

ISSN 2566-378X



UNIVERZITET “DŽEMAL BIJEDIĆ” U MOSTARU
PRAVNI FAKULTET

GODIŠNJAK

PRAVNOG FAKULTETA

Tematski broj sa IV naučne konferencije
“Ljudska prava pred izazovima stvarnosti”

Godina VI, broj 6
Mostar 2022.

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Za izdavača – For Publisher

dekan prof. dr. Amra Jašarbegović

Uredništvo – Editorial Board

prof. dr. Anita Duraković,
glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief
prof. dr. Jozo Čizmić
prof. dr. Goran Koevski
van. prof. dr. Ramajana Demirović
MA Aldin Jelovac, asistent

ISSN 2566 – 378X

Adresa uredništva: Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru,
Univerzitetski kampus b.b., 88 104 Mostar

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

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Mirjana Nadaždin Defterdarević LJUDSKA PRAVA ŽENA ILI OGLED O DISKRIMINACIJI	9
prof. dr. Alena Huseinbegović prof. dr. Viktorija Haubrich dr. sc. Mirjana Kevo PRAVO NA KONTRADIKTORAN PARNIČNI POSTUPAK U SVJETLU ODREDBI ČL. 6. EUROPSKE KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA	32
dr. sc. Jasminka Džumhur ULOGA OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE U SUDSKIM POSTUPCIMA	64
prof. dr. Amela Čolić mr. sc. Adnan Šehić LJUDSKA PRAVA IZBJEGLICA I TRAŽITELJA AZILA PRED IZAZOVIMA STVARNOSTI	78
prof. dr. Amra Mahmutagić prof. dr. Ivona Šego-Marić mag. iur. Ivana Marušić PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA - PROCES UNIFIKACIJE KROZ EUROPSKE GRAĐANSKE KODIFIKACIJE	95
prof. dr. Amra Jašarbegović prof. dr. Rebeka Kotlo USTAVNOSUDSKA OGRANIČENJA SLOBODE POLITIČKOG UDRUŽIVANJA I RADA POLITIČKIH STRANAKA	113
prof. dr. Enis Omerović MEĐUNARODNO PROTUPRAVNO DJELO I MEĐUNARODNI ZLOČIN: NORMATIVNO UREĐENJE KAO ODGOVOR MEĐUNARODNE ZAJEDNICE KADA DRŽAVE I MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE SUSTAVNO KRŠE LJUDSKA PRAVA	140
prof. dr. Semina Ajvaz dr. sc. Adis Arapović UČEŠĆE GRAĐANA U PROCESU DONOŠENJA ODLUKA U BOSNI I HERCEGOVINI: PRAVNI OKVIR, PRAKSA I PERSPEKTIVA	166
doc. dr. Dženana Radončić STRATEŠKI PARNIČNI POSTUPCI PROTIV JAVNOG UČEŠĆA: BALANSIRANJE IZMEĐU PRAVA NA PRISTUP PRAVDI I PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA	186

doc. dr. Cvija Jurković
doc. dr. Jelena Zovko
mag. iur. Ivan Tomić
KLAUZULA VJEČNOSTI U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE 206

doc. dr. Ivana Grubešić
**ZAŠTITA SOCIJALNIH DAVANJA U KONTEKSTU ČLANA 1
PROTOKOLA 1 EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I
TEMELJNIM SLOBODAMA 229**

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Suad Kurtćehajić
**BOSNA I HERCEGOVINA IZMEĐU GRAĐANSKE I ETNIČKE
DRŽAVE 251**

prof. dr. Marija Boban
**MEDIJSKA PISMENOST, DEZINFORMIRANJE I SLOBODA
IZRAŽAVANJA NA INTERNETU I DRUŠTVENIM MREŽAMA U
DIGITALNOM DOBU 259**

prof. dr. Ana Dujmović
mag. iur. Doris Popović
**LJUDSKA PRAVA KAO ELEMENT UJEDNAČENE ZAŠTITE PRAVA
POREZNIH OBVEZNIKA U BOSNI I HERCEGOVINI 283**

doc. dr. Emina Hasanagić
Amela Begović Kuko
**KOMPARATIVNA ANALIZA PRIMJENE NAČELA ZABRANE
DISKRIMINACIJE U PRAKSI EU I BIH 312**

doc. dr. Ajna Jodanović
MA iur. Damir Muminović
**DOPRINOS AGENCIJE EVROPSKE UNIJE ZA TEMELJNA PRAVA
KAO NEZAVISNOG TIJELA U PODRUČJU PROMOCIJE I ZAŠTITE
LJUDSKIH PRAVA NA UNIJSKOM NIVOU 333**

MA Inga Kotlo
**ZAPISI S MARGINE: KULTURNA PRAVA I KULTURNE POLITIKE
U BOSNI I HERCEGOVINI / NOTES IN THE MARGINS:
CULTURAL RIGHTS AND CULTURAL POLICIES IN BOSNIA AND
HERZEGOVINA 354**

MA Berina Beširović
**ISLAMSKA REPUBLIKA IRAN I ŠERIJAT U ODNOSU NA PRAVA
ŽENA-REPRESIJA REŽIMA U PROTESTIMA U PERIODU 2019-2022.
GODINE 375**

mag. iur. Mirna Dajak
**ZAŠTITA PRAVA OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA U POSTUPKU
LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI** 393

mr. iur. Amila Koso
dipl. iur. Biljana Knezović
**UNAPRJEĐENJE MEHANIZMA ZAŠTITE PRAVA POJEDINCA NA
DOBRU UPRAVU I JAVNI INTERES** 415

BA Nedžla Kurtćehajić
MEDIJSKA SLOBODA 433

STRUČNI RADOVI

prof. dr. Aida Mulalić
doc. dr. Mirza Dinarević
Safeta Sarač
**UTICAJ COVID-19 PANDEMIJE NA GLOBALNU EKONOMIJU I
EKONOMIJU BOSNE I HERCEGOVINE** 445

doc. dr. Mustafa Alendar
doc. dr. Samira Demirović
PRAVO NA INFORMIRANOST U DIGITALNOJ MEDIJSKOJ SFERI 464

IZVORNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Mirjana Nadaždin Defterdarević, redovna profesoric
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

LJUDSKA PRAVA ŽENA ILI OGLED O DISKRIMINACIJI

Sažetak: Uprkos deklarisanomj zabrani diskriminacije i principu jednakosti žena i muškarca životna stvarnost sugerije dramatičnu razliku u njihovom tretmanu i u normama o ljudskim pravima i u njihovoj realizaciji. Specifičnosti svojstvene ženama uzimaju se tradicionalno kao razlozi koji opravdavaju njihovo neopravdano razlikovanje sa posljedicama nejednakosti u odnosu na muškarce u svim oblastima života. Na taj obrazac nije ostao potpuno imun ni koncept međunarodne zaštite ljudskih prava koji prava žena radije tretira kao podkategoriju u okviru svojih generalnih standarda nego kao posebna, na specifičnostima i iskustvu žena zasnovana, ljudska prava.

Posljedice marginalizacije ljudskih prava žena kontinuirano se pokušavaju otkloniti u okviru univerzalnih i regionalnih dokumenata za njihovu zaštitu. Uloženi naponi moraju se priznati, ali problemi očigledne nejednakosti su i dalje prisutni, što se odnosi ne samo na ograničenja koja su inherentna antidiskriminatornom pravu i na primjenu dualističkog koncepta roda, već ih prati i bojazan da i samo prepoznavanje specifičnih povreda ljudskih prava žena ne urodi njihovim drugorazrednim statusom.

Cilj analize je da odgovori na koji način međunarodnopravni instrumenti tretiraju diskriminaciju žena i koliko i kako ona stvarno utiče na ostvarivanje njihovih ljudskih prava. Analizom sadržaja, uporednopravnom i teleološkom metodom rezultat istraživanja dovodi do zaključka da svi relevantni međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava diskriminaciju žena prepoznaju kao kršenje ljudskih prava, ali je njihov odgovor na to različit po karakteru i efektima koje proizvodi, te nedovoljan i nekonzistentan da se sa praksom diskriminacije žena uspješno nosi.

Ključne riječi: međunarodno pravo ljudskih prava, jednakost, ljudska prava žena, diskriminacija, zabrana diskriminacije.

1. Uvod

Mada nas stvarnost svakodnevno zatiče pojavama za koje smo vjerovali da pripadaju iskustvu prošlosti i koje su zbog toga nemoguće i neprimjerene u sadašnjem vremenu, prošlog ljeta snažno je odjeknula prvo najava, a zatim i potvrda, da je američki Vrhovni sud ukinuo ženama slobode za koje se vjerovalo da su zauvijek usvojene a tiču se njihovog prava na prekid trudnoće.

Vrhovni sud SAD u junu 2022. je većinom glasova ustanovio da sloboda žene da prekine trudnoću nije garantovana američkim Ustavom. Time Vrhovni sud nije izričito zabranio abortus, ali je svojom odlukom ovo pitanje u budućnosti stavio pod ingerenciju saveznih država. Time je posredno omogućio potpunu zabranu abortusa na teritoriji SAD.

Sredinom septembra informativni mediji širom svijeta oglasili su se o smrti mlade žene Mahsi Amini koja je umrla u pritvoru gdje ju je privela iranska policija za moral zbog kršenja pravila o hidžabu, što je pokrenulo do tada nezapamćeni talas protesta u toj zemlji.

Samo ova dva recentna događaja, koja neposredno referiraju na prava žena, dovoljna su da se ponovo aktualizira permanentno prisutno, mada ne uvijek i jednako intenzivno u svojoj manifestaciji, pitanje prava žena ili koliko su, i jesu li, ljudska prava jednako i prava muškaraca i prava žena?

Mada međunarodno pravo ljudskih prava nameće zabranu diskriminacije i promovira princip jednakosti za sve, i za žene i za muškarce, životna stvarnost, te komparacija normativnog i stvarnog položaja muškaraca i žena u svjetlu promovisane jednakosti, otkriva očigledne beneficije muškaraca kao subjekta čija su prava potpuno promovisana i eksplicitno zaštićena. Specifičnosti svojstvene ženama i sadržaji koji jesu njihovo primarno ili isključivo iskustvo, tumače se, tradicionalno podržani kulturom, religijom i politikom, kao razlozi koji opravdavaju njihovu diskriminaciju u svim oblastima života.

Posljedice marginalizacije ljudskih prava žena kontinuirano inspirišu nastojanja i pokušaje da se ista otkloni u okviru univerzalnih i regionalnih dokumenata za njihovu zaštitu. Komparacija njihovih normativnih rješenja i praksa tijela ustanovljenih njihovim nadzornim mehanizmima najbolja su potvrda koliko se daleko stiglo u realizaciji univerzalno proklamovane zabrane diskriminacije. Sadržaj koji slijedi univerzalni standard zabrane diskriminacije žena analizira u kontekstu najznačajnijih dokumenata globalnog i regionalnih sistema zaštite ljudskih prava.

2. Ljudska prava žena u svjetlu normativnih rješenja međunarodnih dokumenata univerzalnog karaktera

Zbog posljedica koje ima diskriminacija za ostvarivanje ljudskih prava njena opšta zabrana proklamovana je dokumentima o zaštiti ljudskih prava univerzalnog i regionalnog karaktera. Ipak, diskriminacija je još uvijek dio društvene stvarnosti, a u nekim aspektima je posebno izražena. Načelo ravnopravnosti muškaraca i žena, mada je proklamovano u svim najznačajnijim dokumentima u oblasti ljudskih prava, stvarno je imalo slab uticaj na duboko ukorijenjenu tradiciju razlikovanja prema polu. Činjenica je da prava žena i pitanje njihove ravnopravnosti sa muškarcima bitno utiču ne samo na sferu braka i porodičnih odnosa već se snažno reflektuju i u drugim aspektima života zahtijevajući da se o njima odrede ne samo pojedinci, kojih se ona neposredno tiču, već i država i društvo, čini opravdanim

razmatranje pitanja diskriminacije generalno, u kontekstu zaštite ljudskih prava, i posebno kada je u pitanju diskriminacija žena, kada se osnov diskriminacije veže uz pripadnost polu.

Pojmom diskriminacija određuje se svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili favorizovanje koje ima za cilj da ospori ili porekne jednakost u pravima i zaštiti prava. Mada pojam diskriminacije nije moguće precizno definisati, svaki oblik diskriminacije ima tri zajednička elementa. To su postupci, uzroci i svrha diskriminacije.

Postupci se manifestuju kao razlikovanje, ograničavanje, isključivanje ili favorizovanje.

Uzroci diskriminacije su specifična lična svojstava diskriminirane osobe ili grupe. Neki od uzroka su uvriježeni i tradicionalno se navode kod određivanja pojma diskriminacije (boja kože, pol, religija, etničko porijeklo), ali se uz njih neprestano pojavljuju i neki novi. Uzroci se mijenjaju, proširuju i adaptiraju potrebama vremena i okolnostima u kojima se diskriminacija vrši.

Treći element diskriminacije, svrha diskriminacije, je dehumanizacija - namjera da se žrtve diskriminacije liše svojih osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Diskriminacija uvijek, bez obzira na osnovu na kojoj počiva, vodi do nejednakosti u pravima i mogućnostima, vodi društvenoj i ekonomskoj nesigurnosti, narušava samopoštovanje, samoodređenje i dostojanstvo osobe koja je njom pogođena.

Načelo jednakosti u pravu ljudskih prava, u formalno pravnom značenju, u kome se ne pravi razlika između muškaraca i žena, često podrazumijeva skrivenu nejednakost žena. Različit položaj i uloga koji se ženi nameću u društvu često jednakost „de iure“ pretvaraju u diskriminaciju „de facto“, i potpuno je opravdano da se princip jednakosti u ovom kontekstu smatra jednim od najkontroverznijih načela ljudskih prava.

