Sima Avramović skreće principijelnu pažnju: s aspekta korištenja različitih naziva treba napomenuti da je izvorni dokument iz 1215. godine nosio naziv Magna Carta, da je zatim više puta izmijenjen i ponovo potvrđen, a da je naziv Magna Carta Libertatum ušao u upotrebu tek kasnije i to nakon što je kralj Edward I poveljom iz 1297. potvrdio raniju povelju (riječ je konkretno o povelji kojom 1237. kralj Henry III potvrđuje da će poštovati „*Libertates Magnae Cartae*“) i pritom je nazvao „*Magna Carta de Libertatibus Angliae*“.¹¹

Tu treću revidiranu verziju potvrdio je kasnije kralj Edward I i uvrstio je 1297. godine u službeni popis zakona (*Statute Roll*). Osim u tekstu navedenih članova 39. i 40., danas su od izvornih odredaba, uz određene izmjene, pravno važeće one iz člana 1., koji reguliše status engleske Crkve, te člana 13., koji govori o statusu Londona.

III – ZAKLJUČAK

Naime, Magna Carta svakako predstavlja temelj daljnjeg ustavnog razvoja Britanije, ali i rudimentarni izraz vladavine prava u začetku, odnosno historijsku preteču modernog pojma konstitucionalizma koji je utemeljen na ograničenju vlasti i slobodi prava građana.

Dakako da bi bilo teško iz ovih srednjovjekovnih odredaba iščitati jasno garanciju suđenja pred nezavisnom porotom, ali ona ipak predstavlja priznanje jednog važnog načela – nadređenosti prava nad dotadašnjom izraženom arbitarnošću. Također, premda se ova garancija ne odnosi na ‘sve slobodne

9 Molnar Aleksandar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi 1. Pravo na otpor tiraniji*, Beograd 2001.

10 Najstariji dokument sa izrazom „tiranin“ je iz VII stoljeća stare ere, Antiloh sa Parosa tako naziva Giga koji je ubio lidijskog kralja i preuzeo vlast - vidi u: Molnar, o.c.,32.

11 Avramović Sima, „Magna Carta Libertatum“, u *Temelji moderne demokratije-izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989.)*, IRO Nova knjiga, Beograd 1989., 47- 48.

ljude', dakle isključuje decidno samo robove, potrebno je podsjetiti da njom nisu bili obuhvaćeni kmetovi, na njih se, naime, primjenjivalo lokalno običajno pravo. Prema tome, 1215. godine ova odredba realno je obuhvaćala veoma mali postotak stanovnika tadašnje Engleske.

Profesor Bačić skreće pažnju da se ona tumačila široko, pa je već slavni engleski sudac Edward Coke u XVII stoljeću tvrdio da ona uključuje sve građane, a jedan od najuglednijih suvremenih engleskih historičara i proučavatelja Magne Carte J. C. Holt ističe izuzetan stupanj pravne jednakosti koji ona garantuje. Upravo je takva interpretacija Magne Carte, a posebno njezina člana 39., možda i presudno utjecala na značaj koji joj se nakon XVII stoljeća počinje pridavati, odnosno na njezin globalni utjecaj danas.

Naime, Coke je povezoao član 39. Magne Carte sa zabranom mučenja, pravima *habeas corpusa*, pravom na pravični postupak te vladavinom prava. Uz ove dvije najčešće citirane i analizirane odredbe, Magna Carta sadržava još neke utvrđene garancije, poput onih obuhvaćenih članom 20. koji propisuje da izrečene novčane kazne moraju biti razmjerne težini prekršaja, vodeći pritom računa da to bude isključivo u mjeri koja neće ugroziti materijalnu egzistenciju počinitelja.¹²

Magna Carta, dakle, sadržava garancije nekih ličnih prava, pravakojauz utvrđena politička, spadaju u prvu generaciju prava i sloboda čovjeka. Koncem XVIII stoljeća, uključuju se u sve prve deklaracije ljudskih prava – Francusku deklaraciju o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, te američku Povelju o pravima iz 1791. godine. Ti su značajni dokumenti, kojima se prvi put svim građanima garantuju neka lična i politička prava, poslužili kao temelj izgradnje svih modernih nacionalnih zakonodavstava u domenu ljudskih prava i sloboda. Po ocjeni Toma Denninga, ta je povelja „najvažniji konstrukcioni dokument svih vremena i utemeljitelj slobode individue, nasuprot proizvoljna despotskog autoriteta“.¹³

Ovaj rad rađen je po osnovnom tekstu Magna Carta priređivača Davida Carpentera (na 594 strane) i prijevodu Magna Carte na hrvatski jezik profesora Ševke Kurtovića, što sam prenio u svome udžbeniku „Drevno pravo/Ancient law“, izdanje Pravnog fakulteta iz Zenice 2021. godine.

Kako je priređivač ovog novog prijevoda David Carpenter istakao u svom predgovoru i odličnom i sadržajnom popratnom komentaru, isprava ostaje moćno oružje uvijek kad se čini kako su građanske slobode ugrožene od preravnih vlada. Ipak, velika vrijednost Carpenterovog novog izdanja je što je on pokazao kako je povelja izvorno bila strukturirana u poglavlja i, ključno, kako su ta poglavlja povremeno dijeljena u pododjeljke. Uobičajena podjela na numerisana poglavlja nastala je tek kada je William Blackstone priredio izdanje teksta u XVIII stoljeću, a prije toga podjela na poglavlje mogla se samo očitati iz upotrebe pojačanog velikog slova na njihovom početku. Carpenter upozorava da Blackstonova podjela ne odgovara strukturi izvornika, u velikoj mjeri zato jer je on kreirao ili eliminirao

12 Bačić, o.c., 733.

13 Danziger Danny, *Gillingham John, 1215: The Year of Magna Carta*, Coronet, London 2004., 278.

podjele u skladu sa svojim interesima. Blackstonova primarna motivacija za to je bila namjera da uskladi poglavlja s odgovarajućim poglavljima Članaka baruna. Kroz takvu podjelu poglavlja povelje Blackstone je također nesvjesno zamaglio činjenicu da su pojedina poglavlja bila i dalje dijeljena, pa Carpenterovo novo izdanje jasno ispravlja taj problem.

IZVORI I LITERATURA

1. Avramović Sima, „Magna Carta Libertatum“, u *Temelji moderne demokratije- izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215- 1989.)*, IRO Nova knjiga, Beograd 1989., 47- 48.
2. Babie Paul, Magna Carta and the Forest Charter: Two stories of property, *North Carolina Law Review*, vol. 94/2016.
3. Bačić Petar, Najava modernih garancija prava u Korčulanskom statutu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 58, 3/2021, 729- 742.
4. Bastajić Konstantin/Krizman Bogdan, *Opća historija države i prava*, Zagreb 1976.
5. Berger Adolf (ed.), *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
6. Blackstone William, *The Great Charter*, London 1759, reprint izdanje: Oxford 2001.
7. Carpenter David, *Magna Carta*, Penguin, London 2015.
8. Clark David, The Icon of Liberty; *The Status and Role of Magna Carta in Australian and New Zealand Law*, Melbourne, University Law Rev. 866/2000.
9. Danziger Danny, Gillingham John, *1215: The Year of Magna Carta*, Coronet, London 2004.
10. Drino Dževad, *Drevno pravo/Ancient Law*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2021.
11. Drino Dževad, *Istorija pravnih institucija*, Visoka škola Primus, B. Gradiška 2014.
12. Drino Dževad, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2017.
13. Festić Raifa, *Common Law i druge pravno-historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008.
14. Festić Raifa, *Opšta istorija države i prava*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 1998.
15. Holms Džordž, *Oxfordska istorija srednjovekovne Evrope*, (prev. M. Nenadić), CLIO, Beograd-Banja Luka 1998.
16. Horvat Marijan/Bastajić Konstantin/Sirotković Hodimir, *Rječnik historije države i prava*, Informator, Zagreb 1968.
17. Imamović Mustafa, *Predavanja iz Opće historije države i prava i političkih institucija*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2005.

18. Karčić Fikret, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2011.
19. Kurtović Šefko, Magna Carta i njena ustavno-pravna analiza, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII, br.3/1972.
20. Kurtović Šefko, *Opća povijest države i prava, I-II*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 1987- 1990.
21. Le Goff Jacques, *Civilizacija srednjovjekovnog Zapada*, Zagreb 1998.
22. Leksikon des Mittelalters, I, Munchen und Zurich, 1986.
23. Maitland, F.W., *The Constitutional history of England*, London 1951.
24. Maršavelski Aleksandar, *Magna Carta i počeci engleske ustavnosti*, Pravnik, Zagreb, 40, 2/83., 2006., 105- 122.
25. Papo Elizar, *Judaizam i ljudska prava*, Sarajevo 1998
26. Paund Rosko, *Jurisprudencija I* (prev. Đ. Krstić), Službeni list SRJ, Beograd-Podgorica 2000.
27. Samardžić Đorđo, *Opšta istorija države i prava*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 1978.
28. Stanojević Obrad, *Istorija političkih i pravnih institucija*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1988.
29. Šarkić Srđan/Popović Dimitrije, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd 1993.
30. Tanović Rusmir, *Osnovi precedentnog prava- Common Law*, Zagreb 1998
31. The Cambridge Ancient History, 2.izd., Cambridge 1970- 2005.
32. The New Encyclopedia Britanica, Magna Carta-knj. XVI, London 1977.

Dževad Drino, Ph.D., full time professor

Faculty of Law, University of Zenica

Ajša Luković, Ph.B., assistant

Faculty of Law, University of Zenica

MAGNA CARTA LIBERTATUM AND THE ROOTS OF MODERN HUMAN RIGHTS

Summary: Magna Carta Libertatum was issued by King John of England in 1215 and represents a kind of turning point in history of law. The adoption of The Great Charter has limited the power of one monarch for the first time, more precisely the king, in favor of the inhabitants. Therefore, this act was base for the future development of international human rights law.

The paper tries to explain the historical background of the adoption of The Great Charter, the legal nature of the act, it's legal and political innovative ideas that it proclaims, and it's importance for today's position of international human rights law. The paper emphasis place of the fact that the hitherto disregarded opinions and needs of the inhabitants, followed by the failure of the English king, led to the limitation of the power of state and that this principle still exists today, in the modern age.

Keywords: Magna Carta Libertatum, The Great Charter, english law, modern human rights, international law of human rights, limitation of state power

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE U STEČAJNIM POSTUPCIMA

Sažetak: Autorica u radu obrađuje pravo na pravično suđenje u stečajnim postupcima. Prema praksi Europskog suda za ljudska prava i u stečajnom postupku ima mjesta primjeni čl. 6., st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima i čl. 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju. Predmet istraživanja ovoga rada je pravo na pravično suđenje u bosanskohercegovačkom stečajnom zakonodavstvu i sudskoj praksi. Analizirat će se odluke Europskog suda za ljudska prava, Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine s osvrtom na razuman rok u stečajnim postupcima kako bi se dali prijedlozi de lege ferenda na koji način u provedbi stečajnih zakona otklonili objektivne i subjektivne razloge koji dovode do zastoja ili odugovlačenja stečajnog postupka. Stečajni postupak je iznimno složen postupak. Svako odugovlačenje s pokretanjem i završetkom stečajnog postupka ima za posljedicu smanjenju mogućnost visoke stope namirenja vjerovnika. Stečajni zakoni igraju bitnu ulogu u gospodarstvu, stoga učinkovita provedba stečajnog postupka značajna je za učinkovito funkcioniranje gospodarskog sustava u cjelini.

Ključne riječi: Europski sud za ljudska prava, Europska konvencija o ljudskim pravima, stečaj, pravično suđenje, razuman rok

1. Pravo na pravično suđenje

Članak II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine utvrđuje pravo na pravično suđenje.¹ Odredba članka II/2. Ustava BiH daje ustavni status Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EK), te ona ima izravnu primjenu i supremaciju nad svim zakonima.²

Člankom 6., stavkom 1. EK za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda određen je postulat prava na pravično suđenje, „Svatko, tijekom odlučivanja o

1 Pravo na pravično suđenje, u svojim temeljima, ima oslonac u filozofskom pojmu pravičnosti koji je postavio Aristotel u svojim djelima. GRBIĆ, S., *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6., stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupaka - nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca - pristup sudu - jednakost oružja)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 5.

2 TADIĆ, M., *Pravo na suđenje u razumnom roku – predmeti i praksa ustavnog suda BiH*, Pravosudni forum za Bosnu i Hercegovinu, Pravo na suđenje u razumnom roku, Treća godišnja konferencija najviših sudova u Bosni i Hercegovini, Jahorina, 14. i 15. 11. 2019, Zbornik radova, Ustavni sud BiH, Sarajevo, 2020., str. 99.

njegovim građanskim pravima i obvezama³ ili o kaznenoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred neovisnim i nepristranim sudom, obrazovanim na temelju zakona“⁴.

Pravo na pošteno suđenje u praksi Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) razvijalo se i širilo postupno. S vremenom su obuhvaćeni i sporovi za koje se, u početku, nije smatralo da se na njih ta odredba odnosi.⁵ Bitno mjesto koje u demokratskom društvu ima pravo je njegova pravičnost, pravo pojedinca na pošteno suđenje i ovaj standard odnosi se na postupak u cjelini.⁶ „Prema stanju prakse ESLJP u Strasbourgu, mogu se navesti sljedeći elementi ili aspekti prava na pošteno (pravično, fair) suđenje: pravo na pristup sudu;⁷ pravo na pravnu pomoć; pravo na procesnu ravnopravnost; pravo na javno i kontradiktorno suđenje; pravo na saslušanje; pravo na dokaz; pravo na javnu objavu presuda; pravo na sud ustanovljen zakonom; pravo na nezavisnost i nepristranost u suđenju; pravo na suđenje u razumnom roku; pravo na učinkovitu ovrhu presude; zabrana arbitrarnog postupanja i pravo na pravnu sigurnost.“⁸

3 Pojam „prava i obveze građanske naravi“ ne može se tumačiti isključivo u kontekstu domaće prava tužene države. To je „autonomni“ pojam koji proizlazi iz EK. Čl. 6. st.1. EK primjenjuje se bez obzira na status stranaka, vrstu propisa kojima se uređuje kako će se o „sporu“ odlučiti te vrstu tijela koje je nadležno za odlučivanje o nekoj stvari (Gruzijedis protiv Grčke, stavak 34.). Vodič kroz čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt), Vijeće Europe, Europski sud za ljudska prava, 2013., str. 6. (u daljnjem tekstu: Vodič kroz čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt), 2013.).

4 Način na koji se provodi postupak je bitan kada se procjenjuje ostvarivanje prava na pošteno suđenje. Izraz „tribunal“ ne mora uvijek nužno značiti „sud“. KONTREC, D., BOIĆ, V., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, Priručnik za polaznike/ice, Pravosudna Akademija, Zagreb, kolovoz, 2017., str. 41. (u daljnjem tekstu: KONTREC, BOIĆ, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*).

5 ROAGNA, I., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik za primjenu člana 6 (1) Evropske konvencije o ljudskim pravima, Savjet Evrope, Strazbur Cedex, Septembar, 2018., str. 11. (u daljnjem tekstu: ROAGNA, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik, 2018.).

6 Centro Europa 7 S.R.L. and di Stefano v. Italy, application no. 38433/09, 07 June 2012. Vodič kroz član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na pravično suđenje, Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica, septembar 2019., str. 11.

7 Vujović i Lipa D.O.O. protiv Crne Gore, 20. 2. 2018. Prvi slučaj u kome je Apelacioni sud odbio žalbu iz razloga što je nije podnio stečajni upravitelj, odnosno advokat koga je on ovlastio. ESLJP je smatrao da je gubitak mogućnosti da podnositelj predstavke koristi pravni lijek za koji je opravdano smatrao da je dostupan predstavljao nesrazmjerno ometanje. Više: Lista presuda donijetih protiv Crne Gore o različitim aspektima koji se odnose na član 6. EK u: ROAGNA, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik 2018., str. 67.

8 UZELAC, Alan, *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, str. 3., dostupno na: http://www.alanuzelac.hr/hr/pubs/A35Fair_trial_uskladenost%20zakonaCMS.pdf, posjećeno: 9. 5. 2020.

2. Razuman rok u stečajnim postupcima

2.1. Razuman rok

U sudskoj praksi je suđenje u razumnom roku kao jedan od aspekata prava na pošteno suđenje zastupljen kao jedan od najzastupljenijih problema u radu sudova.⁹ Uzroci koji dovode do prekomjerne dužine sudskog postupka su brojni te su određeni i pravnim sustavom i pravnom kulturom zemlje.¹⁰ Pravo na suđenje u razumnom roku objašnjava se shvaćanjem da je zakašnjela pravda uskraćena pravda, a prebrzo suđenje maćeha pravdi.¹¹

Pravo na suđenje u razumnom roku najčešće se krši probijanjem rokova za rješavanje određenih predmeta jer neopravdano dugo trajanje pojedinih postupaka smanjuje povjerenje u pravodobnu i učinkovitu sudsku zaštitu.¹² Ocjena o tome traje li predugo jedan postupak temelji se na vremenu u kojem se taj postupak vodi, počev od njegova pokretanja. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku proteže se na povezane postupke kao cjelinu.¹³

U praksi ESLJP utvrđeni su standardi za ocjenu jesu li rokovi razumni, to su: složenost postupka, ponašanje pokretača postupka,¹⁴ ponašanje nadležnih tijela i značaj postupka za njegova pokretača i značaj prava o kojem se odlučuje u konkretnom sporu.¹⁵ Pored ovih standarda, kao mjerilo za ocjenu razumnog roka trajanja postupka treba uzeti i poštivanje procesnih prava i obveza, poštivanje

9 BUBIĆ, S., *Neki aspekti prava na pošteno suđenje u građanskim predmetima*, "Pristup pravdi u Bosni i Hercegovini, Besplatna pravna pomoć, poseban osvrt na Hercegovačko-neretvanski kanton", Centar za ljudska prava u Mostaru, Mostar, 2011., str. 83. – 96.

10 HAUBRICH, V., PEHAR, S., RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, Zbornik radova IV. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, 25. i 26. listopada 2018., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, str. 244. (u daljnjem tekstu: HAUBRICH, PEHAR, RECHNER, *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*).

11 Vidi: LJUBANOVIĆ, B., *Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49., 3/2012., str. 449. – 457.

12 KONTREC, BOIĆ, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, str. 44.

13 Vodič, Suđenje u razumnom roku, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2021., str. 28. „Pravo na suđenje u razumnom roku bilo bi iluzorno kada bi domaći pravni sustav neke države omogućavao da neka konačna i obvezujuća sudska odluka ostane neizvršena na štetu jedne strane“. St. 40 presude ESLJP od 19. 3. 1997. u predmetu Hornzbi protiv Grčke (Hornsby v. Greece), br. predstave 18357/91. MANOJLOVIĆ-ANDRIĆ, K., i dr., Kriterijumi za ocjenu povrede prava na suđenje u razumnom roku, Savet Evrope, Beograd, jun 2018., str. 23.(u daljnjem tekstu: MANOJLOVIĆ-ANDRIĆ, Kriterijumi za ocjenu povrede prava na suđenje u razumnom roku).

14 Iako nema sumnje da strane u postupku imaju značajnu odgovornost u osiguranju discipline sudjelovanja u postupku i poštivanju procesne ekonomije, sud je taj koji ima odgovornost da primjenom različitih mjera osigura punu kontrolu nad procesnim tempom postupka. HABURICH, PEHAR, RECHNER, *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, str. 248.

15 ROAGNA, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik, 2018., str. 23.

redosljeda u rješavanju predmeta, kao i zakonske rokove za zakazivanje ročišta i izradu odluka.¹⁶

U građanskim postupcima kao početak postupka smatra se dan podnošenja tužbe ili nekog drugog podneska sudu kojim se pokreće takav postupak.¹⁷ U stečajnim postupcima početak roka se računa od donošenja rješenja o pokretanju stečajnog postupka.¹⁸ Kraj postupka smatra se dan donošenja pravomoćne odluke, ali se mora uzeti u obzir i vrijeme ovršnog postupka koji nakon toga slijedi.¹⁹ Kako postoje predmeti različiti po svojoj složenosti tako su i rokovi za rješavanje tih predmeta različiti.²⁰ Pravo na suđenje u razumnom roku odnosi se i na upravni postupak, kao postupak koji može da prethodi građanskom, te na ovršni, vanparnični i stečajni postupak, kao i na postupak pred Ustavnim sudom.

Prema praksi ESLJP i u stečajnom postupku ima mjesta primjeni čl. 6., st. 1. EK.²¹ Odluke donesene u stečajnom postupku, koje se tiču imovine dužnika, ulaze

16 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2019., str. 30. (u daljnjem tekstu: Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta).

17 Poiss protiv Austrije, stav 50; Bock protiv Njemačke, stav 3. ROAGNA, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik 2018., str. 21.

18 Ustavni sud, Odluka broj AP 2699/11 od 25. juna 2014.

19 U ukupno vreme trajanja stečajnog postupka mora se uračunati i vrijeme od kada je pokrenut postupak ovrhe, jer se izvršenje potraživanja u ovom slučaju ne okončava obustavom ovršnog postupka, već se nastavlja podnošenjem prijave potraživanja u stečajnom postupku i naplate potraživanja u tom postupku. MANOJLOVIĆ-ANDRIĆ, Kriterijumi za ocjenu povrede prava na suđenje u razumnom roku, str. 24.

20 Ne rješavanje predmeta u razumnom roku, osim što predstavlja kršenje individualnog ljudskog prava svake stranke u postupku, ono direktno dovodi i do smanjivanja povjerenja građana u pravosudni sustav. KONTRAC, BOIĆ, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, str. 44.

21 U predmetu Bačić protiv Hrvatske, br. 43595/06 od 19. 6. 2008. Podnositeljica zahtjeva vodila je pred Općinskim sudom u Svetom Ivanu Zelini parnični postupak protiv svojeg poslodavca isplate plaće. Dana 05. prosinca 2000. prvostupanjski sud donio je presudu kojom je prihvatio njezin tužbeni zahtjev, a tu presudu potvrdio je dana 15. siječnja 2003. drugostupanjski sud. U međuvremenu je rješenjem Trgovačkog suda u Zagrebu od 17. lipnja 2002. nad podnositeljčinim bivšim poslodavcem otvoren stečajni postupak te su pozvani svi vjerovnici da u roku od 30 dana prijave svoje tražbine stečajnom upravitelju. Ispitna ročišta pred Trgovačkim sudom u Zagrebu održana su 24. rujna 2002. i 3. ožujka 2003. Dana 10. ožujka 2003. podnositeljica zahtjeva prijavila je svoju tražbinu Trgovačkom sudu u Zagrebu pred kojim je u međuvremenu otvoren stečajni postupak nad njenim bivšim poslodavcem. Dana 16. travnja 2003. Trgovački sud u Zagrebu odbacio je podnositeljčin zahtjev kao nepravodoban jer je utvrdio da je ispitno ročište održano 24. rujna 2002. i da se nakon protoka tri mjeseca od tog datuma više ne mogu prijavljivati tražbine u stečajnom postupku. U žalbi koju je podnijela 30. travnja 2004. podnositeljica zahtjeva je između ostalog naglasila da je stečajna upraviteljica propustila ispuniti svoju dužnost iz čl. 173. st. 2. Stečajnog zakona i podnositeljčinu tražbinu uvrstiti u popis tražbina svih zaposlenika i ranijih zaposlenika stečajnog dužnika te joj ga predočiti na potpis. Dana 8. srpnja 2003. Visoki trgovački sud RH potvrdio je prvostupanjsku odluku. Iz obrazloženja presude ESLJP: „Sud ponavlja da je u članak 6. stavak 1. ugrađeno “pravo na sud”, a jedan vid toga prava je pravo na pristup, to jest pravo pokretanja postupka pred sudom u građanskim stvarima. Međutim, to pravo nije apsolutno; ono može podlijevati ograničenjima koja se podrazumijevaju. Ako je pojedincu ograničen pristup, bilo pravno ili stvarno, Sud će ispitati je li

u okviru članka 6. stavka 1. EK budući da dužnikova „određena građanska prava i obveze u smislu članka 6. stavak 1. mogu biti privremeno dovedena u pitanje.“²²

3. Stečajna regulativa u Bosni i Hercegovini

U pravnome sustavu Bosne i Hercegovine područje stečajnoga prava uređeno je entitetskim propisima i propisima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.²³ Primarni zakoni koji isključivo reguliraju stečajnopravnu materiju su: Zakon o

nametnuto ograničenje narušilo samu bit prava, a osobito je li težilo legitimnom cilju i je li postojao razuman odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se nastojao ostvariti. Sud konstatira da je podnositeljici zahtjeva bilo omogućeno podnijeti građansku tužbu kojom je između ostalog tražila isplatu zaostalih plaća za razdoblje u kojemu je bila bez posla, te da su prvostupanjski i žalbeni sud njezinu tužbu usvojili. Međutim, podnositeljičin zahtjev da joj se u stečajnom postupku prizna tražbina prema bivšem poslodavcu odbačen je zbog nepravodobnosti. Kad je riječ o ulozi stečajne upraviteljice u postupku, Sud primjećuje da je stečajnu upraviteljicu imenovao Trgovački sud u Zagrebu koji joj je povjerio dužnost da pravilno rješava sva pitanja koja se odnose na imovinu stečajnoga dužnika, uključujući i tražbine svih potencijalnih vjerovnika prema toj imovini. To znači da je u tom svojstvu ona nastupala kao zastupnica javne vlasti. Sud konstatira da je stečajni upravitelj, na temelju čl. 95. st. 1. Stečajnoga zakona, obvezan preuzeti sve građanske postupke u ime i za račun dužnika, dok čl. 212. st. 5. Zakona o parničnom postupku nalaže da se svi takvi postupci prekinu ex lege jer se svi građanski zahtjevi protiv dužnika nad kojim je pokrenut stečajni postupak trebaju ispitati isključivo u tom postupku. U vrijeme kad je otvoren stečajni postupak o kojemu je riječ, građanski postupak po podnositeljičinoj tužbi protiv stečajnog dužnika bio u žalbenoj fazi. Međutim, stečajna upraviteljica nije se umiješala u taj postupak, unatoč tome što je bila dužna to učiniti i iako je trebala znati za taj postupak. Sud smatra da se država mora pobrinuti da se stečajna upraviteljica upozna sa svim stvarima koje se tiču stečajnog dužnika, a relevantne su za pravilno vođenje stečajnoga postupka, s time da tužbe podignute protiv dužnika nedvojbeno predstavljaju jednu od takvih stvari. Sud primjećuje da iako su prema članku 173. stavku 1. Stečajnoga zakona svi vjerovnici dužni stečajnome upravitelju prijaviti svoje tražbine prema stečajnom dužniku, drugi stavak tog istog članka stečajnome upravitelju nameće obvezu da sastavi popis tražbina svih zaposlenika i ranijih zaposlenika stečajnoga dužnika, te da taj popis predoči dotičnim zaposlenicima na potpis. Međutim, prema mišljenju Suda, ako prema domaćem pravu postoji takva situacija podijeljene odgovornosti, kao što se čini da je riječ u ovome predmetu, nametanje obveze prijave tražbine u stečajnom postupku isključivo podnositeljici zahtjeva, u situaciji kad je ona već pokrenula građanski postupak protiv stečajnog dužnika, predstavljalo bi nerazmjernan teret. Sud naglašava da je stečajna upraviteljica trebala znati za građanski postupak financijske naravi što ga je podnositeljica zahtjeva prethodno pokrenula protiv stečajnoga dužnika. U odlukama domaćih sudova nije se uzelo u obzir pitanje podijeljene odgovornosti, kao ni dužnosti stečajne upraviteljice, već su se sudovi ograničili na tvrdnju da podnositeljica zahtjeva nije poštivala propisani rok. U tim okolnostima Sud smatra da podnositeljici zahtjeva nije pruženo puno jamstvo poštenog suđenja prema standardima koje nalaže članak 6. stavak 1. EK, pa je stoga došlo do povrede toga članka.“

22 Odluka o dopustivosti broj AP 914/04 od 12 travnja 2005., st. 10., stečajni postupak. Vidi na: Praksa Ustavnog suda BiH, Članak 6. Europske konvencije – pravo na pravično suđenje, Građanska prava i obveze – utvrđivanje i spor, dostupno na: <https://www.ustavnisud.ba/bs/gradanska-prava-i-obaveze-utvrdivanje-i-spor>, posjećeno: 30. 10. 2021.

23 VIDIĆ, M., *Osnove stečajnog prava*, PRESSUM, Mostar, 2021., str. 47. (u daljnjem tekstu: VIDIĆ, *Osnove stečajnog prava*).

stečaju Federacije Bosne i Hercegovine (ZS FBiH)²⁴, Zakon o stečaju Republike Srpske (ZS RS)²⁵ i Zakon o stečaju Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (ZS BD).²⁶ Zakonska i podzakonska regulativa detaljno propisuje tijek stečajnog postupka, koji je u svojoj naravi žuran. Pored zakona, značajnu ulogu u ostvarivanju učinkovitosti stečajnog postupka imaju i provedbeni akti. Republika Srpska i Brčko distrikt su donijeli nove provedbene propise sukladno novim stečajnim zakonima,²⁷ dok su u Federaciji BiH još uvijek na snazi dva stara: Pravilnik o naknadama i nagradama vještaka, privremenog stečajnog upravitelja, stečajnog upravitelja i članova odbora vjerovnika u stečajnom postupku²⁸ i Pravilnik o uvjetima, načinu polaganja, programu stručnog ispita za stečajne upravitelje i stručnom usavršavanju stečajnih upravitelja.²⁹ Pored toga, značajno je navesti i: Pravilnik o vremenskim okvirima po predmetima u sudovima i tužiteljstvima u Bosni i Hercegovini,³⁰ kojim su određeni kriteriji i metodologija za određivanje i praćenje poštivanja optimalnih rokova za rješavanje predmeta u sudovima i tužiteljstvima u skladu sa smjericama Europske komisije za učinkovitost pravosuđa (CEPEJ),³¹ Uputstvo o primjeni pravilnika o vremenskim okvirima za postupanje po predmetima u sudovima i tužiteljstvima u Bosni i Hercegovini i Aneks Pravilnika o vremenskim okvirima za postupanje po predmetima u sudovima i tužiteljstvima u Bosni i Hercegovini

24 „Službene novine Federacije BiH“, br. 53/21.

25 „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/2016.

26 „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 16/2019. Pored ovih triju zakona ovo pitanje, odnosno pitanje posebnih stečajnih postupaka, regulira i Zakon o bankama, „Službene novine FBiH“, broj: 27/17., te Zakon o osiguranju, „Službene novine FBiH“, broj: 23/17.

27 U Republici Srpskoj: Pravilnik o izgledu i sadržaju Obrasca za glasovanje o prihvatanju prijedloga finansijskog i operativnog restrukturiranja, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 68/16., Pravilnik o izgledu i sadržaju Obrasca za pokretanje postupka finansijskog i operativnog restrukturiranja, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 68/16., Pravilnik o izgledu i sadržaju Obrasca za prijavu tražbina u postupku finansijskog i operativnog restrukturiranja, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 68/16., Pravilnik o kodeksu za stečajne upravitelje, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 11/17., Pravilnik o utvrđivanju standarda za upravljanje stečajnom masom, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/17., Pravilnik o naknadama i nagradama za rad stečajnog upravitelja i članova odbora vjerovnika, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 30/18. U Brčko distriktu BiH: Pravilnik o izgledu i sadržaju prijedloga za pokretanje predstečajnog postupka, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 4/20., Pravilnik o izgledu i sadržaju obrasca za prijavu potraživanja u predstečajnom postupku, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 4/20., Pravilnik o izgledu i sadržaju obrasca za glasanje o prihvatanju prijedloga finansijskog i operativnog restrukturiranja, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 4/20., Pravilnik o naknadama i nagradama za rad stečajnog upravitelja i članova odbora vjerovnika, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 4/20., Pravilnik o utvrđivanju standarda za upravljanje stečajnom masom, „Službeni glasnik BD BiH“, br. 3/20.

28 „Službene novine FBiH“, br. 71/08.

29 „Službene novine FBiH“, br. 5/15.

30 „Službeni glasnik BiH“, br. 5/13, 101/13, 61/14.

31 Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, dostupno na: <https://vst.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=53437>, posjećeno: 1. 10. 2021.

- optimalni rokovi za rješavanje predmeta.³² Sukladno čl. 17. SZ FBiH, određeno je da ako stečajnim zakonom nije drukčije određeno, u predstečajnom i stečajnom postupku sukladno se primjenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku pod uvjetom da nisu u suprotnosti sa ciljevima i načelima predstečajnog i stečajnog postupka.³³ U Bosni i Hercegovini se primjenjuju 4 Zakona o parničnom postupku

32 Dostupni na: <https://vsts.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=53437>, posjećeno: 30. 10. 2021.

33 U Odluci Ustavnog suda BiH, broj AP 2593/14 od 7. 3. 2017. utvrđeno je da nema povrede apelantovog prava na pravično suđenje iz čl. II/3.e) Ustava BiH i čl. 6. st. 1. EK, jer u obrazloženjima osporenih rješenja redovnih sudova ne postoji ništa što bi ukazivalo da su redovni sudovi svoje odluke donijeli uz povredu pravila postupka ili da je proizvoljno primijenjeno materijalno i procesno pravo, te kada su redovni sudovi u obrazloženjima osporenih odluka za svoje stavove dali detaljne i jasne razloge, pri čemu je nesporno da je apelant sudjelovao u predmetnom postupku i da su sudovi cijenili apelantove navode i dokaze i dali razloge zašto oni ne mogu dovesti do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari. Ustavni sud zapaža da su osporenim rješenjima redovni sudovi utvrdili da su ispunjeni uvjeti za otvaranje stečajnog postupka nad apelantovom imovinom u smislu čl. 43. st. 1. u svezi s čl. 6. Zakona o stečajnom postupku („Službene novine Federacije BiH“ br. 29/03, 32/04 i 42/06). Redovni sudovi su u obrazloženjima osporenih odluka detaljno naveli dokaze i razloge za svoja utvrđenja i za zaključak da su u konkretnom predmetu ostvareni stečajni razlozi, a u danim obrazloženjima Ustavni sud ne nalazi proizvoljnost. Ustavni sud zapaža, a suprotno apelantovim navodima, da je Kantonalni sud ispitao apelantove žalbene navode o tome da nije bilo razloga za otvaranje stečajnog postupka i da je dao jasna obrazloženja zašto takvi navodi u konkretnim okolnostima nisu mogli dovesti do drugačijeg rješenja predmetne pravne stvari, a dana obrazloženja Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. U pogledu apelantovih navoda da mu je povrijeđeno pravo na ravnopravnost stranaka u postupku, kao i načelo kontradiktornosti, odnosno načelo obostranog saslušanja stranaka jer nije bio pozvan na ročište kada je Općinski sud donio rješenje od 16. 4. 2014., Ustavni sud zapaža da je Općinski sud navedenog datuma otvorio prethodnu fazu stečajnog postupka. Navedenim rješenjem redovni sud je postupajući po prijedlogu predlagatelja odlučio da će nakon pribavljanja stručnog mišljenja odlučiti postoje li uvjeti za otvaranje stečajnog postupka. Pored toga, Ustavni sud zapaža da je Kantonalni sud u svom rješenju od 19. 5. 2014. obrazložio zašto istaknuti apelantovi navodi nisu utemeljeni, pozivajući se pri tome na odredbe čl. 9. st. 3. i čl. 43. st. 1. Zakona o stečajnom postupku („Službene novine Federacije BiH“ br. 29/03, 32/04 i 42/06). Imajući u vidu cjelokupan predmetni stečajni postupak, činjenicu da je pred redovitim sudom održano ročište na kojem je sudjelovao apelant sa svojim prijedlozima i argumentima protiv izvješća privremenog stečajnog upravitelja od 29. 4. 2014., na kojem je donesena odluka o otvaranju stečajnog postupka nad apelantom, Ustavni sud smatra neutemeljenim apelantove navode o povredi prava na ravnopravnost stranaka u postupku i povredi načela obostranog saslušanja stranaka u postupku. U pogledu apelantovih navoda da je rješenje o određivanju mjere osiguranja doneseno proizvoljnom primjenom prava jer je sud trebao primijeniti odredbe Zakona o parničnom postupku, Ustavni sud zapaža da su se redovni sudovi pozvali na odredbe čl. 15. st. 5. Zakona o stečajnom postupku. Imajući u vidu da Zakon o stečajnom postupku sadrži odredbe o mjerama osiguranja, zatim da je Zakon o stečajnom postupku *lex specialis* u odnosu na Zakon o parničnom postupku, Ustavni sud smatra da su i ovi apelantovi navodi neutemeljeni. Domaća i strana sudska praksa, Stručni i informativni časopis Godina XV, Broj 75 Izdavač: “Privredna štampa” d.o.o. Sarajevo, 2018., str. 170., 171.

³⁴ i tri zakona o ovršnom postupku.³⁵

U FBiH još nije osigurana standardizacija pojedinačnih radnji kako bi se osigurala učinkovitost postupka. Ne postoje određeni standardizirani obrasci za podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka, kao ni za ostale radnje koje se poduzimaju (primjerice: obrazac za prijavu potraživanja, za očitovanje o prijavljenim potraživanjima, za osporavanje prijavljenih potraživanja, izvješća o tijeku stečajnoga postupka i stanju stečajne mase, završnoga računa i dr.). Nije određena ni obvezna dokumentacija koja se treba priložiti pri podnošenju zahtjeva za pokretanje stečajnoga postupka. Nepostojanje preciznih sadržaja, oblika i dokumentacije znatno utječe na trajanje stečajnoga postupka. Nisu propisani ni standardi upravljanja stečajnom masom kojima se određuju pitanja o postupanju stečajnih upravitelja.³⁶

Stečajni zakoni igraju bitnu ulogu za učinkovito funkcioniranje gospodarskog sustava u cjelini. Rizik od neuspjeha u poslovanju je imanentan ekonomskim aktivnostima.³⁷ Vrijeme je jedan od najvažnijih elemenata stečajnog postupka.³⁸ U BiH nerijetke su situacije kako društva dulje vrijeme nisu sposobna za plaćanje i izvršavanje obveza, a ipak, ne dolazi do pokretanja stečajnog postupka što ima za posljedicu smanjenju mogućnost visoke stope namirenja vjerovnika.³⁹

34 Zakon o parničnom postupku iz 2003., noveliran 2015. godine primjenjuje se na području Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", br. 53/03., 73/05., 19/06., 98/15. U Republici Srpskoj primjenjuje se Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 59/2003., 85/03., 74/05., 63/07., 105/08., 85/03., 63/07., Odluke US 45/09., 49/09, 61/13. i u Brčkom Distriktu Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikt, "Službeni glasnik Brčko Distrikt BiH", br. 8/09, 52/10., 27/14. Pred Sudom BiH Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, "Službeni glasnik BiH", br. 36/04., 84/07., 58/13. Više u: ČIZMIĆ, J., HUSEINBEGOVIĆ, A., HAUBRICH, V., *Nadležnost sudova u parničnom postupku*, Privredna štampa, Sarajevo, 2021., str. 18. – 21.

35 Zakon o ovršnom postupku FBiH, "Službene novine FBiH", br. 32/03 i 33/06., Zakonom o ovršnom postupku Republike Srpske, "Službeni glasnik RS", br. 59/03., te Zakon o ovršnom postupku Brčko Distrikta, "Službeni glasnik Brčko Distrikt BiH", 39/13. Postojeći način uređenja postupka ovrhe kroz zakonom propisane nadležnosti sudova, te kroz postojeća ovlaštenja sudskih ovršitelja je posljedično uzrokovao dugotrajne postupke, bez garancije da će osobe koje crpe određena prava iz ovršne isprave, ta prava u cijelosti i ostvariti u postupku ovrhe. O potrebi reforme ovršnih zakona u BiH vidjeti: HUSEINBEGOVIĆ, A., HAUBRICH, V., RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtnom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka*, Godišnjak Pravnog fakulteta, Tematski broj sa naučne konferencije „Zaštita ljudskih prava u BiH“, Godina III, broj 3, Mostar, 2019., str. 50. - 51.

36 Izvješće revizije učinka, *Efikasnost stečajnog postupka u Federaciji Bosne i Hercegovine*, Ured za reviziju institucija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Sarajevo, oktobar 2020., str. 19. (u daljnjem tekstu: *Izvješće revizije učinka, Efikasnost stečajnog postupka u Federaciji Bosne i Hercegovine*).

37 GHIO, Emilie, *European Insolvency Law - Development, Harmonisation and Reform*, Trinity College Law Review, (2015), dostupno na: https://www.academia.edu/16271107/E_Ghio_European_Insolvency_Law_-_Development_Harmonisation_and_Reform_2015, posjećeno: 9. 5. 2021.

38 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 30.

39 VIDIĆ, *Osnove stečajnog prava*, str. 127.

4. Složenost stečajnog postupka

Uopćeno se smatra da se složenost postupka odnosi na činjenice koje treba utvrditi, složenost pravnih pitanja o kojima se treba odlučiti i složenost postupka u cjelini.⁴⁰ Složenost domaćeg postupka može objasniti dužinu njegovog trajanja.⁴¹ Međutim, iako je priznao složenost stečajnog postupka, ESLJP je utvrdio da njegovo trajanje u periodu od oko dvadeset i pet godina i šest mjeseci ne zadovoljava kriterij „razumnog roka“ (vidi, Europski sud za ljudska prava, Cipolletta protiv Italije, točka 44).⁴² Stoga se složenost postupka procjenjuje u svakom konkretnom slučaju.

U predmetu Cipolletta protiv Italije od dana 11. siječnja **2018.**, Zahtjev broj. 38259/09, dana 30. travnja 1985. Okružni sud u Macerati otvorio je stečaj nad trgovačkim društvom čiji je vjerovnik bio podnositelj. Društvo je stavljeno u “administrativnu likvidaciju” pod upravom likvidatora. U rujnu 1986. podnositelj je podnio prigovor jer nije bio uključen u popis utvrđenih tražbina u stečajnom postupku. U presudi od 17. travnja 1997. Okružni sud je utvrdio da su podnositelj i likvidator potpisali sporazum kojim se priznaje postojanje podnositeljeve tražbine u iznosu od približno 129.114 eura te je sukladno tome izmijenjen popis utvrđenih tražbina. Prema informacijama koje je podnositelj dostavio Sudu 24. prosinca 2010., postupak likvidacije još uvijek je bio u tijeku. Podnositelj nije pokrenuo takozvani “Pinto postupak” s obzirom da je Kasacijski sud utvrdio kako “Pinto zakon”⁴³ nije primjenjiv na postupke administrativne likvidacije. Sud je utvrdio da je i u običnom stečajnom postupku i u postupku administrativne likvidacije uobičajeno da vjerovnici ne mogu svoje tražbine naplatiti u redovnom postupku pred sudom izravno iz imovine dužnika. Osnovno je načelo stečajnog postupka ravnopravnost vjerovnika, stoga Stečajni zakon nastoji osigurati njihovo namirenje razmjerno utvrđenoj tražbini. Likvidator, iako imenovan od strane nadležnog upravnog tijela, dužan je postupati nepristrano kako bi zaštitio interese svih vjerovnika. U konkretnom slučaju Sud je primijetio da se, neovisno o tome radi li se o redovnom stečajnom postupku ili postupku administrativne likvidacije, vjerovnici za naplatu svojih potraživanja oslanjaju na treću stranu, likvidatora koji mora utvrditi postojanje tražbine i naplatiti je iz imovine dužnika. Glede stečajnih postupaka općenito, Sud je uvijek smatrao da postoji spor u slučaju kada vjerovnik podnese tužbeni zahtjev. Što se tiče postupka administrativne

40 Vodič, Suđenje u razumnom roku, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2021., str. 36.

41 Vodič kroz čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt), 2013., str. 52/66.

42 VEHABOVIĆ, F., *Dužina postupka – prava i obaveze, posljedice i rješenja*, Pravosudni forum za Bosnu i Hercegovinu, Pravo na suđenje u razumnom roku, Treća godišnja konferencija sudova u Bosni i Hercegovini, Jahorina, 14. i 15. 11. 2019. godine, ustavni sud BiH, Sarajevo, 2020., str. 56.

43 Zakon usvojen 2001. godine u Italiji, kojim je uveden pravni lijek protiv nerazumno dugotrajnih postupaka pred talijanskim sudovima.

likvidacije, Sud je utvrdio da vjerovnik može prijaviti svoju tražbinu u popis svih tražbina vjerovnika od prve obavijesti likvidatora kojom se utvrđuju nepodmirene obveze društva u stečaju. Dakle, spor građanske naravi nastaje u trenutku kada vjerovnik podnese takav zahtjev. Sud je stoga zaključio da je članak 6. stavak 1. primjenjiv u ovom predmetu. Postupak je započeo 4. srpnja 1985., na dan kada je g. Cipolletta podnio zahtjev likvidatoru za priznanje njegove tražbine. Likvidacija imovine dužnika nije dovršena do 24. prosinca 2010., kada je podnositelj podnio najnovije informacije Sudu. U to vrijeme postupak je još bio u tijeku i trajao je gotovo 25 godina i šest mjeseci. Premda je postupak likvidacije društva bio posebno složen, Vlada nije iznijela nikakav argument koji bi mogao opravdati ovoliko trajanje postupka. Sud je utvrdio da je razdoblje od 25 godina prekomjerno i da nije ispunilo uvjet “razumnog roka” iz članka 6. stavka 1. EK, stoga je došlo do povrede navedenog članka.⁴⁴

Ustavni sud Republike Srbije je u Odluci UŽ-3501/2012 od 19. 12. 2013. ocijenio da je osporeni stečajni postupak složen,⁴⁵ no, i pored ovakve ocjene složenosti postupka, Ustavni sud je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku jer je našao da složenost predmeta ne može opravdati desetogodišnje trajanje postupka.⁴⁶

Stečajni postupak je iznimno složen postupak. Ono što ga čini kompleksnim je: formalnost sa izraženom složenom stečajnom procedurom; više tijela u postupku; supsidijarna primjena pravila drugih postupaka (parničnog, ovršnog); nemogućnost utjecaja na razumno trajanje postupka u sporovima proisteklim iz stečajnog postupka ili u svezi s njim, u kojima je stranka stečajni dužnik, što sve utječe na vrijeme trajanja i završetak stečajnog postupka.⁴⁷

Primjerice, Ustavni sud BiH zaključuje da ne postoji povreda prava iz članka II/3.e) Ustava BiH i članka 6. stavka 1. EK kada je u stečajnom postupku, koji traje četiri godine i koji još nije okončan, došlo do zastoja postupka od više od dvije godine uslijed okolnosti koje se ne mogu pripisati nadležnom sudu koji ih je, u skladu sa zakonskim ovlaštenjima koja ima, nastojao nadići, te kada, nakon

44 Također, Sud je utvrdio da je, mogućnost korištenja “Pinto” pravnog lijeka bila ograničena na osporavanje rješenja o otvaranju stečajnog postupka ili popisa utvrđenih tražbina, pa tako ne uključuje postupak koji vodi likvidator. Dakle, podnositelj nije bio dužan koristiti pravni lijek dostupan po Pinto zakonu, jer nije bio primjenjiv u ovome predmetu. Sud je stoga utvrdio da je došlo do povrede članka 13. zbog nedostatka pravnog lijeka u domaćem pravu kojim je podnositelj mogao tražiti svoje pravo da se su razumnom roku ispita njegov slučaj sukladno članku 6. stavku 1. EK.

45 Radilo se o stečaju velikog društvenog poduzeća koje je zapošljavalo preko 1.000 radnika, a u postupku je trebalo odlučiti ne samo o njihovim prijavljenim potraživanjima, već i o osnovanosti potraživanja ostalih vjerovnika. Na složenost stečajnog postupka utjecala je i činjenica da je radi procjene vrijednosti imovine stečajnog dužnika provedeno nekoliko vještačenja.

46 MANOJLOVIĆ-ANDRIĆ, Kriterijumi za ocjenu povrede prava na suđenje u razumnom roku, str. 24.

47 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 31.

otklonjenih razloga za zastoje, u nastavku postupka nema ništa što bi uputilo na zaključak da se ne vodi sa potrebnom marljivošću i u skladu sa načelom hitnosti.⁴⁸

4.1. Razlozi koji dovode do zastoja i odugovlačenja stečajnog postupka

Stečajni postupak je hitan (čl. 15. ZS FBiH), čemu doprinosi i odsustvo prava na povrat u prijašnje stanje i ponavljanje postupka. Trajanje stečajnog postupka vezuje se za vremensko razdoblje koje prođe od otvaranja stečajnog postupka pa do njegovog zaključenja.⁴⁹ Na dan 31. 12. 2019. trajanje predmeta stečaja bilo je 980 dana, što je duže za 63 dana u odnosu na 2018.⁵⁰ Razuman rok u stečajnom postupku, odnosno učinkovita provedba stečajnog postupka ovisi od niza čimbenika. Značajno je prepoznati razloge, objektivne i subjektivne, koji dovode do zastoja ili odugovlačenja stečajnog postupka.

Analiza akcijskih planova sudova o razlozima nerješavanja stečajnih predmeta ukazala je na slijedeće objektivne razloge:⁵¹ nemogućnost prodaje imovine stečajnog dužnika⁵² zbog nepostojanja interesa za kupnju ili ekonomske situacije odnosno stanja tržišta uz uvjet da se poduzimaju sve razumne mjere kako bi u konkretnim gospodarskim okolnostima došlo do unovčenja imovine, te trajanja druge vrste postupaka (parnični i upravni postupci u svezi s imovinom);

48 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2699/11 od 25. juna 2014., st. 141, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 64/14, stečajni postupak, nema povrede čl. 6. EK i čl. II/3.e) Ustava BiH.

49 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 32.

50 Godišnje izvješće za 2019. godinu, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, str. 65.

51 VTST BiH je na sjednici održanoj 5. ožujka 2014. donio odluku da sudovi nadležni za stečajne postupke sačine akcijski plan rješavanja svakog pojedinačnog neriješenog stečajnog predmeta i da svi sudovi sačine planove rješavanja predmeta proisteklih iz stečajnih postupaka. U skladu sa zaključkom Vijeća s navedene sjednice, Stalna komisija je izradila obrasce za akcione planove rješavanja stečajnih predmeta. Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 32.

52 Objektivne okolnosti, kao što je stanje ekonomije u kojoj nema financijskih sredstava za ponovno ulaganje u oživljavanje propadajućih društava, dovode do neefikasnosti i usporavaju postupak. Obično na stečajnim aukcijama nema kupaca za imovinu gospodarskih društava u stečaju, tako da se ne mogu prikupiti financijska sredstva za plaćanje vjerovnika i radnika. Čak i ako se imovina proda, ta imovina je obično pod hipotekom poreznih tijela. Korištenje procesnih reformi za unapređenje privrednog pravosuđa u BiH, The World Bank, jun/lipnja 2019., str. 53. (u daljnjem tekstu: Korištenje procesnih reformi za unapređenje privrednog pravosuđa u BiH).

veliki broj postupaka iz stečaja ili u svezi s njim (parnični, upravni postupci)⁵³ i potrebno vrijeme za njihovo rješavanje.^{54,55}

Subjektivni razlozi dugotrajnosti stečajnih postupaka vezuju se za problem u radu stečajnih sudaca, stečajnih upravitelja i odugovlačenje postupka uzrokovano inertnošću vjerovnika te ispitivanjem prijavljenih potraživanja u stečajnom postupku.

Stečajni sudac kao jedno od tijela stečajnog postupka (čl. 70. ZS FBiH) je tijelo koje je obvezno pratiti provedbu stečajnog postupka, stoga od njega i ovisi procesna kontrola predmeta. Problemi vezani za rad stečajnih sudaca mogu biti: nepoštivanja zakonom definiranih rokova za provedbu i poduzimanje procesnih radnji, kao i za donošenje odluka u stečaju; nedovoljne edukacije sudaca o stečajnom postupku, što je imalo za posljedicu da stečajni sudci za stečajne upravitelje imenuju one u koje imaju povjerenje, a što je dovelo do toga da neki stečajni upravitelji vode više stečajnih postupaka u odnosu na druge⁵⁶- ova mogućnost se odredbom čl. 76. novog ZS FBiH ne bi trebala više ponavljati budući je broj predmeta koji može voditi stečajni upravitelj ograničen, ograničenog znanja o ekonomskim pojmovima, poslovnim transakcijama i gospodarskim praksama;⁵⁷ nepripremljenosti i odsustva vještine rukovođenja i

53 Nerijetko učesnici u stečajnim predmetima pokreću paralelne sudske postupke radi zaštite svojih prava ili radi izazivanja odugovlačenja u procesuiranju stečajnih predmeta. Na primjer, u vezi sa stečajnim postupkom pokrenutim pred Privrednim sudom u Istočnom Sarajevu 2006., podnesene su tužbe za utvrđivanje prava vlasništva na više od 300 stanova. Stečajni predmet zavisi od odluka po ovim predmetima, i ne može se okončati prije rješavanja ovih predmeta. Korištenje procesnih reformi za unapređenje privrednog pravosuđa u BiH, str. 53.

54 Sukladno čl. 19. novog ZS FBiH, svi postupci pred sudom koji su u svezi sa predstečajnim i stečajnim postupkom, hitne su prirode i moraju se završiti u razumnom roku da bi se stečajni postupak okončao u zakonom predviđenim rokovima. Ti rokovi su određeni čl. 18. ZS FBiH, koji određuje da će se stečajni postupak okončati u roku od godinu dana, a u složenom slučaju u roku od dvije godine, od dana otvaranja postupka.

55 Pored toga, u objektivne razloge treba dodati i: Zakonska rješenja koja društvima omogućavaju da izbjegavaju svoje obveze prema vjerovnicima osnivanjem novih društava kada postojeće propadne; Nepotpunu i lošu poslovnu dokumentaciju stečajnih dužnika te nedostatak podataka ili evidencija ili netočne podatke i evidencije o imovini u knjižnom i izvanknjižnom vlasništvu; Mali broj pokušaja preustroja stečajnih dužnika. Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 32.

56 Takva praksa dovodi do odugovlačenja jer upravitelj ne može posvetiti dovoljno vremena svakom gospodarskom društvu koje vodi. Također, integritet postupka izbora je potom problem, budući da ponavljana imenovanja istih osoba stvaraju percepciju nedopuštenog utjecaja u ovom postupku. Korištenje procesnih reformi za unapređenje privrednog pravosuđa u BiH, str. 53.

57 S obzirom na specifičnost stečajnih predmeta u pogledu ekonomske problematike koju isti nužno uključuju, te najčešćeg nedostatka formalnog obrazovanja stečajnih sudaca u tom segmentu, često se javljaju problemi koji utječu na dugotrajno rješavanje spomenutih predmeta. Imajući to u vidu, VSTV je angažirao pet ekonomskih stručnjaka, s teorijskim i praktičnim znanjem u pogledu stečajnog postupka, s ciljem jačanja kapaciteta sudova za postupanje u predmetima stečaja. Naime, kroz angažman ekonomskih stručnjaka izvršena je analiza izabranih arhiviranih predmeta stečaja u pet pilot sudova (općinski sudovi u Sarajevu, Tuzli i Bihaću, te okružni privredni sudovi u Banjoj Luci i Bijeljini), te su identificirani značajni i učestali problemi iz oblasti ekonomije i financija, s kojima se suočavaju sudci u ovim predmetima, što u konačnici utječe na sporu obradu i dugotrajnost

kontrole skupštinom vjerovnika; opterećenosti stečajnog sudca drugim vrstama predmeta; stalnog premještanja sudaca s drugih referata na stečajni referat.⁵⁸

Stečajni upravitelj je operativno tijelo stečajnog postupka.⁵⁹ Stečajni upravitelj u stečajnom postupku je zastupnik stečajnoga dužnika po zakonu i tijelo je stečajnoga postupka, odnosno ima javnu funkciju. Operativno provodi stečajni postupak pod nadzorom i u suradnji sa stečajnim sudcem i drugim tijelima stečajnoga postupka.⁶⁰ Profesija stečajnih upravitelja posebna je profesija koja podrazumijeva specijalizirana znanja i iskustva.⁶¹ Zbog neprofesionalnih postupaka stečajnih upravitelja u praksi,⁶² zakonodavac je propustio utemeljiti neovisnu agenciju za licenciranje stečajnih upravitelja.⁶³ Stečajni upravitelji obvezni su kontinuirano raditi na stručnome usavršavanju, a postojanje agencije za licenciranje⁶⁴ moglo bi, između ostaloga, imati vrlo važnu ulogu.⁶⁵ U praksi se javljaju problemi vezani za njihov rad kao što su nedovoljna stručnost, educiranost, nedovoljna odgovornost u radu, dolazak iz različitih profesija,⁶⁶ a s druge strane rad stečajnog upravitelja nerijetko je izložen pritiscima od strane vjerovnika stečajnog dužnika, radnika, raznih interesnih grupa koji su često suprotstavljeni, što može direktno utjecati i na učinkovitost cjelokupnog stečajnog postupka.

Vrijedi spomenuti i napore Suda da razjasni pravni status stečajnih upravitelja. Kako bi ispitao može li se smatrati da je stečajni upravitelj djelovao

istih. Godišnje izvješće za 2019. godinu, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, str. 65.

58 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 33.

59 Više: VIDIĆ, *Osnove stečajnog prava*, str.

60 HRASTINSKI JURČEC, Lj., *Pravni položaj stečajnoga upravitelja u stečajnim postupcima*, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Zagreb, listopad 2007., str. 2 – 3. (u daljnjem tekstu: HRASTINSKI JURČEC, *Pravni položaj stečajnoga upravitelja u stečajnim postupcima*)

61 RADOVIĆ, *Osnovi stečajnog prava*, op.cit., str. 67.

62 Izvješće revizije učinka, *Efikasnost stečajnog postupka u Federaciji Bosne i Hercegovine*, str. 16. i 17.

63 Vidjeti za Republiku Srbiju: [Zakon o Agenciji za licenciranje stečajnih upravitelja](#), "Sl. glasnik RS" br. 84/04, 104/2009 i 89/2015.

64 Agencija za licenciranje stečajnih upravitelja u Srbiji obavlja stručne i regulatorne poslove, i to: izdaje i obnavlja licencu za obavljanje poslova stečajnog upravitelja; vrši stručni nadzor nad radom stečajnog upravitelja, oduzima licencu za obavljanje poslova i izriče druge mjere propisane zakonom; izdaje obvezujuća uputstva stečajnim upraviteljima kada je to potrebno radi ujednačavanja primjene propisa kojima se uređuje stečaj; vodi imenik stečajnih upravitelja; priprema prijedlog nacionalnih standarda za upravljanje stečajnom masom i prijedlog kodeksa etike stečajnih upravitelja; poslove stečajnog upravitelja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečaj.

65 Više: VIDIĆ, *Osnove stečajnog prava*, str.

66 Neprofesionalan ili inače neadekvatan rad stečajnih upravitelja smatra se jednim od uzroka neefikasnosti stečajnih predmeta. U praksi, stečajnim upraviteljima nedostaje nužno obrazovanje i iskustvo u vođenju složenih stečajnih predmeta. U FBiH, ovo rezultira čestim angažiranjem 3 ili 4 najiskusnija upravitelja u svim stečajnim predmetima što rezultira neizbježnim odugovlačenjima. Stečajni upravitelji često nisu specijalizirani za upravljanje gospodarskim društvima. Korištenje procesnih reformi za unapređenje privrednog pravosuđa u BiH, str. 53. – 54.

kao predstavnik države, Sud je ispitao različite kriterije.⁶⁷ U predmetu Kotov protiv Rusije, Zahtjev broj 54522/00 od 3. travnja 2012., koji se odnosio na nemogućnost podnositelja zahtjeva da dobije naknadu štete od stečajnog upravitelja imenovanog za upravljanje imovinom banke koju je sud proglasio nesolventnom. U tom je predmetu stečajni upravitelj u relevantno vrijeme uživao znatnu poslovnu i institucionalnu neovisnost, a državne vlasti nisu bile ovlaštene davati mu upute i stoga se nisu mogle izravno umiješati u postupak stečaja kao takav, pa se moglo zaključiti da stečajni upravitelj nije djelovao kao predstavnik države. Prema tome, tužena država nije se trebala smatrati izravno odgovornom za njegova nezakonita djela.⁶⁸

Čl. 80. novog ZS FBiH određeno je da upravljanje imovinom i vršenjem dužnosti stečajnog upravitelja podliježe pravnom nadzoru stečajnog sudca. Stečajni sudac može u svako doba zahtijevati od stečajnoga upravitelja informaciju o tijeku stečajnoga postupka. Ako stečajni upravitelj ne dostavi stečajnomu sudcu tražene informacije i ako ne ispunjava obveze predviđene stečajnim zakonom, stečajni sudac može stečajnomu upravitelju, nakon prethodne opomene, izreći novčanu kaznu u iznosu od 1.700,00 KM do 5.000,00 KM. Ako postoji opravdan razlog, stečajni sudac može stečajnoga upravitelja razriješiti dužnosti i imenovati drugoga stečajnoga upravitelja.

Novim Stečajnim zakonom FBiH skraćuju se rokovi za poduzimanje pojedinih radnji u postupku i određene sankcije za stečajnoga upravitelja i druge dionike u postupku ako kasne u provedbi potrebnih. Utvrđen je način praćenja izvršenja određenih radnji u postupku od predsjednika sudova i rukovoditelja tijela uprave, ovisno o tome je li riječ o sudskim ili upravnim postupcima. Posebno su obrađene odredbe zakona koje se odnose na stečajnoga upravitelja. Također, pooštreni su uvjeti za izbor stečajnih upravitelja koji moraju položiti ispit za stečajnoga upravitelja i stalno raditi na edukaciji i osobnom usavršavanju. Povećan je stupanj kontrole rada stečajnih upravitelja. Radi učinkovitosti stečajnih postupaka broj stečajnih predmeta koje može voditi jedan stečajni upravitelj limitiran je na dva predmeta.⁶⁹

67 Kao što su: i) potvrda imenovanja stečajnog upravitelja (uključuje li potvrda bilo kakvu odgovornost države za način na koji je stečajni upravitelj izvršavao svoje dužnosti); ii) nadzor i odgovornost (snosi li država odgovornost za djela stečajnog upravitelja, dok je on bio odgovoran pred vjerovnicima); iii) ciljevi (priroda zadaća i interesa stečajnog upravitelja, odnosno prema mišljenju Sudu, sama činjenica da bi usluge mogle biti i društveno korisne ne pretvara stečajnog upravitelja u javnog dužnosnika koji djeluje u javnom interesu); iv) ovlasti (jesu li ograničene na nadzor nad poslovanjem i upravljanje imovinom nesolventnog društva i postoji li formalno delegiranje ovlasti od strane bilo kojeg državnog tijela); i v) funkcije (sudjeluju li stečajni upravitelji u ovršnom postupku i jesu li im dodijeljene prisilne ovlasti). (posebice Kotov protiv Rusije [VV], stavci 92. - 98. i 99. - 106. Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Zaštita vlasništva, Vijeće Europe, Sud za ljudska prava, Prvo izdanje, 2019., str. 55/74. (u daljnjem tekstu: Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima).

68 Ibid., str. 55/57.

69 VIDIĆ, *Osnove stečajnog prava*, str.

Svrha vođenja stečajnog postupka je namirenje vjerovnika. Kroz tijela stečajnog postupka, vjerovnici su ti koji odlučuju o samom stečajnom postupku kroz odbor vjerovnika i skupštinu vjerovnika.⁷⁰ Stečajni postupak je, jedini sudski postupak u čijoj provedbi osim sudskog tijela (stečajni sudac) sudjeluju i izvansudska tijela,⁷¹ stoga je učinkovito postupanje, odnosno razuman rok trajanja postupka opterećen specifičnim, delikatnim odnosima stečajnog dužnika i njegovih vjerovnika. Potraživanje stečajnog vjerovnika koje je prijavljeno u stečajnom postupku (sukladno čl. 105. ZS FBiH) može osporiti stečajni upravitelj ili drugi vjerovnik (čl. 179. ZS FBiH),⁷² što ima za posljedicu sudsko upućivanje na parnicu radi utvrđivanja osnovanosti prijavljenog potraživanja odnosno osnovanosti osporavanja prijavljenog potraživanja, pa time i odugovlačenja okončanja stečajnog postupka do završetka parnice. Odugovlačenje stečajnog postupka uslijed vođenja parnica moguće je, ako ne spriječiti, onda svesti na najkraću moguću vremensku mjeru, prioritetnim rješavanjem predmeta proizašlim iz stečaja i u vezi s njim. Pored toga, značajan problem u provedbi stečajnih propisa je neblagovremeno pokretanje stečajnih postupaka, što posljedično dovodi do otežanog utvrđivanja i unovčavanja imovine stečajnog dužnika. Odnosno, onda kada stečajni postupak bude i pokrenut, stečajni dužnici nemaju više imovine koja se može brzo i lako unovčiti što rezultira niskim ili nikakvim stupnjem namirenja vjerovnika. Iz Izvješća revizije učinka, vidljivo je da je u općinskim sudovima na dan 31. 12. 2019. bilo neriješenih 532 stečajna predmeta, što je u odnosu na kraj 2017. manje za 10%. analiza trajanja ovih 532 otvorena stečajna predmeta pokazala je da postoje privredni subjekti kod kojih stečaj nije okončan ni u roku od 20 godina od dana pokretanja. Kod 200 gospodarskih subjekata već su prekoračeni najduži „optimalni rokovi“ (756 dana – preustroj, 658 – dioba)).⁷³

5. Pravo vlasništva u smislu čl. 1. Protokola 1 uz EK

U Protokolu 1. uz EK i to u čl. 1. propisana je za da svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva, te da se nitko ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava.⁷⁴

70 U praksi se javlja problem to što se vjerovnici često ponašaju nezainteresirano ili pasivno tijekom stečajnog postupka i ne žele preuzeti aktivnu ulogu u cilju osiguranja što većeg stupnja zaštite svojih interesa. Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 33.

71 HRASTINSKI JURČEC, *Pravni položaj stečajnoga upravitelja u stečajnim postupcima*, str. 3.

72 Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta, str. 33.

73 Izvješće revizije učinka, *Efikasnost stečajnog postupka u Federaciji Bosne i Hercegovine*, str. 23.

74 U st. 2. je dalje propisano da to ni na koji način ne umanjuje pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.

Značaj pojma „vlasništvo“ u konvencijskom pravu nije, niti mora biti isti pojmu vlasništva u nacionalnim zakonodavstvima, odnosno odluke ESLJP u primjeni čl. 1. Protokola br. 1. uz EK ističu kako pojam „vlasništvo“ ima autonomno značenje koje je neovisno o formalnoj klasifikaciji u domaćem pravu.⁷⁵ Autonomnost značenja pojma „vlasništvo“ je ESLJP izrazio u nizu odluka.⁷⁶ Čl. 1. Protokola br. 1. uz EK štiti svako pravo kojemu ESLJP priznaje imovinsku narav u smislu same EK.⁷⁷ Pod pojmom „vlasništvo“ u smislu čl. 1. Protokola br. 1. uz EK podrazumijevaju se stvari – pokretne i nepokretne, dakle sve ono što predstavlja pokretnu i nepokretnu imovinu.⁷⁸

Ustavni sud Federacije BiH Presudom U-27/15 oglosio je neustavnim članke 33. i 40. Zakona o stečajnom postupku FBiH (ZSP). Potraživanja radnika su ZSP FBiH bila u okviru višeg isplatnog reda, koja su se namirivala nakon potraživanja koja su proizlazila iz razdoblja privremene uprave i koja nisu mogla biti namirena od strane privremenog upravitelja ili stečajnog upravitelja (čl. 33. ZSP). Prioritet namirenja ispred vjerovnika višeg isplatnog reda su imali troškovi stečajnog postupka i dugovi stečajne mase (čl. 40. ZSP). Intervencijom zakonodavca došlo je do ograničenja plaća radnika. Ustavni je sud smatrao da osporene odredbe favoriziraju jednu stranu, odnosno poslodavca, te da nisu sukladne sa odredbama članka II.A.2.(1) c) i d) Ustava Federacije BiH, člankom 1. Protokola 12 uz EK, člankom 1. Protokola 1.,⁷⁹ i člankom 14. EK u dijelu u kojem daju prednost namirenja potraživanja u stečajnom postupku određenim subjektima, a prije

75 KONTREC, BOIĆ, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, str. 38.

76 Između ostalog i odluci Gavella protiv Hrvatske (2006.), gdje je izričito rečeno: „Sud ponavlja da podnositelj zahtjeva može tvrditi da je došlo do povrede članka 1. Protokola br. 1. uz EK samo ako se osporene odluke odnose na njegovu „vlasništvo“ u smislu te odredbe. Pojam „vlasništvo“ ima autonomno značenje koje je neovisno o formalnoj klasifikaciji u domaćem pravu.“ Odluka o dopuštenosti zahtjeva br. 33244/02.

77 Zato je pojam prava „vlasništva“ u smislu EK autonoman, ESLJP svojim presudama interpretira što se sve smatra pod imovinom, kao i da se u smislu čl. 1. Protokola br. 1. uz EK vlasništvo štiti od različitih oblika zadiranja u to pravo, bilo da se radi o zadiranju koja ima posljedicu u radnjama izvršne ili upravne vlasti države članice, bilo da to zadiranje proizlazi iz samih zakona ili sudskih odluka, neovisno o tome radi li se o javnopravnom ili privatnopravnom sporu.

78 No, uz to objekt zaštite čl. 1. Protokola br. 1. uz EK su i sljedeća imovina: ekonomski interesi vezani uz poslovanje tvrtke, dionice i udjeli u tvrtkama, intelektualno vlasništvo, ugovorna prava, potraživanja i dugovi, budući prihodi, legitimno očekivanje i prava iz socijalnog osiguranja *ad personam*. KONTREC, BOIĆ, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, str. 39.

79 U predmetu Fuklev protiv Ukrajine, stavak 92., Sud je utvrdio da neaktivnost sudskih izvršitelja tijekom razdoblja duljeg od četiri godine ili propust da učinkovito kontroliraju ovršni stečajni postupak predstavlja povredu članka 1. Protokola br. 1. U slučaju kada se u nacionalnom stečajnom zakonodavstvu potraživanja radnika vezana uz rad nastala unutar jedne godine prije pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti smatraju prioritetnim zahtjevima, dok potraživanja nastala izvan jednogodišnjeg referentnog razdoblja nemaju prioritetni status, Sud se pozvao na zakonodavstvo ILO-a i utvrdio da je takvo klasificiranje primjereno (Acar i drugi protiv Turske (odl.), stavak 34.). Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, str. 31/74.

namirenja radnika stečajnog dužnika, koji su dovodenjem u nepovoljniji položaj u odnosu na jedan dio sudionika stečajnog dužnika, diskriminirani.⁸⁰ U predmetu Kačapor i dr. protiv Srbije, ESLJP zaključuje da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. EK ali istovremeno i povrede prava na imovinu koja je garantirana člankom 1. Protokola broj 1. uz EK.⁸¹

Odlukom o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH u predmetu broj AP 351/16⁸² Ustavni sud BiH usvojio je apelaciju F. O.⁸³ F. M., Z. O., S. B.,

80 Parlament Federacije BiH je usvojio Zakon o izmjenama Zakona o stečajnom postupku tek 2018., te tako u Federaciji BiH potraživanja radnika više nisu ograničena ni visinom ni temporalno. Zakon o izmjenama Zakona o stečajnom postupku je objavljen 4. srpnja 2018., i stupio je na snagu narednog dana od dana objave.