2.1. UN-ov zakonik o ljudskim pravima

Povelja Ujedinjenih nacija, inicijalni dokument savremenog globalnog sistema ljudskih prava, određujući ljudska prava kao najveću društvenu vrijednost, proklamovala je zabranu diskriminacije po osnovu rase, pola, jezika ili vjere. Zabrana diskriminacije temelj je ne samo za uvažavanje čovjekove ličnosti i ravnopravnosti muškaraca i žena, već je i jedan od ciljeva Organizacije ujedinjenih naroda: „Ostvarivati međunarodnu saradnju ... razvijanjem i podsticanjem poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez razlike, a s obzirom na rasu, spol, jezik ili vjeru“¹, čije ostvarivanje nameće obavezu državama članicama da u tom smislu „preduzimaju zajedničku i pojedinačnu akciju, u saradnji sa Organizacijom“².

¹ Povelje UN-a, član 1.(3)

² Isto, čl. 56.

Načelo nediskriminacije utvrđeno Poveljom dodatno je razrađeno i prošireno u Univerzalnoj deklaraciji o pravima čovjeka³. Bez obzira na činjenicu što formalno nije bila dokument pravnoobavezujuće snage,⁴ njen normativni tretman zabrane diskriminacije bio je izuzetno značajan. Već u svoja dva prva člana Deklaracija razrađuje i proširuje osnov zabrane diskriminacije: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“⁵, „Svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.“⁶ Na zabranu diskriminacije odnosi se i sadržaj člana 7. – „Svi su pred zakonom jednaki ... Svi imaju pravo na jednaku zaštitu protiv bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Deklaracija i protiv svakog podstrekavanja na ovakvu diskriminaciju.“⁷ Zabrana diskriminacije predviđena je i kod sklapanja braka: „Punoljetni muškarci i žene, bez ikakvog ograničenja u pogledu rase, državljanstva ili vjere, imaju pravo sklopiti brak i osnovati porodicu. Oni su ravnopravni prilikom sklapanja braka, za vrijeme njegovog trajanja i prilikom njegovog prestanka.“⁸ Deklaracija eksplicitno zabranjuje diskriminaciju u još dva svoja člana predviđajući da „Svako, bez razlike, ima pravo na jednaku platu za jednak rad.“⁹ i da „Sva djeca, rođena u braku ili van njega, uživaju jednaku socijalnu zaštitu.“¹⁰

Način na koji je diskriminacija zabranjena u navedenim članovima međusobno se razlikuje. U nekim slučajevima autori Deklaracije su iscrpno nabrajali osnov diskriminacije, ali svjesni da potpuni katalog nije moguće načiniti navođenje osnova diskriminacije su završavali formulacijama „neki drugi osnov“, „druge okolnosti“ ili su umjesto toga koristili formulaciju „bez ikakve diskriminacije“, kao u članu 7., ili „bez ikakvih ograničenja“, kao u članu 16. Deklaracije, ili „bez ikakve razlike“, kao u članu 23., ne navodeći posebno osnov diskriminacije osiguravajući tako širinu primjene načela nediskriminacije i na osnove koji taksativno nisu navedene.

Ni u Povelji, ni u Univerzalnoj deklaraciji „ne prepoznaju“ se prava koja su bila specifična za iskustvo žena. Pretpostaviti je da je ovakav pristup bio rezultat opravdane zabrinutosti autora da bi njihovo pominjanje, kao takvih, naknadno mogla ugroziti ideju univerzalnosti ljudskih prava i pogrešno naglasiti razliku između muškaraca i žena umjesto isticanja njihove zajedničke ljudskosti.

³ Univerzalnu deklaraciju o pravima čovjeka Generalna skupština UN-a usvojila je 10.XII 1948.

⁴ Vidjeti šire: T. Burgenthal, D. Shelton, D. P. Stewart: *International Human Rights In a Nutshell*, West Nuthshall series, 4th Ed., 2009., 43.

⁵ Univerzalna deklaracije o pravima čovjeka, čl.1.

⁶ Isto, čl .2

⁷ Isto, čl. 7.

⁸ Isto, čl.16. (1.)

⁹ Isto, čl. 23. (2.)

¹⁰ Isto, čl. 25.(2.)

Zabrani diskriminacije obavezujući karakter osiguralo je tek donošenje dva međunarodna pakta: Pakta o građanskim i političkim pravima (PGPP) i Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (PESKP), oba iz 1966. godine.¹¹

Oba pakta slijedila su isti pravac oslanjajući se široko na zabranu diskriminacije žena u uživanju prava koja su proklamovali sa namjerom da tako ostvare njihovu ravnopravnost. No, kako paktovi nisu eksplicitno definisali ni pojam diskriminacije, ni pojam jednakosti mnoge su visoke strane ugovornice svoje obaveze interpretirale usko, zahtijevajući u ostvarivanju prava prije formalnu nego stvarnu jednakost.

Odredbe koje su uključene, kao u slučaju čl. 3, jednakom u oba pakta, koji zahtijeva jednaka prava za muškarce i žene u uživanju svih prava, pokazuju da u praksi oba pakta posebna pažnja mora biti poklonjena unapređivanju ravnopravnosti žena, i da se upotrebom termina uživanje u njihovom sadržaju sugerise jednakost, i to stvarna, kao cilj koji se ima postići, mada su visoke strane ugovornice nevoljko prihvatale ovakvu interpretaciju.

Obaveza da se osigura da žene uživaju ista prava kao muškarci predstavlja očigledan korak naprijed, a zahtjev za jednakim tretmanom odnosi se, važno je naglasiti, na okolnosti u kojima su njihovi položaji uporedivi.

Mada u Paktu o građanskim i političkim pravima ima više članova koji su posvećeni načelu nediskriminacije¹² poseban značaj među njima ima član 26.:

„Sva su lica jednaka pred zakonom i imaju pravo da bez ikakve diskriminacije na jednaku zaštitu zakona. Zakon treba da zabrani svaku diskriminaciju i da garantuje svim licima jednaku i djelotvornu zaštitu protiv diskriminacije na osnovu bilo kojeg razloga kao što su rasa, boja kože, pol, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, imovina, rod, ili bilo koja druga okolnost.“

Iako član 26. ne sadrži ništa novo u odnosu na sadržaj člana 2. (1)¹³ Pakta, obzirom na osnov zabrane diskriminacije, njegova formulacija načelo nediskri-

¹¹ Oba pakta Generalna skupština UN donijela je 16.XII 1966. Pakt o građanskim i političkim pravima stupio je na snagu 3.I 1976., a Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima stupio je na snagu 23.III 1976.

¹² „Države stranke ovog pakta obavezuju se da osiguraju jednako pravo muškaraca i žena da uživaju svoja građanska i politička prava navedena u ovom paktu“, Pakt o građanskim i političkim pravima, čl.3.

Jednakost svih pred sudovima utvrđena je članom 14. Pakta.

Članom 24. st.1. Pakt propisuje „Svako dijete, bez razlike rase, boje kože, pola, jezika, vjere, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine ili roda, ima pravo na takve mjere zaštite, od strane svoje porodice, društva i države, kakve zahtijeva njegov položaj maloljetnika.“

Zabranu diskriminacije predviđa i član 25. Pakta koji „bez ikakvih razlika navedenih u članu 2. i bez nerazumnih ograničenja“ima pravo učešća u vođenju javnih poslova (t.1.), da bira i bude biran (2.), da ima pristup javnim službama svoje zemlje uz opšte uslove jednakosti (3.).

¹³ „Svaka država stranka ovog Pakta obavezuje se da će poštovati i osigurati svim pojedincima na svojoj teritoriji i pod njenom jurisdikcijom prava priznata u ovom Paktu bez obzira na razlike kao što su one u rasi, boji kože, polu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, rodu ili kojoj god drugoj okolnosti.“

minacije promoviše kao opšti uslov za ostvarivanje svih ljudskih prava, ne samo onih propisanih Paktom, predviđajući da zakonom mora biti zabranjena svaka diskriminacija uz obavezu ostvarivanja djelotvorne zaštite kojom će zabrana biti i osigurana. Na ovaj način načelo zabrane diskriminacije dobilo je status opšteg uslova za ostvarivanje svih ljudskih prava.

Načelo nediskriminacije, mada nije posebno normirano Paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Pakt ističe kao temeljno načelo za realizaciju prava koja su njime garantovana: „Države stranke ovog Pakta obavezuju se da će garantovati da se prava proglašena u ovom Paktu vrše bez diskriminacije bilo koje vrste na osnovu rase, boje kože, pola, jezika vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovine, roda ili bilo koje druge okolnosti.“¹⁴

U formulaciji ovog člana autori su prihvatili isti osnov diskriminacije kao što je to učinjeno u članu 2. (1.) Pakta o građanskim i političkim pravima. Jedina razlika je što Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima ne koristi ranije upotrijebljen izraz „bez razlike bilo koje vrste“ već ga zamjenjuje novim – „bez diskriminacije bilo koje vrste“.

Podrobna analiza ovog člana Pakta dovodi do zaključka da njegov značaj demantuje ustaljenu praksu po kojoj se obaveze država potpisnica Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima implementiraju postepeno, do najviše granice svojih raspoloživih sredstava, jer zabrana diskriminacije propisana članom 2. (2.) ovog Pakta podrazumijeva obavezu trenutne i безусловne implementacije.

Ovaj iskorak nije dočekan sa odobravanjem među visokim stranama ugovornicama, što je razumljivo, pošto značajna većina među njima nije pokazivala spremnost da odstupi od već ustaljenog, rigidnog poimanja svoje odgovornosti da štite instituciju porodice i pravo na njenu privatnost kako su ga one same, po sopstvenom nahođenju, iščitavale iz Povelje i Pakta o građanskim i političkim pravima.

Može se zaključiti da je za oba pakta diskriminacija socijalna konstrukcija koju je moguće mijenjati, čime se nagovještava namjera da se potencijalom međunarodnog prava ljudskih prava to i ostvari. Međutim, ovdje odabrani metod realizacije potpunog pravnog subjektiviteta žena, promovišući njihovu jednakost i nediskriminaciju u uživanju ljudskih prava, mada uz nesumnjivi revolucionarni cilj, ubrzo je pokazao svoje nedostatke – i konceptualne i praktične.

Konceptualno, nediskriminacija je interpretirana kao formalna (de iure), radije nego supstancijalna, stvarna obaveza (de facto), zahtijevajući samo da ženama budu data ista prava kao muškarcima, bez obzira da li je ovako postignuta jednakost vidljiva i stvarna.

Tretiranje žena na isti način kao i muškaraca dobro je kada žensko i muško iskustvo kršenja ljudskih prava direktno uporedivo, kao što je to u svom prvom saopštenju koji se bavio diskriminacijom na osnovu pola istakao Komitet za ljudska prava.

¹⁴ Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, član 2 (2.)

Izvještaj je uslijedio nakon pritužbe grupe žena iz Mauricijusa na nejednak pravni tretman strankinja udatih za državljane Mauricijusa i stranaca oženjenih domicilnim suprugama.¹⁵

Razmatrajući okolnosti slučaja Komitet za ljudska prava je bez nпора konstatovao neopravdanu razliku zasnovanu na polu, koja se nepovoljno odrazila na uživanje prava udatih žena utvrđena PGPP koja se odnose na pravo na privatni i porodični život, u odnosu na oženjene muškarce.

Međutim, komparacija u uživaju prava nije od pomoći kada je iskustvo žena suštinski različito od onoga koje imaju muškarci, kao što je u slučaju prava na rad.

Ovo pravo utvrđeno PESKP podrazumijeva model zapošljavanja muškaraca, čime neplaćeni rad žena u porodici i slabo plaćeni rad u neformalnom sektoru čine nevidljivim. Ovaj pristup takođe propušta da uzme u obzir i nepovoljnije aranžmane za plaćeni posao kada su žene u pitanju, problem polne segregacije među radnom snagom, potrebu za porodijskim odsustvom, brigu o djeci, i radikalnu promjenu u rasporedu kućnih i porodičnih odgovornosti.

Još jedan problem komparativnog pristupa nediskriminaciji je da je referiranje na drugačije iskustvo žena osnažilo diskurzivnu tradiciju protekcionističkog pristupa ženama u međunarodnom pravu kroz zahtjev da visoke strane ugovornice osiguraju „posebnu zaštitu“ (radije nego prava) za majke u periodu prije i nakon rođenja djeteta.¹⁶ Rezultat ovoga je da su žene uključene u okvir Pakta upućivanjem na svoje specifičnosti koje traže i poseban tretman.¹⁷

U praksi se bavljenje formalnom komparacijom između muškaraca i žena pokazalo kao nedjelotvorno sredstvo za promociju njihove stvarne jednakosti. Suženi fokus upoređivanja nije uzeo u obzir potrebu da se ispravi historijski institucionalizirana diskriminacija - zaostatak koji često pogađa mogućnost žena da iskoriste svoja prava na isti način kao i muškarci. Formalno poređenje jednako ignoriše i potrebu da se osiguraju poticajne okolnosti koje će jednakost žena učiniti mogućom, što može podrazumijevati promjenu duboko usađenih socijalnih i kulturnih stavova koji stigmatiziraju i kažnjavaju žene koje svoja prava ostvaruju.

Ograničenja koja su oslonjena na zabranu diskriminacije po osnovu pola kojima je ostavljeno da osiguraju da žene u potpunosti uživaju ljudska prava i osnovne slobode uskoro su bila očita. Uz dodatno interpretiranje jednakosti radije kao formalne nego kao suštinske obaveze, povrede ljudskih prava žena su rijetko upućivana tijelima za zaštitu ljudskih prava u početnim godinama njihovog djelovanja jer ih postojeći standard nediskriminacije nije ni ohrabrivao u tom smislu.

¹⁵ Aumeeruddy-Cziffra at al. V. Mauritius, CCPR/C/12/D/35/1978 (8.IV 1981.)

¹⁶ Pakt o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima, članovi 6, 7 i 8.