81 U predmetu R. Kačapor i druge podnositeljice predstavki protiv Srbije, ESLJP ponovio stav iznijet u više slučajeva da je izvršni postupak sastavni dio građanskog sudskog postupka i da se vrijeme trajanja sudske zaštite računa od inicijalnog akta (tužbe) do završetka postupka izvršenja pa makar se on proveo i kroz stečajni postupak; da država mora biti odgovorna za izvršenje odluka i za poduzeća koja se nalaze u društvenom vlasništvu; da sud po službenoj dužnosti bez obzira na regulativu Zakona o izvršnom postupku može da promijeni sredstvo izvršenja; da se podnositeljice predstavke ne mogu smatrati nesavjesnim zato što nisu obavijestile općinski sud da na računu dužnika nema sredstava i da one nisu morale da traže tu informaciju od Narodne banke; i da se kašnjenje u izvršenju presude može opravdati samo posebnim okolnostima, ali to ne smije biti tako da ugrožava suštinu prava zaštićenog prema članku 6. stav 1. EK; bez obzira da li je dužnik privatni ili društveni akter na državi je da poduzme sve neophodne mjere da se pravomoćna sudska presuda izvrši kao i da pri tome osigura djelotvorno učešće njenog cijelog aparata; da je odnos između suda nadležnog za izvršenje i Narodne banke interni odnos između “dva Vladina tijela” i da je kao takav izvan utjecaja podnositeljica predstavki; da nije bilo razloga zbog koga bi podnositeljice predstavke tražile od Narodne banke najnovije podatke o navedenoj uplati sa bankarskog računa samo da bi se ispunila praznina u komunikacijama između “dva ogranka Vlade” da država ne može da navede ni nedostatak vlastitih sredstava ni nedostatak sredstava dužnika kao izgovor za neizvršenje o kome je riječ. Zbog toga sud zaključuje da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. EK ali istovremeno i povrede prava na imovinu koji je garantirana člankom 1. Protokola broj 1. uz EK. Predmet R. Kačapor i druge podnositeljice predstavki protiv Srbije, Predstavke br. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 i 3046/06, Presuda od 15.1.2008.

82 Službeni glasnik BiH, broj 35/18.

83 F. O. podnio je 21. 1. 2016. apelaciju Ustavnom sudu BiH zbog nemogućnosti realizacije svog potraživanja iz radnog odnosa dosuđenog pravosnažnom i izvršnom presudom Općinskog suda u Zavidovićima, odnosno zbog dužine trajanja izvršnog postupka u kojem je doneseno Rješenje Općinskog suda o prekidu postupka od 26. 6. 2013., te zbog dužine trajanja stečajnog postupka koji se vodi pred Općinskim sudom u Zenici. Apelant je 13. 4. 2018. dopunio apelaciju. Apelant je 20. 10. 2007. na osnovu pravosnažne i izvršne presude Općinskog suda od 18. 10. 2006. podnio prijedlog za izvršenje protiv izvršenika (IP „Krivaja“ d.o.o. Zavidovići) radi namirenja novčanog potraživanja, nakon čega je Općinski sud donio rješenje o izvršenju 28. 12. 2007. S obzirom na to da se izvršenje nije moglo provesti na novčanim sredstvima izvršenika, sud je zaključkom odlučio izvršenje provesti na pokretnim stvarima izvršenika pa su, prema zapisniku od 19. 5. 2010., zaplijenjene pokretne stvari izvršenika. U tijeku izvršnog postupka otvoren je stečajni postupak nad izvršenikom (11. 7. 2011.), tako da je Općinski sud zbog nastupanja pravnih posljedica otvaranja stečajnog postupka rješenjem od 26. 6. 2013. prekinuo predmetni izvršni postupak. Nakon otvaranja stečajnog postupka nad izvršenikom apelant je Rješenjem Općinskog suda u Zenici od 11. 7. 2011. prijavio svoja potraživanja stečajnom sudu. Rješenjem Općinskog suda u Zenici od 4. 11. 2013. konstatirano je da se prijedlog za reorganizaciju stečajnog dužnika (IP „Krivaja“ d.o.o. Zavidovići) smatra povučenim. Iz spisa proizlazi da je stečajni upravitelj u više navrata bezuspješno pokušavao

E. H., H. H., F. B., N. B. i S. S. i utvrdio povredu prava na pravično suđenje iz članka II/3.e) ustava BiH i članka 6., stavak 1. EK, kao i prava na imovinu iz članka II/3.k) Ustava BiH i članka 1. Protokola broj 1 uz EK zbog neizvršenja pravosnažnih presuda, odnosno neprovođenja rješenja o izvršenju Općinskog suda u Zavidovićima, te zbog dužine trajanja stečajnog postupka koji se vodi pred Općinskim sudom u Zenici, jer mjere koje je poduzela Vlada FBiH kao tijelo javne vlasti u konkretnom slučaju nisu bile dovoljne i adekvatne.

Ustavni sud podsjeća na praksu ESLJP, da se izvršenje sudske odluke mora smatrati sastavnim dijelom „suđenja“ u smislu članka 6. stavka 1. EK.⁸⁴ U kontekstu stečajnog postupka, period neizvršenja sudske odluke ne bi trebalo ograničiti samo na fazu izvršnog postupka, već on treba da obuhvati i kasniji stečajni postupak protiv izvršenika.⁸⁵ Kada organi imaju obvezu da postupaju da bi izvršili pravosnažnu sudsku odluku, a to ne učine, njihovo nepostupanje može u određenim okolnostima uključiti odgovornost države prema članku 6. stavku 1. EK.⁸⁶ Kada je riječ o izvršenju pravosnažnih sudskih odluka donijetih protiv države ili osoba koja ne uživaju „dovoljnu i poslovnu nezavisnost od države“, država nema mogućnost da citira ili nedostatak vlastitih sredstava ili neimaštinu dužnika kao izgovor za neizvršenje tih odluka.⁸⁷ Ustavni sud ukazuje da su prema članku I/2. Ustava BiH te prema članku 1. EK sve razine vlasti u BiH dužne osigurati poštovanje individualnih ljudskih prava u koja spada i pravo na izvršenje izvršne sudske odluke prema članku 6. stavku 1. EK, uključujući i pravo na imovinu iz članka 1. Protokola broj 1 uz EK, s obzirom na to da su sudskim odlukama apelantima dosuđena novčana potraživanja. Relevantan period koji Ustavni sud treba uzeti pri razmatranju dužine predmetnih izvršnih postupaka i

da proda imovinu stečajnog dužnika, odnosno nakon prodaje jednog dijela imovine stečajnog dužnika tužbom pokrenuo postupak raskida kupoprodajnih ugovora zbog činjenice da kupci imovine nisu ispunili svoje obveze.

84 Iako se kašnjenje u izvršavanju presude može opravdati posebnim okolnostima, ono ne smije biti takvo da ugrozi suštinu prava koje se štiti (vidjeti Budrov protiv Rusije, broj 59498/00, st. 35, ECHR 2002-III, i Teteriny protiv Rusije, broj 11931/03, stav 41, 30. juni 2005.). Također je relevantan stav po kojem bez obzira na to da li je dužnik privatna osoba ili osoba pod upravom države, na državi je da poduzme sve neophodne korake da izvrši pravosnažnu sudsku presudu i da time osigura djelotvorno učešće svog cijelog aparata (Pini i drugi protiv Rumunije, broj 78028/01 i 78030/01 st. 174-189, ECHR-V; Hornsby, st. 41; i Kačapor i dr. protiv Srbije, broj 2269/06 st. 108, 15. 1. 2008.)

85 U slučaju izvršenja pravosnažne sudske odluke protiv privatne osobe, država nije neposredno odgovorna za dugove privatnih osoba. Njene obveze prema čl. 6. st. 1. EK ograničene su na osiguranje neophodne pomoći vjerovniku u izvršenju odluka suda, na primjer putem izvršnog ili stečajnog postupka (vidjeti, Kotov protiv Rusije, broj 54522/00 st. 90, 3. april 2012. i Jovičić i dr. protiv Srbije, predstavke br. 37270/11, 37278/11, 47705/11, 47712/11, 47725/11, 56203/11, 56238/11 i 75689/11, presuda od 13. januara 2015., st. 33-36).

86 Zadatak ESLJP odnosno Ustavnog suda u takvim slučajevima je da razmatra da li su mjere koje su organi primijenili bile odgovarajuće i dovoljne i da li su postupali marljivo kako bi pomogli vjerovniku u izvršenju presude.

87 Ustavni sud ukazuje i na vlastitu praksu: Odluka o dopustivosti broj AP 2511/09 od 6. prosinca 2012. i Odluka o dopustivosti broj AP 3145/09 od 20. prosinca 2012.

stečajnog postupka je period od devet godina i četiri mjeseca do 11 godina i četiri mjeseca.⁸⁸

Ustavni sud zapaža da se u postupcima na čiju se dužinu apelanti žale radi o složenim pitanjima, te da je nad izvršenikom otvoren stečajni postupak, zbog čega su po sili zakona izvršni postupci prekinuti. Kod predmetnog stečajnog postupka također se radi o složenim pitanjima. Predmetni postupci su od većeg značaja za apelante koji nastoje ostvariti svoja potraživanja iz radnog odnosa, pri čemu apelanti svojim ponašanjem nisu doprinijeli ukupnoj dužini postupaka koji su u pitanju. Javna vlast ima pozitivnu obvezu da omogući efikasno i djelotvorno izvršenje sudskih presuda. S obzirom na to da je Vlada FBiH uvrstila stečajnog dužnika na listu gospodarskih društava u kojima vrši ovlaštenja na osnovu učešća državnog kapitala iz nadležnosti Federacije, postoji i pozitivna obveza Vlade FBiH (kao nadležnog organa javne vlasti) prema apelantima kao vjerovnicima, prema relevantnoj praksi ESLJP, da omogući da ostvare svoja potraživanja iz pravosnažnih odluka koja su prijavili u predmetnom stečajnom postupku koji još uvijek nije okončan. Unatoč posebnim okolnostima zbog kojih nije okončan predmetni stečajni postupak, koje i po mišljenju Ustavnog suda objektivno utječu na dužinu trajanja predmetnog postupka, Ustavni sud smatra da, u svjetlu pozitivne obveze javne vlasti da poduzima efektivne mjere s ciljem izvršenja pravosnažnih presuda, u okolnostima konkretnog slučaja u kojima imatelji pravosnažnih sudskih odluka dugi niz godina nisu u mogućnosti da realiziraju svoja potraživanja iz radnog odnosa, mjere koje poduzima javna vlast s ciljem okončanja navedenih postupaka i omogućavanja isplate navedenih potraživanja nisu bile dovoljne i djelotvorne, zbog čega postoji povreda prava apelanata na izvršenje pravosnažnih sudskih odluka u razumnom roku. Stoga, Ustavni sud zaključuje da je došlo do povrede prava na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava BiH i članka 6. stavka 1. EK u odnosu na pravo na izvršenje pravosnažnih sudskih odluka. Nesporno da je došlo i do miješanja u pravo apelanata na imovinu jer se radi o potraživanjima priznatim izvršnim odlukama, koje je neproporcionalno, imajući u vidu da se te odluke ne izvršavaju već niz godina, te naročito činjenicu da se radi o potraživanjima iz radnog odnosa. Pokretanjem predmetnog stečajnog postupka prekinuti su izvršni postupci koje su apelanti pokrenuli na osnovu izvršnih odluka. S obzirom da predmetni stečajni postupak zbog svoje složenosti ni nakon gotovo sedam godina nije okončan, proizlazi da je na taj način došlo do miješanja u imovinu apelanata zbog nemogućnosti da od stečajnog dužnika naplate svoja potraživanja dugi niz godina. Stoga, Ustavni sud smatra da je došlo i do povrede prava apelanata na imovinu iz čl. II/3.k) Ustava BiH i čl. 1. Protokola broj 1 uz EK.

88 Apelanti su, na osnovu pravosnažnih i izvršnih sudskih odluka koje su ishodili nakon okončanja radnih sporova koje su vodili protiv poslodavca (sada izvršenika – stečajnog dužnika), u periodu od listopada 2006. do listopada 2008. pokrenuli izvršne postupke koji su nakon otvaranja stečajnog postupka nad imovinom izvršenika – stečajnog dužnika (11. 7. 2011.) prekinuti. Nakon toga, apelanti su prijavili svoja potraživanja stečajnom sudu, međutim, predmetni stečajni postupak još uvijek nije okončan, tj. apelanti još uvijek nisu naplatili svoja potraživanja od stečajnog dužnika.

6. Zaključak

Pravo na pravično suđenje u razumnom roku jedno je od osnovnih prava, zagarantirano u čl. 6. EK. Prema praksi ESLJP i ustavnih sudova u BiH i u stečajnom postupku ima mjesta primjeni čl. 6., st. 1. EK. Ocjena o tome trajanje li predugo jedan postupak temelji se na vremenu u kojem se taj postupak vodi, počev od njegova pokretanja. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku proteže se na povezane postupke kao cjelinu. Stoga je za djelotvornost stečajnog postupka bitna i učinkovitost ovršnog postupka. Izvršenje sudske odluke se mora smatrati sastavnim dijelom „suđenja“ u smislu članka 6. stavka 1. EK. U kontekstu stečajnog postupka, period neizvršenja sudske odluke ne bi trebalo ograničiti samo na fazu izvršnog postupka, već on treba da obuhvati i kasniji stečajni postupak protiv izvršenika. U slučaju izvršenja pravosnažne sudske odluke protiv privatne osobe, država nije neposredno odgovorna za dugove privatnih osoba. Njene obveze prema čl. 6. st. 1. EK ograničene su na osiguranje neophodne pomoći vjerovniku u izvršenju odluka suda, na primjer putem izvršnog ili stečajnog postupka. Kašnjenje u izvršenju presude može se opravdati samo posebnim okolnostima, ali to ne smije biti tako da ugrožava suštinu prava zaštićenog prema članku 6. stav 1. EK. Kada organi imaju obvezu da postupaju da bi izvršili pravosnažnu sudsku odluku, a to ne učine, njihovo nepostupanje može u određenim okolnostima uključiti odgovornost države prema članku 6. stavku 1. EK. Kada je riječ o izvršenju pravosnažnih sudskih odluka donijetih protiv države ili osoba koja ne uživaju „dovoljnu i poslovnu nezavisnost od države“, država nema mogućnost da citira ili nedostatak vlastitih sredstava ili neimaštinu dužnika kao izgovor za neizvršenje tih odluka. Prema članku I/2. Ustava BiH te prema članku 1. EK sve razine vlasti u BiH dužne osigurati poštovanje individualnih ljudskih prava u koja spada i pravo na izvršenje izvršne sudske odluke prema članku 6. stavku 1. EK, uključujući i pravo na imovinu iz članka 1. Protokola broj 1 uz EK.

Složenost domaćeg postupka može objasniti dužinu njegovog trajanja. Međutim, iako je priznao složenost stečajnog postupka, iz prakse ESLJP i ustavnih sudova, možemo zaključiti da se složenost postupka procjenjuje u svakom konkretnom slučaju i da, i kad se utvrdi da trajanje postupka je rezultat i njegove složenosti, to ne zadovoljava kriterij „razumnog roka“.

Neučinkovita stečajna regulativa ne dovodi samo do ukupne pravne nesigurnosti u pogledu zaštite povrijeđenih ili ugroženih građanskih prava već i do gubitka stranih investicija i gospodarskog rasta. Od novog ZS Federacije BiH se očekuju rezultati koji su evidentni od primjene novog ZS u Republici Srpskoj (skratio je prosječno trajanje stečajnoga postupka, povećao je broj riješenih predmeta te je sačuvao značajan broj radnih mjesta kao rezultat uspješnih postupaka restrukturiranja). Učinci ZS RS-a na djelotvornost stečajnih predmeta prate se sustavno. Stečajni predmeti rješavaju se kao žurni, postupajući sud nadležan je za odlučivanje o svim predmetima koji proizlaze iz stečajnoga

predmeta ili su povezani s njim. Novi ZS RS-a unaprijedio je sveukupan status stečajnih upravitelja, što se očekuje i od novih odredbi koje su predviđene ZS-a FBiH. U RS-u se lista stečajnih upravitelja redovito ažurira. Edukacije su obvezatne i Ministarstvo pravde RS-a vodi evidenciju o sudjelovanju. Pored zakona, donijeti su prateći podzakonski akti kojima se standardiziraju radnje s ciljem ubrzanja pojedinih radnji u postupku. Ministarstvo pravde FBiH nije pratilo adekvatno rad stečajnih upravitelja. Novim ZS FBiH skraćuju se rokovi za poduzimanje pojedinih radnji u postupku i određene su sankcije za stečajnoga upravitelja i druge dionike u postupku ako kasne u provedbi potrebnih radnji. Osim toga, utvrđen je način praćenja izvršenja određenih radnji u postupku od predsjednika sudova i rukovoditelja tijela uprave, ovisno o tome je li riječ o sudskim ili upravnim postupcima. Nadležni sud uređuje i vodi evidenciju o otvorenim stečajnim postupcima, angažiranim upraviteljima i broju predmeta kojima su upravitelji zaduženi. Pooštreni su uvjeti za izbor stečajnih upravitelja koji moraju položiti ispit za stečajnoga upravitelja i stalno raditi na edukaciji i osobnom usavršavanju. Povećan je stupanj kontrole rada stečajnih upravitelja. Radi učinkovitosti stečajnih postupaka broj stečajnih predmeta koje može voditi jedan stečajni upravitelj limitiran je na dva predmeta.

Bitne zaprjeko učinkovitosti procesuiranju stečajnih postupaka su i objektivne okolnosti, kao što je stanje gospodarstva u kojem nema financijskih sredstava za ponovno ulaganje radi ozdravljenja društava u problemima. Na stečajnim aukcijama nema kupaca za imovinu gospodarskih društava u stečaju, što otežava prikupljanje financijskih sredstava za naplatu vjerovnika i radnika. Jedan o značajnih problema u provedbi stečajnih zakona je neblagovremeno pokretanje postupka. Da bi se to otklonilo, ZS FBiH propisuje da je Financijsko-informatička agencija nadležna, odnosno ovlaštena pokrenuti prekršajni postupak protiv stečajnoga dužnika, odnosno tijela ovlaštenoga za zastupanje stečajnoga dužnika, ako stečajni dužnik, odnosno tijelo ovlašteno za zastupanje stečajnog dužnika, ne podnese prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka u roku 60 dana od dana nastupanja platežne nesposobnosti te će se kazniti novčanom kaznom za prekršaj. Propisivanje nadležnosti Financijsko-informatičke agencije da je ovlaštena pokrenuti prekršajni postupak protiv stečajnog dužnika, odnosno tijela ovlaštenog za zastupanje stečajnog dužnika, iznimno je bitna i značajna za pravodobno pokretanje stečajnog postupka jer prethodno važeći Zakon o stečajnom postupku nije propisivao koje je tijelo nadležno vršiti nadzor nad primjenom zakonske odredbe koja se tiče pravodobnog pokretanja postupka i koje bi izricalo sankcije stečajnom dužniku, odnosno tijelu ovlaštenom za zastupanje stečajnoga dužnika uslijed nepravodobnog pokretanja postupka.

Subjektivni razlozi koji dovode do produženja stečajnih postupaka, poput nedovoljne edukacije sudaca, stečajnih upravitelja, ograničenog znanja o ekonomskim pojmovima, poslovnim transakcijama i gospodarskim praksama i sl., mogu se otkloniti formiranjem trgovačkih sudova i stalnim obrazovanjem svih sudionika stečajnog postupka. Potrebna je šira akcija obrazovanja o samom

pojmu stečaja u bosanskohercegovačkom društvu, kako bi i gospodarstvenici i potencijalni vjerovnici imali znanja koje sve mogućnosti društvo u problemima ima.

7. Literatura

1. Bačić protiv Hrvatske, br. 43595/06 od 19. 6. 2008., https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//arhiva//BACIC_.pdf,
1. BEGIĆ, Z., RAZIĆ, S., *Ustavnost stečajnih postupaka u Federaciji Bosne i Hercegovine: Kako smo ubili radničku klasu?*, Društveni ogledi, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Centar za društvena istraživanja – International Burch University, decembar 2015., Godina 2, Broj 2,
2. BUBIĆ, S., *Neki aspekti prava na pošteno suđenje u građanskim predmetima*, “Pristup pravdi u Bosni i Hercegovini, Besplatna pravna pomoć, poseban osvrt na Hercegovačko-neretvanski kanton”, Centar za ljudska prava u Mostaru, Mostar, 2011.,
3. ČIZMIĆ, J., HUSEINBEGOVIĆ, A., HAUBRICH, V., *Nadležnost sudova u parničnom postupku*, Privredna štampa, Sarajevo, 2021.,
4. Domaća i strana sudska praksa, Stručni i informativni časopis Godina XV, Broj 75 Izdavač: “Privredna štampa” d.o.o. Sarajevo, 2018.
2. GHIO, Emilie, *European Insolvency Law - Development, Harmonisation and Reform*, Trinity College Law Review, (2015), dostupno na: https://www.academia.edu/16271107/E_Ghio_European_Insolvency_Law_-_Development_Harmonisation_and_Reform_2015_, posjećeno: 9.5. 2020.
3. Godišnje izvješće za 2019. godinu, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, dostupno na: <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/VSTV-BIH-2019.pdf>,
4. Godišnji izvještaj za 2019. godinu, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, <https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/VSTV-BIH-2019.pdf>,
5. GRBIĆ, S., *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6., stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupaka - nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca - pristup sudu - jednakost oružja)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014.,
6. HAUBRICH, V., PEHAR, S., RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, Zbornik radova IV. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“, 25. i 26. listopada 2018., Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu,
7. HRASTINSKI JURČEC, Lj., *Pravni položaj stečajnoga upravitelja u stečajnim postupcima*, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Zagreb, listopad 2007.,

8. HUSEINBEGOVIĆ, A., HAUBRICH, V., RECHNER, E., *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka*, Godišnjak Pravnog fakulteta, Tematski broj sa naučne konferencije „Zaštita ljudskih prava u BiH“, Godina III, broj 3, Mostar, 2019.
9. KONTREC, D., BOIĆ, V., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksa ESLJP – građanskopravni aspekt*, Priručnik za polaznike/ice, Pravosudna Akademija, Zagreb, kolovoz, 2017.,
5. Kotov protiv Rusije, Zahtjev broj 54522/00 od 3. travnja 2012., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110023%22%5D%7D>,
10. LJUBANOVIĆ, B., *Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49., 3/2012.,
11. MANOJLOVIĆ-ANDRIĆ, K., i dr., *Kriterijumi za ocjenu povrede prava na suđenje u razumnom roku*, Savet Evrope, Beograd, jun 2018.,
6. Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2699/11 od 25. juna 2014., st. 141, objavljena u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 64/14, stečajni postupak, nema povrede čl. 6. EK i čl. II/3.e) Ustava BiH. dostupno na: https://www.ustavnisud.ba/hr/pravicno-sudenje-razuman-rok?force_locale=true,
7. Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH u predmetu broj AP 351/16, <http://www.glasila.ba/page/akt/kxCotIPhCeQ=>,
8. Odluke i presude u odnosu na Bosnu i Hercegovinu, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice, http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/odluke/default.aspx?id=170&langTag=bs-BA#PoClanovimaKonvencije
12. Praktični vodič za primenu Evropske konvencije u Republici Srbiji, Ministarstvo pravde Republike Srbije, Pravosudna akademija, Beograd, 2018.,
9. Pravično suđenje – razuman rok, Praksa ustavnog suda BiH, Članak 6. Evropske konvencije, https://www.ustavnisud.ba/hr/pravicno-sudenje-razuman-rok?force_locale=true
10. Predmet R. Kačapor i druge podnositeljice predstavki protiv Srbije, Predstavke br. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 i 3046/06 , Presuda od 15.1.2008. godine., <http://www.zastupnik.gov.rs/cr/articles/presude/u-odnosu-na-rs/r.-kacapor-i-drugi-protiv-srbije-predstavke-brojevi-2269-06....html>,
11. Pregled prakse Europskog suda za ljudska prava, Informacije o novim presudama i odlukama Europskog suda za ljudska prava, svibanj – kolovoz 2019., Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/PREGLED%20PRAKSE//PREGLED%202_19.pdf
12. Pregled prakse Europskog suda za ljudska prava, Vlada Republike Hrvatske, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, <https://uredzastupnika.gov.hr/edukacija-o-konvenciji-137/pregledi-prakse-europskog-suda-za-ljudska-prava/172>

13. Presuda Ustavnog suda FBiH br. U-27/15, „Službene novine Federacije BiH“, broj 4/17,
14. RADOVIĆ, *Osnovi stečajnog prava*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2018.
15. Rješenje o preispitivanju U – 27/15 od 12. 9. 2017., “Službene novine Federacije BiH”, broj 98/17,
13. ROAGNA, I., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Priručnik za primjenu člana 6 (1) Evropske konvencije o ljudskim pravima, Savjet Evrope, Strazbur Cedex, Septembar, 2018., dostupno na: <https://rm.coe.int/mne-pravo-na-sudjenje-u-razumnom-roku-mne/16808e729c>,
14. SAŽETAK PRESUDE CIPOLLETTA PROTIV ITALIJE OD DANA 11. SIJEČNJA 2018. GODINE ZAHTJEV BR. 38259/09, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-195740%22%5D%7D>}}
16. TADIĆ, M., *Pravo na suđenje u razumnom roku – predmeti i praksa ustavnog suda BiH*, Pravosudni forum za Bosnu i Hercegovinu, Pravo na suđenje u razumnom roku, Treća godišnja konferencija najviših sudova u Bosni i Hercegovini, Jahorina, 14. i 15. 11. 2019, Zbornik radova, Ustavni sud BiH, Sarajevo, 2020.,
15. UZELAC, Al., *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, dostupno na: http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A35Fair_trial_uskladenost%20zakonaCMS.pdf, posjećeno: 9. 5. 2020.
17. VEHABOVIĆ, F., *Dužina postupka – prava i obaveze, posljedice i rješenja*, Pravosudni forum za Bosnu i Hercegovinu, Pravo na suđenje u razumnom roku, Treća godišnja konferencija sudova u Bosni i Hercegovini, Jahorina, 14. i 15. 11. 2019. godine, Ustavni sud BiH, Sarajevo, 2020.,
18. VIDIĆ, M., *Osnove stečajnog prava*, PRESSUM, Mostar, 2021.,
16. Vodič kroz čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt), Vijeće Evrope, Europski sud za ljudska prava, 2013., https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija//Vodi%C4%8D%20kroz%20%C4%8Dlanak%206.%20Konvencije_gra%C4%91anski%20aspekt.pdf
19. Vodič kroz član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na pravično suđenje, Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica, septembar 2019.,
17. Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Zaštita vlasništva, Vijeće Evrope, Sud za ljudska prava, Prvo izdanje, 2019., <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija//Vodi%C4%8D%20kroz%20%C4%8Dlanak%201%20protokola%20br.%201.pdf>,
20. *Vodič za učinkovitije rješavanje stečajnih predmeta*, Visoko sudsko i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2019.,

18. Vodič, Suđenje u razumnom roku, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2021., https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/vodic-sudjenje-u-razumnom-roku_1611845149.pdf.
21. Zakon o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije BiH", br. 29/2003, 32/2004, 42/2006, 4/2017 - odluka US i 52/2018,
22. Zakon o stečaju Brčko Distrikta, „Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 16/2019,
23. Zakon o stečaju Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH“, br. 53/21,
24. Zakon o stečaju Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 16/16,

Marija Vidić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary: In her paper, the author examines the right to a fair trial in bankruptcy proceedings. According to the practice of the European Court of Human Rights, in bankruptcy proceedings it is justified to use article 6, paragraph 1, of the European Convention of Human Rights and article 1 of the First Protocol to the Convention. The subject of research in this paper is the right to a fair trial in bankruptcy legislation and court practice in Bosnia and Herzegovina. Decisions of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina will be analyzed, and a review will be provided of a reasonable deadline during bankruptcy proceedings for making *de lege ferenda* proposals as to how to remove objective and subjective reasons leading to halts or delays in the execution of bankruptcy proceedings. A bankruptcy proceeding is an exceptionally complex proceeding. Any delay in the initiation or completion of a bankruptcy proceeding results in a decreased possibility to have a high rate of creditors claims being settled. Bankruptcy laws play an important role in economy, for which reason the efficient execution of bankruptcy proceedings is important for the efficient functioning of the entire economic system.

Keywords: European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, bankruptcy, fair trial, reasonable deadline

Dr. sc. Nina Kulušić, stručni saradnik, studentska referada
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Dipl. iur. Amna Mustafić, bachelor prava

RAZBOJNIŠTVO U KAZNENOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE U SVJETLU ZAŠTITE PRAVA NA IMOVINU KAO ZAŠTIĆENOG LJUDSKOG PRAVA

Sažetak: U ovom radu obrađuju se osnovne i opće karakteristike kaznenopravne zaštite imovine uopće u pravu Bosne i Hercegovine. Pravo na imovinu je ustavom zajamčeno ljudsko pravo čija je zaštita zagantirana na međunarodnoj i europskoj razini. Analizira se pojam, elementi bića, sadržina, karakteristike i oblik ispoljavanja kaznenog djela razbojništva. Kazneno djelo razbojništva sastoji u oduzimanju tuđe pokretne stvari od drugoga uporabom sile prema nekoj osobi ili prijetnjom neposrednim (direktnim, izravnim) napadom na život ili tijelo druge osobe u namjeri da se njenim prisvajanjem za sebe ili drugoga pribavi protupravna imovinska korist. U radu se donosi detaljna analiza kaznenog djela razbojništva u nacionalnom i uporednom zakonodsvstvu i sudskoj praksi u kontekstu zaštite prava na imovinu kao zaštićenog ljudskog prava.

Ključne riječi: pravo na imovinu, imovinska kaznena djela, kazneno djelo razbojništva

1. Uvodna razmatranja

Pozitivno pravo Bosne i Hercegovine, poslije dugog povijesnog razvoja počev od perioda srednjeg vijeka do danas, uostalom, kao i uporedno kazneno pravo suvremene Europe, poznaje, među imovinskim kaznenim djelima, i razbojništvo. Ono se u svojim elementima bića i karakteristikama, te oblicima ispoljavanja, u velikoj mjeri naslanja na sve tekovine dosadašnjeg razvoja pravne znanosti, ali ono svojom sadržinom u potpunosti odgovara zahtjevima politike suzbijanja kriminala uopće, a posebno kriminala nasilja.

Odmah na početku treba ukazati na specifičan kaznenopravni sustav Bosne i Hercegovine, budući da su u primjeni četiri kaznena zakona (zakonika): 1. Kazneni zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH)¹, 2. Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH)², 3. Kazneni zakon Brčko Distrikta Bosne i

1 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj: 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.

2 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj: 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014 i 76/2014.

Hercegovine (KZ BD BIH)³ i 4. Kazneni zakonik Republike Srpske (KZ RS)⁴. Prva tri kaznena zakona donesena su 2003. godine, dok je u Republici Srpskoj u tijeku 2017. godine donesen novi Kazneni zakonik (koji je zamijenio Kazneni zakon iz 2003. godine).

Osim Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, ostali zakoni u grupi kaznenih djela protiv imovine, u odgovarajućem tekstu, sadržaju i koncepciji, propisuju i kazneno djelo Razbojništvo⁵. Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH) u glavi dvadesetpetoj pod nazivom „Kaznena djela protiv imovine“, u članku 289. određuje pojam, karakteristike i oblike ispoljavanja (osnovni i dva teža) kaznenog djela razbojništva. Ovo kazneno djelo je na identičan način uređeno kao i što je to bilo svojevremeno u Kaznenom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine iz 1998. godine. Na istovjetan način i Kazneni zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD BIH) u glavi dvadesetpetoj pod nazivom „Kaznena djela protiv imovine“, u članku 283. propisuje kaznenu odgovornost i kažnjivost za kazneno djelo Razbojništvo. I konačno, Kazneni zakonik Republike Srpske u glavi dvadesetjetoj pod nazivom „Kaznena djela protiv imovine“, na prvom mjestu, u odredbi članka 227. određuje, pojam, obilježja, karakteristike, osnovni i dva teža, kvalificirana oblika razbojništva. Prva tri kaznena zakona su i danas u primjeni, sa brojnim izmjenama i dopunama, dok je u Republici Srpskoj u tijeku 2017. godine donesen novi Kazneni zakonik.

Prije nego što izložimo pojam, elemente bića, sadržinu, karakteristike i oblike ispoljavanja kaznenog djela razbojništva, treba ukazati na osnovne i opće karakteristike kaznenopravne zaštite imovine uopće u pravu Bosne i Hercegovine. Potom slijedi analiza teorijskog i praktičnog karaktera kaznenog djela razbojništva, koje je djelo hibridnog karaktera, sa dvojakom pravnom prirodom⁶. Ovo djelo, obzirom na objekt zaštite, objekt napada, prouzrokovanu posljedicu, ali i unutarnju sistematiku u kaznenim zakonima, predstavlja oblik imovinskog kriminala. S druge strane, razbojništvo se javlja i kao oblik nasilničkog kriminala ili kriminala nasilja – obzirom na način i sredstvo poduzimanja krađe, odnosno radnje oduzimanja tuđe pokretne stvari. No, ovo se kazneno djelo u jednom od težih, kvalificiranih oblika ispoljavanja vrši u „grupi“ (KZ FBiH i KZ BD BIH), odnosno od „strane više osoba“ (KZ RS), pa se stoga može reći da ono spada u oblik kolektivnog, grupnog, organiziranog kriminala. U pravnoj teoriji se ističe da razbojništvo predstavlja oblik prividnog realnog stjecaja kaznenih djela po osnovu konzumpcije, jer se radi o „pravom“ složenom kaznenom djelu. Njega čine dva druga samostalna kaznena djela, i to prinuda (kazneno djelo protiv sloboda i prava čovjeka i građana) i krađa (kazneno djelo protiv imovine). Ali

3 Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj: 10/2003, 45/2004, 6/2005, 21/2010 i 33/2013.

4 Službeni glasnik Republike Srpske broj 64/2017i 104/2018

5 Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). Kazneni zakon Bosne i Hercegovine. Sarajevo, str.52-53.

6 Jovašević, D. (2011). Leksikon krivičnog prava. Beograd, str. 649-651.

tek zajedno, u sudjelovanju, u kontinuitetu, u konkretnom slučaju ove dvije samostalne inkriminacije tvore, prerastaju u novo, teže, opasnije kazneno djelo razbojništva, za koje zakon propisuje strožije kažnjavanje u odnosu na propisane kazne za kaznena djela u njegovom sastavu. Za ovo kazneno djelo, neovisno od oblika i vida ispoljavanja, svi kazneni zakoni propisuju kaznu zatvora. Pored nje, upravo zbog prirode i karaktera imovinskih kaznenih djela, za počinitelje može biti od značaja i primjena imovinskih kaznenih sankcija, a u prvom redu novčane kazne. Na primjenu ove kazne upućuje subjektivni element samog kaznenog djela, a to je postojanje namjere počinitelja da prisvajanjem, prethodno putem prinude, oduzete tuđe pokretne stvari počinitelj za sebe ili drugu osobu pribavi protupravnu imovinsku korist. Budući da počinjenjem kaznenog djela razbojništva u potpunosti (svršeno kazneno djelo) počinitelj ili neka druga (fizička ili pravna) osoba najčešće i pribavljaju protupravnu imovinsku korist, to je za suzbijanje ovog oblika kriminala od velikog značaja i primjena posebne kaznenopravne mjere *sui generis* – oduzimanje imovinske koristi pribavljene kaznenim djelom. Najzad, obzirom da se radnja oduzimanja tuđe pokretne stvari može poduzeti, pored kvalificirane prijetnje, i uporabom sile, to često uključuje mogućnost primjene oružja, opasnog oruđa ili drugih predmeta koji mogu tijelo teško povrijediti ili zdravlje teško narušiti. Stoga se u ovakvim slučajevima kao korisna, cjelishodna i opravdana nameće primjena mjere sigurnosti oduzimanja predmeta.

2. Opće karakteristike imovinskih kaznenih djela

2.1. Imovina kao objekt zaštite

Kaznena djela protiv imovine su stara, prirodna, klasična, opća, konvencionalna djela. Ona su neumitni pratitelj razvoja ljudske povijesti. Javljaju se praktično sa pojavom države i prava uopće, kada se javlja i privatno, odnosno kolektivno vlasništvo nad imovinom, koje se razlikuje od opće ili grupne (zajedničke) svojine (vlasništva). Sa pojavom i razvojem imovine, javlja se i klasna podijeljenost društva. S jedne strane su osobe koje posjeduju imovinu u većem ili manjem obujmu, a nasuprot njima se nalaze osobe (i to ogromna većina) koje nemaju uopće ili nemaju dovoljno imovine, odnosno drugih imovinskih prava i interesa. Tu se nalazi i osnov protupravnih ponašanja kojima pojedinci i grupe teže da činjenjem kaznenih djela na štetu drugih osoba, pa i cijele društvene zajednice oduzmu, prisvoje tuđu imovinu. Tako dolazi do počinjenja imovinskih kaznenih djela, koja su, u pravilu, najbrojniji oblici ispoljavanja javnopravnih delikata. Ova kaznena djela poznaju sva kaznena zakonodavstva svijeta od najstarijih vremena do suvremenog doba.

U Bosni i Hercegovini imovinska kaznena djela sistematizirana su u glavama dvadesetpet u Kaznenom zakonu Federacije BiH, odnosno Kaznenom zakonu Brčko Distrikta BiH, i u glavi dvadesetoj Kaznenog zakonika Republike Srpske

pod nazivom „Kaznena djela protiv imovine“. Ovako određena sistematizacija ukazuje na prirodu, vrstu i karakter grupnog objekta zaštite ovih kaznenih djela – a to je imovina ili pravo na imovinu, kao jedno od osnovnih, opće civilizacijskih ljudskih prava koje je sadržano i garantirano u brojnim univerzalnim ili regionalnim međunarodnim dokumentima, ali i u ustavnim aktima u Bosni i Hercegovini. U pravnom smislu, imovina se može odrediti i kao skup subjektivnih prava jedne osobe – fizičke ili pravne. U ekonomskom smislu, imovina označava skup dobara koja pripadaju jednom određenom subjektu.⁷ Objekt zaštite kod ovih kaznenih djela je, kao što i sam njihov naziv kaže, imovina. Imovina predstavlja jednu od najznačajnijih osobnih, ali i društvenih vrijednosti, dobara ili interesa, pored života, tjelesnog integriteta, zdravlja, ljudskih sloboda i prava, spolne slobode, ugleda itd. U pravnoj literaturi se može pronaći i takvo shvaćanje da imovinska kaznena djela za objekt zaštite nemaju imovinu, već pravo na imovinu, odnosno pravo na neometano uživanje imovine i imovinskih interesa. Ovo ljudsko pravo nije samo osobno dobro. Ono uživa općiju pravnu zaštitu, pa postaje i društveno dobro. Za ovo pravo nerijetko se kaže da spada u korpus osnovnih, prirodnih, opće civilizacijskih, univerzalnih ljudskih prava. Tako je pravo na imovinu garantirano sljedećim međunarodnim dokumentima:⁸

- 1) *univerzalni dokumenti* doneseni u okviru Organizacije Ujedinjenih nacija⁹ kao što su: a) Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine,¹⁰ u kojoj je propisano da „Svatko ima pravo da posjeduje imovinu, sam, i u zajednici s drugima. Nitko ne može biti samovoljno lišen svoje imovine.“ (čl. 17.); b) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, iz 1966. godine,¹¹ u kojem je propisano da su „Svi pred zakonom jednaki i imaju pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez ikakvog razlikovanja.“ (čl. 26.) i c) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, iz 1966. godine,¹² u kojem je propisano da „Države ugovornice priznaju pravo svake osobe na životni standard dovoljan za njega i njegovu obitelj“ i
- 2) *regionalni dokumenti*¹³ kao što su: Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz 1950. godine i Dopunski protokol broj 11,¹⁴

7 Derenčinović, D.,etal. (2013).Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, str. 171.

8 Račić, O., Milinković, B., Paunović, M. (1998). Ljudska prava, Beograd, str. 111-121.

9 Dimitrijević, V. (2005). Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima, str. 14-31.

10 Deklaracija je proglašena rezolucijom Generalne skupštine OUN 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine.

11 Pakt je usvojen rezolucijom Generalne skupštine OUN 2200 A (XXI) od 16. decembra 1966. godine.

12 Pakt je usvojen rezolucijom Generalne skupštine OUN 2200 A (XXI) od 16. decembra 1966. godine.

13 Hadži Vidanović, V., Milanović, M. (2005). Međunarodno javno pravo, Zbirka dokumenata, Beograd, str. 128-141.

14 Carić, S. (2015). Evropsko pravo ljudskih prava, Beograd, str. 360-368.

u kojem je propisano da „Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na neometano uživanje svoje imovine, i da nitko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim u zakonu i općim načelima međunarodnog prava.”¹⁵

2.1.1. Ustavno-pravna zaštita imovine

Pravo na imovinu¹⁶ je garantirano najvišim pravnim aktom Bosne i Hercegovine – Ustavom, koji predstavlja Aneks IV. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.¹⁷ Tako Ustav Bosne i Hercegovine u članku II. pod nazivom „Ljudska prava i osnovne slobode“, pod brojem 1. „Ljudska prava“ ističe: „Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najvišu razinu međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. U tom cilju postoji Komisija za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, kako je predviđeno Aneksom VI Općeg okvirnog sporazuma.“ Nadalje, pod naslovom „Međunarodni standardi“, Ustav Bosne i Hercegovine navodi da se „Prava i slobode predviđene Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.“ I ono što ima poseban značaj jeste odredba 3. koja nosi naziv „Nabrajanje prava“, gdje su sistematizirana osnovna ljudska prava i slobode, među kojima i pravo na imovinu. Tako, ovaj član Ustava Bosne i Hercegovine glasi:¹⁸ „Sve osobe na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i osnovne slobode, i to: a) pravo na život, b) pravo da ne budu podvrgnute mučenju ili nehumanom i ponižavajućem postupku ili kazni, c) pravo da ne budu držane u ropstvu ili potčinjenosti ili na prinudnom ili obveznom radu, d) pravo na osobnu slobodu i sigurnost, e) pravo na pravičan postupak u građanskim i kaznenim stvarima i druga prava u vezi s kaznenim postupkom, f) pravo na privatni i obiteljski život, dom i prepisku, g) slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, h) slobodu izražavanja, i) slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja, j) pravo na brak i zasnivanje obitelji, k) pravo na imovinu, l) pravo na obrazovanje i m) pravo na slobodu kretanja i prebivališta.“ Dakle, stavak 3. ove ustavne odredbe pod oznakom k) garantira „pravo na imovinu“ dajući tako karakter ustavnog načela ovom značajnom ljudskom pravu.

Od značaja za zaštitu svih ljudskih prava i osnovnih sloboda u Bosni i Hercegovini, pa tako i garantiranog prava na imovinu, jeste i odredba stavka 4. koja nosi naziv „Nediskriminacija“. Prema ovom ustavnom rješenju uživanje prava i sloboda, predviđenih ovim članom ili međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I. ovog Ustava, osigurano je svim osobama u Bosni i Hercegovini, bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što su spol, rasa, boja, jezik, vjeroispovijest,

15 Dimitrijević, V., Paunović, M. (1997). Ljudska prava, Beograd, str. 295-304.

16 Više o ljudskim pravima u: Trnka, K. (2000). Ustavno pravo, Bihać.

17 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 25/2009. godine – Amandman I.

18 Više u: Pobrić, N. (2000). Ustavno pravo, Mostar.

političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno podrijetlo ili povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.¹⁹

Na sličan način zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda garantira i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine.²⁰ Ovaj Ustav, u drugoj glavi pod nazivom „Ljudska prava i osnovne slobode“, pod A. „Opće odredbe“, u članku 1. naglašava da se principi, prava i slobode utvrđeni instrumentima u Aneksu ovog Ustava, koji se primjenjuju na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine, odnose se i na Federaciju. Tako je člankom 2. Ustava Federacije BiH propisano da će Federacija osigurati primjenu najviše razine međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u aktima navedenim u Aneksu, a to su: a) pravo na život, b) pravo na slobodu, s tim da su uhićenje i pritvaranje dopušteni samo u skladu sa zakonom, c) pravo na jednakost pred zakonom, d) zabrana svake diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, spolu, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom i socijalnom podrijetlu, e) pravo na pravičan kazneni postupak, f) zabrana mučenja, okrutnog ili nehumanog postupanja ili kažnjavanja, g) pravo na privatnost, h) sloboda kretanja, i) azil, j) pravo na zaštitu obitelji i djece, *k) pravo na imovinu*, l) pravo na osnovne slobode: slobodu govora i štampe, slobodu mišljenja, savjesti i uvjerenja, slobodu religije, uključujući privatno i javno vjeroispovjedanje, slobodu okupljanja, slobodu udruživanja, uključujući slobodu osnivanja i pripadanja sindikatima i slobodu neudruživanja, slobodu na rad, m) pravo na obrazovanje, n) pravo na socijalnu zaštitu, o) pravo na zdravstvenu zaštitu, p) pravo na prehranu, r) pravo na utočište i s) pravo na zaštitu manjina i potencijalno ugroženih grupa. Dakle, i Ustav Federacije Bosne i Hercegovine u sustavu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u članku 2. točka k) ističe „pravo na imovinu.“

Na sličan način garanciju osnovnim ljudskim slobodama i pravima (pa i pravu na imovinu) pruža i Ustav Republike Srpske²¹ u glavi drugoj pod nazivom „Ljudska prava i slobode“. U članku 10. Ustava izričito je istaknuto da su „Građani Republike ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, jednaki su pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, spol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovjest, socijalno podrijetlo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo osobno svojstvo.“ Poslije nabrojanja brojnih osobnih sloboda i prava Ustav Republike Srpske²² u članku 48. naglašava da se „Prava i slobode zajamčeni ovim Ustavom ne mogu oduzeti ni ograničiti. Osigurava se sudska zaštita sloboda i prava zajamčenih ovim Ustavom. Ko se ogriješio o ljudska prava i osnovne slobode

19 Opširnije o zaštiti ljudskih prava i Sloboda u: Steiner, C., Ademović, N. (2010). Komentar Ustava Bosne i Hercegovine, Sarajevo.

20 "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 1/1994, 13/1997, 16/2002, 52/2002, 63/2003, 9/2004, 20/2004, 33/2004, 72/2005, 71/2005 i 88/2005.

21 "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 21/1992, 28/1994, 8/1996, 13/1996, 15/1996, 16/1996, 21/1996, 21/2002, 26/2002, 30/2002, 31/2002, 69/2002, 31/2003, 98/2003, 115/2005 i 11/2005.

22 Više u: Kuzmanović, R. (2000). Ustavno pravo, Banja Luka, 2000.

zajamčene ovim Ustavom, osobno je odgovoran za to i ne može se pravdati ničijim naređenjem.”Članak 49. Ustava Republike Srpske, dalje, naglašava da se „Slobode i prava ostvaruju, a dužnosti ispunjavaju neposredno na osnovu Ustava, osim kada je Ustavom predviđeno da se uvjeti za ostvarivanje pojedinih od njih utvrđuju zakonom. Zakonom se može propisati način ostvarivanja pojedinih prava i sloboda samo kada je to neophodno za njihovo ostvarivanje.”Pravo na imovinu kao jedno od najznačajnijih ljudskih prava je posebno garantirano u glavi trećoj pod nazivom „Ekonomsko i socijalno uređenje“. Tako članak 54. izričito ističe da „svi oblici svojine imaju jednaku pravnu zaštitu“. No, prema odredbi članka 56. „zakonom se može ograničiti ili oduzeti pravo svojine, uz pravičnu naknadu. Za vrijeme ratnog stanja, neposredne ratne opasnosti ili vanrednog stanja zakonom se može ograničiti raspolaganje ili utvrditi poseban način korištenja dijela sredstava pravnih i fizičkih osoba.“

Ustavnoppravna osnova za zaštitu prava na imovinu nalazi se u članku 1. Dopunskog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Pravo na imovinu²³ je jedno od veoma bitnih prava za ustavnopravni poredak Bosne i Hercegovine. To nije samo individualno i subjektivno ljudsko pravo, već predstavlja i ustavnopravni institut koji je bitan za pravilno funkcioniranje jedinstvenog tržišta, u smislu članka I/4. Ustava Bosne i Hercegovine, i slobodne tržišne privrede. Naime, ovo pravo predstavlja, između ostalog, i osnovu za funkcionalan ekonomski poredak, te ukupnu ekonomsku ravnotežu. Na to uostalom ukazuje i 4. alineja Preambule Ustava Bosne i Hercegovine gdje se ističe da privatna imovina „podstiče opće blagostanje i ekonomski razvoj“.

Prilikom razjašnjenja pojma imovine treba ukazati da je to normativni pojam.²⁴ To znači da zakonodavac treba zakonom definirati šta se smatra imovinom, pri čemu mora imati u vidu i relevantne međunarodne standarde koje je utvrdio Europski sud za ljudska prava u Strazburu kroz svoju sudsku praksu tumačeći pojam „imovine“. U principu, pojam „imovine“ je generički, zajednički pojam koji obuhvaća niz različitih imovinskopravnih interesa koji predstavljaju ekonomsku vrijednost. Ekonomska vrijednost mora biti postojeća, a ne buduća, jer članak 1. Dopunskog protokola broj 1. uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i članak II, stavak 3. k) Ustava Bosne i Hercegovine ne štite pravo na stjecanje imovine.

Da li je nešto „imovina“ ili ne, ne ovisi od toga da li pravni sustav države definira određeni ekonomski interes privatnim ili javnim pravom.²⁵ Tako, imovinu predstavljaju različite stvarnopravne pozicije privatnog prava kao što su različite vrste vlasništva, posjed, služnost, najam, stanarsko pravo itd. Međutim, i razne obveznopravne pozicije, posebno one koje se mogu definirati kao „legitimno očekivanje“, mogu predstavljati imovinu: naknada štete, naknada troškova u

23 Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012). Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, str.300-305.

24 Ibid., str.303-305.

25 Ibid., str.304-305.

sudskom postupku, kupoprodajni ugovor na pokretnim ili nepokretnim stvarima itd. Također, i javnopravne pozicije koje za titulara znače određenu ekonomsku vrijednost mogu predstavljati imovinu: mirovina ili uplaćeni doprinosi za mirovinu, porodijska naknada, prekršajna novčana kazna itd. Konačno, i određene aktivnosti koje se definiraju kao privatnopravna autonomija mogu se ubrojiti u pojam imovine. Tako je i obrtnička dozvola imovina, jer za njenog posjednika predstavlja određenu imovinsku vrijednost.

I najzad, kada je riječ o zaštiti prava na imovinu,²⁶ država ima dvostruku obvezu: mora se suzdržati od neopravdanog miješanja u pravo na imovinu, kao i poduzeti određene korake kako bi se pravo na imovinu zaštitilo. Prema tome, pravo na imovinu podrazumijeva i djelotvornu zaštitu. To pretpostavlja, prije svega, usvajanje neophodnog normativnog okvira i stvaranje djelotvornog instrumentarija kako bi se ostvarila imovinska prava. Također, ukoliko država prekrši svoje obveze da pojedinca zaštititi na način da i treće osobe poštuju njegovo imovinsko pravo, onda dolazi do miješanja u njegovo pravo na imovinu.

2.1.2. Kaznenopravna zaštita imovine

Imajući u vidu da kaznena djela protiv imovine (sve vrste krađa, razbojništvo i dr.) imaju za objekt zaštite imovinu ili pravo na imovinu, to je potrebno ukazati i na kaznenopravni pojam imovine. Prema nazivu ove grupe kaznenih djela, shodno rješenjima iz posebnog dijela kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini može se zaključiti da se ovdje imovina javlja kao objekt zaštite (grupni zaštitni objekt). To je, dakle, osobno i društveno dobro, vrijednost ili interes na koje je upravljena radnja počinjenja svakog pojedinog kaznenog djela i kome se pruža kaznenopravna zaštita od svih oblika povrede i ugrožavanja od strane pojedinaca ili grupa.

Pored objekta zaštite (u formalnom i materijalnom smislu), i pravna teorija i pozitivno zakonodavstvo razlikuju i objekt radnje. To je dobro, vrijednost ili interes koje se neposredno napada poduzetom radnjom počinjenja konkretnog kaznenog djela kako bi se povrijedilo ili ugrozilo zaštićeno dobro ili vrijednost. Tako se kao objekt napada kod imovinskih kaznenih djela javlja u vidu svojine druge fizičke ili pravne osobe. To je i logično, jer se ova kaznena djela ne mogu činiti prema svojoj imovini, imovini u svojini počinitelja (osim kada se radi o susvojini ili zajedničkoj svojini više osoba, pa tada počinitelj djela poduzimanjem radnje počinjenja prekida državinu, pritežanje, fizičku, faktičku vlast ostalih osoba na imovini i uspostavlja samo sopstvenu državinu).

Imovina se kao objekt napada kod najvećeg broja imovinskih kaznenih djela javlja kao tuđa pokretna stvar (najčešće kod krađe, teške krađe, razbojništva, razbojničke krađe, utaje). Dalje, kod drugih kaznenih djela objekt napada mogu biti istodobno i pokretna i nepokretna imovina (kod prevare, iznude, ucjene). Nepokretna imovina može biti isključivi objekt napada kod malog broja kaznenih

²⁶ Ibid., str. 305.

djela (protupravno zauzimanje nekretnine od općeg značaja). Kod malog broja imovinskih kaznenih djela objekt napada se javlja u vidu imovinskih prava ili imovinskih interesa (kod zlouporabe povjerenja, oštećenja tuđih prava), dok kod nekih kaznenih djela ove vrste, kao objekt napada javlja se konkretna pokretna stvar (kod prikrivanja, paljevine).²⁷

Kazneni zakon Bosne i Hercegovine iz 2003. godine²⁸ u glavi prvoj pod nazivom „Značenje izraza u ovom Zakonu“, u članku 1. točka 27. izričito određuje pojam i karakteristike imovine. Prema ovom zakonskom rješenju „imovina predstavlja imovinu svake vrste bilo da se sastoji u stvarima ili pravima, bilo materijalnu ili nematerijalnu, pokretnu ili nepokretnu, te pravne dokumente ili instrumente kojima se dokazuje pravo na imovinu ili interes u odnosu na takvu imovinu“.²⁹ Interesantno je da Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine u dijelu koji se odnosi na „Značaj izraza u ovom Zakonu“, odnosno Kazneni zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine u dijelu koji nosi naziv „Osnovni pojmovi“ izričito ne određuju pojam imovine, niti pojam imovinske koristi. I najzad, Kazneni zakonik Republike Srpske iz 2017. godine³⁰ u glavi jedanaestoj pod nazivom „Značenje izraza u ovom Zakoniku“, u članku 123. točka 25. određuje pojam imovine tako što se „pod imovinom smatra imovina bilo koje vrste, neovisno od toga da li je materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, odnosno pravni dokumenti ili instrumenti kojima se dokazuje pravo na takvu imovinu.“

Na sličan način i drugi zakoni u okruženju Bosne i Hercegovine određuju pojam imovine. Tako Kazneni zakon Republike Hrvatske iz 2011. godine³¹ u članku 87. točka 23. pod imovinom smatra „imovinu bilo koje vrste, neovisno od toga da li je materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, odnosno pravne dokumente i instrumente kojima se dokazuje pravo ili interes na takvu imovinu“. Nadalje, Kazneni zakonik Republike Srbije u glavi dvanaestoj pod nazivom „Značenje izraza u ovom Zakoniku“, u odredbi članka 112. točka 36. izričito propisuje pojam imovine kao „dobro svake vrste, materijalno ili nematerijalno, pokretno ili nepokretno, procjenjivo ili neprocjenjivo i isprava u bilo kom obliku kojom se dokazuje pravo ili interes u odnosu na takvo dobro. Imovinom se smatra i prihod ili druga korist ostvarena, neposredno ili posredno, iz kaznenog djela, kao i dobro u koje je ona pretvorena ili sa kojim je pomiješana“.³² Također, Kazneni

27 Jovašević, D. (2017). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd, str. 178-180.

28 Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, op.cit, str.27.

29 Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", br. 40/2015.

30 Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018). Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka, str. 256-257.

31 "Narodne novine Republike Hrvatske" br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017 i 118/2018.

32 Simić, I., Trešnjev, A. (2010). Kazneni zakonik sa kraćim komentarom, Beograd, str. 94-95.

zakonik Sjeverne Makedonije³³ u članku 122. točka 38. imovinom smatra „novac ili druga sredstva plaćanja, hartije od vrijednosti, depozit, drugu imovinu svake vrste, materijalnu ili nematerijalnu, pokretnu ili nepokretnu, druga prava na predmetima, potraživanja, kao i javne isprave i pravne dokumente u pisanoj ili elektronskoj formi ili instrumente kojima se dokazuje pravo vlasništva ili interes za takvu imovinu“. I najzad, Kazneni zakonik Republike Crne Gore, u članku 142. točka 12., umjesto pojma imovine, određuje pojam „imovinske koristi“.³⁴

U vezi sa pojmom imovine kao objektom zaštite kod kaznenih djela protiv imovine jeste i pojam imovinske koristi koju je počinitelj poduzetom radnjom počinjenja pribavio za sebe ili drugu fizičku i pravnu osobu. I ovaj pojam kazneno pravo, kako domaće, tako i pravo drugih država, izričito definira.

Tako Kazneni zakon Bosne i Hercegovine (KZ BIH) u dvije zakonske odredbe određuje pojam i sadržinu imovinske koristi. Ovaj Zakon u članku 111. određuje pod imovinskom koristi koja je pribavljena kaznenim djelom „novac, predmete od vrijednosti i svaku drugu imovinsku korist koja je pribavljena kaznenim djelom, zatim imovinsku korist koja je pribavljena kaznenim djelom pa je sjedinjena sa imovinom koja je stečena na zakoniti način, kao i prihod i drugu korist koja proizilazi iz imovinske koristi koja je pribavljena kaznenim djelom ili imovina u koju je ona pretvorena, sa kojom je sjedinjena“. Također, ovaj Zakon, u članku 1. točka 26. pod imovinskom koristi smatra svako ekonomsko dobro koje je direktno ili indirektno proisteklo iz kaznenog djela, a pri tome se sastoji od bilo koje imovine (poslije novele Kaznenog zakona iz 2015. godine).

Nadalje, Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine³⁵, odnosno Kazneni zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, pojam imovinske koristi određuju na identičan način, ali različito od KZ BIH. Prema ovim zakonskim rješenjima, kao imovinska korist pribavljena kaznenim djelom smatra se i imovinska korist za koju tužitelj pruži dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje da je ona pribavljena počinjenjem kaznenih djela protiv privrede, poslovanja i sigurnosti platnog prometa; pravosuđa i podmićivanja i kaznena djela protiv službene i druge odgovorne funkcije, pri čemu počinitelj nije pružio dokaze da je takva korist zakonito pribavljena (članak 114a. KZ FBiH). Također, imovinsku korist čine novac, predmete od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena kaznenim djelom; imovinska korist koja je pribavljena kaznenim djelom, pa sjedinjena sa imovinom koja je stečena na zakonit način i prihodi i drugi plodovi imovinske koristi koja je pribavljena kaznenim djelom; imovina u koju je imovinska korist koja je pribavljena kaznenim djelom pretvorena ili sjedinjena (članak 115. KZ BD BIH).

Najzad, prema Kaznenom zakoniku Republike Srpske (članak 123. točka 24.) imovinska korist od kaznenog djela je „neposredna imovinska korist koja se

33 "Služben vesnik na Republika Makedonija" br. 37/96.....160/2014, 199/2014 i 226/2015.

34 "Službeni list Republike Crne Gore" br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 59/2015 i 44/2017.

35 Simović, M., Simović, V., Todorović, Lj., op.cit., str. 178-179.

sastoji od svakog uvećanja ili sprječavanja umanjenja imovine do koje je došlo počinjenjem kaznenog djela, kao i imovina u koju je pretvorena ili promijenjena neposredna imovinska korist od kaznenog djela, kao i svaka druga korist koja je dobijena od neposredne imovinske koristi od kaznenog djela, bez obzira na to da li se nalazi na teritoriji Republike Srpske ili ne.“

Na sličan način pojam imovinske koristi određuju i drugi kazneni zakoni država u regionu. Tako, Kazneni zakonik Republike Slovenije u glavi trinaestoj (članak 99. točka 9. „Značenje zakonskih izraza“) određuje pojam imovinske koristi kao „vrijednost čiji iznos tijekom počinjenja kaznenog djela: a) ne prelazi 500 Eura - sitna imovinska korist, šteta ili vrijednost, b) ne prelazi 5.000 Eura - značajna imovinska korist, šteta ili vrijednost i c) ne prelazi 50.000 eura - velika imovinska korist, šteta ili vrijednost.“ Nadalje, Kazneni zakon Republike Hrvatske (članak 87. točka 22.) kao korist od kaznenog djela smatra „neposrednu imovinsku korist od kaznenog djela koja se sastoji od svakog uvećanja ili sprječavanja umanjenja imovine do kojeg je došlo počinjenjem kaznenog djela, imovinu u koju je promijenjena ili pretvorena neposredna imovinska korist od kaznenog djela, kao i svaku drugu korist koja je dobijena od neposredne imovinske koristi od kaznenog djela ili imovine u koju je pretvorena ili promijenjena neposredna imovinska korist od kaznenog djela, bez obzira da li se nalazi na području Republike Hrvatske ili izvan njega.“ Također, Kazneni zakonik Republike Crne Gore (članak 142. točka 12.) kao imovinsku korist smatra „svaku imovinsku korist koja je neposredno pribavljena kaznenim djelom, koja se sastoji od svakog uvećanja ili sprječavanja umanjenja imovine do kojeg je došlo počinjenjem kaznenog djela; imovina koja je zamijenjena ili u koju je pretvorena imovinska korist koja je neposredno pribavljena kaznenim djelom i svaka druga korist koja je dobivena od imovinske koristi neposredno pribavljene kaznenim djelom ili imovine u koju je zamijenjena ili pretvorena imovinska korist neposredno pribavljena kaznenim djelom, bez obzira da li se nalazi na teritoriji Crne Gore ili van nje.“ Imovinsku korist, u smislu članka 92. Kaznenog zakonika Republike Srbije, čine novac, predmeti od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena kaznenim djelom. Najzad, Kazneni zakonik Sjeverne Makedonije (članak 122. točka 16.) imovinu određuje kao prihod od kaznenog djela ili korist koja je pribavljena posredno ili neposredno počinjenjem kaznenog djela, kao i prihod od kaznenog djela koje je počinjeno u inozemstvu, pod uvjetom da je u vrijeme kada je počinjeno, po zakonu Sjeverne Makedonije i po zakonu države gdje je počinjeno smatrano kaznenim djelom.

2.2. Objektivni elementi imovinskih kaznenih djela

Kaznena djela protiv imovine karakteriziraju dva pojma: a) imovina i b) napad na imovinu. To ukazuje da se ovdje radi o različitim djelatnostima koje se mogu poduzeti na različite načine, različitim sredstvima, tajno (prikriveno) ili javno. Bitno je da su ove djelatnosti pojedinaca ili skupina usmjerene protiv imovine

(pokretne ili nepokretne, društvene, državne, zadružne, grupne, zajedničke ili privatne). Ove djelatnosti imaju za posljedicu (odnosno cilj) – promjenu u spoljnom svijetu koja se manifestira na napadnutoj imovini u vidu prouzrokovanja imovinske (ekonomske, materijalne) štete za drugu fizičku ili pravnu osobu.

Kod imovinskih kaznenih djela, imovina je jedini, primarni, neposredni i osnovni objekt zaštite (pa su to prava ili čista imovinska kaznena djela ili imovinska kaznena djela u užem smislu). Kod drugih kaznenih djela imovina se štiti uz neki drugi objekt, dobro ili vrijednost, koji je primaran, pretežit, prevalentan sa aspekta kaznenopravne zaštite, dok se imovina u tom slučaju pojavljuje kao sekundarni, akcesorni, sporedni objekt zaštite, pa su takva kaznena djela i sistematizirana u neku drugu grupu kaznenih djela prema glavnom objektu zaštite. Ova se djela mogu nazvati neprava ili mješovita imovinska kaznena djela ili imovinska kaznena djela u širem smislu.³⁶

Imovina se, pored života, tijela i zdravlja, smatra kao najveća vrijednost ljudskog društva, ali i kao najznačajnije osobno dobro, imajući u vidu da ona predstavlja sastavni dio ljudskog života. Ona se može ispoljiti na različite načine, bilo da se radi o pokretnoj ili nepokretnoj imovini, o materijalnoj ili o emotivnoj vrijednosti, o imovinskim pravima ili o imovinskim interesima. To znači da je imovina, od početka razvoja ljudskog društva, za čovjeka kao pojedinca imala posebnu vrijednost, ulogu i značaj u životu. Zato su svi postojeći oblici svojine još od najstarijih perioda razvoja ljudske civilizacije bili zaštićeni od različitih oblika povrede ili ugrožavanja poduzetih od strane pojedinaca ili grupa. Tako se nerijetko u pravnoj literaturi ističe da imovinska kaznena djela predstavljaju prava, prirodna, opća, klasična, kaznena djela. Ona su prisutna u kaznenom zakonodavstvu od nastanka države i prava uopće, pa sve do suvremenih država.

Ono što predstavlja posebnu karakteristiku imovinskih kaznenih djela jeste činjenica da se imovinska šteta (koja predstavlja pandam imovinskoj koristi koju počinitelj ostvaruje za sebe ili drugu fizičku ili pravnu osobu poduzimanjem radnje počinjenja) može vrijednosno (novčano) izraziti. Naime, visina, obujam i intenzitet štete utvrđuje se prema tržišnim uvjetima oduzete, prisvojene, uništene ili oštećene imovine (stvari) u vrijeme poduzimanja radnje počinjenja konkretnog imovinskog kaznenog djela. Ovako utvrđena visina imovinske štete može predstavljati:³⁷ a) objektivni uvjet inkriminacije ili zakonodavni motiv kažnjavanja kod pojedinih kaznenih djela, b) privilegirajuću okolnost – kada se šteta javlja u malom obujmu, pa predstavlja osnovu za blaže kažnjavanje i c) kvalifikatornu okolnost za koju zakon propisuje strožije kažnjavanje – kada se radi o imovinskoj šteti u velikom ili značajnom obujmu.

Za razliku od kaznenih zakona Federacije Bosne i Hercegovine, odnosno Brčko Distrikta BiH, Kazneni zakonik Republike Srpske sadrži i dvije specifične odredbe materijalno-procesnog karaktera koje su vezane za imovinska kaznena djela. Prva odredba ove sadržine nosi naziv „Iskreno kajanje“ (članak 246.). Prema

36 Radovanović, M., Đorđević, M. (1977). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd, str. 273-274.

37 Đurđić, V., Jovašević, D. (2006). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd, str. 113-114.

ovom zakonskom rješenju predviđena je mogućnost (potpunog ili djelomičnog) oslobođenja od kazne počinitelja sljedećih, taksativno nabrojanih, imovinskih kaznenih djela: a) krađa, b) utaja, c) prevara, d) protuzakonito useljenje, e) protupravno zauzimanje zemljišta, f) oštećenje i oduzimanje tuđe stvari, g) oštećenje stambenih i poslovnih zgrada i posebnih dijelova zgrade i h) oštećenje tuđih prava pod uvjetom da je prije nego što je saznao da je njegovo kazneno djelo otkriveno: 1) vratio oduzetu ili prisvojenu stvar, 2) naknadio štetu, ili 3) na drugi način otklonio štetne posljedice kaznenog djela. U članku 247. Kazneni zakonik Republike Srpske pod nazivom „Gonjenje u slučaju kad je počinitelj u bliskom odnosu sa oštećenim“ predviđa način pokretanja kaznenog postupka kod sljedećih tzv. „obiteljskih imovinskih kaznenih djela“: a) krađe, b) utaje, c) prevare, d) prikrivanja, e) protuzakonitog useljenja, f) oštećenja i oduzimanja tuđe stvari, g) oštećenja stambenih i poslovnih zgrada i posebnih dijelova zgrade i h) oštećenja tuđih prava pod uvjetom da su učinjena prema sljedećim osobama: prema bračnom drugu, srodniku po krvi u pravoj liniji, bratu ili sestri, usvojitelju ili usvojeniku ili prema drugim osobama sa kojima počinitelj živi u zajedničkom domaćinstvu. Znači, ovdje počinitelj i žrtva pripadaju istom obiteljskom krugu osoba. U tom slučaju je Zakonik propisao pokretanje kaznenog postupka po prijedlogu oštećene osobe, a ne po službenoj dužnosti.

2.3. Subjektivni elementi imovinskih kaznenih djela

Imovinska kaznena djela karakterizira u znatnoj mjeri i postojanje subjektivnih elemenata na strani njihovog počinitelja u vrijeme poduzimanja zakonom propisane radnje počinjenja. Najčešće se ova kaznena djela čine sa posebnim motivom, ciljem, pobudom ili namjerom. To mogu biti različite psihološke kategorije kao što su: a) namjera počinitelja da za sebe ili drugog pribavi protupravnu imovinsku korist, b) namjera počinitelja da drugoj osobi prouzrokuje imovinsku štetu i c) pobuda počinitelja u vidu koristoljublja.