¹⁷ Ovakav pristup konstruiše žensko iskustvo kao specifično, različito od univerzalnog, i ima za posledicu podupiranje maskulinizacije univerzalnog subjekta. PESKP će isto tako proklamovati pravo svakoga na odgovarajući standard života „za njega i njegovu porodicu“, udišući time život pogrešnom stereotipu da su sve žene ovisne o svojim muževima kao hraniteljima porodice, mada se Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava žestoko usprotivio ovakvoj interpretaciji.

Nakon Međunarodnog zakonika o ljudskim pravima, koji je načelu nediskriminacije dao univerzalni i obavezujući karakter, Ujedinjene nacije su poduzele vrlo plodonosnu normativnu aktivnost koja je za cilj imala da globalno unaprijeđi status žena¹⁸, što je poticajno djelovalo na regionalne sisteme zaštite ljudskih prava koji su se trudili da slijede globalni sistem zaštite i dodatno ga unaprijeđe. Nasuprot tom ambiciozno postavljenom cilju bila je spoznaja da žene u porodici i u društvu, na političkom, ekonomskom, kulturnom i javnom planu ne uživaju ravnopravan status sa muškarcima i da njihova uloga i doprinos u ukupnom historijskom kontekstu nisu na adekvatan način vrednovani.¹⁹

2.2. Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena

Rastuće nezadovoljstvo marginalizacijom žena u generalnom okviru proklamovanih prava i ograničenim mogućnostima njihove realizacije doveli su do usvajanja Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, CEDAW,²⁰ u Generalnoj skupštini UN-a. Iako je CEDAW slijedio generalni pristup kao Paktovi, promovišući nediskriminaciju, njen posebni interes bio je usmjeren na diskriminaciju žena i promovisanje jednakosti žena i muškaraca uspostavljanjem međunarodne norme kojom će se suštinska jednakost žena dodatno formalno osigurati.

CEDAW je bio donesen s namjerom da ukloni diskriminaciju prema ženama koju definiše kao svako razlikovanje, isključivanje ili ograničavanje po polu koje ženama sužava uživanje ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, građanskom ili drugom polju.²¹

Princip ravnopravnosti Konvencija terminološki određuje kao „načelo jednakosti muškaraca i žena“, „rodnu jednakost“²² i kao „ravnopravnost polova“. Pored obaveze da se pristupanjem Konvenciji države obavežu na sprečavanje diskriminacije CEDAW je za njih predvidio i obavezu da u svoj unutrašnji pravni poredak, ustave i zakone, unesu načelo ravnopravnosti muškaraca i žena, te da

¹⁸ Značajni dokumenti za zaštitu prava žena doneseni u Ujedinjenim nacijama su:
Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena,
Konvencija o političkim pravima žena,
Konvencija o statusu udatih žena,
Konvencija o pristanku na brak, minimalnoj dobi za brak i registrovanju brakova,
Konvencija o zabrani trgovine ljudima i iskorištavanju prostitucije drugih,
Deklaracija o ukidanju nasilja nad ženama,
Pojedine odredbe u Dopunskoj konvenciji o zabrani ropstva i svih institucija i prakse slične ropstvu.

¹⁹ Vidjeti uvod u Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena.

²⁰ Generalna skupština UN-a ovaj ugovor je usvojila 18.XII 1979, a Konvencija je stupila na snagu 3.IX 1981.

²¹ CEDAW, član 1.

²² Termin rodne jednakosti „gender equality“, prvi put se pominje u Pekinškoj platformi za djelovanje iz 1995., nakon čega je prihvaćen i ustalio se u praksi Komiteta CEDAW-a.

usvoje zakonske ili druge mjere, uključujući i sankcije kada je potrebno, kojima se diskriminacija žena zabranjuje.²³

U tom smislu, aktivnost država će podrazumijevati usvajanje „svih odgovarajućih mjera ... da bi osigurale potpun razvoj i napredak žena, kako bi im se garantovalo ostvarivanje i uživanje prava čovjeka i osnovnih sloboda, ravnopravno sa muškarcima“²⁴. Preuzete obaveze mogu podrazumijevati „usvajanje posebnih privremenih mjera od država članica, kojima se ubrzava ostvarivanje ravnopravnosti muškaraca i žena de facto“²⁵, što je pravni osnov za mjere afirmativne akcije, koje zbog cilja koji se njima postiže same nemaju diskriminatoran karakter. Konvencija predviđa i „usvajanje posebnih mjera ... kojima je cilj zaštita majčinstva“²⁶ i svih „odgovarajućih mjera“²⁷.

Poseban značaj Konvencija daje obavezi država potpisnica da mijenjaju rodne stereotipe. Pojam roda, a time i pojam rodnog stereotipa, Konvencija eksplicitno ne navodi, ali sadržaj člana 5. Konvencije, o preduzimanju svih odgovarajućih mjera „u cilju izmjene društvenih i kulturnih običaja i otklanjanja predrasuda u ponašanju muškaraca i žena, te otklanjanja uobičajene i svake druge prakse zasnovane na inferiornosti ili superiornosti jednog ili drugog pola ili tradicionalnoj ulozi muškaraca odnosno žena“ na to nesumnjivo upućuje.

Rodni stereotipi koji počivaju na tradicionalnim ulogama muškaraca i žena, rodnim ulogama, koje su posebno izražene u porodici i odgoju djece, koji su opterećeni snažnim patrijarhalnim pečatom i koji imaju izražen diskriminatoran karakter onemogućavaju ostvarivanje jednakosti muškaraca i žena. Mijenjanje i odbacivanje takvih stereotipa je cilj CEDAW-a, a najbolji put u tom smislu je „pravilno shvatanje majčinstva kao društvene funkcije i priznanje zajedničke odgovornosti muškaraca i žena u podizanju i razvoju djece“²⁸.

Uz diskriminaciju na osnovu pola, CEDAW u svom sadržaju referira i na druge oblike diskriminacije prema ženama²⁹. U tekstu Konvencije nema posebne odredbe o rodno utemeljenom nasilju, mada se izostanak iste može opravdati vrlo detaljnom i sveobuhvatnom definicijom diskriminacije iz člana 1. koja, mada ga eksplicitno ne navodi, kao oblik diskriminacije podrazumijeva i nasilje nad ženama. Na to upućuje davanje diskriminatornog karaktera svakom aktu „koji ima

²³ CEDAW, član 2.

²⁴ Član 3.

²⁵ Član 4. (1.)

²⁶ Član 4. (2.)

²⁷ Isto, čl.5.

²⁸ CEDAW, čl.5.(b)

²⁹ Članovi 6.-16. pored ostaloga odnose se i na diskriminaciju u oblasti trgovine ženama, iskorištavanje i prostituciju žena, diskriminaciju žena u političkom i javnom životu, obzirom na državljanstvo, u oblasti obrazovanja, u oblasti zapošljavanja, zdravstvene zaštite, u različitim oblastima privrednog i društvenog života, probleme žena na selu, diskriminaciju u svim pitanjima koja se tiču braka i porodičnih odnosa.

za posljedicu ili svrhu da ženama ugrozi ili onemogući priznanje, ostvarenje ili vršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda³⁰.

Zabranu nasilja prema ženama kao oblika diskriminacije nalazimo u kontekstu člana 16. Konvencije koji se odnosi na zabranu diskriminacije u porodičnim odnosima, čime se internacionalizira i izuzima iz domena nacionalnog suvereniteta oblast koja je do tada tradicionalno tretirana kao privatna sfera u isključivoj nadležnosti nacionalnog prava.

Ipak, stvarni efekat Konvencije, bez obzira na veliki broj država potpisnica³¹, bio je daleko od očekivanog. Razlog tome treba tražiti u činjenici da su države ugovornice čin formalnog pristupanja Konvenciji redovno koristile kao mogućnost da stavljanjem rezervi na njene članove, izuzimajući se tako od obaveze da po njima postupaju, stvarno ograniče domen njene primjene i tako nekažnjeno produže sa postojećom praksom diskriminacije žena pod svojom jurisdikcijom.

Formalno prihvatanje ideje o jednakosti muškaraca i žena puno je lakše i jednostavnije od njenog stvarnog provođenja u unutrašnjem pravnom poretku država ugovornica. Izbjegavanje preuzimanja ugovornih obaveza osigurava kontinuitet rigidne prakse, tim više što su neke od uložениh rezervi bile očigledno nespojive sa predmetom i ciljem Konvencije. Ovo potvrđuje i činjenica da su rezerve najčešće ulagane na član 2 Konvencije, koji je od suštinskog značaja za ostvarivanje načela pune jednakosti između muškaraca i žena i zabranu svih oblika diskriminacije, i član 16 koji se odnosi na jednakost u porodičnim odnosima.³²

Praksu ulaganja rezervi koje su očigledno nespojive sa ciljem i predmetom CEDAW-a nije mogla da osujeti ni zabrana koja je predviđena u članu 28. (2) Konvencije. Nastojanje da se države ugovornice navedu da povuku svoje rezerve, koje je bilo skoro bez rezultata, osnažio je poziv Svjetske konferencije o ljudskim pravima u Beču 1993., koja je Komitet CEDAW-a pozvala da nastavi sa razmatranjem rezervi na Konvenciju i preporučila državama ugovornicama Konvencije da same povuku svoje rezerve koje su u suprotnosti sa predmetom i ciljem Konvencije, ili su na bilo koji način nespojive sa međunarodnim ugovornim pravom.³³

Nadzor nad primjenom CEDAW-a povjeren je Komitetu CEDAW-a.

Komitet je, inicijalno, izgledao „kao siročić među ugovornim organima za ljudska prava UN-a“³⁴ čemu su doprinijela skromna ovlaštenja (CEDAW nije ustanovio ni međudržavni, ni individualni sistem pritužbi), a činjenica da se sastajao tek jednom godišnje na dvije sedmice dodatno je pojačavala takav utisak.

³⁰ CEDAW: čl.1.

³¹ Konvencija prihvaćena u u 189 država svijeta

³² Prema mišljenju Komiteta CEDAW-a članovi 2. i 16. su najznačajniji članovi Konvencije i rezerve uložene ne njih su nespojive sa predmetom i ciljem Konvencije. Vidjeti šire: Statement on reservation of the CEDAW Committee, Report of the Cpmmittee on the Elimination Of Discrimination against Women, UN GA, A/53/38/Rev.1.

³³ Navedeno prema: T. Burgenthal, D. Shelton, D. P. Stewart: Intenational Human Rights In a Nutshell, West Nutshell series, 4th Ed., 2009., 95.

³⁴ T. Burgental et al, ibid, 95.

Usvajanjem dodatnog, Fakultativnog protokola 2000. godine slika se bitno mijenja - Komitet u nadležnost dobija razmatranje individualnih pritužbi za zaštitu prava iz Konvencije. Ovim Komitet dobija karakter kvazi sudskog tijela što mu otvara mogućnost da provede istrage o ozbiljnom ili sistematskom kršenju prava iz Konvencije i donosi odluke u konkretnim slučajevima, ukoliko država ugovornica takvu mogućnost nije isključila kod ratifikacije Fakultativnog protokola³⁵.

Stvarnom dometu normativnih rješenja CEDAW-a značajno doprinosi aktivnost Komiteta CEDAW-a koji svojim evolutivnim tumačenjem Konvencije unapređuje i aktuelizira njen sadržaj. Komitet to ostvaruje Opštim preporukama koje kao instrument tumačenja koristi da bi pojasnio domet pojedinih odredbi ili područja na koje se Konvencija primjenjuje. Sadržaj Opštih preporuka ima univerzalni značaj.

U ovom smislu Komitet CEDAW-a je 1989. usvojio Opštu preporuku br.12 o nasilju nad ženama prema kojoj članovi 2., 5., 11., 12. i 16. Konvencije za države koje su Konvenciji pristupile kreiraju obavezu zaštite žena od nasilja i od njih traže da u svoje izvještaje o primjeni Konvencije, uz ostalo, uvrste i informacije o mjerama koje su u tu svrhu poduzele, te relevantne statističke podatke.

Značaj djelatnosti Komiteta CEDAW-a, kada je u pitanju nasilje nad ženama, dodatno je potvrđen donošenjem Opšte preporuke br.19., iz 1992. godine. Ovom Preporukom Komitet je u svom tumačenju eksplicitno konstatovao da „definicija diskriminacije iz člana 1 Konvencije uključuje rodno utemeljeno nasilje ... (koje je, op.a.)... nasilje prema ženi zato što je žena ili zato što disproporcionalno pogađa žene. Ono uključuje akte kojima se nanosi fizičko, psihičko ili seksualno oštećenje ili patnja, prijatna takvim aktima, prisila ili oduzimanje slobode“³⁶. Komitet na ovaj način rodno utemeljeno nasilje nominuje kao diskriminaciju u smislu člana 1 Konvencije ukazujući na odgovornost države za privatne akte kršenja ljudskih prava, obaveza predviđena članom 2(e) Konvencije, ukoliko, kako je to Opštom preporukom br 19. predviđeno, izostane djelovanje da se dužnom pažnjom prevenira kršenje prava, da se istraže ili kazne akti nasilja, osigura zaštita i kompenzacija žrtvi.

Ovo opravdava značaj koji se pridaje Opštoj preporuci br. 19 CEDAW-a, za koju neki autori navode da je „inkluzivnim tumačenjem“ ustanovila princip da je „nasilje nad ženama izjednačeno sa diskriminacijom žena“, i na taj način pravno klasificirala, do tada nepostojeću odredbu rodno utemeljenog nasilja.³⁷

³⁵ Fakultativni protokol je prihvaćen od strane 109 država ugovornica. Bangladeš, Belize, Kolumbija i Kuba su isključile mogućnost provođenja istrage o ozbiljnom ili sistematskom kršenju prava prema članovima 8 i 9. <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw-one.htm> . A/72/93, (10. IX 2022.)