Namjera pribavljanja protupravne imovinske koristi ili namjera prouzrokovanja štete, odnosno koristoljublje kao posebna vrsta pobude, moraju postojati na strani počinitelja upravo za vrijeme poduzimanja radnje počinjenja konkretnog imovinskog kaznenog djela. No, ove subjektivne karakteristike ličnosti koje ga motiviraju na poduzimanje akcije kao njeni unutarnji pokretači, ne moraju biti ostvarene u svakom konkretnom slučaju počinjenja imovinskog kaznenog djela u praksi. Kao protupravna imovinska korist, smatra se svaka korist koja je pribavljena na način protivan pravu, odnosno bez nekog pravnog osnova³⁸. Ponekad ova namjera počinitelja može biti praćena koristoljubljem kao posebnom vrstom niske, amoralne pobude. I ova pobuda, pored navedene namjere, kvalificira oblik krivnje kao izravnu namjeru, budući da navedena namjera ili pobuda moraju postojati kod počinitelja upravo u vrijeme poduzimanja radnje

³⁸ Radovanović, M., Đorđević, M., op.cit., str.274.

počinjenja konkretnog kaznenog djela. Koristoljublje³⁹ predstavlja posebnu vrstu požude, pohote za prekomjernim, enormnim i nepotrebnim uvećanjem postojeće imovine ili za sprječavanjem njenog umanjenja, pohlepi prema novcu, sklonosti ka bogaćenju. To je povišeni stupanj svjesne i voljne upravljenosti počinitelja na ostvarenje posljedice kaznenog djela. Ovu pobudu treba razlikovati od namjere pribavljanja protupravne imovinske koristi, budući da ovu namjeru može pratiti pobuda koristoljublja, iako to nije uvijek nužno. To znači da koristoljublje uvijek obuhvaća namjeru pribavljanja protupravne imovinske koristi, ali ova namjera može postojati i bez koristoljubivih motiva⁴⁰.

Počinitelj imovinskih kaznenih djela, u pravilu, može biti svaka osoba, pod uvjetom da nije nositelj imovinskih prava na objektu napada, jer se ova kaznena djela poduzimaju samo prema „tuđoj“ imovini. Sa aspekta krivnje, imovinska kaznena djela se čine, u pravilu, sa namjerom. To je često izravna namjera⁴¹ (koji karakterizira postojanje posebne namjere ili pobude na strani počinitelja). Imovinska kaznena djela se izuzetno rijetko mogu počinuti iz nehaja (uništenje ili oštećenje tuđe stvari, prikrivanje, paljevina).

3. Razbojništvo

3.1. Pojam kaznenog djela

Prema članku 289. Kaznenog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ FBiH) propisano je kazneno djelo razbojništva:

- „(1) Tko uporabom sile protiv neke osobe ili prijetnjom da će izravno napasti na njezin život ili organ oduzme tuđu pokretninu s ciljem da njenim prisvajanjem pribavi sebi ili drugom protupravnu imovinsku korist ili da je protupravno prisvoji, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.
- (2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovog članka neka osoba s namjerom teško tjelesno ozlijeđena, ili je to kazneno djelo počinjeno u sastavu skupine ljudi, ili ako je uporabljeno oružje ili opasno oruđe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje pet godina.

39 Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, str. 539.

40 Lazarević, Lj. (1993). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd, str.238.

41 Upravnoj teoriji se razlikuju dvije vrste izravne namjere: 1) izravna namjera prvog stupnja koja postoji kada počinitelj ide za tim da ostvari obilježja bića kaznenog djela, kada mu je baš stalo da ostvari posljedicu takvog djela. Ovdje je naglasak na voljnom elementu i 2) izravna namjera drugog stupnja koji postoji kada počinitelju nije stalo da ostvari obilježja bića kaznenog djela, ali zna da će ono sigurno nastupiti ako poduzme namjeravanu radnju počinjenja. Ovdje je naglasak na intelektualnom elementu – na sigurnom znanju (Novoselac, P. (2004). Opći dio kaznenog prava, Zagreb, str.229).

- (3) Ako je pri počinjenju kaznenog djela iz stavka 1. ovog članka neka osoba s namjerom usmrćena, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.

Nadalje, Kazneni zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZ BD BIH) u članku 283., na sličan način, propisao je kazneno djelo razbojništva:

- „(1) Tko uporabom sile protiv neke osobe ili prijetnjom da će direktno napasti na njen život ili tijelo oduzme tuđu pokretninu s ciljem da njenim prisvajanjem pribavi sebi ili drugome protupravnu imovinsku korist ili da je protupravno prisvoji, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.
- (2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1 ovoga članka neka osoba s namjerom teško tjelesno ozlijeđena, ili ako je počinjeno iz mržnje, ili ako je to kazneno djelo počinjeno u sastavu skupine ljudi, ili ako je uporabljeno oružje ili opasno oruđe, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje pet godina.
- (3) Ako je pri počinjenju kaznenog djela iz stavka 1 ovoga članka neka osoba s namjerom usmrćena, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora.

Najzad, Kazneni zakonik Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS) u odredbi članka 227., također, propisuje kazneno djelo razbojništva:

- (1) Tko uporabom sile protiv neke osobe ili prijetnjom da će neposredno napasti na život ili tijelo oduzme tuđu pokretnu stvar u namjeri da njenim prisvajanjem pribavi sebi ili drugom protupravnu imovinsku korist, kazniti će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.
- (2) Ako je pri počinjenju djela iz stavka 1. ovog članka nekoj osobi namjerno nanesena teška tjelesna ozljeda ili ako je počinjeno iz mržnje ili je djelo počinjeno od strane više osoba ili je uporabljeno neko oružje ili opasno sredstvo, ili ako vrijednost oduzetih stvari prelazi iznos od 50.000 KM, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od pet do petnaest godina.

Iz navedenih zakonskih opisa ovog imovinskog kaznenog djela možemo zaključiti da se razbojništvo sastoji u oduzimanju tuđe pokretne stvari od drugoga uporabom sile prema nekoj osobi ili prijetnjom neposrednim (direktnim, izravnim) napadom na život ili tijelo druge osobe u namjeri da se njenim prisvajanjem za sebe ili drugoga pribavi protupravna imovinska korist.⁴² No, u teoriji se može pronaći i jednostavnije pojmovno određenje prema kome je razbojništvo definirano kao krađa koja se vrši uporabom prinude.⁴³ Ili, još jednostavnije, razbojništvo predstavlja „nasilnu krađu.“⁴⁴

42 Babić, M., etal. (2005). Komentar Kaznenih/Kaznenih zakona. Sarajevo, str. 1667-1670.

43 Mrvić Petrović, N. (2005). Krivično pravo. Beograd, str. 314.

44 Babić, M., Marković, I. (2007). Krivično pravo, Posebni dio. Banja Luka, str. 193.

Razbojništvo je tipična kriminalna radnja sa elementima nasilja.⁴⁵ Ona ima obilježja kaznenih djela prinude i krađe. Zbog toga razbojništvo predstavlja složeno kazneno djelo, gdje objekat napada nije samo imovina, već i sloboda odlučivanja čovjeka o raspolaganju svoje imovine. Uporaba prinude (sile ili prijetnje) varira obzirom na objektivne i subjektivne okolnosti svakog konkretnog slučaja, pa čak i kad je riječ o istom počinitelju.

U okviru kaznenog postupka treba uvijek što detaljnije i točnije utvrditi oblik, intenzitet i način primjenjene prinude, kao i okolnosti pod kojima je došlo do primjene prinude. Isto tako, ukoliko je oštećeni pružio otpor počinitelju, treba utvrditi oblik i opseg pruženog otpora, te način pružanja istog. Prilikom procesuiranja razbojništva, u teoriji i praksi dolazi do određenih poteškoća u samoj kvalifikaciji djela, posebno kada je u pitanju odnos naspram drugih kaznenih djela protiv imovine koja u sebi sadrže elemente nasilja (teška krađa, razbojnička krađa, iznuda). Poseban problem za organe kaznenog postupka jeste kaznenopravna kvalifikacija djela u slučajevima kada prouzrokovana posljedica sadrži elemente razbojništva sa smrtnom posljedicom (tzv. razbojničko ubojstvo) i ubojstva iz koristoljublja. Generalno govoreći, može se istaći da kazneno djelo razbojništva predstavlja nezakonito oduzimanje ili pokušaj da se oduzme pokretna stvar određene osobe protiv njene volje, uz korištenje sile ili prijetnje⁴⁶.

Prema svojoj pravnoj prirodi razbojništvo se određuje istodobno i kao imovinsko, ali i kao nasilničko kazneno djelo⁴⁷. Ipak, razbojništvo je u posebnom dijelu kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini sistematizirano u grupi kaznenih djela protiv imovine, jer je cilj počinjenja ovog djela upravo krađa, i to krađa počinjena na poseban, specifičan i opasan način – prinudom. Prinuda koja u tom slučaju prethodi krađi je u njenoj funkciji i služi kao sredstvo za počinjenje krađe. Razbojništvo se, ipak, ne može svrstati u grupu kaznenih djela protiv života i tijela (bez obzira na način i sredstvo prinude) obzirom da napad na život ili tijelo druge osobe u ovom slučaju ne predstavlja primarni niti isključivi cilj počinitelja. Naime, kod razbojništva osnovni cilj jeste pribavljanje imovinske koristi, a sve ostalo podređeno je tom cilju, pa čak i eventualno nastupjela teška tjelesna ozljeda ili lišenje života neke osobe⁴⁸.

Kazneno djelo razbojništva ima osnovni i dva teža, kvalificirana oblika ispoljavanja.

Osnovni oblik razbojništva karakteriziraju sljedeći elementi bića: a) objekt zaštite – predstavlja dvojaki skup vrijednosti: 1) imovina koju u smislu građanskog prava smatramo kao skup subjektivnih imovinskih prava predstavljenih jednim

45 Sinanović, A. (2015). Krivično pravni aspekti razbojništva u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Kriminalističke teme, Sarajevo, broj 1-2, str.37-44.

46 Petrović, B., Deljković, I., Mujanović, E. (2010). Karakteristike istraživanja i procesuiranja kaznenih djela razbojništva u Kantonu Sarajevo, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, broj 53, str.303-307.

47 Bošković, M. (1998). Kriminalistička metodika. Beograd, str.183.

48 Petrović, B., Jovašević, D. (2005). Krivično (Kazneno) pravo 2. Sarajevo, str. 252.

nositeljem. Njene glavne značajke su: jedinstvenost i identitet i 2) sloboda odlučivanja (kao jedna od ljudskih sloboda) u pogledu raspolaganja (dispozicije) svojom imovinom, b) objekt napada – tuđa pokretna stvar, c) radnja počinjenja – oduzimanje tuđe pokretne stvari, d) prinuda kao način počinjenja djela – uporaba sile ili kvalificirane prijetnje (prijetnje napadom na život ili tjelesni integritet) prema drugoj osobi, e) namjera počinitelja – koja se manifestira kao namjera pribavljanja protupravne imovinske koristi i f) posljedica djela se javlja u dva oblika, i to kao: 1) povreda u vidu imovinske štete i b) ugrožavanje života i tjelesnog integriteta, odnosno osjećanje straha, nesigurnosti, osobnog nespokojstva.

3.2. Objekt napada

Objekt napada kod kaznenog djela razbojništva, kako proizilazi iz zakonskog opisa djela, jeste tuđa pokretna stvar. To je svaki predmet materijalne prirode koji zauzima određeni prostor u čvrstom, tekućem⁴⁹ ili plinovitom stanju. Radi se o predmetu koji se može pomjerati, prenositi ili odvajati od glavne stvari, a da se uslijed toga ne ošteti ili uništi, odnosno da se ne naruši njegova supstanca. Taj predmet može biti u prirodnom stanju, ali on može biti i stvar koja je je načinjena ljudskim radom i koja ima određenu namjenu (svrhu). Taj predmet može imati različite oblike. Pokretna stvar u kaznenom pravu se shvaća znatno šire od pojma stvari u građanskom (imovinskom) pravu. Tako se kao pokretne stvari smatraju i dijelovi nepokretne stvari pod uvjetom da se mogu odvojiti i oduzeti, a da se pri tome ne promijene ili oštete⁵⁰. Dakle, pokretna stvar je svaki materijalni predmet: a) koji ima određenu vrijednost i b) koji može biti objekt pritežanja⁵¹. Predmet koji nema nikakvu vrijednost, ne može biti objekt napada kod ovog kaznenog djela⁵². Kao pokretna stvar se, također, u smislu članka 1. točka 26. KZ BIH smatra i svaka proizvedena ili sakupljena energija za davanje svjetlosti, toplote ili kretanja, kao i telefonski i drugi impulsi. Na isti način pojam pokretne stvari određuje KZ FBiH, u članku 2. točka 29., odnosno KZ BD BIH u članku 2. točka 26.

Na nešto drugačiji način pojam pokretne stvari određuje KZ RS. Prema članku 123. točka 18. ovog Zakona, kao pokretna stvar se, između ostalog, smatra i svaka proizvedena ili sakupljena energija za davanje svjetlosti, toplote ili kretanja, telefonski impuls, kao i registrirani podatak koji je rezultat elektronske obrade podataka (kompjuterski podatak ili program).

Čovjek predstavlja ljudsko biće, a ne stvar, pa ne može biti objekt ovog kaznenog djela, ali to mogu biti pojedini odvojeni dijelovi tjela, prirodni (odsječena kosa, izvađen zub) ili vještački (proteza vilice, ruke, noge). Leš i dijelovi leša

49 Kovačević, V. (2003). Metodika istraživanja imovinskih delikata. Novi Sad, str.71.

50 Đorđević, Đ. (2011). Krivično pravo. Posebni deo, str.93.

51 Mrvić Petrović, N., Krivično pravo, op. cit., str.305.

52 Stojanović, Z., Perić, O. (1996). Komenta rKrivičnog zakona Republike Srbije i Kazneni zakon Republike Crne Gore sa objašnjenjima. Beograd, str.262.

mogu biti objekt napada kod krađe samo ako imaju posebnu namjenu, ugrađene aparate ili predmete od vrijednosti.

Pokretna stvar koja je objekt napada kod kaznenog djela razbojništva mora imati dvije karakteristike⁵³: a) da ima imovinsku novčanu vrijednost i b) da je tuđa. Pokretna stvar treba imati sama po sebi imovinsku, novčanu vrijednost ili da se pomoću nje može doći do takve vrijednosti⁵⁴. To je, dakle, stvar čijim se protupravnim oduzimanjem može pribaviti imovinska korist. Takva korist može proizaći iz same vrijednosti oduzete stvari, ali to može biti i stvar koja sama po sebi nema ekonomsku vrijednost, ali pod uvjetom da se njenom uporabom može ostvariti takva imovinska korist⁵⁵. Iz ovakovog određenja pokretne stvari proizilazi zaključak da predmet oduzimanja može biti i isprava, pismo, dokument, ali pod uvjetom da se njenom uporabom kasnije može ostvariti imovinska korist. I drugo, pokretna stvar, u smislu kaznenog djela razbojništva, mora biti tuđa stvar, odnosno da nije u svojini počinitelja ovog djela, jer nema krađe na sopstvenoj stvari. Od ovog pravila postoji izuzetak kada se oduzima stvar koja je u susvojini ili zajedničkoj svojini počinitelja i druge osobe, pa počinitelj svojom radnjom prekida pritežanje druge osobe i uspostavlja samo svoje pritežanje. Napuštene i izgubljene stvari, kao i stvari za koje se ne zna kome pripadaju, ne mogu biti predmet krađe, osim ako su izgubljene, zaboravljene, zaturene ili napuštene na prostoru koji pripada drugoj osobi kao pritežaoцу, jer u takvom slučaju postoji mogućnost da ona sa njima raspolaže⁵⁶.

3.3. Radnja počinjenja kaznenog djela

Radnja počinjenja kaznenog djela razbojništva sastoji se u dvoaktno poduzetim djelatnostima. Ovdje se, naime, radi o složenom kaznenom djelu koje čine dvije kumulativno povezane i međusobno uvjetovane radnje⁵⁷: a) krađa - oduzimanje tuđe pokretne stvari i b) prinuda – uporaba sile ili prijetnje neposrednim napadom na život ili tijelo.

3.3.1. Krađa

Radnja počinjenja kaznenog djela razbojništva je oduzimanje tuđe pokretne stvari⁵⁸, na isti način kao i kod kaznenog djela krađe. To je i logično, jer krađa čini prvi konstitutivni elemenat razbojništva. O tome kada je počinjeno oduzimanje, dakle kada postoji svršeno kazneno djelo krađe, kao osnovno imovinsko kazneno

53 Jovašević, D., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str.122-123.

54 Modly, D. (1999). Metodika istraživanja razbojništva. Sarajevo, str.12-14.

55 Lazarević, Lj., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 239.

56 Jovašević, D. (2003). Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije sa sudskom praksom. Beograd, str.287.

57 Stojanović, Z., Perić, O., Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije..., op.cit., str.263-264.

58 Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). Krivično pravo 2. Sarajevo, str. 378-380.

djelo, postoje različita shvatanja u pravnoj teoriji. To su⁵⁹: a) teorija kontrektacije, b) teorija amocije, c) teorija ablacije, d) teorija ilacije i e) teorija aprehenzije.

Prema teoriji kontrektacije (ili kontaktacije), radnja oduzimanja postoji kada je počinitelj dodirnuo rukom, odnosno kada je uspostavio kontakt sa tuđom stvari u cilju njenog prisvajanja. Prema teoriji amocije, radnja oduzimanja postoji kada je počinitelj, ne samo dodirnuo tuđu stvar, već kada ju je sklonio, pomjerio sa mjesta na kome se nalazila. Prema teoriji ablacije, djelo postoji kada je počinitelj stvar sa mjesta na kome se ona do tada nalazila prenio na drugo mjesto, tako da se ona više ne nalazi kod držatelja. Prema teoriji ilacije, ovo djelo postoji kada je počinitelj sklonio stvar na drugo, najčešće skriveno, mjesto koje počinitelju omogućuje da lako na takvoj stvari zasnuje svoju državinu (pritežanje). Najzad, prema teoriji aprehenzije, koja je prihvaćena u domaćem pravu, radnja oduzimanja, u smislu krađe, postoji kada je počinitelj svojom radnjom prekinuo pritežanje (faktičku, državinsku vlast, detenciju) druge osobe na stvari i uspostavio svoje pritežanje na njoj. To je situacija kada je počinitelj krađe započeo da faktički raspolaže sa tuđom stvari, odnosno kada je stvorio uvjete koji mu omogućuju slobodno, neometano korištenje i raspolaganje sa njom⁶⁰.

Dakle, pokretna stvar se uvijek oduzima od druge osobe (bez obzira da li je to vlasnik ili samo držatelj takve stvari). Pritežanje označava faktičku vlast na stvari tako da pritežatelj sa njom može postupati kako hoće (po svojoj slobodnoj volji i po svom nahodjenju), osim da sa njom raspolaže budući da to može samo vlasnik stvari. Za pojam pritežanja nije dovoljno postojanje samo „obične detencije“, već se mora raditi o takvom držanju stvari pod uvjetima i okolnostima koje počinitelju omogućavaju neometano korištenje, usmjeravanje i raspolaganje oduzetom stvari⁶¹. To ukazuje da je radnja kaznenog djela razbojništva (kao i krađe koja predstavlja prvi konstitutivni element ovog složenog kaznenog djela) prekidanje moći faktičkog raspolaganja na tuđoj stvari od strane pritežatelja kod koga se ona nalazila i zasnivanje faktičkog raspolaganja na stvari od strane počinitelja kaznenog djela⁶². Oduzimanje stvari⁶³ se može učiniti različitim djelatnostima, na razne načine, tajno ili javno, različitim sredstvima, na različitim mjestima ili u različitim vremenskim uvjetima. Često priroda krađe određuje i njen način počinjenja. Krađa se može počiniti tajno (prikriveno) ili javno, u prisustvu drugih osoba, pa čak i samog oštećenog.

Za postojanje ovog kaznenog djela bitno je da se radnja počinjenja – oduzimanje tuđe pokretne stvari poduzima: a) na određeni način i b) u određenoj

59 Dujmović, Z. (1994). Pristupi u otkrivanju i razjašnjenju razbojništva, Policija i sigurnost, Zagreb, str.145-149.

60 Turković, K., etal., Komentar kaznenog zakona, op. cit., str. 300-303.

61 Simić, I., Petrović, M. (2002). Kazneni zakon Republike Srbije, Praktična primena. Beograd, str. 168.

62 Lazarević, Lj., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 240-241.

63 Petrović, B., Mujanović, E., Deljković, I. (2010). Karakteristike istraživanja i procesuiranja kaznenih djela razbojništva u Kantonu Sarajevo, op. cit., str. 299-320.

namjeri. To je namjera počinitelja da prisvajanjem oduzete stvari za sebe ili drugu fizičku ili pravnu osobu pribavi protupravnu imovinsku korist (*animus lucri faciendi*). Ovako zakonom određena namjera mora postojati na strani počinitelja u vrijeme poduzimanja radnje počinjenja, ali ona ne mora biti ostvarena u svakom konkretnom slučaju⁶⁴. Prisvajanje stvari ne znači stjecanje svojine, već faktičko vlasničko ponašanje neke osobe u raspolaganju oduzetim stvarima. Ova imovinska korist počinjenjem djela razbojništva se može pribaviti sebi ili nekoj drugoj fizičkoj ili pravnoj osobi. Pri tome nije potrebno da je u konkretnom slučaju i došlo do prisvajanja (odnosno pribavljanja) protupravne imovinske koristi. Potrebno je samo da se radnja oduzimanja tuđe pokretne stvari poduzima u namjeri da se takva korist ostvari. Namjera prisvajanja postoji kada počinitelj ima namjeru da se prema oduzetoj stvari ponaša kao vlasnik, da je koristi i da njome raspolaže⁶⁵.

3.3.2. Prinuda

Već je rečeno, u ranijim izlaganjima, da razbojništvo po svojoj pravnoj prirodi predstavlja pravo složeno kazneno djelo (kao oblik prividnog realnog stjecaja po osnovu konzumpcije). Ovo djelo čine prinuda i krađa. Prinuda prethodi počinjenju krađe. Ona, zapravo, predstavlja, sredstvo ili način počinjenja krađe. Ovdje se radi o dvije faze kontinuiranog djelovanja, u kome prva faza treba da omogući počinjenje druge faze. Zato među njima postoji međusobna uvjetovanost i uzajamna ovisnost⁶⁶. Bez postojanja obje faze, nema kazneno djelo razbojništva, već postoji svako od pojedinačnih djela iz sastava ove zakonske konstrukcije.

Naime, radnja oduzimanja tuđe pokretne stvari (krađe) upravo se čini, ostvaruje, poduzima uporabom sile prema nekoj osobi ili prijetnjom neposrednim napadom na njen život ili tijelo. Uporaba sile i prijetnje (u kvalificiranom obliku) znače samo načine, moduse ispoljavanja prinude⁶⁷. Prinudavanje⁶⁸ se može odrediti kao psihološka djelatnost utjecanja na volju druge osobe u smislu da se ona natjera, navede, prinudi da nešto učini (da poduzme radnju počinjenja, aktivnu, pozitivnu radnju) ili da nešto ne učini (da poduzme radnju nečinjenja, propuštanja, pasivnu radnju) protivno svojoj slobodno izraženoj volji. Za postojanje djela razbojništva bitno je da se ovim (na ovaj način) prinudavanjem od druge osobe oduzima tuđa pokretna stvar. Zato se ovi oblici prinude i primjenjuju u trenutku kada počinitelj još uvijek nije oduzeo tuđu stvar, odnosno, kada na njoj nije zasnovao svoje „mirno“ pritežanje, pa se to na ovaj način upravo i omogućava. Tako se poduzetom radnjom prinudavanja istodobno oštećenoj (najčešće prinudavanom)

64 Korajlić, N. (2012). Istraživanje kaznenih djela. Sarajevo, str.443-453.

65 Stojanović, Z., Perić, O., Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije..., op.cit., str.263-264.

66 Stojanović, Z., Perić, O. (2000). Krivično pravo, Posebni deo. Beograd, str.260.

67 Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, op. cit., str. 612-616.

68 Čejović, B., Miladinović, V. (1995). Krivično pravo, Posebni deo. Niš, str. 317-318.

osobi prouzrokuju dvije posljedice: a) imovinska šteta⁶⁹ i b) strah, uznemirenje, osjećanje nespokojstva i osobne ugroženosti za svoj život ili tjelesni integritet.

Sila i prijetnja pojavljuju se zajedno u radnji počinjenja razbojništva, u sudjelovanju sa radnjom oduzimanja⁷⁰. Pored toga, prinuda se u kaznenom pravu pojavljuje i samostalno, i to u okviru posebne inkriminacije protiv sloboda i prava čovjeka i građana (kazneno djelo prinude)⁷¹. Kao prinudavanje⁷² smatra se svaka djelatnost fizičkog ili psihičkog karakterakcija može biti poduzeta neposredno ili posredno, kojom se vrši pritisak na volju druge osobe u smislu donošenja određene odluke ili odluke sa određenom sadržinom.

U smislu kaznenog djela razbojništva, prinuda⁷³, u pravilu, prethodi krađi, i zajedno sa njom u kontinuitetu čini novu zakonsku konstrukciju znatnog težeg kaznenog djela nego što je i sama krađa, odnosno sama prinuda. Zato između ove dvije, nužno povezane, radnje mora postojati čvrsta veza. Prinuda se, zapravo, javlja kao način ili sredstvo za ostvarenje krađe. To dalje znači da između uporabljene prinude i krađe ne smije postojati veći vremenski razmak. U pravilu se ove dvije radnje poduzimaju na istom mjestu, prostoru, pod istim uvjetima i okolnostima. Ovdje se radi o dvije samostalne radnje sa različitim objektima napada. Tako krađa za objekt napada ima tuđu pokretnu stvar, odnosno imovinu druge osobe. Nasuprot njoj, prinuda za objekt napada ima slobode i prava čovjeka i građana. Tek povezane, ove dvije djelatnosti, u procesu jednog kontinuiranog djelovanja počinitelja treba da ostvare finalni rezultat⁷⁴ (cilj). Zato sve ove djelatnosti i moraju biti obuhvaćene umišljajem počinitelja. On treba da je svjestan da prinudu čini kako bi pomoću nje oduzeo tuđu pokretnu stvar od drugoga, te da to upravo hoće. Međutim, u praksi su moguće situacije gdje jedna osoba poduzima prinudu, a druga osoba poduzima krađu. U tom slučaju oni se smatraju supočiniteljima u kaznenom djelu razbojništva⁷⁵.

Radnja prinudavanja može se počinuti na dva načina: a) silom i b) prijetnjom neposrednim napadom na život ili tijelo drugoga⁷⁶. U oba slučaja prinudu treba da karakteriziraju sljedeći elementi: a) sila i prijetnja moraju biti jačeg intenziteta⁷⁷,

69 Radovanović, M., Đorđević, M., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 301.

70 Stojanović, Z. (2020). Komentar Krivičnog zakonika. Beograd, str. 407.

71 Petrović, B., Jovašević, D., Krivično pravo 2, op.cit., str. 205–206.

72 Simić, I., A. (2010). Trešnjević, Kazneni zakonik Republike Srbije sa kraćim komentarom. Beograd, str.150-151.

73 Čačković, D. (2015). Značaj otkrivanja i kažnjavanja izvršilaca razbojništava u prevenciji razbojničkog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini. Zbornik Pravnog fakulteta u Tuzli, broj 2, str.40-47.

74 Dujmović, Z. (2001). Protek vremena od počinjenja kaznenog djela razbojništva do otkrivanja identiteta počinitelja od strane policije, Kriminologija I socijalna integracija, Zagreb, broj 1-2, str. 21-31.

75 Lazarević, Lj., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 247.

76 Cajner-Mraović, I. (1992). Delikti nasilja, Policija I sigurnost, Zagreb, broj 5-6, str. 431-451.

77 Mrvić Petrović, N., Krivično pravo, op.cit., str.314.

b) sila i prijetnja se uvijek primjenjuju prema nekoj osobi (iznimno prema stvari)⁷⁸ i c) sila i prijetnja se primjenjuju u određenom cilju (namjeri). Prvo, sila (kao oblik prave, fizičke prinude jedne osobe prema drugoj) po svojoj prirodi, karakteru i značaju predstavlja prinudu većeg stupnja, obujma i intenziteta. Kada se radi o prijetnji, ona se ovdje manifestira kao kvalificirana prijetnja. To znači da se ona sastoji u najavi neposrednog (izravnog, direktnog) napada na život ili tijelo drugoga. Odnosno, počinitelj ovdje najavljuje mogućnost nanošenja posljedice smrti ili teškog narušavanja tjelesnog ili duševnog integriteta ili zdravlja druge osobe. Drugo, sila i kvalificirana prijetnja primjenjuju se prema nekoj osobi. To je najčešće upravo pritežatelj (držatelj), a ne mora biti i vlasnik stvari koja je predmet krađe. No, to može biti i neka druga, bilo koja, osoba (osoba koja se slučajno zatekla na licu mjesta, promatrač ili osoba koja je pritekla u pomoć oštećenom).

Konačno, cilj uporabe sile ili prijetnje je upravo savladavanje otpora oštećene osobe ili sprječavanje javljanja ili trajanja otpora oduzimanju tuđe stvari. To znači da je počinitelj prethodnom uporabom prinude mogao spriječiti mogući otpor pri krađi. No, razbojništvo postoji i kada počinitelj prinudu poduzima kako bi prinudio oštećenog da počinitelju djela sam preda stvar koja je predmet krađe⁷⁹. U svakom slučaju, prinuda se primjenjuje bez obzira da li je uopće otpor postojao ili je počinitelj samo pretpostavljao da do takvog otpora može doći⁸⁰.

Prinuda se ispoljava u dva oblika: a) uporaba sile i b) uporaba kvalificirane prijetnje – prijetnje stavljanjem u izgled neposrednog napada na život ili tijelo druge osobe. Prijetnju u smislu ovog kaznenog djela treba procjenjivati subjektivno u smislu shvaćanja da li je pasivni subjekt prijetnju shvatio kao ozbiljnu ili ne⁸¹ prema postojećim okolnostima. Sila i prijetnja predstavljaju oblike ispoljavanja prinude u kaznenom pravu⁸². Prinuda je pritisak na volju koji dolazi spolja, a koji može biti izazvan različitim izvorima.

Ovisno o vrsti izvora prinude, razlikuje se⁸³: a) prinuda izazvana prirodnom silom ili životinjskom snagom – to je prava ili prirodna prinuda – prava *vis maior* i b) prinuda izazvana ljudskom radnjom – to je nepravna prinuda ili nepravna *vis maior*.

Prema karakteru djelovanja razlikuju se fizička i psihička prinuda.⁸⁴ Fizičkom prinudom se djeluje na tijelo čovjeka primoravajući ga da učini ili propusti određenu radnju. U tom slučaju prinuđavana osoba je potpuno lišena bilo kakve sposobnosti da donosi odluku. Njeno ponašanje predstavlja samo tjelesni pokret manifestiran u spoljnom svijetu, bez postojanja ikakve svijesti o tome. Psihičkom prinudom se prvenstveno djeluje na svijest, volju i osjećanja drugog čovjeka čime

78 Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). Krivično pravo 2. Sarajevo, str. 379.

79 Lazarević, Lj., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str.247.

80 Miladinović, A. (2014). Praktični aspekt kriminalističkih aktivnosti kod serijskih razbojništava, Bezbjednost, policija, građani. Banja Luka, broj 1-2, str. 259-272.

81 Stojanović, Z., Komentar Krivičnog zakonika, op. cit., str. 522.

82 Stojanović, Z. (2020). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, str. 242.

83 Čejović, B. (2002). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, str. 274-276.

84 Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2016). Krivično pravo, Beograd, str.166-167.

se on primorava, prinuđuje na određeno činjenje ili propuštanje koje se od njega zahtijeva⁸⁵. Ovdje prinuđavana osoba nije poptuno lišena sposobnosti odlučivanja, ali je njena odluka (bilo uopće, bilo u pogledu sadržine) iznuđena. Naime, bez primijenjene psihičke prinude takva odluka ne bi bila ni donesena.

Prinuda se, bez obzira o kojoj se njenoj vrsti radi, primjenjuje bez obzira da li je postojao otpor oštećenog ili ne, da li se takav otpor mogao očekivati ili je pak oštećeni bio u takvom stanju da uopće i nije mogao pružiti otpor (usljed pijanstva od alkohola ili opijenosti uporabom opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci i drugih prekursora) ili kada oštećeni procijeni da je bilo kakav otpor bezizgledan⁸⁶.

Primjena sile ili prijetnje mora biti protupravna. Protupravnost proizilazi iz nedozvoljenosti njihove uporabe u konkretnom slučaju ili iz nedozvoljenosti cilja koji se na ovaj način hoće postići⁸⁷. Cilj prinuđavanja (u smislu podstrekavanja, navođenja druge osobe) jeste da se ona natjera na ponašanje koje ne želi – da nešto učini (poduzme pozitivnu, aktivnu radnju) ili da nešto ne učini (poduzme pasivnu, negativnu djelatnost) ili da trpi (dopuštanje da se na dobrima druge osobe poduzme djelatnost kojom joj se nanosi šteta)⁸⁸. Za pravnu relevantnost prinude bitno je da se ovo prinuđavanje odnosi na točno određenu radnju druge osobe, a ne na njeno ponašanje uopće.

Prinuda se, u smislu kaznenog djela razbojništva javlja, kao što smo već rekli, u dva oblika ispoljavanja, a to su sila i prijetnja najavom napada na život ili tijelo. Sila se, u pravnoj teoriji, shvaća kao uporaba fizičke, mehaničke ili druge snage (svjetlosne, toplotne, zvučne) počinitelja u cilju slamanja otpora druge osobe. Ona se najčešće poduzima prema tijelu drugog čovjeka (uglavnom, ali ne i prema stvari). Koja su sredstva podobna da tako djeluju procjenjuje se u svakom konkretnom slučaju prema vremenu, mjestu i načinu počinjenja djela, ponašanju počinitelja u tijeku počinjenja djela, jačini opasnosti kojoj je oštećeni bio izložen i njegovom psihičkom stanju.

Sa uporabom sile se, prema članku 1. točka 28. KZ BIH, članku 2. točka 31. KZ FBiH, članku 2. točka 28. KZ BD BIH, odnosno članku 123. točka 19. KZ RS, smatra i primjena hipnoze ili omamljujućih sredstava sa ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvjesno stanje ili onesposobi za otpor. Dakle, uporaba kemikalija u obliku spreja (neodređene vrste i karakteristika) da bi se trenutno onesposobila neka osoba i tako oduzela tuđa stvar (biber sprej, suzavac i sl.) se izjednačavaju sa uporabom omamljujućih sredstava⁸⁹.

Dakle, sila se sastoji u različitim oblicima, vidovima i stupnjevima djelovanja na volju, odnosno tjelesni integritet druge osobe kojim se neposredno ili posredno utječe na njenu slobodu odlučivanja. Bitno je u ovom slučaju da je uporaba sile

85 Jovašević, D. (2018). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, str. 212-214.

86 Mrvić Petrović, N., Krivičnopravo, op.cit., str. 314.

87 Tomić, Z. (2003). Krivično pravo 2. Sarajevo, str. 184-186.

88 Dujmović, Z. (1998). Kriminalitet razbojništva i neke karakteristike njihovih izvida, Kriminologija i socijalna integracija. Zagreb, broj 1-2, str. 33-42.

89 Aleksić, S. (2009). Krivična dela krađe u teoriji i praksi. Beograd, str.120-122.

protiv druge osobe podobna (po obujmu, kvalitetu, stupnju, načinu, intenzitetu) da je prinudi na određeno aktivno ili pasivno ponašanje⁹⁰.

U pravnoj teoriji se razlikuje više vrsta sile⁹¹: a) apsolutna ili kompulzivna i b) neposredna (direktna) ili posredna (indirektna). No, u svim slučajevima sila se mora javiti u intenzitetu koji je podoban, dovoljan da slomi otpor pasivnog subjekta, odnosno spriječi pružanje takvog otpora, i tako ga natjera da postupi protivno svojoj slobodnoj volji. U nekim slučajevima sila može biti primijenjena i prema stvarima u smislu njihovog uništavanja, posebno kada se radi o stvarima koje su bitne za život ili imaju veliku vrijednost ili poseban značaj za osobu koja se prinudava⁹². Dakle, sila se sastoji u svakom djelovanju na volju, odnosno tjelesni integritet kojim se neposredno ili posredno utječe na slobodu odlučivanja takve osobe i koje je podobno da je prinudi na poduzimanje ili propuštanje određene radnje⁹³. To znači da djelovanje sile mora biti neodoljivo, što znači da sila mora biti po svojoj snazi, obujmu, trajanju i intenzitetu takva da joj se pasivni subjekt pri postojećim okolnostima nije mogao oduprijeti ni na koji način⁹⁴.

Sila se javlja u dva oblika ispoljavanja⁹⁵: a) apsolutna (fizička) i b) kompulzivna (psihička, relativna) sila. Apsolutna sila (*vis absoluta*) postoji kada je pritisak na volju druge osobe takav da ga potpuno lišava mogućnosti donošenja odluke o činjenju ili nečinjenju ili je potpuno lišen sposobnosti za ostvarivanje voljnog akta. U tom slučaju se poduzimanje (ili nepoduzimanje) tjelesnog pokreta ne smatra kao njegov, već kao tuđi akt. Osoba prema kojoj se primjenjuje apsolutna sila smatra se kao sredstvo u rukama osobe koja poduzima takvu silu⁹⁶. Kompulzivna sila (*vis compulsiva*) postoji kada je pritisak na volju druge osobe takav da ona ima sposobnost za odlučivanje, ali je njena odluka da poduzme (ili propusti) određenu radnju iznuđena tako da nije akt njene slobodne volje. Kompulzivna sila može da se javi u dva oblika: a) neposredna i b) posredna kompulzivna sila, ovisno o kriteriju prema kojoj osobi je takva vrsta sile bila primijenjena (da li neposredno prema pasivnom subjektu ili prema drugoj, njemu bliskoj osobi).

U teoriji nema jedinstvenog shvaćanja o pravnoj prirodi i djelovanju kompulzivne sile i prijetnje. Prema jednom shvaćanju⁹⁷, ova dva oblika psihičke prinude mogu da isključe ili umanje ubrojivost ili pak krivnju osobe prema kojoj su primijenjene. Prema drugom shvaćanju, značaj kompulzivne sile i prijetnje

90 Banović, B., Kruščić, S. (1996). Neki krivično pravni i kriminalistički aspekti krivičnog dela razbojništva, Bezbednost. Beograd, str. 336-440.

91 Glamočlija, B. (2008). Imovinski kriminalitet u teoriji i praksi. Beograd, str.123.

92 Elrich, S. (1960). Razbojnički napadi – mjere za njegovo suzbijanje. Izbor, Zagreb, broj 1, str.21-24.

93 Simić, I., Trešnjev, A., Kazneni zakonik sa kraćim komentarom, op.cit., str. 94.

94 Krivično djelo nepostoji kada je počinjeno pod dejstvom neodoljive sile zato što u tom slučaju nema voljne radnje počinitelja (rješenje Apelacionog suda u Beogradu Kž. 1703/2012).

95 Mrvić Petrović, N., Krivično pravo, op.cit., str. 101-103.

96 Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, op.cit., str. 141.

97 Tahović, J. (1962). Krivično pravo, Opšti deo. Beograd, str. 190-191.

treba procjenjivati u okviru instituta nužne obrane i krajnje nužde, a ako nisu ispunjeni uvjeti za primjenu ovih instituta, onda se djelovanje kompulzivne sile i prijetnje procjenjuje kao okolnost od značaja za odmjeravanje kazne⁹⁸. Prema trećem shvatanju⁹⁹, oni su osnovi isključenja podobnosti za ubrojivost.

Prijetnja je drugi, blaži oblik prinude kod kaznenog djela razbojništva. To je najava zla, izjava kojom se drugoj osobi stavlja u izgled nanošenje zla koje je podobno, dovoljno da utječe na njenu volju, tako da ona donese odluku o poduzimanju, odnosno propuštanju određene radnje, ponašanja. Stavljanjem u izgled zla drugoj osobi utječe se na slobodu njenog odlučivanja, a prije svega, na usmjeravanje odluke u određenom pravcu.¹⁰⁰ Za postojanje prijetnje bitno je da osoba koja je iznosi upravo bude i osoba koja će najavljeno zlo neposredno nanijeti. U protivnom, nema prijetnje, već takva najava zla koje će biti nanese od strane druge osobe, predstavlja samo opomenu (upozorenje). Prijetnja može biti učinjena verbalno (usmeno ili pismeno) ili na simboličan način (gestovima, mimikom, konkludentnom radnjom).

Da bi prijetnja bila pravno relevantna u smislu načina (sredstva) počinjenja ovog imovinskog kaznenog djela, potrebno je da ispunjava određene uvjete,¹⁰¹ a to su, da bude ozbiljna, moguća, sadašnja, neotklonjiva i kvalificirana. Ozbiljnost prijetnje se procjenjuje sa stanovišta osobe kojoj je ona upućena, odnosno da li ju je pasivni subjekt shvatio ozbiljno, bez obzira na to da li osoba koja prijeti ima ozbiljnu namjeru da nanese zlo koje najavljuje. Nadalje, prijetnja je moguća ako se najavljeno zlo stvarno, realno može ostvariti u spoljnom, objektivnom svijetu. Također, prijetnja je sadašnja ako najavljeno zlo neposredno predstoji, odnosno da će biti nanese u sadašnjosti ili u neposrednoj bliskoj budućnosti. Tako nema pravno relevantne prijetnje ako zlo, koje se stavlja u izgled, treba da se dogodi u dalekoj budućnosti, jer ona time gubi realni utjecaj na volju druge osobe. Prijetnja je neotklonjiva ako se najavljeno zlo nije moglo u konkretnim okolnostima otkloniti na drugi način (npr. pozivanjem u pomoć, prijavom osobe koje prijeti, nužnom obranom, bjekstvom), već samo poduzimanjem ili propuštanjem tražene radnje. Najzad, prijetnja je kvalificirana kada se pasivnom subjektu najavljuje napad na život, odnosno na tjelesni integritet. Time se, zapravo, najavljuje mogućnost nanošenje posljedice smrti ili teškog narušavanja tjelesnog ili duševnog integriteta ili zdravlja druge osobe¹⁰². To znači da se prijeti napadom na drugu osobu koji će biti učinjen sada i odmah, a ne u nekoj drugoj prilici¹⁰³. Dakle, prijetnja je oblik psihičke prinude koja kod osobe prema kojoj

98 Srzentić, N., Stajić, A. (1957). Krivično pravo FNRJ, Opšti deo. Beograd, str. 217.

99 Živanović, T. (1934). Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo, Beograd, str. 131.

100 Stojanović, Z. (2013). O pojmu pretnje u krivičnom pravu. Nauka, bezbednost, policija, Beograd, broj 2, str. 1-16.

101 Đorđević, M., Đorđević, Đ., Krivično pravo, op.cit., str.62-63.

102 Đorđević, M., Đorđević, Đ., Krivično pravo, ibid., str. 162

103 Đorđević, Đ., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str.99.

se primjenjuje ostavlja utisak ozbiljnosti da će ono na šta se ona odnosi zaista i nastupiti. Time se stvara strah, uznemirenost, osobna nesigurnost koja je takvog intenziteta da zbog toga prinudavana osoba upravo i postupa po nalogu osobe koja prijetnju najavljuje¹⁰⁴. Pasivnom subjektu može biti upućena jedna ili više prijetnji u istoj namjeri. Ukoliko je pasivnom subjektu upućeno istovremeno više prijetnji različite sadržine, ali iste prirode, značaja i karaktera, postojati će ipak samo jedno kazneno djelo razbojništva.

Konstrukcija produženog kaznenog djela u slučaju kada je prijetnjom obuhvaćeno više osoba nije moguća¹⁰⁵ jer nedostaje bitan konstitutivni, obvezni element ove zakonske konstrukcije, a to je istovjetnog oštećene osobe. Ukoliko počinitelj oblike prinude, kao način poduzimanja radnje počinjenja kaznenog djela razbojništva, ispoljava prema više osoba (oštećenih) u isto ili različito vrijeme, kojima se od njih zahtjeva predaja pokretne stvari i tom prilikom pribavi za sebe ili drugoga protupravnu imovinsku korist, ali od više osoba (oštećenih), tada postoji kazneno djelo razbojništva u stjecaju (idealnom ili realnom, ovisno o broju poduzetih radnji počinjenja). Isto tako, ako je počinitelj samo poduzeo radnju prinudavanja u cilju oduzimanja tuđe pokretne stvari, ali do toga nije došlo iz bilo koga razloga, tada postoji pokušaj kaznenog djela razbojništva, a ne svršeno djelo prinude. Također, oduzimanje tuđe pokretne stvari od drugoga od strane osobe koja samo posjeduje oružje ili opasno oruđe, pri čemu „opasna sredstva“ uopće nisu uporabljena u konkretnom slučaju, niti je njihova uporaba najavljena (stavljena u izgled), ne kvalificira ovu radnju kao kazneno djelo razbojništva, već kao tešku krađu¹⁰⁶. I konačno, ako je prilikom oduzimanja tuđe stvari (pošto je krađa svršena) počinitelj uporabio silu prema nekoj osobi ili kvalificiranu prijetnju, ali u namjeri da zadrži već oduzetu stvar, tada, također, nema kaznenog djela razbojništva. U tom slučaju bi postojalo drugo imovinsko djelo – razbojnička krađa.

3.4. Ostali elementi kaznenog djela

Pored objekta zaštite, objekta napada i radnje počinjenja, o čemu je prethodno bilo govora, kazneno djelo razbojništva u skladu sa pozitivnim zakonskim rješenjima u Bosni i Hercegovini čine još neki elementi bića.

Radnja počinjenja se poduzima sa određenom namjerom, tj. namjerom počinitelja da za sebe ili drugog pribavi protupravnu imovinsku korist.¹⁰⁷ Ova namjera mora postojati na strani počinitelja u vrijeme poduzimanja radnje počinjenja, ali ona ne mora biti i ostvarena u svakom konkretnom slučaju¹⁰⁸.

104 Simić, I., Petrović, M. (2002). Kazneni zakon Republike Srbije, Praktična primena. Beograd, str. 56.

105 Mrvić Petrović, N. (2016). Krivično pravo, Posebni deo. Beograd, str. 215.

106 Dujmović, Z. (2003). Struktura razbojničkog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj i postupanje policije, Kriminologija i socijalna integracija. Zagreb, broj 1, str. 13-23.

107 Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., Krivično pravo 2, op. cit., str. 386.

108 Ibid., str. 387.

Postojanje ove namjere utječe i na oblik krivnje počinitelja koji se javlja kao izravna namjera. Ovu namjeru treba razlikovati od koristoljublja kao posebne vrste pobude počinitelja u vidu pohlepe, požude za prekomjernim, nepotrebnim, enormnim uvećanjem postojeće imovine ili sprječavanjem njenog umanjenja, dakle „potrebe za bogaćenjem“.¹⁰⁹

Posljedica kaznenog djela razbojništva javlja se u vidu povrede¹¹⁰, i to kao: a) nastupanje imovinske štete i b) izazivanje straha, uznemirenosti, osjećanja osobne nesigurnosti¹¹¹. Za postojanje ovog djela nije neophodno da u svakom konkretnom slučaju imovinska šteta za neku osobu zaista neposredno i nastupi. Dovoljno je da je imovinska šteta¹¹² kao posljedica poduzete radnje počinjenja nastupila, a ne samo da je imovina tim činjenjem ili nečinjenjem bila ugrožena¹¹³. Između postupanja pasivnog subjekta i nastale materijalne štete mora postojati odgovarajuća uzročno-posljedična veza¹¹⁴.

Počinitelj kaznenog djela razbojništva može biti svaka osoba. Štoviše, na strani počinitelja ovog djela često se javljaju maloljetne i mlađe punoljetne osobe, posebno ako je djelo počinjeno u skupini (od strane više osoba).

U pogledu krivnje, zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini određuje postojanje izravne namjere koju kvalificira određena namjera, tj. namjera počinitelja da za sebe ili drugu fizičku ili pravnu osobu pribavi protupravnu imovinsku korist u bilo kom iznosu.

5. ZAKLJUČAK

Pravo na imovinu, uz slobodu kretanja i slobodu odlučivanja čovjeka (pored prava na nepovredivost života, zdravlja i tijela) predstavlja, također, jedno od najznačajnijih ljudskih prava i sloboda. Ovo pravo je na međunarodnoj razini zajemčeno i garantirano brojnim univerzalnim (OUN) i regionalnim (Vijeće Europe, Europska unija) međunarodnim dokumentima. Na bazi međunarodnih standarda pojedine države su zaštitu imovine podigle na razinu ustavnog postulata (principa) koji je zajamčen najvišim pravnim aktom države - Ustavom. Slična je situacija i u Bosni i Hercegovini. Svaka povreda ili ugrožavanje prava na imovinu fizičke ili pravne osobe, a posebno oni napadi koji se poduzimaju nasiljem, predstavljaju protupravno kršenje, narušavanje Ustavom zajemčene zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda (uključujući i pravo na imovinu). Navedene djelatnosti se mogu počinuti na različite načine: silom, prijetnjom, obmanom ili na sličan protupravan način i sa različitim ciljevima, motivima, ali najčešće

109 Simić, I., Petrović, M., Kazneni zakon Republike Srbije, op.cit., str. 201-203.

110 Đurđić, V., Jovašević, D., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., 112-113.

111 Stojanović, Z., Perić, O., Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije..., op.cit., str. 280-282.

112 Čejović, B., Miladinović, V., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 326.

113 Stojanović, Z., Perić, O., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 159.

114 Mrvić Petrović, N., Krivično pravo, Posebni deo, op.cit., str. 215.

sa namjerom pribavljanja protupravne imovinske koristi, namjerom nanošenja imovinske štete drugome ili sa pobudom koristoljublja. Različite protupravne aktivnosti pojedinaca ili grupa koje su upravljene na oduzimanje tuđe imovine (u prvom redu pokretne stvari) uz uporabu sile ili prijetnje (dakle, nasiljem) predstavljaju od najstarijih vremena do danas zabranjeno i kažnjivo ljudsko ponašanje - kazneno djelo razbojništva, za koje su, i ranije, ali i danas, propisane stroge kazne zatvora, kao i druge kaznene sankcije. Kao kaznenopravni institut – razbojništvo predstavlja specifično kazneno djelo dvojake pravne prirode. Prvo, kao kazneno djelo, razbojništvo spada u imovinski kriminal. Na ovu karakteristiku kaznenog djela ukazuju četiri elementa: a) objekt zaštite je imovina druge fizičke ili pravne osobe ili pravo na imovinu, b) objekt napada je tuđa pokretna stvar, c) posljedica djela se ispoljava u prouzrokovanju imovinske štete za drugu osobu i d) radnja počinjenja djela se poduzima u određenoj namjeri ili pobudi – u namjeri pribavljanja za sebe ili drugoga protupravne imovinske koristi ili sa pobudom u vidu koristoljublja. S druge strane, razbojništvo spada i u nasilnički kriminal ili kriminal nasilja. Na ovu njegovu karakteristiku ukazuje način poduzimanja radnje počinjenja. To je uporaba sile (fizičke ili psihičke) ili prijetnje neposrednim napadom na život ili tijelo druge osobe, odnosno prijetnje stavljanjem u izgled nekog drugog zla drugoj osobi. Na taj način se kao posljedica poduzete radnje počinjenja na opasan način može javiti i sporedna, kolateralna posljedica u vidu ugrožavanja ili povrede tjelesnog integriteta oštećene osobe ili pak njene smrti. No, u pravnoj teoriji se, također, može naći i shvatanje prema kojem razbojništvo predstavlja, po svojoj prirodi, prividni realni stjecaj u obliku konzumpcije, i to kao „pravo“ složeno kazneno djelo. Njega, prema ovom određenju, čine dvije samostalne inkriminacije: prinuda i krađa, koje tek zajedno, u svojoj ukupnosti ulaze u pojam ovog kaznenog djela i dobijaju veći stupanj i intenzitet društvene opasnosti i težine za koje zakon propisuje pooštreno kažnjavanje.

Iz tog razloga je, ne samo za pravnu teoriju, već još više za sudsku i tužiteljsku praksu, potrebno utvrditi i postaviti jasne kriterije za razgraničenje ovih kaznenopravnih situacija u cilju zakonite i pravilne pravne kvalifikacije konkretne kaznene stvari. Brojni međunarodni standardi, univerzalnog ili regionalnog karaktera, koji se odnose na garanciju pravne zaštite i nepovredivosti imovine (ili prava na imovinu) su u potpunosti uneseni u domaći ustavnopravni sustav koji predstavlja osnovu, prouzročitelj kaznenog (materijalnog, procesnog i izvršnog) zakonodavstva Bosne i Hercegovine. Slična je situacija i u zakonodavstvu drugih suvremenih zemalja. Sve to ukazuje na izniman značaj osiguranja i zaštite prava na imovinu od različitih protupravnih, najčešće nasilnih, napada kojima se ona može povrijediti ili narušiti. Iz pregleda univerzalnih i regionalnih međunarodnih dokumenata proizilazi izuzetan značaj osiguranja i zaštite ljudskih prava i sloboda uopće, a posebno prava na imovinu kao jednog od najznačajnijih ljudskih prava, uz slobodu mišljenja, kretanja i odlučivanja. Pravo na imovinu je od najstarijih vremena do današnjih dana bilo povrjeđivano ili ugrožavano na različite načine (najčešće prinudom), u doba rata ili mira, od strane različitih osoba, prema

različitim osobama, sa različitim ciljevima i motivima i sl. Sva ta različita ponašanja pojedinaca ili skupina predstavljaju nedozvoljeni, protupravni akt – kazneno djelo razbojništva koje se javlja u više oblika i vidova ispoljavanja, koje je zapriječeno strogim kaznama i drugim kaznenim sankcijama. Zbog značaja koji pitanje zaštite ljudskih prava ima za društvenu zajednicu uopće, proizilazi da je naučno opravdano da se analiziraju različiti oblici ispoljavanja kaznenog djela razbojništva (kao oblika imovinskog kriminala, ali i kriminala nasilja, kao i organiziranog, kolektivnog kriminala) i drugih, njemu srodnih kaznenih djela kao što su: teška krađa, razbojnička krađa ili iznuda. Ovo tim prije jer ova kaznena djela do sada nisu nailazila na veće i produbljenije interesiranje domaće i inozemne pravne znanosti.

POPIS LITERATURE

1. Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012). Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo,
2. Babić, M., etal. (2005). Komentar Kaznenih/Kaznenih zakona. Sarajevo,
3. Babić, M., Marković, I. (2007). Krivično pravo, Posebni dio. BanjaLuka,
4. Bošković, M. (1998). Kriminalistička metodika. Beograd,
5. Cajner-Mraović, I. (1992). Delikti nasilja, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 5-6,
6. Carić, S. (2015). Evropsko pravo ljudskih prava, Beograd,
7. Čejović, B. (2002). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd,
8. Čejović, B., Miladinović, V. (1995). Krivično pravo, Posebni deo. Niš,
9. Deklaracija je proglašena rezolucijom Generalne skupštine OUN 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine.
10. Derenčinović, D.,etal. (2013).Posebni dio kaznenog prava, Zagreb,
11. Dimitrijević, V. (2005). Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima,
12. Dimitrijević, V., Paunović, M. (1997). Ljudska prava, Beograd,
13. Dujmović, Z. (1999). Kriminalitet razbojništva u Republici Hrvatskoj, HLJKKP, Zagreb, broj 1,
14. Dujmović, Z. (2003). Struktura razbojničkog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj i postupanje policije, Kriminologija i socijalna integracija. Zagreb, broj 1,
15. Đorđević, Đ. (2011). Krivično pravo. Posebni deo
16. Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2016). Krivično pravo, Beograd,
17. Đurđić, V., Jovašević, D. (2006). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd,
18. Hadži Vidanović, V., Milanović, M. (2005). Međunarodno javno pravo, Zbirka dokumenata, Beograd,
19. Ignjatović, Đ. (2015). Kriminologija, Beograd,
20. Jovašević, D. (2011). Leksikon krivičnog prava. Beograd
21. Jovašević, D. (2017). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd

22. Jovašević, D. (2018). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd,
23. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018). Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka,
24. Jović, M. (2004). Imovinska krivična dela sa elementima prinude, Zbornik radova nastavnika VŠUP, Beograd, br. 8.,
25. Kokolj, M., Jovašević, D. (2011). Krivično pravo Republike Srpske, Opšti i posebni deo. Bijeljina,
26. Korajlić, N. (2012). Istraživanje kaznenih djela. Sarajevo,
27. Kovačević, V. (2003). Metodika istraživanja imovinskih delikata. Novi Sad,
28. Kuzmanović, R. (2000). Ustavno pravo, Banja Luka, 2000.
29. Lazarević, Lj. (1993). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd,.
30. Modly, D. (1999). Metodika istraživanja razbojništva. Sarajevo,
31. Mrvić Petrović, N. (2005). Krivično pravo. Beograd,
32. Mrvić Petrović, N. (2016). Krivično pravo, Posebni deo. Beograd,
33. Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona, Zagreb,
34. Petrović, B., Jovašević, D. (2005). Krivično (Kazneno) pravo 2. Sarajevo,
35. Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). Krivičnopravo 2. Sarajevo,
36. Petrović, B., Deljković, I., Mujanović, E. (2010).
37. Pobrić, N. (2000). Ustavno pravo, Mostar.
38. Račić, O., Milinković, B., Paunović, M. (1998). Ljudska prava, Beograd,
39. Radovanović, M., Đorđević, M. (1977). Krivično pravo, Posebni deo, Beograd,
40. Simić, I., A. (2010). Trešnjev, Kazneni zakonik Republike Srbije sa kraćim komentarom. Beograd,
41. Simić, I., Trešnjev, A. (2010). Kazneni zakonik sa kraćim komentarom, Beograd,
42. Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). Kazneni zakon Bosne i Hercegovine. Sarajevo
43. Steiner, C., Ademović, N. (2010). Komentar Ustava Bosne i Hercegovine, Sarajevo.
44. Stojanović, Z. (2013). O pojmu pretnje u krivičnom pravu. Nauka, bezbednost, policija, Beograd, broj 2,
45. Stojanović, Z. (2020). Komentar Krivičnog zakonika. Beograd
46. Stojanović, Z. (2020). Krivično pravo, Opšti deo, Beograd,
47. Stojanović, Z., Perić, O. (2000). Krivičnopravo, Posebni deo. Beograd,
48. Tomić, Z. (2003). Krivično pravo 2. Sarajevo,
49. Trnka, K. (2000). Ustavno pravo, Bihać.
50. Živanović, T. (1934). Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo, Beograd,

Nina Kulušić, Ph.D., expert associate, student office
Faculty of Law, University of Mostar
Amna Mustafić, Ph.B.

ROBBERY IN THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA IN THE LIGHT OF PROTECTION OF THE RIGHT TO PROPERTY AS A PROTECTED HUMAN RIGHT

Summary: This article deals with the basic and general characteristics of property protection in general and in Bosnia and Herzegovina criminal law. The right to property is a constitutionally guaranteed human right and its protection is guaranteed at the international and European level. The concept, elements of being, content, characteristics and form of manifestation of the criminal offense of robbery are being analyzed. The criminal offence of robbery consists of taking another's movable property by using force against a person or threatening a direct attack on the life or body of another person with the intention of obtaining illegal property for himself or another. The article presents a detailed analysis of the criminal offense of robbery in national and comparative legislation and court practice in the context of the protection of the right to property as a protected human right.

Keywords: right to property, property crimes, robbery

**Mr. iur. Amila Koso, direktorica JU “Centra za kulturu, sport i informisanje”
Visoko**

Kandidatkinja na doktorskom studiju Evropskog prava
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

“EFIKASNIJI I EFEKTIVNIJI SISTEM JAVNE UPRAVE U CILJU ZAŠTITE POJEDINCA I DRUŠTVENE ZAJEDNICE”

Apstrakt: Proces dosadašnje reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini veću pažnju nije posvetio efikasnosti i efektivnosti u radu organa uprave. Pouzdani podaci o efikasnosti institucija na bilo kojem nivou u državi zvanično ne postoje. Građani su uskraćeni za odgovornu provedbu procedura i usluga. Cilj reforme javne uprave mora biti poboljšanje rada upravnih struktura, te omogućavanje građanima i društvenoj zajednici kvalitetne i pravovremene usluge. Rad pokušava odgovoriti na pitanja koja se odnose na kvalitetno, odgovorno i dobro upravljanje u cilju zaštite građana. Koliko je sistem javne uprave efikasan i efektivan? Da li državni službenici maksimalno iskorištavaju svoje vrijeme i kompetencije? Da li građani imaju transparentne podatke o svim raspoloživim resursima? Da li cjelokupna društvena zajednica ima tačne informacije o utrošku finansijskih sredstava? Sistem javne uprave u BiH nema obavezu samo da radi, već mora svoje zadatke obavljati efikasno, efektivno i profesionalno u cilju zaštite pojedinca i društvene zajednice.

Ključne riječi: reforma, javna uprava, sistem, upravljanje, efikasnost, efektivnost, građani, zaštita, ljudska prava, odgovornost, društvena zajednica, javni interes, funkcionalnost, vladavina prava, jednakost, zakonitost

❖ Stanje javne uprave u Bosni i Hercegovini – između želja i mogućnosti

Visok stepen profesionalnosti, stručnosti, kompetentnosti, obrazovanosti i individualirana odgovornost, lojalnost službenika u javnoj upravi, a ne političkom subjektu ili interesnoj grupi su uslovi za efikasnu, efektivnu, funkcionalnu, brzu i jeftinu javnu upravu koja je u temeljima savremene pravne države. Međutim, svaki građanin svakodnevno se susreće sa javnom upravom koja je spora, nefunkcionalna i neefikasna, netransparentna i prilično korumpirana. U savremenom dobu u javnoj upravi uklanjaju se zaposlenici koji su sposobni i koji rade u cilju zaštite pojedinca i šire društvene zajednice. Traže se i postavljaju poslušnici, diskutabilne moralnosti i koji podvlađuju jednom licu ili interesnoj skupini, najčešće političkom subjektu na vlasti, što predstavlja direktno urušavanje jednog pravnog sistema, pa same i države. Obzirom da Ustav Bosne i Hercegovine nije

posvetio veću pažnju državnoj upravi¹, specifičnost ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine i složena prošlost predstavljaju glavne razloge što BiH nema uređen jedinstven sistem javne uprave. Opredjeljenje vlasti je da se priključi porodici evropskih država, međutim od strane Evropske unije (EU) postavljeni su uvjeti za proces pridruživanja, a među njima najznačajniji je izgradnja upravnih kapaciteta i prihvatanje evropskih standarda o kvalitetu rada javne uprave.²

Reformisana javna uprava podrazumijeva uz reorganizaciju i široki proces reobrazovanja, moderniziranja i praćenja novih trendova, kao i promjene u sistemu nagrađivanja kako bi se korupcija smanjila i omogućila selekcija kadrova. Kadrovsku politiku u javnoj upravi, ali isto tako i javnom sektoru neophodno je izmijeniti, te osloboditi od nepotizma, rodbinskog, tazbinskog i političkog utjecaja, koruptivnih radnji, kao i drugih pojava koje predstavljaju prepreke u radu bh. javne uprave. Našoj javnoj upravi su potrebni stručni, autonomni, moralni, sposobni, profesionalni, efikasni i efektivni visoko obrazovani ljudski kadrovi. Evropski sud pravde je svojim presudama utvrdio sljedeća načela: zakonitost, proporcionalnost, nediskriminaciju, salušanje stranaka, dostupnost upravnih sudova i materijalnu odgovornost javne uprave.³ Politizacija u javnoj upravi dovodi do neprofesionalnosti i niske motivacije službenika jer je javna tajna način prijema u službu i ubrzano napredovanje poslušnih i politički priveligovanih ljudi, te do raširenog javnog uvjerenja da edukacija, obrazovanje, sposobnosti i kompetencije nisu temeljni kriteriji zapošljavanja i napredovanja. Građani trenutno nemaju povjerenja u javnu upravu, a odgovornost javne uprave prema široj društvenoj zajednici skoro i da ne postoji.

Koliko su efikasni pojedinci ili samo organi uprave? Da li državni službenici maksimalno iskorištavaju svoje vrijeme na random mjestu, sposobnosti, kompetencije, naročito uzimajući činjenicu njihovih plata i “sigurnog” radnog mjesta. U studiji br.27 SIGMA naglašava da je efikasnost u radu upravnih tijela zapravo dimenzija odgovornosti.⁴ Potrebno je raditi na izgradnji upravnih kapaciteta i provedbi poglavlja pravne stečevine EU (acquis communautaire) – kriterij koji je imaju sve zemlje koje žele postati članice Evropske unije. Ne postoji acquis za postavljanje standarda za horizontalne sisteme upravljanja i za nacionalne javne uprave. Međutim, mora se obezbijediti efektivna primjena prava EU i jednak tretman građana.⁵ Ono što se može sa sigurnošću potvrditi da najveći posao mora preuzeti administracija koja će inkorporirati zakonodavstvo Evropske

1 K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.

2 N.Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009., str.762

3 M.Selimić, Upravno djelovanje Evropskog suda pravde, „Stručni časopis „Uprava“, br.3/2011, Fakultet za javnu upravu-pridružena članica str.19

4 OECD (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

5 Član 197.1 Ugovora o funkcioniranju Evropske unije.

unije u bosanskohercegovački pravni sistem, te osigurati efikasnu i efektivnu implementaciju samih propisa.

❖ Efektivna, efikasna, odgovorna i funkcionalna javna uprava kao rezultat “dobre” javne uprave

Pravo na dobru javnu upravu jedno je od stvarnih, vremenski najnovijih prava građana Evropske unije, odnosno dužnosti država članica EU, pošto se javlja tek s Poveljom o temeljnim pravima,⁶ koja je stekla ugovornu i zakonsku snagu primarnog prava EU tek 1. decembra 2009. godine, sa stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora.⁷ Njegovo „sazrijevanje“ je ipak mnogo starije, budući da su neki aspekti prava na dobru javnu upravu postojali već u prethodnim ugovorima, koji su gradili EU, a Sud pravde EU se u svojoj jurisprudenciji, već od 60-tih godina, a naročito od 1991. godine, pozivao na Čl. 6. Ugovora o funkcioniranju EU koji određuje da Povelja o temeljnim pravima EU „od 7. decembra 2000. godine, kako je prilagođena u Strasbourgu 12. decembra 2007. godine ima istu pravnu snagu kao Ugovori“. Povelju je iniciralo Evropsko vijeće u Kölnu, u junu 1999., a prihvatilo ju je isto Vijeće na sastanku u Nici, u decembru 2000. godine, ali kao pravno neobvezujući tekst. Tek je Lisabonski ugovor dao pravno obvezujuću snagu Povelji. Konvencija, koja je sastavljala Povelju, nalazila se pred nizom prava i nije joj bilo lako odabrati ona prava koja su bliža djelatnostima i ovlastima Unije.⁸ Pravo na dobru javnu upravu svojevrsni je pendant prava na dobro i pravedno suđenje, koje ozakonjuje Evropska konvencija o ljudskim pravima u svom čl. 6. To je pravo ujedno i značajan korak u smjeru izgradnje suvremenih „upravnih demokratija“.⁹

Šest je ključnih oblasti reforme javne uprave: strateško planiranje, koordinacija i izrada politika, javne finansije, upravljanje ljudskim resursima, e-uprava, upravni postupci i upravne usluge i institucionalna komunikacija. Prema Strategiji proširenja, javna uprava ostaje nerazvijena u većini država u procesu proširenja u ograničenim administrativnim kapacitetima uz visok nivo politizacije i nedostatkom transparentnosti.¹⁰ Postoji jaz između politika i strategija usvojenih

6 Čl. 6. Ugovora o funkcioniranju EU određuje da Povelja o temeljnim pravima EU „od 7. prosinca 2000. godine, kako je prilagođena u Strasbourgu 12. decembra 2007... ima istu pravnu snagu kao Ugovori“. Povelju je iniciralo Evropsko vijeće u Kölnu, u junu 1999., a prihvatilo ju je isto Vijeće na sastanku u Nici, u decembru 2000. godine, ali kao pravno neobvezujući tekst. Tek je Lisabonski ugovor dao pravno obvezujuću snagu Povelji.

7 4 Čl. 6. Ugovora o EU.

8 N. Šimac: Pravo na dobru javnu upravu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016., str. 105.-118.

9 V. zbornik *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* i izd. Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Beč, 2006.

10 Evropska komisija je intenzivirala svoje usmjerenje ka reformi javne uprave u dokumentu „Strategija proširenja i osnovni izazovi 2014-2015 definirajući šest ključnih pitanja u procesu

na papiru i aktivnosti na terenu. Strategije, akcioni planovi i politike koje su predložene i usvojene se ne implementiraju na pravi način jer većina dosad usvojenih strateških dokumenata nije implementirana.¹¹ Na bazi EU studija se može zaključiti da ne postoje univerzalna rješenja i modeli. Svaka država treba da razvije vlastiti model u skladu sa sopstvenim socio-političkim dimenzijama.

Bosna i Hercegovina ide putem tranzicijskih zemalja, ali se nalazi u mnogo složenijoj situaciji. Reforma javne uprave treba da se dogodi u zemlji opisanoj kao poluprotektorat, etnički podjeljenoj na gotovo svim administrativnim nivoima, sa slabim centralnim institucijama i jakim entitetima nejednake strukture. Političku moć dijele političke partije sa izraženom nacionalističkom politikom, često bez ikakve zajedničke vizije i političke volje da ostvare promjene.¹² U ovakvom okruženju reforma javne uprave će biti prilično izazovan napor. Osim dobre volje i finansijskih sredstava, više je nego očigledno da reforma javne uprave zahtijeva ogromno i jedinstveno znanje i vještine reformatora od kojih se očekuje da se nose sa ovako složenim poduhvatom. Uspjeh reforme javne uprave suštinski je određen političkom voljom glavnih donosioca odluka, odnosno vodstva promjena uložnim finansijskim sredstvima, znanjem i vještinama onih koji su odgovorni za njenu direktnu implementaciju.¹³ Javna uprava koja je efikasna, efektivna, odgovorna i dobro funkcioniše predstavlja preduslov za transparentno i odgovorno demokratsko društvo koje je temelj konkurentnosti i rasta jedne države.

Ključni faktor za reformsku politiku na upravnom nivou i uspješno sprovođenje same reforme javne uprave je činjenica da ključni donosioci odluka moraju biti posvećeni, vidjeti svrhu svega toga, te težiti razvijanju efikasne i funkcionalne javne uprave. Ciljevi reforme javne uprave moraju biti SMART (specifični, mjerljivi, ostvarivi, realni i blagovremeni). Pravno dobro osmišljen sistem rukovođenja u javnoj upravi omogućava državi da dostigne visok nivo profesionalnosti, transparentnosti, odzivosti, efikasnosti i kvaliteta javne uprave s ciljem zaštite pojedinca i društvene zajednice. Moderna, ustavna javna služba u demokratskom sistemu smatra se mogućom samo kad je ispunjeno nekoliko uslova:¹⁴

- razdvajanje javne i privatne sfere;
- razdvajanje politike i uprave;
- individualna odgovornost javnih službenika;

reforme. Na osnovu Strategije proširenja, SIGMA je u suradnji sa Evropskom komisijom razvila „Principe javne uprave“.

11 Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH

12 Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope

13 C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16

14 Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

- dovoljna zaštita na random mjestu, adekvatan nivo plate i stabilnost, jasno utvrđena prava i obaveze javnih službenika;
- zapošljavanje i unaprjeđenje po osnovu zasluga.