³⁶ Opšta preporuka Komiteta CEDAW-a, br 19, 1992. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (20.VIII 2022.)

³⁷ A. Edwards: *Violence Against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2011., 180 -183.

Zaštita od rodno utemeljenog nasilja dodatno je unaprijeđena Opštom preporukom br. 35., donesenom 2017. godine, koja je, oslanjajući se na evolutivno tumačenje CEDAW-a u razdoblju od 1992-2017., dala jedan sveobuhvatan pregled primjene Konvencije.

2.2.1. Doprinos CEDAW-a: prednosti i mane koncepta Konvencije

Tri strategije koje su slijedile pristup CEDAWa su bile usvojene sa namjerom promocije boljeg razumijevanja ljudske jednakosti i predstavljaju dragocjeni napredak u ovoj oblasti. Ovo se odnosi na usvajanje sveobuhvatne definicije diskriminacije žena, promociju primjene privremenih i stalnih posebnih mjera i zahtjev visokim stranama ugovornicama da se odlučno uhvate u koštac sa razlozima nejednakosti promovisući društvene promjene koje se odnose i na žene i na muškarce u svim sferama života, uključujući i porodicu.³⁸

Prvi korak u pravcu napretka suštinske jednakosti žena je odluka o sveobuhvatnoj definiciji diskriminacije žena koju je CEDAW promovisao. Definicija je pokrila široki domen različitih postupanja i, što je važno, zabranila je diskriminatorski tretman (direktna diskriminacija), jednako kao i rezultat diskriminacije (indirektna diskriminacija), i namjeravanu i nenamjeravanu diskriminaciju (efektivnu diskriminaciju).

Definicija posebno promoviše suštinsku jednakost žena zahtijevajući da žene moraju biti u mogućnosti da uživaju i praktično primjenjuju svoja ljudska prava i osnovne slobode, i čini nesporno jasnim da je zabrana diskriminacije žena zahtjev koji se ima primjenjivati na sve aspekte života, ne samo na domen javne sfere. Naravno, primjena CEDAWa na privatne aktere, uključujući i pojedince i organizacije, eksplicitno je ponovljena na više mjesta u tekstu Konvencije.

CEDAW Komitet, koji nadzire primjenu Konvencije, jasno je naveo da visoke strane ugovornice imaju obavezu da poduzmu sve korake koji su u njihovoj moći kako bi zadovoljili zahtjev da privatni akteri neće kršiti norme Konvencije.³⁹

Uz ovo, Komitet je dodatno pojasnio niz drugih zahtjeva koji proizlaze iz pristupa Konvencije suštinskoj jednakosti, pomažući da se na taj način konstituiše više rodno uključiv pojam subjekta ljudskih prava. (Komitet je poticao visoke strane ugovornice da prihvate kriterije za definisanje jednake plate, što bi olakšalo upoređivanje poslova koje obavljaju žene sa poslovima koje obavljaju muškarci, a koji su redovno mnogo više plaćeni⁴⁰ i usvajanje zdravstvenih mjera usmjerenih na različita svojstva i faktore koji razlikuju muškarce u odnosu na žene⁴¹.)

Drugi pristup koji je CEDAW promovisao obzirom na norme o suštinskoj jednakosti žena odnosi se na jasno razlikovanje tretmana namijenjenog specifičnim iskustvima žena koja ih stavljaju u nepovoljan položaj, a čijim unapređenjem

³⁸ D. Otto: Women's Rights u D. Moeckli, S. Shah, S. Sivakumaran, D. Harris: International Human Rights Law, Second Edition, Oxford University Press 2014., 324-328.

³⁹ CEDAW committee, General Recommendation 19, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II) 331, (9).

⁴⁰ CEDAW Committee, General Recommendation 13, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II) 325, (2).

⁴¹ CEDAW committee, General Recommendation 24, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II) 358, (12).

se može osigurati jednakost. CEDAW u tom smislu pravi razliku između privremenih i trajnih mjera. Član 4 (1) zagovara primjenu „posebnih privremenih mjera“ (poznatih kao privremena akcija, pozitivna akcija ili obrnuta diskriminacija), koje su usmjerene „ubrzavanju stvarne jednakosti između žena i muškaraca otklanjajući efekte pređašnje ili sadašnje diskriminacije prema ženama i promovišući strukturalne, socijalne i kulturne promjene nužne za ostvarivanje suštinske jednakosti žena.⁴² Ovakva vrsta mjera nije zabranjena sve dotle dok ona za sobom ne povuče uspostavljanje dvostrukih standarda za muškarce i žene, a prestaje kada se ciljevi zbog kojih su preduzete postignu.⁴³ Uz ovo CEDAW podržava permanentne posebne mjere da bi se osiguralo da nejednak tretman žena, zbog njihovih bioloških razlika u odnosu na muškarce, ne doprinosi njihovom nepovoljnom položaju.

Prepoznajući da ovakve odredbe imaju zaštitni karakter, Komitet CEDAWa je naglasio da termin specijalne, kada se koristi u kontekstu Konvencije, prekida sa ranijom paternalističkom terminologijom koja je ukazivala da je grupa pogođena diskriminacijom slaba ili ranjiva, i referira, umjesto toga, na mjere kreirane da služe specifičnim ciljevima ljudskih prava.⁴⁴

Treći aspekt kojim CEDAW promoviše suštinsku jednakost žena je zahtijev visokim stranama ugovornicama da identifikuju razloge nejednakosti žena. Religijska učenja i kulturne prakse oduvijek su bile zloupotrebljavane da bi se njima osnažila dominantna uvjerenja u drugorazredni status žena, generirajući njihovu sistematsku diskriminaciju, koja se tako percipirala kao „prirodna“. Hvatanje u koštac sa sistematskom diskriminacijom (5(a)) zahtijeva od visokih strana ugovornica „eliminaciju predrasuda, običaja i svih drugih praksi koje se temelje na ideji o inferiornosti ili superiornosti jednog od polova u odnosu na drugi, ili na stereotipnim ulogama za muškarce i žene. (Ova obaveza našla je odjeku u ostalim odredbama, kao što je zahtjev da rodni stereotipi budu uklonjeni iz školskih programa i udžbenika, (10(c)) i da šteta koja je načinjena pravnim instrumentima bude otklonjena, a isti poništeni ako je njima ograničena pravna sposobnost žena (15(3))). Član 5(5) visokim stranama ugovornicama stvara obavezu socijalnih reformi tražeći da se njima osiguraju promjene stavova polnih stereotipa i praksi u porodici, uključujući i priznavanje zajedničke odgovornosti muškarca i žene kod rađanja i odgoja njihove djece. Nažalost, CEDAW dosljedno negativno vidi uticaj socijalne, religiozne i kulturne tradicije, zanemarujući pri tome koliko one mogu dati vrijednu podršku ženskoj jednakosti.

Pristup koji je zauzeo CEDAW uz navedene nesporne prednosti ima i svojih ograničenja, a četiri su posebno naglašena: kontinuirano oslanjanje na komparaciju sa muškarcima, nedostatak informacija o nasilju protiv žena, pretpostavka

⁴² CEDAW Committee, General Recommendation 25, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II) 365.

⁴³ Primjer su privremene mjere u domenu obrazovanja, povećanje funkcionalne pismenosti žena (čl. 10 (c)) U mnogo slučajeva CEDAW je zagovarao posebne privremene mjere kao usvajanje kvota za osiguravanje rodnog balansa u političkim tijelima. CEDAW Committee, General Recommendation 23, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II) 347, (29).

⁴⁴ General Recommendation 25, 40. (21)

heteroseksualne strukture braka i i vrlo ograničeno priznavanje višestranosti i intersekcijske ili hibridne diskriminacije.⁴⁵

Komitet CEDAWa poboljšao je situaciju vezanu za većinu ovih problema osiguravši da CEDAW ima status dinamičnog instrumenta koji se mora tumačiti u svjetlu društvenih promjena uz evolutivnu interpretaciju njegovih odredbi u zaključnim zapažanjima koja prate periodične izvještaje visokih strana ugovornica i u Opštim preporukama koje daje. Međutim, teško je očekivati da ova nastojanja potpuno nadvladaju ograničenja koja se nalaze u tekstu Konvencije bez podrške koju će pružiti interpretacija ostalih tijela i njihova realizacija u dobroj vjeri od strane visokih strana ugovornica.

Prvo ograničenje odnosi se na suštinsko oslanjanje CEDAWa na upoređivanje muškaraca i žena. Ovo je problematično iz dva razloga. Prvi je što se time ne dozvoljava ženama da ostvare prava koja muškarci ne uživaju, sem primjene „posebnih mjera“.

Uzimajući u obzir reproduktivna prava žena, kao pristup na informacije, savjetovanje, usluge vezane uz planiranje (čl.10(h) i 12 (1)), te pravo da slobodno odluče o broju i rasporedu rađanja djece (čl. 16 (1) (e)), koja se sva trebaju uživati prema principu jednakosti muškaraca i žena, ostaje malo prostora, ako ikako, za prepoznavanje specifičnih i za žene nezavisnih reproduktivnih prava, uključujući tu i pravo na abortus, sem ako se ista ne okvalifikuju kao „mjere za zaštitu majčinstva“ (čl. 4(2)). CEDAW se primarno oslanja na upoređivanje žena sa muškarcima kada su u istom položaju što je problematično, uz ostalo, i zbog toga što ne ukazuju na diskriminaciju između različitih grupa žena.

Drugo ograničenje CEDAWa odnosi se na nedostatak dovoljne obavještenosti o nasilju nad ženama. Ovaj „muk“ može donekle biti objašnjen oslanjanjem na komparativni model, jer nasilje zasnovano na rodu ne pogađa na isti način muškarce i žene – što nikako ne znači da muškarci ne mogu iskusiti rodno zasnovano nasilje. Neuspjeh CEDAWa da napravi specifični oslonac za prava vezana uz sigurnost osobe sugeriraju da u vrijeme kada je rađen nacrt Konvencije dominacija manifestovana kao nasilje nad ženama je bila nepoznata, ili je, jednostavno, bila prihvaćena kao standard.

CEDAW, kao i Paktovi, za žensko iskustvo porodičnog života pretpostavlja heteroseksualnost i brak (16(1)). Komitet CEDAWa iskazao je namjeru da probleme ovakvog shvatanja otkloni za početak priznajući da oni postoje, da su različite forme porodice realnost, upotrebljavajući drugačiju terminologiju – supružnici i partneri, uz insistiranje da žena i muškarac moraju biti jednako tretirani u porodici, bez obzira na formu u kojoj se ona realizuje. Međutim, to ne anulira navedeni nedostatak.

Četvrto ograničenje proizlazi iz toga što CEDAW žene široko tretira kao ujednačenu grupu koja dijeli isto iskustvo diskriminacije. Međutim, polna diskriminacija može ukrštati sa ostalim oblicima diskriminacije čime se izbjegava

⁴⁵ D. Otto, *ibid.*, 324-328.

mogućnost da bude podvedena pod koncept polne diskriminacije. Riječ je o intersekcijskoj ili hibridnoj diskriminaciji koja je svojevrsni amalgam različitih manifestacija i njene najekstremnije forme iskusile su žene koje su u najnepovoljnijem statusu.

2.2.2. Refleksije novog konceptualnog pristupa CEDAW-a načelu jednakosti

Zbog realno uslovljenih skromnih efekata CEDAW-ovog novog konceptualnog pristupa načelu jednakosti djelovanje u cilju njegove promocije je trebalo usmjeriti prema njegovom širem prihvatanju, posebno od onih aktera u međunarodnom sistemu zaštite ljudskih prava čiji autoritet je počivao upravo na efikasnoj primjeni odluka koje donose.

Angažman koji je u tom smislu poduzet za rezultat je imao široku promociju jedinstvenog koncepta ljudskih prava žena.

Strategija je usvojena 1993. na Svjetskoj konferenciji o ljudskim pravima u Beču i ponovo potvrđena 1995. na Konferenciji o pravima žena u Peking. Ovaj napredak ubrzali su predsjedavajući UN-ovih nadzornih tijela za zaštitu ljudskih prava kako bi se mogli primjereno posvetiti punoj integraciji novog pristupa u metodama svoga rada.⁴⁶

Ovo je dovelo do usvajanja generalnih komentara četiri komiteta čiji je cilj bio da sveobuhvatno uključe u domen svog nadzora i iskustvo povreda ljudskih prava žena.

Komitet za ljudska prava bio je predvodnik kada je 2000. usvojio Generalni komentar br. 28 o jednakosti muškaraca i žena.⁴⁷ Njegov sadržaj bio je primjenjiv na sva prava iz Pakta o građanskim i političkim pravima, uvodeći specifične povrede ljudskih prava žena mejnstrim redefinisanjem subjekta na koje se Pakt odnosi. (Tako je prepoznato da se pravo na život (čl.6) može povrijediti i kada žena nema izbora sem ilegalnog abortusa ili kada živi u ekstremnom siromaštvu⁴⁸, i pravo na slobodu od torture i ostalih nečovječnih i ponižavajućih ponašanja (čl. 7) može biti povrijeđeno ako država članica propusti da zaštiti ženu od nasilja u porodici⁴⁹.)

Generalni komentar nesporno promoviše jednakost žena kao nezavisan koncept i prihvata da različit tretman muškaraca i žena može biti nužnost da bi se postigla njihova jednakost. Njegov rezultat je bio ambiciozna i kreativna feminizacija Pakta o građanskim i političkim pravima, kako to Otto konstatuje u svojoj analizi njegovog sadržaja.⁵⁰

⁴⁶ Report of the Sixth Meeting of Persons Chairing the Human Rights Treaty Bodies, A/50/505, 4.X 1995., para 34(a)-(f).

⁴⁷ HRC, General Comment 28, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I)228.

⁴⁸ General Comment 28, 73 (10).

⁴⁹ General Comment 28, 73 (11).

⁵⁰ Dianne Otto, *ibid*, 328-329.

Kako se moglo i očekivati, ova nastojanja da se žene snažnije uključe nisu bila lišena prepreka referirajući pri tom na njihove različitosti, posebno naglašavajući nasilje nad njima, prijetnje sa namjerom da izazovu njihovu marginalizaciju, pozivajući na njihovu zaštitu kao primjeren odgovor. Svakako, česta upotreba pojma „zaštita“ u ovom kontekstu oživljava historijski uslovljenu tendenciju da se kada se govori o ženama one percipiraju kao žrtve rodnog ili seksualnog nasilja, što opravdava pribjegavanje tradicionalnom konceptu odgovornosti za zaštitu, umjesto normiranja pravne odgovornosti da se žene osnaže kao potpuni pravni subjekti.

Promociju jedinstvenog koncepta ljudskih prava žena podržao je i Komitet za eliminaciju svih oblika rasne diskriminacije, koji je nadležan za provođenje nadzora nad primjenom Međunarodne konvencije za ukidanje svih oblika rasne diskriminacije. Generalna preporuka br. XXV o „rodno povezanoj dimenziji rasne diskriminacije“ usvojena je 2000.⁵¹ Komitet je elaborirao metodologiju za analiziranje veze između roda i rasne diskriminacije, sa namjerom da razvije „znatno sistematičniji i konzistentniji pristup“ u vezi sa državama članicama⁵², zahtijevajući da se pitanje roda posebno uzme u obzir kod utvrđivanja oblika i ispoljavanja rasne diskriminacije, okolnosti u kojima se ona javlja, njenih posljedica i dostupnosti i pristupačnosti raspoloživih pravnih lijekova.⁵³

Ovaj pristup je otvorio put dubljem razumijevanju strukturalne dimenzije ukrštanja rasne i rodne diskriminacije, te načinima kako one djeluju zajedno na multipliciranje nejednakosti žena. Koncept Komiteta je fleksibilan i dozvoljava različite i promjenjive koncepcije rase, koje su, jednako kao i rod, društvena konstrukcija. Međutim, kao i u slučaju Opšteg komentara br. 28, Komiteta za ljudska prava, kod interseksijske (hibridne) diskriminacije, i ovdje dominira zabrinutost za rješavanje problema diskriminacije nad ženama⁵⁴ zbog povećanog rizika od odgovora putem zaštite. Dok je za Generalnu preporuku XXV primjetno da u svojoj jezičkoj formulaciji pojam rod koristi radije od pojma žena/žene nije sasvim jasno da li joj je time namjera navesti na zaključak da muškarci, jednako kao i žene, mogu ispaštati zbog diskriminacije u kojoj se uticaji rase i roda isprepliću.

Mnogo potpunije konceptualnom mejnstriming poimanju roda pristupiće Generalni komentar 16, prihvaćen 2005. od strane Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava.⁵⁵ Nesporna je njegova sličnost sa pristupom koji je imao Generalni komentar 28 Komiteta za ljudska prava, posebno obzirom na pažnju koju pridaje otkrivanju rodne diskriminacije za svako pravo koje je navedeno u Paktu o građanskim i političkim pravima, naglašavajući pri tome i fenomen rodnog nasilja. Međutim, bitna razlika leži u pristupu izjednačavanja muškaraca i žena kao potencijalno jednako ugroženih polnom diskriminacijom i nejednakošću

⁵¹ CERD, General Recommendation XXV, HRI/GEN/1/Rev.9 (VolIII) 287.

⁵² CERD, General Recommendation XXV, 97 (3).

⁵³ CERD, General Recommendation XXV, 97 (5).

⁵⁴ CERD, General Recommendation XXV, 79 (2)

⁵⁵ HRI/GEN/1/ Rev.9 (Vol I) 113.

u uživanju prava iz Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. (Npr., uz uvažavanje prava na socijalnu sigurnost, od država potpisnica se očekuje da garantuju odgovarajuće porodiljsko odsustvo za žene, roditeljsko odsustvo za muškarce, i roditeljsko odsustvo i za žene i za muškarce.⁵⁶)

Generalni komentar 16, uz ovo, prepoznaje da su žrtve porodičnog nasilja „prvenstveno žene“, time priznajući da i muškarci mogu biti u istom položaju⁵⁷, što može biti izuzetno kontroverzno ukoliko se tumači sa namjerom da porekne generalnu stvarnost ženske nejednakosti u odnosu na muškarce. Međutim, on nesporno ima i potencijal da radikalno podupre prepoznavanje zloupotrebe ljudskih prava muškaraca, jednako kao i žena, čime će se eliminisati zaštitnički pristup ženama i skrenuti pažnja na značaj promjene načina na koji se „muškarci“ doživljavaju u procesu redefinicije usmjerene na uspostavljanje njihove jednakosti sa ženama.

Promociji novog konceptualnog pristupa zaštiti ljudskih prava žena priključio se i Komitet za zabranu torture koji je usvojio 2008. godine Generalni komentar u ostvativanju preuzetih obaveza, koji sadrži nekoliko značajnih opservacija o rodnoj dimenziji Konvencije za zabranu torture, inaugurirajući svojim pristupom još snažnije uključivanje ideje dominantno rodnog pristupa.⁵⁸ Njime se naglašava da posebna pažnja mora biti data zaštiti marginalnih grupa ili pojedinaca koji su izloženi posebnom riziku torture, uključujući one koji mogu biti u opasnosti zbog „rase, roda, seksualne orijentacije, transrodnog identiteta ... ili bilo kog drugog statusa neopravdanog razlikovanja“⁵⁹. Od država članica traži se da osiguraju dodatne informacije u svojim periodičnim izvještajima o provođenju Konvencije protiv torture o poštovanju žena, imajući na umu da je „rod ključni faktor“ koji ih može, ukršten sa ostalim karakteristikama ličnosti, činiti ranjivim prema torturi ili zlostavljanju.⁶⁰

Komitet primjećuje da su žene osobito ranjive u kontekstu koji uključuje „oduzimanje slobode, medicinske tretmane, napose reproduktivne odluke, te nasilje od privatnih aktera u zajednici ili svojim kućama“⁶¹. Značajno je naglasiti da Komitet koristi terminologiju „roda“ i ima isti pristup kao Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava primjećujući da muškarac jednako može biti subjekt rodnog nasilja u kontekstu Konvencije o zabrani torture „kao silovanje ili seksualno nasilje i zlostavljanje i, sem toga, da muškarci i dječaci, jednako kao žene i djevojčice mogu biti subjekti nasilja „na osnovu njihove aktuelne ili pretpostavljene neusklađenosti sa društveno određenom rodnom ulogom“.⁶²

⁵⁶ HRI/GEN/1/ Rev.9 (Vol I) 113. (26)

⁵⁷ HRI/GEN/1/ Rev.9 (Vol I) 113. (27)

⁵⁸ CAT, General Comment 2, HRI/GEN71/Rev.9 (Vol II) 376.

⁵⁹ CAT, General Comment 2, 86 (21).

⁶⁰ CAT, General Comment 2, 86 (22).

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

Nesporno je da svi generalni komentari za cilj imaju kao glavni pravac pristupa rodnu ravnopravnost i promociju jednakog prava žena na uživanje ljudskih prava u supstancijalnom smislu, slijedeći CEDAW, ali oni istovremeno i reinterpretiraju prihvaćeni način shvatanja ljudskih prava čineći ga otvorenim prema iskustvima žena. Ova reinterpretacija olakšava potrebu upoređivanja ženskog iskustva sa muškim mjenjajući sam standard, čineći ga više rodno inkluzivnim.

Koliko god ovi rezultati bili pozitivni ne treba žuriti sa konačnom ocjenom. Tek će test stvarnog života pokazati da li su Komiteti zaista iskoristili mogućnosti da primijene svoje nove interpretacije u sve aspekte svog rada i pojačaju i održe odgovornost država ugovornica za njihovu realizaciju. Dosadašnja praksa je još uvijek neujednačena i ranija težnja za zaštitom žena, radije nego da se priznaju njihova prava, i dalje je snažno prisutna.

3. Regionalni dokumenti – kratak osvrt

Načelo nediskriminacije fundamentalni je princip i u regionalnim sistemima zaštite ljudskih prava.

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama⁶³ zabranu diskriminacije normira članom 14 Konvencije. Zabrana diskriminacije koja je njim predviđena odnosi se samo na prava i slobode propisane Konvencijom, što je uz činjenicu da karakter zaštite po ovom osnovu nije jasno određen (da li je autonomne ili akcesorne prirode) bilo povod za brojne kritike autorima Konvencije. Oba ova prigovora otklonjena su donošenjem Protokola br 12. iz 2000. godine kojim je nediskriminacija utvrđena kao opšte pravo praćeno opštom zabranom diskriminacije.

Konvencije Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Istambulska konvencija, svoju svrhu⁶⁴ definiše kao zaštitu žena od svih oblika nasilja, uklanjanje nasilja nad ženama i u porodici, da pridonese suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promovise osnaživanje žena i njihovu punu ravnopravnost sa muškaracima.

Nasilje nad ženama Konvencija određuje kao kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije žena i tim pojmom označava sva djela rodno utemeljenog nasilja koja imaju za posljedicu (ili će vjerovatno imati za posljedicu) tjelesnu, seksualnu, psihičku ili ekonomsku štetu ili patnju žena, uključujući prijetnje takvim djelima, prisilu ili namjerno oduzimanje slobode, bilo da se pojavljuju u javnom ili privatnom životu.⁶⁵

Definišući nasilje nad ženama na ovaj način, kao kršenje ljudskih prava, Konvencija predviđa i odgovornost države za počinjeno nasilje. Istovremeno,

⁶³ Evropska konvencija potpisana je 4.XI 1950., na sagu je stupila 3.IX 1953.

⁶⁴ IC, čl.1.

⁶⁵ Čl.3 (a).

Konvencija na međunarodnom nivou širi međunarodnopravni standard u pogledu osnova zabrane diskriminacije te određuje, u članu 4.(3), da će države potpisnice osigurati provođenje odredbi Konvencije bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rod, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnim manjinama, imovinsko stanje, rođenje, seksualna orijentacija, rodni identitet, dob, zdravstveno stanje, invaliditet, bračno stanje, migrantski, izbjeglički ili drugi status.

Mada kao svoj primarni cilj Konvencija određuje zaštitu žena od svih oblika nasilja i uklanjanje svih oblika nasilja i nasilja u porodici, njen je sadržaj jednako namijenjen i suzbijanju svih oblika diskriminacije žena i promovisanju pune ravnopravnosti polova, izgradnji sveobuhvatnog okvira politika i mjera za pomoć i zaštitu ženama žrtvama nasilja i nasilja u porodici.

Konvencija utvrđuje Ekspertnu grupu za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, GREVIO, i definiše nadzorni mehanizam koji mu je na raspolaganju, slijedeći obrazac koji je utvrđen u članu 21. st.1. CEDAW-a.

Važno je napomenuti da normativna rješenja koje Konvencija Vijeća Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici nudi odražavaju i standard zaštite od diskriminacije koji je uspostavila praksa Evropskog suda za ljudska prava⁶⁶ i praksa Komiteta CEDAW-a u slučajevima koji su se odnosili na nasilje nad ženama i nasilje u porodici⁶⁷.

Razmatrana praksa je potvrdila potrebu da se rodno utemeljeno nasilje nad ženama treba eksplicitno odrediti kao diskriminacija i kao kršenje ljudskih prava i kao takvo normirati ne samo u smislu zabrane takve prakse već sa ciljem uspostavljanja generalnog mehanizma prevencije, zaštite i unapređenja položaja žena, što treba biti praćeno i djelotvornim mehanizmom nadzora.

Zabranu diskriminacije nalazimo u dokumentima Konferencije o bezbjednosti i saradnji u Evropi – od završnog akta iz Helsinkija, zaključnog dokumenta iz Beča (1989.), dokumenta iz Kopenhagena (1990.), Pariške povelje za novu Evropu (1990.), završnog dokumenta iz Moskve (1991.), te završnog akta iz Budimpešte (1994.) – u kojima se insistira na jednakosti pred zakonom i zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu.

Međuamerički regionalni sistem za zaštitu ljudskih prava, koji počiva na Povelji Organizacije Američkih Država⁶⁸, Američkoj deklaraciji o pravima i dužnostima čovjeka⁶⁹ i Američkoj konvenciji o ljudskim pravima⁷⁰ i njenim pratećim protokolima, nediskriminaciju određuje kao svoj temeljni princip. Već Povelja, mada sama ne definiše ljudska prava, proglašava uživanje ljudskih prava bez razlike na

⁶⁶ Kontrova v. Slovakia (no 751/04), Tomašić i drugi v. Hrvatska (no.46598/06), Opuz v. Turkey (no.33401/02).

⁶⁷ CEDAW, Case A.T. v Hungary, 2/2003. i Case Yildirim v. Austria, 6/2006.

⁶⁸ Povelja Organizacije Američkih Država je donesena 1948., a na snagu je stupila 1951. godine

⁶⁹ Deklaracija je proglašena 1948.

⁷⁰ Američka konvencija o ljudskim pravima donesena je 1969. godine, a na snagu je stupila 1978.

nacionalnost, vjeru ili pol. Američka deklaracija će uz široki katalog prava koja proklamuje u svom 2. članu definisati i princip nediskriminacije u njihovom ostvarivanju – sve osobe su pred zakonom jednake obzirom na prava i dužnosti koje im po Deklaraciji pripadaju, bez obzira na razlike u rasi, polu, jeziku, vjeri ili kojoj drugoj okolnosti. Američka konvencija o ljudskim pravima, uz obiman katalog prava koji predviđa, normira i zabranu diskriminacije po osnovu rase, boje kože, pola, jezika, religije, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, ekonomskog statusa, rođenja, ili bilo kog drugog socijalnog uslova.⁷¹

Afrički sistem zaštite ljudskih prava reprezentovan je Afričkom poveljom o ljudskim pravima i pravima naroda⁷². Široki katalog prava koje Povelja proklamuje praćen je i zabranom diskriminacije u njihovom ostvarivanju. Princip nediskriminacije, borba protiv svih oblika diskriminacije, posebno one zasnovane na rasi, etničkoj pripadnosti, boji, polu, jeziku, vjeri ili političkom mišljenju, formulisan je u Povelji ne samo kao politički cilj već i kao pravna obaveza država potpisnica da garantuju prava i slobode iz Povelje bez obzira na razlike bilo koje vrste, čl.2., osiguraju jednakost pred zakonom i jednaku sudsku zaštitu, čl. 3, te da uklone svaki oblik diskriminacije žena, čl.18.

Na nasilje nad ženama referira i Dodatni protokol o pravima žena, koji je 2003. godine usvojila Afrička unija, kojim je unaprijeđen standard rodne osjetljivosti u tumačenju Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda.⁷³

Donošenjem Arapske povelje o ljudskim pravima⁷⁴ i države članice Arapske lige usvojile su svoj regionalni dokument za zaštitu ljudskih prava. Arapska povelja prava koja proklamuje priznaje svim licima na teritoriji država članica bez diskriminacije po osnovu rase, boje, pola, jezika, vjere, političkog mišljenja, nacionalnog i socijalnog porijekla, imovine, rođenja ili bilo kog drugog statusa. Uz generalnu zabranu diskriminacije Arapska povelja posebno zabranjuje diskriminaciju žena.

4. Zaključak

Pregled rješenja najznačajnijih međunarodnih dokumenata kojima je normirana zabrana diskriminacije, posebno u kontekstu promocije i realizacije ljudskih prava žena, usmjerava pažnju na jedno od pitanja na koje međunarodni sistem ljudskih prava nije uspio ponuditi ni potpun, ni efikasan odgovor.

Napori koji se u tom smislu čine su kontinuirani, o tome svjedoči prezentirana analiza, ali rezultat još uvijek nije zadovoljavajući.

⁷¹ Američka Konvencija o ljudskim pravima, član 1(1).

⁷² Organizacija afričkog jedinstva Povelju je usvojila 1981, a ista je stupila na snagu 1986.

⁷³ http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_women_eng.pdf (20.VIII 2022.)

⁷⁴ Arapska povelja o ljudskim pravima donesena je 15. IX 1994., izmijenjena je i revidirana 2004., na snagu stupila 2008.

Mada je kreiranje međunarodnih normi u značajnoj mjeri lišeno ograničenja koje ima zakonodavac u unutrašnjem pravu u ovoj oblasti je uticaj tradicije, kulture i ideologije nesporan i tvrdokoran.

Stvaranje pravnih normi od njihovog autora zahtijeva određeni stepen racionalne svijesti i znanja o društvenoj situaciji. To se odnosi na poznavanje društvenih odnosa koji se karakterišu kao pravni, znanje o pravnim vrijednostima i ciljevima koje se pravnim normama žele ostvariti, znanje o društvenoj moći subjekta čije se ponašanje prisilno usmjerava, kao i znanje o podesnosti instrumenata kojima će se realizacija sadržaja pravnih normi ishoditi.

Međunarodna pravna norma o ljudskim pravima podrazumijeva valorizaciju jednog društvenog odnosa i njegovo pravno normiranje.

Mada je umjesto datosti međunarodni standard ljudskih prava determinisan prvenstveno svojom zadatošću – inicijalno je određen svojim aksiološkim sadržajem – vrijednošću koja je njegov cilj, ni on sam ne može da se odmakne od retrogradnih uticaja koji snažno opterećuju percepciju žena u društvu i limitiraju okvir ljudskih prava koja im pripadaju. Zato, kada su u pitanju diskriminacija i ljudska prava žena, međunarodna norma ni sama, mada za to ima pretpostavku, nije odraz relacije trebati i biti, već je snažno ograničava spoznaja društvene stvarnosti svodeći je na odnos moći i biti.

Međutim, ni tako reducirani i transformisani okvir međunarodnog normiranja ne kreira nesporni standard koji će biti unisono prihvaćen, te međunarodni standard nediskriminacije svojom vrijednošću i univerzalnošću, bez obzira na ograničenja koja su posljedica njegove uslovljenosti, ne uspijeva da se realizuje. Još uvijek on ne ulijeva povjerenje da je kadar mijenjati društvenu stvarnost koja će osigurati jednakost žena i muškaraca u svojoj ljudskosti.

Antidiskriminatorne norme mogu biti moćno sredstvo u promociji ravnopravnosti žena u uživanju ljudskih prava, ali složenost fenomena diskriminacije, mnoštvo teško prepoznatljivih formi u kojima se ona manifestuje, specifična životna iskustva žena koja ih bitno određuju u kontekstu njihovih ljudskih prava svojom delikatnošću i složenošću usporavaju i otežavaju taj pristup.

Problemi očigledne nejednakosti između muškaraca i žena kao titulara ljudskih prava su i dalje prisutni, a to se odnosi ne samo na ograničenja koja su inherentna antidiskriminatornom pravu i na primjenu dualističkog koncepta pola i roda, već i na bojazan, ne bez razloga, da samo prepoznavanje specifičnih povreda ljudskih prava žena umjesto njihovim potpunim priznavanjem i jednakošću ne urodi njihovim drugorazrednim statusom.

Očigledno da tvrdokorni otpor realizaciji koncepta potpune jednakosti muškaraca i žena iziskuje još puno napora i jednu novu, za to primjerenu, paradigmatičnu ljudskih prava.

Literatura

1. Burgenthal, T., Shelton, D., Stewart, D.P.: *International Human Rights In a Nutshell*, West Nutshell series, 4th Ed., 2009.
2. Edwards, A., *Violence Against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2011.
3. *Ljudska prava, Human Rights I i III – Odabrani međunarodni dokumenti*, Ministarstvo vanjskih poslova BiH, Nezavisni biro za humanitarna pitanja, Sarajevo 1996.
4. Moeckli, D., Shah, S., Sivakumaran, S., Harris, D.: *International Human Rights Law*, Second Edition, Oxford University Press 2014.
5. *Prava čoveka – Zbornik dokumenata*, Prometej, Beograd 1991.
6. Visković, N., *Pojam prava*, Logos, Split 1981.

Odluke i praksa međunarodnih nadzornih tijela:

1. Aumeeruddy-Cziffra at al. V. Mauritius, CCPR/C/12/D/35/1978 (8.IV 1981.)
2. CAT, General Comment 2, HRI/GEN/71/Rev.9 (Vol II)
3. CEDAW Committee, General Recommendation:
4. CEDAW, Case A.T. v Hungary, 2/2003. i Case Yildirim v. Austria, 6/2006.
5. CERD, General Recommendation XXV, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol II)
6. HRC, General Comment 28, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I)
7. No. 13, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II)
8. No. 19, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II)
9. No. 23, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II)
10. No. 24, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II)
11. No. 25, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol II)

Praksa Evropskog suda za ljudska prava:

1. *Kontrova v. Slovakia* (no 751/04),
 2. *Opuz v. Turkey* (no.33401/02).
 3. *Tomašić i drugi v. Hrvatska* (no.46598/06),
-
1. http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_women_eng.pdf
 2. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>
 3. <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw-one.htm.A/72/93>

Mirjana Nadaždin Defterdarević, Ph.D., full time professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

HUMAN RIGHTS OF WOMEN OR AN ESSAY ON DISCRIMINATION

Summary: Despite the declared prohibition of discrimination and the principle of equality between women and men, life reality suggests a dramatic difference in their treatment and in human rights norms and in their realization. The peculiarities inherent in women are traditionally taken as reasons that justify their unjustified distinction with the consequences of inequality in relation to men in all areas of life.

The concept of international protection of human rights has not remained completely immune to this pattern, which prefers to treat women's rights as a subcategory within its general standards rather than as a separate set of human rights based on the specifics and experiences of women. The principle of universality and the prohibition of discrimination affirms that human rights are women's rights, but this guarantee has proven insufficient for human rights to ensure recognition, prohibition of discrimination and protection of its rights holders when they were women.

There is a continuous effort to eliminate consequences of marginalization of women's human rights within the framework of universal and regional documents for their protection. The efforts made must be acknowledged, but the problems of obvious inequality are still present, which refers not only to the limitations inherent to anti-discrimination law and to the application of the dualistic concept of gender, but are also accompanied by fears that the mere recognition of specific violations of women's human rights does not result in their second-class status.

The aim of the analysis is to answer how international legal instruments treat discrimination against women and to what extent and in what way it really affects the exercise of their human rights. By analyzing the content through the comparative legal and teleological method, the result of the research leads to the conclusion that all relevant international instruments for the protection of human rights recognize discrimination against women as a violation of human rights, but their response to it is different in character and effects it produces, and insufficient and inconsistent to successfully cope with the practice of discrimination against women.

Keywords: international human rights law, equality, human rights of women, discrimination, prohibition of discrimination.

Dr. sc. Alena Huseinbegović, redovna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

Dr. sc. Viktorija Haubrich, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Mirjana Kevo
Sutkinja Općinskog suda u Mostaru

PRAVO NA KONTRADIKTORAN PARNIČNI POSTUPAK U SVJETLU ODREDBI ČL. 6. EUROPSKE KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Sažetak: Autorice u radu analiziraju pravo na kontradiktoran postupak u Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine i njegove usklađenosti s odredbom čl. 6. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Osnovni postulat ravnopravnosti stranaka u parničnom postupku prozilazi iz prava na kontradiktorni postupak prema kojemu će suprostavljene stranke moći koristiti jednake mehanizme zaštite svojih prava. Načelo kontradiktornosti, odnosno obostranog saslušanja stranaka sastoji se u dužnosti suda da prije donošenja odluke, po zahtjevu jedne stranke, drugoj stranci pruži mogućnost da i ona iznese svoje stanovište po pitanju koje se treba odlukom raspraviti te da se izjasni o navodima protivnika (*Audiatur et altera pars*). Primjenom načela kontradiktornosti osigurava se pravo na pravično suđenje i ravnopravnost stranaka u postupku te mora biti zajamčeno u svi fazama postupka.

Ključne riječi: čl. 6. EKLJP, pravo na pravičan postupak, pravo na kontradiktorni parnični postupak

1. UVOD

Svi procesni zakoni o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini (Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine¹, Zakon o parničnom postupku Republike Srpske², Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine³, Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine⁴) o procesnoj ravnopravnosti govore u kontekstu načela kontradiktornosti.

¹ *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 73/2005., 19/2006., 98/2015.

² *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 85/2003., 74/2005., 63/2007., 61/2013.

³ *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 28/2018.

⁴ *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 36./04., 84/2007., 58/2013., 94/2016., 34/21.

Parnica se zasniva na načelu dviju stranaka sa suprotnim interesima, pri čemu procesni položaj svake od njih, bez obzira na njihovu stranačku ulogu, mora u svemu biti ravnopravan i jednak. Primjenom načela kontradiktornosti osigurava se ravnopravnost stranaka u postupku.⁵ Pravo kontradiktornosti razmatramo i kroz odredbe čl. 6. prava na pravično suđenje Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija) iz 1950. godine nastala je kao rezultat težnji da se na europskoj razini uspostavi zajednički sustav vrijednosti kao temelj budućem europskom jedinstvu.⁶

Konvencija je dijelom bosanskohercegovačkog pravnog poretka postala od 14. prosinca 1995. godine stupanjem na snagu Ustava Bosne i Hercegovine (dalje: Ustav BiH) odnosno Aneksa 4 Daytonskoga mirovnog sporazuma. Za razliku od općega pravila da stranke Konvencije mogu biti samo države članice Vijeća Europe, Bosna i Hercegovina se na ustavnoj razini samoobavezala na poštivanje Konvencije dok još nije bila članica Vijeća Europe. Međutim, tek je njezinom ratifikacijom 12. srpnja 2002. godine, Bosna i Hercegovina prihvatila nadležnost Europskoga suda za ljudska prava Strasbourgu, a ujedno se obavezala da svoj pravni poredak usuglasi sa standardima i praksom te ustanove. U članu II/1 Ustava BiH određeno je da će se u BiH i obama entitetima osigurati najviša razina međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Što se tiče međunarodnih standarda u čl. II/2 određeno je da će se prava i slobode navedene u Konvenciji i njezinim protokolima primjenjivati izravno u BiH. Oni će imati prioritet nad svim drugim zakonima,⁷ što znači da za njezinu primjenu u BiH nije potrebno donošenje naknadnih legislativnih ili upravnih akata, a u slučaju ako nacionalno zakonodavstvo nije usklađeno s pravima i slobodama definiranim Konvencijom, na konkretan slučaj će se primijeniti odredba Konvencije.⁸ U Aneksu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine (dalje: Ustav F BiH) navedeni su „Instrumenti za zaštitu ljudskih prava koji imaju pravnu snagu ustavnih odredbi”, među kojima je navedena i Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine te Protokoli uz nju. Primjena Konvencije u BiH, kako to proizlazi iz navedenoga članka II/2 Ustava BiH, ima

⁵ HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V., „Postulacijska sposobnost stranaka i punomoćnici prema odredbama parničnog postupka i čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama”, Međunarodna naučna konferencija *Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Mostar, 2013., p. 353–370.

⁶ Vidi MARIČIĆ, D., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s napomenama i sudskom praksom*, Zagreb, 2012. (dalje: MARIČIĆ), p. 27.

⁷ Detaljnije o tome kod MILJKO, Z., „Perspektive za implementaciju Daytonskog sporazuma s obzirom na ljudska prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XI, Mostar, 1998., p. 191.; MILJKO, Z., „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XX., 2007. (dalje: MILJKO), p. 93–107.

⁸ Vidi MATIĆ, M., „Pravo na pristup sudu kao aspekt pravičnog suđenja u sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava”, *Revija za pravo i ekonomiju*, godina 17, br. 2, Mostar, 2016., p. 77.

prioritet nad svakim drugim zakonom i nižim pravnim aktima, što znači da se po svojoj pravnoj snazi nalazi iznad zakona, ali ne i Ustava BiH,⁹ dok prema Ustavu FBiH ima snagu ustavnih odredbi. Ustavna odredba o obvezi usuglašavanja Ustava BiH i Ustava FBiH s Konvencijom ključna je za demokratski razvoj demokratskih institucija u BiH. Tako su zapravo na „mala vrata” u Ustav BiH uvedeni sva velika načela europske pravne misli i političke tradicije.¹⁰ Na ovaj je način građanima BiH zajamčeno pravo na pravično (*fair*) suđenje, kao jedno od najvažnijih ljudskih prava, koje prethodi svim ostalima materijalnim ljudskim pravima, koja bez odgovarajućeg mehanizma njihove zaštite ne bi bila ni moguća. Pravo na procesnu ravnopravnost (*equality of arms*, jednakost oružja) i pravo na javno i kontradiktorno suđenje (*public hearing*) jedan je od najvažnijih aspekata prava na pravično (*fair*) suđenje. Procesna je ravnopravnost jedna od ključnih garancija pravičnosti sudskoga postupka koja je u uskoj vezi s pravilom zabrane diskriminacije te će podrazumijevati jednaku sudsku pravnu zaštitu za sve, bez obzira na različitosti po bilo kojoj osnovi. Europski sud za ljudska prava (dalje: Sud) ustanovljen je Konvencijom, odnosno Protokolom broj 11¹¹ radi osiguranja poštivanja obaveza koje su države potpisnice Konvencije njome preuzele.

⁹ Miljko ističe da su norme Europske konvencije po svojoj pravnoj snazi u ustavnome poretku Bosne i Hercegovine ustavnoga ranga jer su inkorporirane u sam Ustav, a prema većini autora (osim što se izravno primjenjuju) imaju i „prioritet nad svim ostalima zakonima”. Vidi MILJKO, *op. cit.*, p. 103.

Postoje mišljenja prema kojima su poslije Ustava Bosne i Hercegovine sljedeće po pravnoj snazi norme Konvencije i njezinih protokola. Njezine norme su po pravnoj snazi u pravnome sustavu Bosne i Hercegovine i iznad normi drugih međunarodnih sporazuma. Vidi GALIĆ, V., „Položaj i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u primjeni Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda”, *Pravna misao*, br. 11-12, Sarajevo, 2006., p. 66. Pojedini autori riječ *law* u članku II/2 Ustava BiH ne prevode kao „zakon”, nego kao „pravo” iz čega izvlače zaključak prema kojem EKLJP kao ustavno načelo ima povlašten položaj i hijerarhijski je iznad samoga Ustava BiH. Vidi VEHAČOVIĆ, F., *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Sarajevo, 2006., p. 10.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u tome je pogledu u svojoj odluci br. U-5/04 od 31. ožujka 2006. godine, razmatrajući zahtjev za ocjenu ustavnosti pojedinih odredaba Ustava BiH s Konvencijom, odbacio zahtjev kao nedopušten zbog nenadležnosti Ustavnoga suda. Tom je prilikom Ustavni sud naglasio kako se prilikom tumačenja svojih nadležnosti uvijek mora držati teksta Ustava BiH, koji u konkretnome slučaju ne dopušta širu interpretaciju nadležnosti, s obzirom na obvezu Ustavnoga suda da „podrži ovaj ustav”, kao i da odredbe Konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav BiH jer je Konvencija kao međunarodni dokument stupila na snagu na temelju Ustava Bosne i Hercegovine te ustavne ovlasti proistječu iz Ustava BiH, a ne iz Konvencije.

¹⁰ Vidi SADIKOVIĆ, Ć., „Ustav BiH i Europska konvencija – Usklađivanje Ustava BiH sa Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, br. KLVI, Sarajevo, 2003. (dalje: SADIKOVIĆ), p. 459–476.

¹¹ Tekst Protokola broj 11 prihvaćen je na sastanku šefova država i članica Vijeća Europe u Beču u listopadu 1993. godine i stupio na snagu 1. studenoga 1998. godine. Postao je sastavni dio Konvencije i uveo stalni Europski sud za ljudska prava, a ukinuo postojeću Europsku komisiju za ljudska prava. Vidi PETROVIĆ-ŠKERO, V., „Europski sud za ljudska prava”, *Bilten sudske prakse*, 2003. (dalje: PETROVIĆ-ŠKERO) p. 69–77.

Kroz rad ćemo nastojati naglasiti bitne aspekte prava na kontradiktoran parnični postupak kroz odredbe čl. 6. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda i sudsku praksu suda u Strasbourgu. Obradit ćemo bosanskohercegovačku parničnu legislativu, mjesto, ulogu, primjenu i značaj ravnopravnosti stranka u parničnom postupku i pravo na kontradiktoran postupak.

2. ELEMENTI PRAVA NA PRAVIČNO I JAVNO SUĐENJE IZ ČL. 6. EUROPSKE KONVENCIJE

Jedno od najvažnijih jamstava Konvencije jest pravo na pravično (pošteno) suđenje (*fair trial*). Pravo na pravično suđenje zajamčeno je člankom 6. stavkom 1. Konvencije, koji glasi:

Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obveza ili osnovanosti bilo kakve kaznene optužbe protiv njega, svatko ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred neovisnim i nepristranim, zakonom ustanovljenim sudom. Presuda se izriče javno ali se novinari i javnost mogu isključiti sa čitavog ili jednog dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne sigurnosti u demokratskom društvu, kako to nalažu interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života strana u sporu ili kada to sud smatra izričito neophodnim zato što bi u posljednjim okolnostima publicitet mogao nanijeti štetu interesima pravde.¹²

U članak 6. Europske Konvencije sadržane su dvije skupine prava. Uz to čl. 6. st. 1. Konvencije obuhvaća i jamstvo javnoga izricanja presude, a sadrži i uvjete pod kojima je dopušteno isključiti javnost s rasprave.¹³ Dakle, citiranim člankom

¹² Članak 6. stavak 1. Konvencije u izvorniku na engleskom jeziku glasi: *In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly by the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. (...)*

Pravo na pošteno suđenje slično je određeno i člankom 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (dalje: Međunarodni pakt) koji glasi: *Svi moraju biti jednaki pred sudom i sudovima pravde. U slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega ili utvrđivanja njegovih prava i obveza građanske naravi, svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nadležni, nezavisni i nepristrani sud pošteno i javno ispita njegov slučaj. Sredstva priopćavanja i javnost se mogu isključiti iz cijele rasprave ili nekog njenog dijela zbog, u demokratskom društvu prijeko potrebnih interesa morala, javnog reda (*ordre public*) ili državne sigurnosti, kad to traže interesi privatnog života stranaka, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima u kojima bi javnost mogla štetiti interesima pravde. No svaka presuda donesena u kaznenom ili građanskom postupku mora se javno proglasiti, osim kad drukčije nalažu interesi maloljetnih osoba, ili se postupak odnosi na bračne sporove ili skrbništvo nad djetetom. Vidi Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *SL SFRJ*, br. 7/71.*

¹³ Vidi kod HAUBRICH, V. – ŠEGO-MARIĆ, I. – KULUŠUĆ, N., „Načelo javnosti predviđeno čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama s osvrtom na načelo

utvrđen je minimum postupovnih jamstava na temelju kojih se treba odlučiti o subjektivnim pravima podnositelja i o njegovim pravnim interesima. Za razliku od st. 2. i 3. članka 6. koji sadrži posebne odredbe koje navode dodatne procesne norme koje se primjenjuju samo na one koje se tereti za kazneno djelo, u prvoj su skupini zajednički temelji primjenjivi i za svaki postupak koji se tiče utvrđivanja građanskih prava i obveza. Dakle, u prvoj su skupini definirana načela sudskoga postupka uopće.¹⁴

3. PRAVO NA PROCESNU RAVNOPRAVNOST, JEDNAKOST ORUŽJA I KONTRADIKTORNOST U GRAĐANSKIM SPOROVIMA

Pravo na procesnu ravnopravnost (*equality of arms*, „jednakost oružja”) jedno je od ključnih jamstava pravičnosti sudskoga postupka. Ono se zajedno s pravom na kontradiktornost i javnost u postupanju i odlučivanju nalazi u samome središtu pojma pravičnog (*fair*) suđenja. Sudovi u postupku moraju osigurati jednakost stranaka pri mogućnosti korištenja procesnih sredstava (jednakost oružja, jednakost sredstava). Načelo jednakosti oružja, u smislu pravične ravnoteže među strankama, uvedeno je i potvrđeno u sudskoj praksi Europskoga suda kao osnovni element pojma, odnosno prava na pravični postupak. To načelo nužno obuhvaća razumnu mogućnost stranaka da u postupku brani svoja prava pod uvjetima koji ga ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na njezina protivnika.¹⁵ Pod povoljnijim procesnopравnim položajem Sud podrazumijeva apstraktnu mogućnost da je u nekoj fazi postupka jedna od stranaka u povoljnijoj procesnopравnoj poziciji. Pri tome nije neophodno da je ona zaista i iskoristila svoj povoljniji položaj. Za povredu načela ravnopravnosti stranaka dovoljan je sam čin postojanja povoljnijega procesnopравnoga položaja. Meritorni ishod postupka nije relevantan.¹⁶

Načelo jednakosti oružja kao sredstvo ostvarivanja pravičnosti najprije se pojavilo u jednome mišljenju Europske komisije 1959. u građanskome predmetu

javnosti u parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine”, *Međunarodna naučna konferencija Bosna i Hercegovina i Euro-atlantske integracije – trenutni izazovi i perspektive*, Bihać, 2012., p. 401–414.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 br. s naučne konferencije *Zaštita ljudskih prava u BiH*, Mostar, god. III, 2019., p. 39–63.

¹⁶ Vidi JAKŠIĆ, A., *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Komentar, Beograd, 2006. (dalje: JAKŠIĆ), p. 194.

*Swabowicz protiv Švedske*¹⁷, a zatim 1962. godine i u kaznenome predmetu *Ofner i Hopfinger protiv Austrije*, gdje se Europska komisija za ljudska prava precizno očitovala o odnosu između jednakosti oružja i pravičnoga postupka te utvrdila da opća odredba širega dosega koja se odnosi na pravičan postupak iz člana 6. stavak 1. Konvencije obuhvaća pojam jednakosti oružja.¹⁸ Nakon toga u predmetima *Neumeister protiv Austrije*¹⁹, *Delcourt protiv Belgije*²⁰ i *Bönisch protiv Austrije*²¹ načelo jednakosti oružja je postalo priznato u sudskoj praksi Europskog suda, koji ga je do danas detaljno razradio.

Do kršenja prava na pravičnu raspravu i načela jednakosti oružja, doći će prema stavu Suda onda kada je domaći sud na istu okolnost usvojio dokazne prijedloge jedne, a odbio dokazne prijedloge druge strane, kada je svoje odluke zasnovao na podnescima o kojima suprotna strana nije bila obaviještena, zatim kada je samo jednoj strani uskraćen pristup relevantnim dokumentima iz sudskih spisa ili u slučaju da joj je odbijeno pravo da se određeni dokazi uzmu u razmatranje, pri čemu će se ovdje uvrstiti i svjedočenje sudskoga vještaka. Načelo ravnopravnosti također se narušava kada su sudovi „razmatrali podneske samo jedne strane, kao i kada jedna od strana nije bila obaviještena o relevantnim podacima u postupku protiv nje“.²²

Kada se govori o povredi načela jednakosti oružja u situaciji kada je domaći sud svoje odluke zasnovao na podnescima o kojima suprotna strana nije bila obaviještena, Europski je sud u predmetu *Waltson v. Norway*²³ utvrdio povredu čl. 6. st. 1. Konvencije zbog propusta domaćega suda za dostavom dokumentacije podnositelju predstave osobno prije nego što je donio odluku, unatoč ponovljenomu zahtjevu za dostavu dokumentacije te unatoč tomu što ga je njegov odvjetnik pre-stao zastupati, a o čemu je sud bio obaviješten.

¹⁷ Europska komisija za ljudska prava, *Swabowicz protiv Švedske*, 30. lipnja 1959., req. 434/58, Ann II, str. 355, podatak kod IVIČEVIĆ, K., E., „Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, *Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb*, 57, (4-5), 2007., p. 761–788.

¹⁸ U ovome predmetu Komisija je utvrdila da se radi o tome da se zna obuhvaća li pojam pravičnoga postupka neko pravo koje se odnosi na obranu koje je različito od minimalnih prava iz stavka 3. Komisija smatra da ono što se općenito naziva „jednakost“ oružja, odnosno jednakost u postupku između okrivljenika i državnoga odvjetnika jest bitan element svakoga pravičnoga postupka. Pitanje ima li ta jednakost svoj pravni temelj u stavku 3. ovisi o tumačenju točke b) – da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane, i c) – da se brani sam ili uz branitelja. Komisija ne treba iznijeti svoje formalno mišljenje o tome pitanju jer bez sumnje u svakome slučaju opća odredba širega dosega koja se odnosi na pravičan postupak (st. 1. čl. 6.) obuhvaća pojam jednakosti oružja. Vidi *Ofner i Hopfinger protiv Austrije*, presuda br. 524/59, 617/59 od 23. studenoga 1962.

¹⁹ *Neumeister v. Austria*, presuda br. 1936/63 od 27. lipnja 1968.

²⁰ *Delcourt v. Belgium*, presuda br. 2689/65 od 17. siječnja 1970.

²¹ *Bönisch v. Austria*, (Article 50), presuda br. 8658/79 od 2. lipnja 1986.

²² GOMIEN, D., *Europska konvenciju o ljudskim pravima*, Zadar, 2007., p. 99.

²³ *Waltson v. Norway*, presuda br.37372/9 od 3. prosinca 2003.

Europski je sud, dalje, utvrdio da načelo jednakosti oružja podrazumijeva da strane moraju imati isti pristup spisima i drugim dokumentima predmeta barem u mjeri u kojoj oni imaju ulogu u formiranju mišljenja suda.²⁴

Nadalje, do povrede načela jednakosti oružja dolazi i ako se svakoj strani ne dadne prilika da se suprotstavi argumentima koje je izložila druga strana. Dakle, sud je obvezan osigurati da se poštuje načelo jednakopravnosti stranaka u postupku, što znači da svaka strana mora imati razumnu mogućnost da iznese svoje argumente u uvjetima koji je neće dovesti u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na njezina protivnika.²⁵

Konvencija ne propisuje pravila o dokazima.²⁶ Dopuštenost dokaza i način na koji bi ih trebalo ocijeniti pitanje je koje prvenstveno treba urediti nacionalno pravo i nacionalni sudovi.²⁷ Isto se odnosi i na dokaznu vrijednost dokaza i na teret dokazivanja. Nacionalni sudovi trebaju ocijeniti i relevantnost predloženih dokaza.²⁸ Međutim, Sud na temelju Konvencije ima zadatak utvrditi je li postupak u cjelini, uključujući način na koji su izvedeni dokazi, bio pošten.²⁹ Stoga mora

²⁴ U predmetu *Lynas protiv Švicarske* u vezi s dokumentima koji nisu dostavljeni podnositelju Europski sud podsjetio je: „(...) koncept poštenog suđenja podrazumijeva također, u načelu i pravo stranaka u postupku da budu upoznate i da iznesu svoje argumente o izvedenim dokazima ili izjavama koje se nalaze u spisu predmeta.” Vidi *Lynas protiv Švicarske*, presuda br.7317/75 od 6. listopada 1976.

²⁵ U predmetu *Fledbrugge protiv Nizozemske* Europski sud ustanovio je da je došlo do povrede čl. 6. st. 1. jer podnositelj nije dobio priliku da se očituje o nalazu i mišljenju sudskoga vještaka, što je imalo odlučujuću važnost na ishod postupka. Vidi *Feldbrugge v. the Netherlands*, presuda br. 8562/79 od 29. svibnja 1986.

²⁶ Tako je u predmetu *Montovanelli protiv Francuske* Europski sud utvrdio: (...) *Štoviše, Konvencija ne postavlja pravila o dokazima kao takvim. Sud stoga načelno ne može isključiti da se mogu dobiti dokazi stečeni kršenjem odredaba domaćeg prava. Na nacionalnim sudovima je da ocijene prikupljene dokaze i relevantnost svih dokaza koje stranka želi iznijeti. Sud ipak mora utvrditi je li postupak koji je smatran u cjelini, uključujući i način na koji su izvedeni dokazi, pravičan kako to zahtijeva članak 6. stavak 1 (čl. 6-1) (vidjeti, mutatis mutandis, presuda *Sc henk protiv Švicarske* od 12. srpnja 1988., Serija A br. 140, str. 29, stavak 46). Vidi *Mantovanelli v. France*, presuda br. 21497/93 od 18. ožujka 1997.*

²⁷ Tako je u predmetu *Garcia Ruiz protiv Španjolske* Europski sud utvrdio da nije njegova funkcija baviti se činjeničnim ili pravnim pogreškama koje je navodno počinio nacionalni sud, osim ako su u mjeri u kojoj su mogli prekršiti prava i slobode zaštićene Konvencijom. Nadalje, iako članak 6. Konvencije jamči pravo na pošteno saslušanje, on ne propisuje nikakva pravila o prihvatljivosti dokaza ili načinu na koji ih treba ocjenjivati, što su stoga prvenstveno pitanja koja će se regulirati nacionalnim pravom i nacionalnim sudovima. Vidi *García Ruiz v. Spain*, presuda br. 30544/96 od 21. siječnja 1999.

²⁸ Tako je u predmetu *Centro Europa 7 S.R.L. i DiStefano protiv Italije* Europski sud ponovio da se zahtjevi neovisnosti i nepristranosti u čl. 6. Konvencije odnose na sud koji utvrđuje osnovanost predmeta, a ne na stranke u postupku (vidi *Forcellini protiv San Marina* (dec.), br. 34657/97, 28. svibnja 2002., i *Previti protiv Italije* (pros.), br. 45291/06, § 255, 8. prosinca 2009.), i da je na nacionalnim sudovima potrebno procijeniti relevantnost predloženih dokaza. Vidi *Centro Europa 7 S.R.L. and DiStefano v. Italy*, presuda br. 38433/09 od 7. lipnja 2012.

²⁹ Tako je u predmetu *Elsholz protiv Njemačke* Europski sud naveo da je prihvatljivost dokaza prvenstveno pitanje reguliranja nacionalnim zakonodavstvom i da, kao opće pravilo, nacionalni

utvrditi jesu li dokazi izvedeni na način koji jamči pošteno suđenje.³⁰ Nacionalni sudovi imaju dužnost provesti odgovarajuće ispitivanje očitovanja, tvrdnji i dokaza koje su iznijele stranke.³¹

Prema praksi Europskoga suda načelo jednakosti oružja podrazumijeva i da strane dobiju jednaku mogućnost pozivanja svjedoka. Iako član 6. Konvencije ne jamči izrijeком pravo na pozivanje svjedoka ili korištenja drugih dokaznih sredstava, Europski je sud u svojoj praksi utvrdio da svako ograničavanje prava stranaka da pozovu svjedoke i izvedu druge dokaze predstavlja povredu prava jednakosti oružja i kontradiktornosti.³² Prema tome, kad sudovi odbiju zahtjev za pozivanje svjedoka, moraju za tu svoju odluku dati dovoljno obrazloženje odnosno odbijanje ne smije biti proizvoljno, ono ne smije predstavljati nerazmjerno ograničavanje mogućnosti stranke u sporu da iznosi tvrdnje u prilog svomu predmetu.³³

Isto tako, kad sud odbije izdavanje naloga za vještačenje, razlozi odbijanja moraju biti razumni, a samo odbijanje naloga samo po sebi ne predstavlja povredu čl. 6. st. 1. Konvencije. Sud mora utvrditi je li postupak u cjelini bio pošten.³⁴

Međutim, u predmetu *Ankerl protiv Švicarske*³⁵ Europski sud utvrdio je da je razlika u postupanju u pogledu saslušanja svjedoka stranaka, s obzirom na to da je jedna stranka morala dati iskaz pod prisegom, a druga nije, bila u skladu s čl. 6. st. 1. Konvencije jer u praksi nije utjecala na ishod postupka. Isto tako, Europski je

sudovi trebaju procijeniti dokaze koji su pred njima. Zadaća Suda po ovoj Konvenciji jest utvrditi je li postupak u cjelini, uključujući i način pribavljanja dokaza, bio pravedan. Vidi *Elsholz v. Germany*, presuda br. 25735/94 od 13. srpnja 2000.

³⁰ *Blücher c. République Tchèque*, presuda br. 58580/00 od 11. siječnja 2005.

³¹ U predmetu *Van de Hurk protiv Nizozemske* Europski sud utvrdio je da učinak čl. 6. st. 1. Konvencije, između ostaloga, stavlja „tribunal“ na dužnost da provede ispravno ispitivanje podnesaka, argumenata i dokaza koje iznose stranke, ne dovodeći u pitanje njegovu procjenu jesu li relevantni za njezinu odluku. Vidi *Van De Hurk v. the Netherlands*, presuda br. 16034/90 od 19. travnja 1994.

³² U predmetu *Dombo Beheer protiv Nizozemske* središnje je pitanje u domaćem postupku bilo je li zaključen usmeni sporazum između podnositelja predstavke, društva s ograničenom odgovornošću i njegove banke o davanju određenih kreditnih olakšica. Na sastanku na kojem je ovaj sporazum navodno postignut bile su prisutne samo dvije osobe, jedna od njih u ime podnositelja, druga u ime banke. Domaći je sud dopustio saslušanje u svojstvu svjedoka samo osobi koja je zastupala banku. Podnositelj, odnosno navedeno društvo nije moglo pozvati osobu koja ga je zastupala jer ju je sud poistovjetio sa samim podnositeljem. Europski sud, međutim, smatrao je da su u konkretnim pregovorima sudjelovala dva predstavnika koji su bili ravnopravni i ovlašteni sudjelovati svatko u ime svoje stranke, tako da je bilo teško razumjeti zašto obojici nije bilo dopušteno svjedočenje. Time je društvo, podnositelj, stavljeno u nepovoljniji položaj u odnosu na banku što je predstavljalo povredu čl. 6. st. 1. Iznoseći svoje stajalište Europski sud je zaključio: „Objema stranama mora biti dana razumna mogućnost da izlože svoj predmet, uključujući i dokaznu građu, pod uvjetima koji ih ne stavljaju u znatno podređen položaj u odnosu na protivnika.” Vidi *Dombo Beheer B. V. v. the Netherlands*, presuda br. 14448/88 od 27. listopada 1993.

³³ *Wierzbicki v. Poland*, presuda br. 24541/94 od 18. lipnja 2002.

³⁴ *H. v. France*, presuda br. 10073/82 od 24. listopada 1989.

³⁵ *Ankerl v. Switzerland*, presuda br. 17748/91 od 23. listopada 1996.

sud u predmetu *Berger protiv Francuske*³⁶ utvrdio da je u skladu s načelom jednakosti stranaka u postupku da neka odredba ograničava mogućnost žalbe građanske stranke, a da istovremeno ne ograničava tu mogućnost državnomu odvjetniku, s obzirom na to da se njihove uloge i ciljevi jasno razlikuju.

Za procesnu ravnopravnost stranaka u postupku bitno je i samo držanje i osobno sudjelovanje stranaka u postupku, mogućnost da na ravnopravan način štite svoja prava te da se izjasne o navodima suprotne strane, kako se nijedna od njih ne bi našla u bitno slabijem položaju. Zato su radi ostvarenja ravnopravnosti stranaka u postupku od posebne važnosti načelo jednakosti oružja i načelo kontradiktornosti. Načelo jednakosti oružja sadržajno je blisko načelu kontradiktornosti. Pravo stranaka da se izjasne o iznesenim dokazima i budu saslušane jedan je aspekt načela jednakosti oružja, no istovremeno čini samu srž načela kontradiktornosti. Međutim, za razliku od načela procesne ravnopravnosti stranka, kod primjene načela kontradiktornosti naglasak se stavlja na ravnopravnost u saznanju, odnosno, na ravnopravnost u znanju o parničnim radnjama druge strane.

U predmetu *Krcmar protiv Češke* Europski je sud objasnio razlika između dvaju povezanih pojmova jednakosti oružja i kontradiktornosti postupka. Predmet se odnosio na postupak pred Ustavnim sudom koji se vodio zbog nacionalizacije i mogućega povrata podnositeljeve imovine. Ustavni sud samostalno je prikupio dokaze od pet institucija na temelju kojih je donio odluku, a koje nije dostavio nijednoj od strana u postupku. Europski je sud ustanovio da ovdje nije došlo do povrede načela jednakosti oružja jer ti dokazi nisu podneseni niti jednoj stranci. Međutim, Europski sud utvrđuje da pojam poštenoga suđenja podrazumijeva i pravo na kontradiktorni postupak, pa je u konkretnome slučaju došlo do povrede prava na kontradiktornost postupka jer podnositelj nije mogao iznijeti svoje argumente na podnesene dokaze. Pravo na kontradiktoran postupak mora se moći ostvariti u zadovoljavajućim uvjetima: stranka u postupku mora imati mogućnost proučiti dokaze pred sudom, kao i priliku komentirati njihovo postojanje, sadržaj i istinitost na odgovarajući način i u odgovarajućem roku,³⁷ ako je potrebno uz dopuštenje odgode.³⁸ Međutim, one same odlučuju hoće li koristiti svoje pravo i komentirati dokumente koje je dostavila druga strana ili dokaze koje su iznijeli svjedoci. Povjerenje stranaka u sporu u rad pravosudnoga sustava temelji se na znanju da su imale priliku izraziti svoje mišljenje o svakome dokumentu iz spisa (uključujući dokumente koje je sud pribavio na vlastitu inicijativu).³⁹

U predmetu *Ruiz-Mateos protiv Španjolske* Europski je sud utvrdio da sadržaj prava na kontradiktorni postupak u načelu znači mogućnost stranaka da znaju

³⁶ *Berger v. France*, presuda br. 48221/99 od 3. prosinca 2002.

³⁷ *Krčmář and others v. the Czech Republic*, presuda br. 35376/97 od 3. ožujka 2000. Pogledaj i *Immeubles Groupe Kosser c. France*, presuda br. 38748/97 od 21. ožujka 2002.

³⁸ *Yvon v. France*, presuda br. 44962/98 od 24. travnja 2003.

³⁹ *K. S. v. Finland*, presuda br. 29346/95 od 31. svibnja 2001. Pogledaj i *Nideröst-Huber v. Switzerland*, presuda br. 18990/91 od 18. veljače 1997., *Pellegrini v. Italy*, presuda br. 30882/96 od 20. srpnja 2001.

za sve izvedene dokaze ili podnesene primjedbe ili dokaze koje je iznijela druga strana i komentiraju ih.⁴⁰

Analizirajući praksu Europskoga suda može se zaključiti da Europski sud pod načelom pravičnosti suđenja podrazumijeva, pored ostalih jamstava iz čl. 6. st. 1. Konvencije, i načelo jednakosti oružja (procesne ravnopravnosti). Ono je jedno od najvažnijih prešutnih načela, koje podrazumijeva da svaka stranka u postupku treba imati jednaku mogućnost iznijeti svoje stajalište i da niti jedna od njih ne smije biti u bitno povoljnijem položaju.

Da bi pravo na pravično suđenje bilo ostvareno, nije dovoljna