Težnja ka efikasnosti, potreba za daljom specijalizacijom, ustavno-pravni kontekst i upravna tradicija, postojeći sistem kontrola i politička situacija zajednički utiču na organizacioni model pojedinačne države. Rezultat toga je da ne postoji jedinstven šablon ili primjerak za strukturisanje i djelovanje javne uprave u različitim zemljama kako je to već navedeno u ovom radu.

Prema pravu Evropske unije, države članice imaju veliki stepen autonomije u uspostavljanju svog upravno-pravnog okvira državne uprave i načina na koji proširuju većinu svojih usluga.¹⁵ Principi upravnog prava koji su zajednički svim državama EU i koji postavljaju standarde i usmjeravaju ponašanje državnih službenika treba da budu ugrađeni u djelovanje institucija i upravne postupke na svim nivoima uprave, a podrazumijevaju sljedeće:¹⁶

- pouzdanost i predvidljivost (pravna sigurnost);
- otvorenost i transparentnost;
- odgovornost;
- efikasnost i djelotvornost.

Kapaciteti javne uprave u BiH su se povećali tokom posljednjih desetak godina i javna uprava pored zastupljenosti u određenom stepenu savremenih tendencija postala je sposobnija za ispunjavanje ostalih odgovornosti.¹⁷ Nesporna je činjenica da na povećanje uprave ima utjecaja i razvoj društveno proizvodnih potencijala. U tehničkom smislu, taj proces znači poboljšanje i proširenje tehnološke osnove u smislu proizvodnog rada, ali i svih drugih ljudskih djelatnosti. U ekonomskom smislu razvoj proizvodnih potencijala oslobađa ljudsku radnu snagu za društveno korisnije djelatnosti koje ne znače neposrednu proizvodnju, a to su, među ostalim, javni upravni poslovi. Pri tome, urbanizacija bitno utječe na razvoj uprave.¹⁸ Kako bi jedna javna uprava bila efikasna i efektivna, ona mora imati adekvatnu organizaciju, pristup javnim informacijama, sistem provjera i ravnoteža, efikasan sistem internih upravnih žalbi, kao i nezavisni nadzor i sudsku kontrolu u upravnim predmetima. Također, vrlo je važno redovno izvještavanje o radu uprave putem jasnih linija odgovornosti, a sve s ciljem jačanja procesa donošenja odluka.

Ključni problemi neefikasnosti javne uprave ogledaju se u lošoj zakonskoj regulativi na prvom mjestu, različitostima i neujednačenosti između kompetencija viših nivoa vlasti i organa lokalnih zajednica, neadekvatnim i nefunkcionalnim

15 Mnoge države koriste Evropski kodeks dobrog upravnog ponašanja kao početnu tačku.

16 Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

17 Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH, str.15

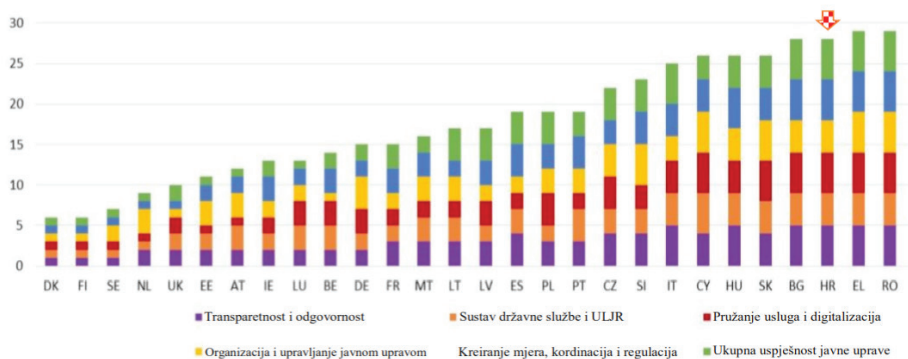
18 F. Otajagić, stručni rad: „Savremene tendencije u javnoj upravi“, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu str. 283

ljudskim resursima uz manjak znanja, vještina i organizacijskih sposobnosti. Različitim anketama i stručnim naučnim provjerama evidentirano je da je rukovodilac organa uprave ključna osoba za stvaranje dobre, efikasne, efektivne, funkcionalne i odgovorne radne atmosfere između službenika u javnoj upravi, ali isto tako i loše komunikacije. Upravo ta loša komunikacija između službenika u javnoj upravi remeti međuljudske odnose unutar organizacije i samim tim ima utjecaj na ekonomičnost i efikasnost rada u organima uprave na bilo kojem nivou vlasti.

Državni službenici i zaposlenici u javnom sektoru se ne smiju razdvajati, te je činjenica da se sve više nalaze pred izazovom praćenja svjetskih trendova, digitalizaciji rada i postupaka, te neophodnosti primjene novih znanja u vođenju organizacionih jedinica i službi za koje su odgovorni. Politizacija u javnom sektoru, a naročito upravljačkih kadrova predstavlja jedan od najznačajnijih problema i izazova sa kojima se susreće javna uprava u Bosni i Hercegovini. Stručni, kompetentni i sposobni kadrovi su organima javne uprave treba da budu nosioci promjena koji će brzo donositi odluke i preuzimati odgovornost za njihov uspjeh ili neuspjeh, a sve s ciljem zaštite pojedinca i cijele društvene zajednice. Nefunkcioniranje, odnosno loše funkcioniranje pojedinih procesa u javnoj upravi, osim što opterećuje korisnike usluga, jasno upozorava i na činjenicu nepostojanja odgovarajućeg nadzora nad pojedinim segmentima upravnog sistema. Učinkovit nadzor zahtijeva jasnu podjelu odgovornosti za ostvarenje planova i djelotvorno funkcioniranje sistema, kao i pravovremeno reagiranje na svaki zastoj u obavljanju planiranih aktivnosti. S tim u vezi, potrebno je hijerarhijskim slijedom, od vrha sistema pa do najnižeg nivoa, dugoročno i kratkoročno donositi konkretne i realne planove djelovanja, te pratiti njihovo ostvarivanje kroz redovito izvještavanje. Samo na ovakav način može se postići funkcionalnost i odgovornost samog upravnog sistema i težnje ka ostvarenju “dobre” javne uprave.

Prijedlozi za poboljšanje učinkovitosti javne uprave trebaju se temeljiti na integriranom sistemu planiranja koji obuhvaća strateško i proračunsko planiranje kao rezultat strateških promišljanja vezanih uz realizaciju programa, aktivnosti i projekata, a to znači da državni budžet mora postati rezultat intenzivne suradnje svih sudionika.

Slika 3. Ukupna ocjena kapaciteta i učinka javne uprave u državama članicama Europske unije (EUPACK, 2018.)



Napomena: ULJR se odnosi na upravljanje ljudskim resursima
Izvor: EUPACK, 2018.

Na navedenoj fotografiji EUPACK-a od prije tri godine vidimo nizak nivo transparentnosti, odgovornosti, organizacije i upravljanja javnom upravom, kao i pružanja usluga i same digitalizacije, a koji se odnosi na ukupnu ocjenu kapaciteta i učinka javne uprave u državama članicama Evropske unije.

Ekonomska i socijalna komisija Ujedinjenih naroda za Aziju i Pacifik određuje pojam upravljanja (governance) kao proces donošenja odluka i proces kojim se odluke provode. Ono se može koristiti u više značenja: kao korporativno upravljanje, upravljanje na međunarodnoj razini, nacionalno upravljanje i lokalno upravljanje.¹⁹ Kako je upravljanje proces donošenja i implementacije odluka, njegova analiza je u prvom redu fokusirana na formalne i neformalne sudionike, koji su uključeni u procedure donošenja i provedbe odluka. Vlast je jedan od sudionika koji je uključen u proces upravljanja. Ostali sudionici koji su uključeni u ovaj proces variraju ovisno o tome koja je razina vlasti u to uključena.²⁰ Komisija navodi kako pojam “dobra uprava” ima osam karakteristika. To su participacija, orijentiranost ka konsenzualnom donošenju odluka, odgovornost, transparentnost, odazivnost, djelotvornost i učinkovitost, pravednost, inkluzivnost i dosljednost u provođenju vladavine prava. Ona mora osigurati da se korupcija minimalizira, da se osigura prikladan položaj različitim manjinama, te da se glas najslabijih u

19 D.Ložina, M. Klarić, Izvorni znanstveni rad, „Dobra uprava kao upravna doktrina u Evropskoj uniji“, Pravni vijesnik, god.28, br.2, 2012. godina, str. 24.

20 U ruralnim bi područjima primjerice mogli biti uključeni vlasnici zemlje, udruženja poljoprivrednika, nevladine udruge, istraživački instituti, vjerske vođe, financijske institucije, političke stranke. Situacija je u urbanim područjima puno kompleksnija. Ona bi uključivala lokalne službenike, medije, nacionalne i lokalne dužnosnike, poslovne ljude, mafiju, srednje pozicionirane stručnjake, lokalne obrazovne djelatnike, eksperte, nevladine udruge, sindikate, male poduzetnike, itd. Usp. UNESCAP: What is Good Governance, [Http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp](http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp), str. 1.

društvu čuje u procesu donošenja odluka. Ona mora ponuditi prikladna rješenja za sadašnje i buduće potrebe društva.²¹ Kako bi javna uprava bila "dobra", efikasna i efektivna, potrebna joj je nezavisnost i autonomija u pogledu političkog utjecaja i svakodnevnih promjena.

Povelja o temeljnim pravima Evropske unije u članu 41. izričito propisuje sljedeće:

1. Svako ima pravo da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegove predmete obrađuju nepristrano, pravično i u razumnom roku.
2. Ovo pravo uključuje: (a) pravo svake osobe na saslušanje prije poduzimanja bilo kakve pojedinačne mjere koja bi na nju mogla nepovoljno utjecati; (b) pravo svake osobe na pristup svojem dosjeu, uz poštovanje zakonitih interesa povjerljivosti, te profesionalne i poslovne tajne; (c) obavezu uprave da obrazloži svoje odluke.
3. Svaka osoba ima pravo da joj Unija nadoknadi svaku štetu koju uzrokuju njezine institucije ili njezini službenici pri obavljanju svojih dužnosti, u skladu s općim načelima zajedničkim pravnim sistemima država članica. Svaka se osoba može pisanim putem obratiti institucijama Unije na jednom od jezika Ugovora i mora dobiti odgovor na istom jeziku

Nakon ovoga, postavlja se pitanje kako će se građani i društvena zajednica zaštititi od neefikasnih, neefektivnih i neodgovornih državnih službenika koji svoj rad zasnivaju na koruptivnim radnjama? Definitivno, moderna javna uprava mora služiti građanima koji će učestvovati u donošenju i sprovođenju odluka u

21 Komisija nadalje obrađuje pojedina obilježja "dobre uprave". Tako se za participaciju navodi kako je ona jedan od ključnih elemenata dobre uprave. Participacija treba biti izravna, uključivati podjednako i žene i muškarce, ili pak kroz legitime predstavničke institucije. Važno je znati da predstavnička demokracija ne znači nužno da će najslabiji u društvu zbog toga biti isključeni iz procesa donošenja odluka. Participacija ujedno znači potrebu za informiranošću i organiziranošću. To znači slobodu udruživanja i izražavanja na jednoj, i organizirano civilno društvo na drugoj strani. Transparentnost znači da se odluke donose i primjenjuju na način da se slijede pravila i regulacije. To također znači da su informacije dostupne svima koji će osjetiti učinke njihove primjene. Odazivnost znači da se svi procesi koji se odvijaju kroz institucije svim sudionicima moraju biti poznati na vrijeme. Orijentacija ka konsenzualnom donošenju odluka znači da je u primjeni koncepta dobre uprave potrebno voditi računa kako postoje različiti interesi u društvu, te da je potrebno učiniti napor u pravcu njihova međusobna mirenja i traženju rješenja koje bi zadovoljilo sve zainteresirane sudionike. Ovakvo postupanje zahtijeva dugoročno promišljanje o tome što je potrebno za održiv ljudski razvoj, i što poduzeti kako bi se ostvarili ovi ciljevi. To se može postići jedino da se uvaži povijesni, kulturni i socijalni kontekst danog društva ili zajednice. Pravednost i inkluzivnost su važni za dobrobit određenog društva, i važno je osigurati da svi članovi društva imaju osjećaj da nisu isključeni iz glavnih društvenih tijekova. Zbog toga je, kroz razvoj koncepta "dobre uprave" potrebno osigurati da oni koji su u najslabijem položaju imaju mogućnost da poboljšaju svoju životnu situaciju. Učinkovitost i djelotvornost je važan dio dobre uprave", jer je nužno osigurati da institucije uspijevaju osigurati one rezultate koji su u skladu s potrebama društva. Njihovo bi postupanje trebalo biti takvo da korištenje resursa bude racionalno i u skladu s konceptom održivog prirodnog razvoja. Odgovornost je jedno od ključnih obilježja "dobre uprave". Ne samo vladine institucije, nego i privatni sektor i nevladine institucije trebaju biti odgovorne javnosti i građanima. Tko je odgovoran i kome, ovisi o tome koje su se odluke donesene, te koje su institucije bile odgovorne za njihovo donošenje

javnoj upravi. Također, potrebno je afirmisanje veće odgovornosti javne uprave za efikasnu i efektivnu upotrebu javnih resursa kako ne bi došlo do zloupotrebe javnog interesa. Zadovoljna društvena zajednica ogleda se u uspješnom razvoju koji ima perspektivu i većem povjerenju građana u institucije vlasti. Profesionalnost javne uprave obezbjeđuje se dobrim standardima u upravljanju i praksama upravljanja ljudskim resursima.

Kada se radi o odgovornosti (koja uključuje i organizacione odgovornosti) postoje uslovi koji se smatraju neophodnim da bi javne uprave svoje funkcije obavljale na ispravan i efikasan način.²²

- racionalnost- cilj je efikasnost i koherentnost, izbjegavanje preklapanja među javnim institucijama i uspostavljanje uravnoteženog sistema kontrole;
- transparentnost- obezbjeđivanje jasne i jednostavne organizacije na osnovu općih utvrđenih tipova;
- finansijska dostupnost- prilagođavanje veličine i troškova potrebama i kapacitetima države;
- odgovornost- svaka organizacija mora da obezbijedi da je svaki njen dio interno odgovoran i da je institucija kao cjelina eksterno odgovorna. Ovo podrazumijeva odgovornost prema političkom, pravosudnom i socijalnom sistemu, kao i prema postojećim nezavisnim institucijama. Temelj odgovornosti je omogućavanje visokog nivoa pristupa javnim informacijama.

Konačno je vrijeme za uspostavu pravnog okvira i okvira politika za razvoj moderne prakse upravljanja ljudskim potencijalima; izgrađivanje kapaciteta za efikasnu provedbu propisa u domenu upravljanja ljudskim potencijalima na nivou centralnih i pojedinačnih institucija struktura javne uprave u BiH; osiguranje sveobuhvatnog poštivanja principa meritornosti, jednakog tretmana i transparentnosti u svim oblastima upravljanja ljudskim potencijalima; osiguranje poštivanja principa političke neutralnosti u radu državnih službenika naročito onih sa rukovodnim ovlastima; uspostavljanje prakse modernog planiranja kadrova; uspostavljanje pravičnog i transparentnog sistema plata; osiguranje kontinuiranog profesionalnog razvoja zaposlenih na bazi funkcionalnih potreba institucije; osiguranje poštivanja normi etičkog ponašanja zaposlenih u upravnim strukturama; unaprijeđenje kvaliteta općeg upravljanja u strukturama državne službe; uspostavljanje jedinstvenog registra zaposlenih u javnoj upravi, te efikasna primjena adekvatnih informacionih sistema, odnosno transparentna i sveobuhvatna digitalizacija sistema javne uprave.²³

Osim velikih očekivanja korisnika, povećan je i obim usluga koje javna uprava pruža, što je naročito posljedica procesa evropskih integracija. Činjenica je da su danas aktivna budžetska sredstva pod stalnim pritiskom smanjenja, pogotovo u uslovima porasta sive ekonomije i odlaska mladih osoba iz države. Međutim,

²² Principi javne uprave, SIGMA dokument, str.57.

²³ <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>

korisnike usluga i dalje frustriraju neefikasni šalteri, nepregledne i netransparentne internetske stranice, neophodnost kontaktiranja više različitih instanci prije nego što se dobije traženi odgovor ili ostvari usluga. Ključni nedostatak u funkcioniranju ovog sistema je neadekvatno uspostavljanje digitalnog nadzora nad funkcioniranjem javne uprave.

Rješenje ovog problema je u digitalizaciji, odnosno uvođenju i primjeni naprednih informacijskih tehnologija, koje mogu omogućiti povećanje kvaliteta interakcije i pozitivnog iskustva. Takav jedan proces podrazumijeva prekvalifikaciju postojećih državnih službenika i namještenika, te pojačane edukativne radionice za korištenje modernih tehnologija. Digitalizacija podrazumijeva procese koji trebaju imati svoju svrishodnost, učinkovitost i standard postupanja. Dosadašnja postupanja u javnoj upravi traju predugo, postupci su složeni, nejasne nadležnosti, neadekvatno radno vrijeme, nedostupnost praćenja digitalnih tehnologija u administraciji i birokratske prepreke. Pretpostavke za ostvarenje vizije moderne javne uprave koja će pridonositi privrednom i održivom razvoju bosanskohercegovačkog društva ogledaju su u pružanju javnih usluga na pouzdan, predvidiv i društveno odgovoran način. Ta vizija obuhvaća niz ciljeva čije će se ostvarenje pratiti i nadzirati precizno određenim pokazateljima. Riječ je o sljedećim ciljevima:

- povećanje učinkovitosti i djelotvornosti u sistemu javne uprave;
- povećanje nivoa kvalitete javnih usluga;
- povećanje povjerenja između javne uprave i korisnika u digitalnoj komunikaciji, te stvaranje e-uprave;
- viši nivo otvorenosti, transparentnosti i pristupačnosti javnopravnih tijela;
- jačanje vladavine prava;
- jačanje socijalne osjetljivosti u javnoj upravi i u odnosu prema korisnicima;
- poštivanje etičkih načela u javnoj upravi i iskorjenjivanje korupcije;
- upotreba moderne informacijsko-komunikacijske tehnologije sa svrhom djelotvornog pružanja usluga i veće transparentnosti rada javne uprave;
- uključivanje bosanskohercegovačke javne uprave u evropski upravni proctor;
- snažnije sudjelovanje korisnika u javnom upravljanju i razvoj demokratske političke kulture.

Razvoj javne uprave odvijat će se u tri glavna smjera:

1. pojednostavnjenje i modernizacija upravnog postupanja, kao i osiguravanje pouzdane i brze podrške javne uprave građanima i poslovnim subjektima realizacijom projekata e-uprave;
2. unaprjeđenje sistema razvoja i upravljanja ljudskim potencijalima radi stvaranja moderne javne službe;
3. reforma upravnog sistema sukladno najboljoj praksi i iskustvima dobrog upravljanja prema evropskim standardima.

Rezultati koji bi trebali biti evidentni nakon provođenja reformskih procesa:

- opseg i kvaliteta javnih usluga koje pruža javna uprava prilagođeni su stvarnim potrebama korisnika;
- postupak pružanja javnih usluga maksimalno je pojednostavnjen, te zahtijeva minimalan angažman korisnika;
- broj i kompetencije zaposlenih u javnoj upravi usklađeni su s potrebama, ciljevima i standardima kvalitete pojedine usluge;
- sistem javne uprave predstavlja jasan i realan okvir u kojem se odvijaju postupci pružanja javnih usluga s odgovarajućim brojem i kompetencijama zaposlenih za njihovo pravodobno, učinkovito i kvalitetno izvršavanje.

S tim u vezi, povjerenje u javne službe treba jačati ponajprije upoznavanjem i uključivanjem svih zainteresiranih sudionika u izradu i provedbu javnih politika, strateških i drugih važnih akata planiranja koji će se, u konačnici, na njih odnositi. Treba poticati i unaprjeđivati uzajamno poštovanje, povjerenje i suradnju korisnika i javne uprave, te njihovu međusobnu komunikaciju koja će, s jedne strane, pridonositi kvalitetnijem i učinkovitijem obavljanju javnih službi, a s druge, jačanju demokratskog položaja građana, a sve s ciljem zaštite građana i cijele društvene zajednice.

❖ Zaključak

Zadovoljstvo građana i cijele društvene zajednice javnim uslugama, odnosno upravljanje kvalitetom javnih usluga mora biti jedan od glavnih ciljeva reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini. Za upravljanje kvalitetom usluga javne uprave važno je da rukovodstvo i svi zaposlenici u javnoj upravi uvedu, prihvate i koriste skup alata i mehanizama koje nude postojeći standardi i instrumenti upravljanja kvalitetom, svakodnevno potencirajući na efikasnosti, efektivnosti, funkcionalnosti, transparentnosti i odgovornosti. Kvalitet rada i usluga koje pruža javna uprava u velikoj mjeri ovisit će o ponašanju i djelovanju, u prvom redu rukovodećih službenika, o razmjeni relevantnih informacija, te o međusobnoj komunikaciji zaposlenih.

Na svakom nivou javne uprave potrebno je omogućiti građanima i pravnim osobama podnošenje predstavki i pritužbi na svoj rad, kao i na rad njihovih upravnih tijela, te na nepravilan odnos zaposlenih u tim tijelima kad im se obraćaju radi ostvarivanja svojih prava i interesa ili izvršavanja svojih građanskih dužnosti. Navedene aktivnosti su u cilju zaštite pojedinca kao građanina, ali i same društvene zajednice.

Upravni sistem treba odražavati stvarne potrebe svojih građana i biti sveden na svoju najjednostavniju moguću i logički najopravdaniju strukturu, a da pritom uspijeva blagovremeno i učinkovito udovoljavati zahtjevima korisnika, prezentirajući svoju cjelovitost i funkcionalnost.

Svjesni smo svih nedostataka koji se nalaze u sistemu javne uprave u Bosni i Hercegovini, ali sporim i teškim koracima se približavamo određenim reformskim

procesima koji će doprinijeti većoj efikasnosti državnih službenika i zaposlenika u javnom sektoru, funkcionalnosti njihovog radnog mjesta i odgovornosti koje ono sa sobom nosi.

❖ Literatura

1. „Strategija proširenja i osnovni izazovi 2014-2015 definirajući šest ključnih pitanja u procesu reforme. Na osnovu Strategije proširenja, SIGMA je u suradnji sa Evropskom komisijom razvila „Principe javne uprave“.
2. Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope
3. C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16
4. D.Ložina, M. Klarić, Izvorni znanstveni rad, „Dobra uprava kao upravna doktrina u Evropskoj uniji“, Pravni vijesnik, god.28, br.2, 2012. godina
5. F. Otajagić, stručni rad: „Savremene tendencije u javnoj upravi“, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu
6. <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>
7. <http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp>,
8. K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.
9. M.Selimić, Upravno djelovanje Evropskog suda pravde, „Stručni časopis „Uprava“, br.3/2011, Fakultet za javnu upravu-pridružena članica
10. N. Šimac: Pravo na dobru javnu upravu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016., str. 105.-118.
11. N.Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009.
12. OECD (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.
13. Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.
14. Principi javne uprave, SIGMA dokument
15. Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH
16. Ugovor o funkcioniranju Evropske unije
17. V. zbornik Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union i izd. Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Beč, 2006.

Amila Koso, Ph.M., Director of the Public Institution "Center for culture, sports and information" Visoko

Candidate in a PhD studies in European Law

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

“MORE EFFICIENT AND EFFECTIVE PUBLIC ADMINISTRATION SYSTEM AIMED AT PROTECTING THE INDIVIDUAL AND THE SOCIAL COMMUNITY”

Abstract: The process of public administration reform in Bosnia and Herzegovina so far has not focused much on efficiency and effectiveness in the work of public administration bodies. Reliable data on the efficiency of institutions at any level of authority in the country do not officially exist. Citizens are denied responsible implementation of procedures and services. The goal of the public administration reform must be to improve the work of public administration structures, and to provide citizens and the community with high quality and timely services. This paper tries to answer questions related to high quality, responsible and good governance whose aim is to protect citizens. How efficient and effective is the public administration system? Do civil servants make the most of their time and competencies? Do citizens have transparent data on all available resources? Does the entire community have accurate information on the use of public funds? The obligation of the public administration system in Bosnia and Herzegovina is not merely to work, it actually has to perform its tasks efficiently, effectively and professionally in order to protect the individual and the community.

Keywords: reform, public administration, system, governance, efficiency, effectiveness, citizens, protection, human rights, responsibility, community, public interest, functionality, rule of law, equality, legality

Mr. sc. Faruk Dozić, delegat, Vijeće Naroda RS

Kandidat na doktorskom studiju Evropskog prava, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVO NA SLOBODU UDRUŽIVANJA I ZAKON O RADIO-AMATERIZMU REPUBLIKE SRPSKE

Sažetak: Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, i prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pravo na slobodu mirnog okupljanja i udruživanja su grupisani zajedno. Po svojoj prirodi ta dva prava su isprepletana i zajedno sa slobodom izražavanja smatraju se osnovom za funkcionisanje pluralističkog i demokratskog društva. Historijski gledano pravo na slobodu mirnog okupljanja i udruživanja su se razvijali paralelno. Prvo kao pravo radnika na proteste za bolje uslove rada, a drugo kao pravo radnika na formiranje sindikata radi osiguranja njihovih stečenih prava. Iako sama konvencija ističe sindikat kao oblik udruživanja u definiciji slobode udruživanja, ono nije ograničeno samo na taj oblik udruživanje već ono može biti u obliku organizacija civilnog društva, klubova, zadruga, nevladinih organizacija, vjerskih udruženja, političkih stranaka, fondacija itd. Sloboda udruživanja, predstavlja pravo individue ili grupe, fizičkih ili pravnog lica da se udruže sa drugima, bez ometanja od strane države, na kolektivno izražavanje, promovisanje, traženje i odbranu zajedničkih interesa. Radi se o kvalifikovanom pravu tj. javna vlast može ograničiti uživanje slobode udruživanja ako je u interesu šire zajednice ili zaštite prava drugih. Ovim radom ćemo detaljnije obrazložiti dostignuća prakse Evropskog suda za ljudska prava u interpretaciji slobode udruživanja te ih suočiti sa zakonskim rješenjima Zakona o radio-amaterizmu Republike Srpske te pokušati dati odgovor da li se navedenim Zakonom krši Ustav Bosne i Hercegovine, tačnije da li se ugrožava pravo na slobodu udruživanja garantovano kako Ustavom države Bosne i Hercegovine tako i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i slobodama.

Ključne riječi: sloboda udruživanja, zakon, Ustav, Evropska konvencija o ljudskim pravima i slobodama

Uvod

Pravo na slobodu okupljanja i udruživanja u Bosni i Hercegovini garantovani su Ustavom države Bosne i Hercegovine, Ustavom entiteta ali i međunarodnim dokumentima prihvaćenim kao dio pravnog sistema države Bosne i Hercegovine, posebno: Opštom deklaracijom o ljudskim pravima te Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Vežanost slobode okupljanja i udruživanja sa slobodom izražavanja vidimo i u praksi Evropskog suda za ljudska prava koji je tretirao

„slobode izložene u članovima 9 i 10 kao elemente člana 11 i zastupavši stajalište da je njihovo kršenje predstavljalo dodatni argument za utvrđivanje kršenja Člana 11.“¹ Sloboda udruživanja je neophodan element pluralističkog društva i najčešće upravo udruženja su meta napada diktatorijalnih režima. Borba radnika za veća radnička prava ne bi imala efekta da se iz te borbe nije proizašlo institucionalno djelovanje u vidu sindikata zato s pravom značaj sindikalnog udruživanja a samim time i značaj slobode udruživanja može se vidjeti u preambuli Međunarodne organizacije rada gdje je sloboda udruživanja sredstvo za unaprijeđenje uslova rada i uspostavljanju mira.²

Iako su u relevantnim dokumentima grupisani zajedno – sloboda okupljanja i udruživanja, za potrebe ovog rada fokusirat ćemo se na slobodu udruživanja. Evropska konvencija o ljudskim pravima kao oblik udruživanja prepoznaje samo sindikate međutim iz prakse Evropskog suda za ljudska prava je vidljivo da član 11. ne štiti samo sindikat kao oblik udruživanja već i ostale oblike kao što su: organizacije civilnog društva, klubovi, zadruge, nevladine organizacije, vjerska udruženja, političke stranake, fondacija itd.

Zakon o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj je relativno novo zakonsko rješenje koje reguliše jednu veoma usku oblast, koja nije zastupljena u većinskom stanovništvu. Međutim, bez obzira na činjenicu da većina stanovništva neće doći u dodir sa radio-amaterizmom slobode garantovane EKLJP, ali i Ustavom države Bosne i Hercegovine, ne rangiraju povrede kao male ili velike u odnosu na materiju koju Evropski sud za ljudska prava ili Ustavni sud Bosne i Hercegovine, ocjenjuje. U prvom dijelu rada fokusirat ćemo se na slobodu udruživanja općenito kroz prizmu prakse Evropskog suda za ljudska prava, dok ćemo u drugom dijelu rada predočiti osnovne odredbe Zakona o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj te određene odredbe tog Zakona suočiti sa tumačenjima i stajalištima Evropskog suda za ljudska prava.

I. Sloboda udruživanja prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i slobodama

U tekstu Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, sada zvanom Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (EKLJP) sloboda okupljanja i udruživanja se tretiraju pod istim članom, tačnije članom 11. EKLJP. Stav 1. navedenog člana glasi „Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja

1 P. van Dijk, G.J.H. van Hoof u saradnji sa A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, B.P. Vermuelen, M.L.W.M. Viering, L.F. Zwaak, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo 2001., str. 551-552.

2 Preambula dostupna na: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

i udruživanja s drugima, uključujući i pravo osnivanja sindikata i pridruživanja sindikatima zbog zaštite svojih interesa.⁴³

Iako se radi o suštinski dvije različite slobode njihove definicije su slične jer, sloboda mirnog okupljanja je definisana zajedničkim ciljem koji učesnici okupljanja žele postići,⁴ dok sloboda udruživanja predstavlja pravo individue ili grupe, fizičkih ili pravnih lica da se udruže sa drugima, bez ometanja od strane države, na kolektivno izražavanje, promovisanje, traženje i odbranu zajedničkih interesa. Razlika ove dvije slobode jeste u formi kojoj se ispoljavaju. Za slobodu okupljanja nije potreban institucionalni okvir već vidljiv zajednički interes okupljenih istomišljenika.⁵ Dok je za slobodu udruživanja potrebno da se zajednički interes ispoljava kroz određeni institucionalizirani oblik. Taj oblik udruživanja jedino ne može biti javnog karaktera tj. ne može biti osnovana na osnovu zakona i nacionalni zakonski okvir koji uređuje različite oblike udruživanja nisu obavezni za Evropski sud za ljudska prava.⁶

I. 1. Ograničavanje slobode udruživanja

Sloboda udruživanja s drugima je kvalifikovano pravo tj. može biti ograničeno uživanje slobode udruživanja. U stavu 2. člana 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima stoji da „Ova prava neće biti ograničena izuzev na način propisan zakonom i koji je neophodan u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti ili javne sigurnosti, u cilju sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava sloboda drugih. Ovim članom se ne zabranjuje uvođenje zakonitih ograničenja na ona prava koja uživaju pripadnici oružanih snaga, policije ili državne administracije.“⁷ Iz naprijed navedene odredbe možemo zaključiti da do ograničenja slobode udruživanja može doći samo ukoliko je ograničenje propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu. Nadalje, ograničenje iako propisano zakonom mora biti opravdano time da je doneseno u cilju zaštite nacionalne ili javne sigurnosti, sprečavanje nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili zaštite prava sloboda drugih.

Termin „propisano zakonom“ ne znači samo da je ograničavanje opravdano ukoliko je isto samo napisano u nacionalnom zakonodavstvu već se mora uzeti u razmatranje i kvalitet zakonskog rješenja.⁸ U predmetu Jafarov i drugi protiv

3 Član 11. https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf

4 Vodić kroz članak 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima – Sloboda okupljanja i udruživanja, Vijeće, Izdanje od 31.08.2021. godine, str. 8.

5 Okupljanje, u smislu Konvencije, se mora razlikovati od nasumičnog okupljanja individua, koja svaka ima svoj cilj kao na primjer red ispred javne ustanove. – *Ibid*, str. 8

6 „... (d) a bi udruživanje palo pod zaštitu člana 11, ono mora da ima privatno-pravni karakter. Termin ‘udruživanje’ ima autonomno značenje; klasifikacija u nacionalnom pravu ima samo relativnu vrijednost i čini samo polaznu tačku.“ *Ibid*, str. 24

7 Član 11. https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf

8 „U pitanjima koja se tiču osnovnih prava bilo bi u suprotnosti sa vladavinom prava, jednim od osnovnih principa demokratskog društva sadržanim u Konvenciji, da se zakonsko diskreciono

Azerbejdžana Evropski sud za ljudska prava konstatuje da mora imati u vidu ne samo tekst zakona već i način na koji je on primjenjen i intepretiran od strane kako izvršne vlasti tako i domaćih sudova.⁹ Kvalitet zakonskog rješenja se cijeni u njegovoj predvidivosti tj. norme zakona moraju biti dovoljno precizne da pojedinac može regulisati svoje ponašanje¹⁰ u skladu sa zakonom, ali i da ne omogućuje vlastima proizvoljnu primjenu tih zakonskih normi.¹¹

Neophodnost u demokratskom društvu je koncept koji „... uključuje dva uvjeta: a) svako miješanje mora predstavljati ‘neodgodivu društvenu potrebu’ i b) miješanje mora biti srazmjerno legitimnom cilju kojem se teži.“¹² „Pojam ‘nužno’ (neophodno op. a. F.Đ) nije fleksibilan onoliko koliko su izrazi kao što su ‘korisno’ ili ‘poželjno’. Iznimke od pravila osiguranja slobode udruživanja moraju se usko tumačiti i za njih moraju postojati uvjerljivi i neotklonjivi razlozi koji opravdavaju ograničenje te slobode. Prije svega na nacionalnim vlastima da ocijene postoji li ‘neodgodiva društvena potreba’ za nametanje određenog ograničenja.“¹³

Taksativno nabrojani razlozi za ograničenja slobode udruživanja u stavu 2. člana 11. Konvencije moraju se usko tumačiti i njihova definicija je nužno restriktivna.¹⁴ Usko tumačenje i restriktivno definisanje ograničenja iz stava 2. člana 11. nalaže da obim miješanja vlasti u uživanju slobode udruživanja se ne može posmatrati apstraktno i mora se procijeniti u svakom konkretnom slučaju. Pa je tako, kao miješanje vlasti u uživanje slobode udruživanja dozvoljeno da vlasti traže službenu registraciju, ali joj nije dozvoljeno da zbog neznatnih stvari odbije registraciju udruženja.¹⁵ Tako radikaln¹⁶ potez kao što je odbijanje upisa udruženja mora biti srazmjerno cilju kojim se želi postići. U predmetu Gorzelik i drugi protiv Poljske Sud je utvrdio da nije bilo povrede člana 11. Konvencije, jer razlog odbijanja registracije udruženja od strane države nije bio da zabrani

pravo koje se daje izvršnoj vlasti izražava u smislu neograničene moći. Shodno tome, zakon mora dovoljno jasno naznačiti obim svakog takvog diskrecionog prava i način njegovog vršenja.“ Para 30. *Maestri protiv Italije*, Zahtjev broj 39748/98 od 17.02.2004. godine

9 Para. 70. *Jafarov i drugi protiv Azerbejdžana*, Zahtjev broj 27309/14 Presuda od 25.07.2019. godine

10 Para. 29. *N.F. protiv Italije*, Zahtjev broj 37119/97, Presuda od 02.08.2001. godine

11 Para. 85. *Jafarov i drugi protiv Azerbejdžana*, Zahtjev broj 27309/14 od Presuda od 25.07.2019. godine

12 *Vodić kroz članak 11. Europske konvencije o ljudskim pravima – Sloboda okupljanja i udruživanja*, Vijeće Europe/ Europski sud za ljudska prava, Izdanje od 31.08.2021. godine, str. 27.

13 *Ibid*, str. 27.

14 Para 38. *Sidiropoulos i drugi protiv Grčke*, Zahtjev broj 57/1997/841/1047, Presuda od 10.07.1998 godine

15 Para 40. *Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden i drugi protiv Bugarske (broj 2)*, Zahtjev broj 34960/04, Presuda od 18.10.2011. godine

16 Da je odbijanje upisa udruženja ili drugih oblika organizacija u službeni registar radikaln potez države vidi u: *Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden i drugi protiv Bugarske (broj 2)*, Zahtjev broj 34960/04, Presuda od 18.10.2011. godine, Para. 58 *Zhechev protiv Bugarske*, Zahtjev broj 57045/00, Presuda od 21.09.2007. godine

promovisanje posebnosti manjine, već je razlog što bi stvaranjem pravnog lica i njenom „... registracijom prema Zakonu o udruženjima i opisom koji je sebi dalo u stavu 30 osnivačkog akta neminovno stekli pravo na poseban status prema Izbornom zakonu iz 1993. godine. S obzirom na to da su nacionalne vlasti imale pravo da smatraju da je osporeno miješanje zadovoljilo ‘hitnu društvenu potrebu’ i imajući u vidu da miješanje nije bilo nesrazmjerno legitimnim ciljevima kojima se težilo, odbijanje registracije udruženja podnosioca predstavke može se smatrati “neophodnim u demokratskom društvu.”¹⁷

I.2. Pozitivni i negativni aspekti slobode udruživanja

Tumačenjem stava 1. člana 11. Konvencije *de lege lata* dalo bi se zaključiti da sloboda udruživanja garantuje samo slobodu udruživanja u pozitivnom smislu tj. da fizičko ili pravno lice se udruži sa drugima. Postavlja se pitanje da li sloboda, iako ovako definisana u Konvenciji štiti i od prinudnog udruživanja s drugima, tj. u njenom negativnom smislu? Odgovor na ovo pitanje možemo naći u praksi Evropskog suda za ljudska prava. No prije nego predočimo odgovor potrebno je definisati značenje prinudnog udruživanja s drugima. Wino J.M. van Veen razlikuje dvije vrste prinudnog udruživanja i to *de jure* i *de facto* prinudno udruživanje. *De jure* prinudno udruživanje jeste obavezno članstvo u udruženju na osnovu zakona, *de facto* prinudno udruživanje jeste slučaj u kome je zainteresovanoj strani data mogućnost da postane i ostane član udruženja, ali odbijanje bi imalo negativne posljedice po tu zainteresovanu stranu.¹⁸

Van Veen primjećuje da ne postoji odredba u članu 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima koja bi štitila pravo da niko ne može biti prinuđen da pripada određenom udruženju dok, to Opšta deklaracija o ljudskim pravima izričito propisuje u članu 20 . stav 2.¹⁹ Odgovor na prethodno postavljeno pitanje možemo pronaći u presudama Evropskog suda za ljudska prava i to u predmetima *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda* i *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. U predmetu *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud nije zauzeo definitiv stav o tome da li je negativan aspekt zaštićen članom 11. Konvencije, Sud nije smatrao ni da treba odgovoriti na to pitanje, već je fokus stavio na konkretan slučaj.²⁰ Glavni argument kontra da Konvencija ne pruža zaštitu slobode udruživanja u negativnom smislu jeste argument Vlade Ujedinjenog Kraljevstva koji je istakao da u pripremnim materijalima Konvencije

17 Para. 106. *Gorzelik i drugi protiv Poljske*, Zahtjev broj 44158/98, Presuda od 17.02.2004. godine

18 Wino J.M. van Veen, *Negativna Sloboda udruživanja: član 11. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava I osnovnih Sloboda*, Međunarodni časopis neprofitnog prava, Knjiga 3, Broj 1. Septembar 2000. Dostupno na engleskom jeziku na: <https://www.icnl.org/resources/research/ijnl/negative-freedom-of-association-article-11-of-the-european-convention-for-the-protection-of-human-rights-and-fundamental-freedoms>

19 *Ibid*

20 Para. 51. i 53. *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Zahtjev broj 7601/76; 7806/77, Presuda od 13.08.1981. godine

(fra. travaux préparatoires) je ciljano izostavljena zaštita slobode udruživanja u negativnom smislu.²¹ Sud, međutim, konstatuje da pod „Pretpostavkom da član 11 ne garantuje negativni aspekt konkretne slobode kao i i pozitivni aspekt, prinuda da se pridruži određenom sindikatu ne mora uvijek biti protivna Konvenciji. Međutim prijetnja otkazom koja uključuje gubitak sredstava za život je najozbiljniji oblik prisile... Druga strana ovog slučaja tiče se ograničavanja aplikantovog izbora po pitanju sindikata kojim bi mogli se pridružiti sopstvenom voljom. Individua ne uživa slobodu udruživanja ukoliko u stvarnosti sloboda djelovanja ili izbora koja mu preostaje je ili nepostojeća ili toliko umanjena da mu ne predstavlja praktičnu vrijednost.“²². I sam Sud u predmetu *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda* konstatuje da u prethodno navedenom predmetu sud nije dao na važnosti pripremnom materijalu već je uzeo kao radnu hipotezu.²³

Predmet *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda* je važan jer definitivno rješava pitanje da li član 11. Konvencije štiti i negativni aspekt slobode udruživanja. Član 11. štiti i negativni aspekt slobode udruživanja iako nije izričito navedena u Konvenciji i taj stav Suda temelji na slijedećim stavkama:

- Veliki broj nacionalnih zakonodavstava sadrži mehanizme koji štite negativni aspekt slobode udruživanja;

- Pored Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koja štiti negativni aspekt slobode udruživanja, veliki broj drugih međunarodnih dokumenata ali i međunarodnih organizacija također štiti negativni aspekt slobode udruživanja kao što su: Povelja Zajednice o Osnovnim socijalnim pravima radnika, Evropska socijalna povelja te praksa Komiteta za slobodu udruživanja Upravnog tijela Međunarodne organizacije rada;

- Da je Konvencija živi instrument i da mora biti tumačena u skladu sa savremenim uslovima.²⁴

II. Sloboda udruživanja u praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine propisano je da se prava i slobode propisane Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama

21 “S obzirom na poteškoće koje izaziva „sistem zatvorenih prodavnica” u određenim zemljama, Konferencija je s tim u vezi smatrala da je nepoželjno da se u Konvenciju uvede pravilo prema kojem „niko ne može biti primoran da pripada udruženju” koje karakteristike su sadržane u [član 20 st. 2] Univerzalne deklaracije Ujedinjenih nacija” (Izveštaj Konferencije visokih zvaničnika od 19. juna 1950., sabrano izdanje “Travaux Préparatoires”, tom IV, str. 262” Para. 51. *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Zahtjev broj 7601/76; 7806/77, Presuda od 13.08.1981. godine

22 Para. 55 i 56. *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Zahtjev broj 7601/76; 7806/77, Presuda od 13.08.1981. godine

23 Para. 35. *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda*, Zahtjev broj 16130/90, Presuda od 30.06.1993. godine

24 Para. 35. *Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda*, Zahtjev broj 16130/90, Presuda od 30.06.1993. godine

zajedno sa njenim protokolima se direktno primjenjuju i da ti akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Prava koje Ustav države Bosne i Hercegovine garantuje navedenim članom, proširena su narednim stavom taksativno navodeći prava koja država garantuje svim licima na teritoriji, a koja uključuje i slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima.²⁵ S toga, pri podnošenju apelacije apelant ima mogućnost da se pozove ne samo na odredbu Ustava koja garantuje slobodu udruživanja već i direktno na član 11. Konvencije.

Ovakva veza između Ustava države i Konvencije podrazumjeva i da pri odlučivanju Ustavni sud kao konačni autoritet pri tumačenju Ustava se koristi dostignućima Evropskog suda za ljudska prava. Ovo se najbolje ogleda da Ustavni Sud koristi identične definicije i stavove po određenim pitanjima. Pa tako u predmetu AP 1319/11 Ustavni sud podsjeća da je pravo na slobodu okupljanja kao i pravo na slobodu govora osnova demokratskog društva kao takvog pozivajući se na Presude Evropskog suda za ljudska prava.²⁶

U kontekstu ovog rada uzet ćemo u obzir dvije odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. U predmetu AP 279/04 odlučujući po apelaciji apelanta je utvrdio da nema povrede člana II/3.i) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 11. Konvencije. U konkretnom slučaju Ustavni sud je odlučivao da li pravo na štrajk kao pravo koje se izvodi iz prava na sindikalno ograničavanje može biti ograničeno. Pozivajući se na Odluku Evropskog suda za ljudska prava *Schmidt i Dahlstrom protiv Kraljevine Švedske*, Ustavni sud Bosne i Hercegovine utvrdio da pravo na štrajk može biti podvrgnuto ograničenjima u okviru nacionalnog zakonodavstva.²⁷

Iz odluke Ustavnog suda AP 4703/19, vidljivo je da praksa koju je Evropski sud za ljudska prava uspostavio a to da zaštitu člana 11. Konvencije uživaju samo one organizacije privatnopravnog karaktera. „S obzirom na to da je i u konkretnom slučaju Privredna komora osnovana zakonom, da ima javne funkcije, odnosno da ne predstavlja udruženje u smislu člana 11. Evropske konvencije, a što je vidljivo

25 „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 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) Slobodu misli, savjesti i vjere.
- h) Slobodu izražavanja.
- i) Slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima.
- j) Pravo na brak i zasnivanje porodice.
- k) Pravo na imovinu.
- l) Pravo na obrazovanje.
- m) Pravo na slobodu kretanja i prebivališta.“

Član III/3. Ustava Bosne i Hercegovine.

26 Para 22. Odluka broj: AP 1319/11 od 10.04.2014. godine

27 Para 23. Odluka broj: AP 279/04 od 12.04.2005. godine

iz naprijed citiranih relevantnih odredbi Zakona, te da je nesporno da obaveznim članstvom u toj komori apelant nije spriječen da se u smislu odredbi člana 11. Evropske konvencije učlani i u druge organizacije i udruženja, Ustavni sud smatra da se navedeni stavovi Evropskog suda u predmetima *Weiss protiv Austrije* i *Erwin Koll protiv Austrije* mogu primjeniti i na konkretan predmet.⁴²⁸

III. Općenito o Zakonu o radioamaterizmu Republike Srpske

Zakon o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj²⁹ (u daljem tekstu: Zakon) donešen 18.04.2019. godine ima 21. član. Zakonom se uređuje status radio-amaterizma u Republici Srpskoj, obaveze, dužnosti i ovlašćenja Saveza radio-amatera Republike Srpske i radio-amaterskih klubova, postupanje radio-amatera i radio-amaterskih klubova u vanrednim situacijama i druga pitanja koja su u vezi za djetlatnošću radio-amaterizma.³⁰ Ovim Zakonom, Savez radio-amatera Republike Srpske (u daljem tekstu Savez) je krovno udruženje svih radio-amaterskih klubova na teritoriji Republike Srpske i fizičkih lica, samostalnih licenciranih radio-amatera, vlasnika amaterskih radio-uređaja. Savezu se povjeravaju javna ovlašćenja u cilju ispunjenja obaveza i dužnosti u vanrednim situacijama a zbog očuvanja života i zdravlja ljudi, opštih javnih dobara, kao i dobara od opšteg interesa.³¹ Funkcionisanje i rad Saveza osim odredbama ovog Zakona uređuje se zakonima koji uređuju oblast udruženja i fondacija Republike Srpske.³² Članovima 5 do 7 propisane su dužnosti Saveza. Članovi 10., 11 i 12. uređuju pitanja ko se smatra radio-amaterom, radio-amaterskim klubom. Članom 16. i 17. uređen je nadzor nad provođenjem zakona koji vrši Ministarstvo, dok inspekcijski nadzor vrši inspektor Republičke uprave za inspekcijske poslove. Članom 18. propisane su kaznene mjere kako za Savez tako i za radio-amateru tako i za radio-amaterske klubove. Savez, radio-amaterski klubovi i radio-amateri dužni su svoj rad i interne akte uskladiti sa odredbama ovog zakona u roku od devet mjeseci od dana stupanja na snagu.³³

III. 1. Ocjena ustavnosti Zakona o radio-amaterizmu pred Ustavnim Sudom Republike Srpske

Ustavni sud Republike Srpske je 16.09.2020. godine odlučivao o ustavnosti članova 2. stav 1., člana 3, člana 9. stav 3, člana 5. tačka 2. i 3., člana 9. stav 2.,

28 Para 22. Odluka broj: AP 4703/19 od 05.05.2021. godine

29 Zakon o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj („Službeni glasnik RS“, br.36/2019)

30 Član 1. Zakona o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj („Službeni glasnik RS“, br.36/2019) (u daljem tekstu ZRARS)

31 Član 2. i 3. ZRARS

32 Član 4. ZRARS.

33 Član 20. ZRARS.

člana 11. stav 2., 3., 4., 5., i 6., člana 12., člana 13. i člana 18. stav 2., i 3. Zakona. Apelant se pozvao da je osporenim članovima onemogućeno, tačnije ograničeno pravo na slobodu udruživanja garantovano kako članom 11. Konvencije tako i Ustavom države Bosne i Hercegovine ali i entiteta Republika Srpska. Ustavni sud Republike Srpske nije prihvatio inicijativu za ocjenjivanje ustavnosti. Ustavni sud Republike Srpske svoj stav je bazirao, između ostalog na slijedećem „Sud je, takođe. Ocijenio da nisu osnovani navodi davaoca inicijative da odredbe člana 2. stav 1, člana 5. tačka 2. i 3. i člana 9. Zakona dovode u pitanje ostvarivanje prava i sloboda zajamčenih članom 11. Evropske konvencije. Naime, po ocjeni Suda, navedenim zakonskim odredbama kojima je Savez radio-amatera Republike Srpske određen kao poseban oblik udruženja, koji ima status pravnog lica, i čije su obaveze i ovlašćenja uređeni Zakonom s ciljem objedinjavanja aktivnosti svih radio-klubova i samostalnih članova, radio-operatera koji djeluju na teritoriji Republike Srpske i to radi ostvarivanja opštih interesa društvene zajednice u oblasti radio-amaterizma, radio-tehnike, elektronike, telekomunikacija i informatike nisu spriječeni radio-amateri da se učlanjuju ili formiraju druge vrste udruženja, jer osporene odredbe, kao ni zakon u cjelini, ne sadrže ovakvu zabranu.“³⁴

IV. Moguće povrede Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske Konvencije o ljudskim pravima i slobodama

U skladu sa svim navedenim smatramo da su slijedeći članovi Zakona o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj u suprotnosti sa Ustavom države Bosne i Hercegovine tačnije članom II/3.i) te članom 11. Konvencije, koji glase:

Član 2.

(1)Savez radio-amatera Republike Srpske (u daljem tekstu: Savez) je udruženje radio-amaterskih klubova registrovanih na teritoriji Republike Srpske i fizičkih lica, samostalnih licenciranih radio-amatera, vlasnika amaterskih radio-uređaja.

(2)Savez objedinjava aktivnosti svih amaterskih radio-klubova i samostalnih članova, radio-operatera koji djeluju na teritoriji Republike Srpske.

(3)Cilj i obaveza Saveza je ostvarenje opštih interesa društvene zajednice u oblasti radio-amaterizma, radio-tehnike, elektronike, telekomunikacija i informatike.

Član 3.

Savezu se povjeravaju javna ovlašćenja koja vrši samostalno ili putem radio-amaterskih klubova u svom sastavu u cilju ispunjenja obaveza i dužnosti u vanrednim situacijama (prirodne katastrofe, nepogode, ratno stanje i druge

34 Rješenje Ustavnog suda Republike Srpske broj U-66/19 od 16.09.2020. godine

vanredne okolnosti), a radi očuvanja života i zdravlja ljudi, opštih javnih dobara, kao i dobara od opšteg interesa.

Član 5.

Savezu se povjeravaju sljedeća javna ovlaštenja:

1) izdavanje odobrenja za privremeno ustupanje amaterskih repetitora i radio-amaterskih frekvencija na korišćenje institucijama i službama Republike Srpske koje rade na spasavanju imovine i lica i drugima,

2) izdavanje odobrenja organizatorima radio-amaterskih takmičenja, skupova, stručnih savjetovanja i sličnih događaja na teritoriji Republike Srpske,

3) zaprima zahtjeve za obezbjeđivanje dozvole i licence za amatersku radio-stanicu, kao i amatersku radio-stanicu ličnog radio-amatera i dostavlja je na ovjeru i upis u registar izdatih dozvola i licenci nadležnom organu,

4) izdavanje odobrenja radio-amaterskim klubovima za vršenje obuke za amaterskog operatora i odobrenja za organizovanje ispita za amaterskog radio-operatora,

5) izdavanje uvjerenja o članstvu u Savezu.

Član 8.

(1)Radio-amaterske frekvencije i repetitorske mreže mogu da koriste samo licencirani radio-amateri i klubovi radio-amatera na osnovu prethodno pribavljenog rješenja kojim se odobrava korišćenje frekvencija i pod uslovima propisanim ovim zakonom.

(3)Repetitori i druge radio-amaterske frekvencije koje koristi Savez, odnosno klubovi radio-amatera u vanrednim situacijama, bez naknade i po potrebi, ustupaju se institucijama i službama Republike Srpske koje rade na spasavanju imovine i lica.

(4)Repetitori se mogu po potrebi, uz naknadu, ustupiti na korišćenje drugim licenciranim licima i organizacijama.

(5)Odluku o ustupanju repetitora iz stava 4. ovog člana donosi Upravni odbor Saveza.

(6)Za postavljanje repetitora na amaterskim frekvencijama na teritoriji Republike Srpske potrebna je saglasnost Upravnog odbora Saveza.

(7)Upravni odbor Saveza saglasnost iz stava 6. ovog člana izdaje na osnovu mišljenja Komisije za repetitore, koju imenuje Savez, a uz pribavljeno mišljenje Ministarstva saobraćaja i veza (u daljem tekstu: Ministarstvo).

(8)Ministar saobraćaja i veza (u daljem tekstu: ministar) donosi pravilnik kojim se propisuju uslovi i postupak za ustupanje na korišćenje radio-amaterskih komunikacija i repetitorskih radio-stanica u Republici Srpskoj, kao i način i postupak praćenja i snimanja amaterske radio-komunikacije na radio-amaterskim repetitorima.

Član 9.

(2)Radio-amater je dužan da, ukoliko posjeduje radio-stanicu ili radio-stanice, izvrši prijavu matičnom radio-klubu ili Savezu sa osnovnim podacima o radio-stanici ili radio-stanicama.

Član 10.

(3)Stručni ispit iz st. 1. i 2. ovog člana može se polagati samo u radio-amaterskim klubovima koji su članovi Saveza i pred komisijom koju je imenovao Savez.

(4)Komisiju iz stava 3. ovog člana čine tri člana, radio-amaterski operatori CEPT (1) kategorije (stepen stručne osposobljenosti radio-amatera koji imaju pravo da koriste sve radio-amaterske opsege) i stručno su osposobljena za sprovođenje ispita.

(5)Stručni ispit iz st. 1. i 2. ovog člana polaže se po jedinstvenom planu i programu koji donosi Savez, a u skladu sa međunarodnim CEPT pravilom T/R 61-01 i T/R 61-02.

(6)Radio-amater koji je položio ispit i stekne pravo na korišćenje i rad na radio-stanici putem radio-amaterskog kluba ili Saveza podnosi zahtjev za izdavanje licence i dozvole za rad.

Član 11.

(2)Radio-amateri i radio-amaterski klubovi koji su registrovani i obavljaju djelatnost na teritoriji Republike Srpske su članovi Saveza.

(3)Radio-amater koji ima mjesto prebivališta u Republici Srpskoj i ima dozvolu za obavljanje djelatnosti radio-amaterizma može obavljati djelatnost na teritoriji Republike Srpske ukoliko je učlanjen u Savez ili radio-amaterski klub u Republici Srpskoj.

(4)Savez vodi registar i evidenciju radio-amatera i radio-amaterske opreme na teritoriji Republike Srpske.

(5)Podatke iz stava 4. ovog člana Savez jednom godišnje dostavlja Ministarstvu i Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srpske.

(6)Ministar donosi pravilnik kojim se propisuje sadržaj i način vođenja evidencije radio-amatera i radio-amaterske opreme.

Član 12.

(2)Strani državljani koji borave na teritoriji Republike Srpske duže od 30 dana, a posjeduju dozvolu za radio-stanicu i amatersku radio-stanicu zemlje iz koje dolaze, obavezni su prijaviti svoje prisustvo radio-klubu u mjestu boravka ili Savezu.

Član 18.

(1)Novčanom kaznom od 1.000 KM do 5.000 KM kazniće se Savez ako:

- 1) poslove javnog ovlaštenja koja su mu povjerena obavlja suprotno odredbama ovog zakona (član 5),
 - 2) ne stavi na raspolaganje sve raspoložive kapacitete u skladu sa planom zaštite i spasavanja i ne omogući korišćenje radio-veza u vanrednim situacijama (član 6).
- (2) Novčanom kaznom od 500 KM do 1.000 KM kazniće se radio-amater ako:
- 1) ne izvrši prijavu radio-stanice ili stanica i ne vodi dnevnik amaterske radio-stanice (član 9. st. 2. i 3),
 - 2) zahtjev za izdavanje dozvole ili licence ne podnese preko radio-amaterskog kluba ili Saveza (član 10. stav 6),
 - 3) obavlja djelatnost na teritoriji Republike Srpske a nije član Saveza ili radio-amaterskog kluba (član 11. stav 3),
 - 4) ne poštuje principe svjetskog radio-amaterskog kodeksa, te opremu i djelatnost koristi u svrhu širenja dezinformacija i panike kod građana (član 14. st. 1. i 2).
- (3) Novčanom kaznom od 200 KM do 500 KM kazniće se:
- 1) strani državljanin ukoliko u predviđenom roku ne prijavi svoje prisustvo radio-amaterskom klubu ili Savezu (član 12. stav 2),
 - 2) lica koja povremeno koriste amaterske frekvencije bez saglasnosti Upravnog odbora Saveza (član 13. stav 2).

Prije nego pristupimo ocjeni ostalih odredbi potrebno je odgovoriti da li Savez radio-amatera predstavlja udruženje javne vlasti ili je privatno-pravnog karaktera. Jer, kako smo ranije naveli udruženja javne vlasti ne podpadaju pod zaštitu člana 11. Konvencije. Savez kao takav nije osnovan na osnovu ovog Zakona³⁵ već su mu samo povjerene javne ovlasti (član 2. i 3. Zakona). Dok se na funkcionisanje i rad Saveza primjenjuju propisi iz Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske, a osnov da javne ovlasti obavlja udruženje sadržano je u članu 8. Zakona o udruženjima i fondacijama Republike Srpske.³⁶ Njegova suština da je Savez udruženje kroz koje svoj interes promoviraju privatna lica i ona se ne mijenja Zakonom o radio-amaterizmu već su mu samo dodate određene javne ovlasti, te stoga po našem mišljenju, može se pristupiti ocjeni ustavnosti ovako uređenog udruženja. Čak i da jeste, cilj zakonskih odredbi ne može biti da ograničava ili u potpunosti sprečava ostvarivanje slobode udruživanja.³⁷

Slijedeće pitanje na koje je potrebno odgovoriti da li odredbe Zakona se mogu podvesti pod ograničenja slobode udruživanja predviđena članom 11. stav 2. Konvencije. Cilj koji se želi postići ovakvim jeste da se javnim ovlastima koje su dodijeljene Savezu doprinese zaštiti zdravlju i sigurnosti imovine i lica u

35 O udruženjima osnovanim na osnovu Zakona naveli smo primjer u predmetu pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine broj AP 4703/19.

36 Zakon o udruženjima i fondacijama Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 52/01 i 42/05)

37 Para. 65. *Le Compte, van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, Zahtjev broj 6878/75; 7238/75, Presuda od 23.06.1981. godine.

slučaju vanrednih okolnosti. U načelu ovakvu odredbu možemo dovesti u vezu sa dijelom stava 2. člana 11. koji dozvoljava ograničenje slobode udruživanja ukoliko se ograničenje odnosi, između ostalog na javnu sigurnost i zaštitu zdravlja. Ali ovakvo rješenje ne zadovoljava načelu proporcionalnosti ustanovljeno praksom Evropskog suda za ljudska prava. Naime, ukoliko se ograničavanja iz stava 2. člana 11. Konvencije moraju tumačiti restriktivno onda Zakon mora odgovoriti na pitanje da li se zaštita lica i imovine može postići i izvan okvira Saveza. Ne vidimo niti jedan argument zašto lice mora biti član Saveza da bi bio radio-amater a i istovremeno da vrši radnje u cilju zaštite imovine i lica u vanrednim okolnostima. Zar istu svrhu ne bi mogao vršiti i kao radio-amater u drugom udruženju?

Neustavnost naprijed navedenih članova proizilazi iz činjenice da je Savez formiran kao krovno udruženje putem kojeg lice ukoliko želi da se bavi radio-amaterizmom mora biti član tog istog Saveza ili putem radio-kluba posredno biti član istog Saveza. Ne slažemo se sa stavom Ustavnog suda Republike Srpske da Zakon ne brani formiranje drugog udruženja. Čitajući Zakon, isti zaista ne sadrži niti jednu odredbu koja *eksplicite* zabranjuje formiranje druge vrste udruženja. Međutim, postavlja se pitanje koja je svrha formiranja druge vrste udruženja ukoliko samo preko zakonski nametnutog udruženja može obavljati dužnost radio-amatera.³⁸ Smatramo da se radi o negativnom aspektu slobode udruživanja i to prema van Veen-ovoj klasifikaciji o *de facto* prinudnom udruživanju. Prijetnja sankcijom predviđena članom 18. Zakona predstavlja oblik prisile, a ostale odredbe Zakona u značajnoj mjeri umanjuje uživanje prava na slobodno udruživanje. Prema tome, ukoliko primijenimo stav Evropskog suda za ljudska prava iz predmeta *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* na konkretni slučaj Zakona prijetnja sankcijom koja uključuje gubitak mogućnosti bavljenja radio-amaterizmom ali i uopšte početak bavljenja radio-amaterizmom je najozbiljniji oblik prisile. Druga strana ovog slučaja tiče se ograničavanja izbora po pitanju udruženja kojim bi se mogli pridružiti sopstvenom voljom. Individua ne uživa slobodu udruživanja ukoliko u stvarnosti sloboda djelovanja ili izbora koja mu preostaje je ili nepostojeća ili toliko umanjena da mu ne predstavlja praktičnu vrijednost.

Da se ne radi o ocjeni ustavnosti odredaba Zakona *in abstracto* već i *in concreto*. Navest ćemo primjer procedure za izdavanje dozvole i licence za amatersku radio stanicu. Naime članom 5. tačka 3) Savezu je kao javno ovlaštenje dato da zaprima zahtjeve za obezbjeđivanje dozvole i licence za amatersku radio stanicu, kao i amatersku radio stanicu lično radio-amatera i dostavlja je na ovjeru i upis u registar izdatih dozvola i licenci nadležnom organu. Nadležni organ iz navedene tačke i člana jeste Regulatorna agencija za komunikacije (RAK) koja je uspostavljena na osnovu Zakona o komunikacijama³⁹ a navedeni Zakon je donesen

38 Član 11. Stav (3) ZRARS.

39 Zakon o komunikacijama ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine", broj: 31/03, 75/06, 32/10 I 98/12)

na osnovu isključive nadležnosti države u oblasti komunikacija.⁴⁰ Pri sprovedbi ove nadležnosti RAK putem Pravila o radioamaterskoj službi⁴¹ uređuje pitanje i polaganja radioamaterskih kvalifikacionih ispita kao preduslova za dobijanja dozvole i licence. Članom 13. navedenog pravila je propisano da kvalifikacione ispite komisijski organizuju isključivo radioamaterske organizacije. Iz ovog je vidljivo da se RAK ne ograničava koje to organizacije mogu organizovati polaganje kvalifikacionog ispita. Tumačeći Zakon u entitetu Republika Srpska to je moguće isključivo putem samo jednog udruženja i to Saveza. Ovakvim Zakonom, smatramo, državni zakon i njegova provedba koji važi za cijelu teritoriju države Bosne i Hercegovine se podređuje entitetskom Zakonu.⁴²

Zaključak

Tumačenje člana 11. Konvencije od strane Evropskog Suda za ljudska prava vremenom je evolviralo. Od tumačenja člana 11. kao garanta slobode udruživanja u pozitivnom smislu, u današnjem vremenu član 11. se tumači i u njenom negativnom smislu. Pri tome prevazilazeći čak i temeljna dokumenta koja su prethodila donošenju Konvencije. Dostignuća Evropskog suda za ljudska prava obavezuju i domaći Ustavni sud Bosne i Hercegovine u tumačenju kako Ustavom garantova slobode udruživanja tako i Konvencijskom. Smatramo da srž pitanja pri eventualnom Zahtjevu za ocjenu ustavnosti treba biti kvalitet zakonskog uređenja koji je entitetski zakonodavac donio. Površnim tumačenjem samo u smislu da li je zabranjeno ili nije formiranje drugih udruženja ne bi bila efektivna zaštita slobode udruživanja. Kao što, nadamo se, prikazali ovlasti koje je dobilo jedno udruženje prevazilazi cilj koji se želi postići a to je zaštita imovine i lica u vanrednim okolnostima. Pod krinkom zaštite imovine i lica druga prava koja prema važećim državnim zakonom i ustavom se ograničavaju u toj mjeri da bi upražnjavne tih prava bilo bespredmetno. Formiranje drugih udruženja radi afirmacije interesa individua, u ovom slučaju radio-amatera, bile bi prazne ljuštore jer niti bi mogli obavljati svoju djelatnost, niti započeti obavljati svoju djelatnost bez istovremenog članstva u Savezu kao određenog nadudruženja.

40 Član III/1.h Ustava Bosne i Hercegovine

41 Pravilo 92/2020 o radioamaterskoj službi (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj: 05/21)

42 Članom 16. Pravilo 92/2020 o radioamaterskoj službi (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj: 05/21) istina propisuje se poštovanje ostalih zakona i propisa koji “Izdavanje dozvole ne oslobađa nosioca dozvole od poštivanja ostalih zakona i propisa važećih na teritoriji sa koje se koristi znak.” No, međutim ovakva odredba Pravila smatramo da je u suprotnosti sa Zakonom o komunikacijama (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj: 31/03, 75/06, 32/10 i 98/12) jer određuje posebne teritorije a koje nemaju uporište u Zakonu o komunikacijama jer kako smo naveli Zakon o komunikacijama posmatra Bosnu i Hercegovinu kao jedinstven teritorij. Obzirom da pitanje zakonitosti ovakve odredbe Pravila izlazi iz okvira ovog rada nećemo ga detaljnije analizirati. Važno je napomenuti da ovakva odredba nije postojala u ranijim Pravilima o radiomaterskoj službi npr. Pravilo broj 28/2007 o radio amaterskoj službi, broj 01-02-3246-1/07 dana 18.12.2007. godine.

LITERATURA

- Misita, Nevenko, Osnovi prava Evropske Unije, Magistrat Sarajevo, Sarajevo, 2002. godine
- Van Dijk, P., Van Hoof, G.J.H., u saradnji sa Heringa, A.W., Schokkenbroek, J.G.C., Vermuelen, B.P., Viering, M.L.W.M., Zwaak, L.F., Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima, Muller, Sarajevo 2001.
- Van Veen, Wino J.M., Negativna Sloboda udruživanja: član 11. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava I osnovnih Sloboda, Međunarodni časopis neprofitnog prava, Knjiga 3, Broj 1. Septembar 2000.
- Vodić kroz članak 11. Europske konvencije o ljudskim pravima – Sloboda okupljanja i udruživanja, Vijeće, Izdanje od 31.08.2021. godine

LEGISLATIVA

- Ustav Bosne i Hercegovine (Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i hercegovine „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 25/09)
- Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05)
- Zakon o komunikacijama (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, broj: 31/03, 75/06, 32/10 I 98/12)
- Zakon o radio-amaterizmu u Republici Srpskoj („Službeni glasnik RS“, br.36/2019)
- Zakon o udruženjima i fondacijama Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br. 52/01 i 42/05)

SUDSKA PRAKSA

- Gorzelik i drugi protiv Poljske, Zahtjev broj 44158/98, Presuda od 17.02.2004. godine
- Jafarov i drugi protiv Azerbejdžana, Zahtjev broj 27309/14 od 25.07.2019. godine
- Le Compte, van Leuven i De Meyere protiv Belgije, Zahtjev broj 6878/75; 7238/75, Presuda od 23.06.1981. godine
- N.F. protiv Italije, Zahtjev broj 37119/97, Presuda od 02.08.2001. godine.
- Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj: AP 1319/11 od 10.04.2014. godine
- Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj: AP 279/04 od 12.04.2005. godine
- Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj: AP 4703/19 od 05.05.2021. godine
- Rješenje Ustavnog suda Republike Srpske broj: U-66/19 od 16.09.2020.

- godine
- Sidiropoulos i drugi protiv Grčke, Zahtjev broj 57/1997/841/1047, Presuda od 10.07.1998 godine
 - Sigurður A. Sigurjónsson protiv Islanda, Zahtjev broj 16130/90, Presuda od 30.06.1993. godine
 - Ujedinjena makedonska organizacija Ilinden i drugi protiv Bugarske (broj 2) , Zahtjev broj 34960/04, Presuda od 18.10.2011. godine.
 - Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Zahtjev broj 7601/76; 7806/77, Presuda od 13.08.1981. godine
 - Zhechev protiv Bugarske, Zahtjev broj 57045/00, Presuda od 21.09.2007. godine

Faruk Đozić, delegate, Council of the people RS

Candidate in a PhD studies in European Law, Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar

THE RIGHT TO FREEDOM OF ASSOCIATION AND THE LAW ON RADIO - AMATEUR OF THE REPUBLIKA SRPSKA

Summary: In accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina, and in line with Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms the right of peaceful assembly and association are grouped together. In their nature those two rights are intertwined and together with freedom of expression are considered the basis for pluralistic and democratic society. Historically, the right of assembly and association have developed in parallel with each other. The first as the right of workers to protest in their fight for better working conditions, and the second as the right to form unions to protect gained rights. Although the Convention mentions syndicates as form of association, it is not limited to only that form it can also be in the form of non-government associations, clubs, religious groups, political parties, foundations etc. Freedom of association represents the right of an individual or group, real or legal persons to associate with others, without disturbance by the state, to collectively express, promote, seek and defend common interests. It is a qualified right, meaning public authorities can limit freedom of association in the interest of community or to protect the rights of others. This paper will explain in more detail the achievements of the case law of the European Court of Human Rights in the interpretation of freedom of association and confront them with legal solutions of Law on Radio Amateurism of Republika Srpska and try to answer whether this law violates Constitution of Bosnia and Herzegovina, more precisely, whether the right to freedom of association guaranteed by both the Constitution of the State Bosnia and Herzegovina and the European Convention on Human Rights and Freedoms is endangered.

Keywords: freedom of association, law, Constitution, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms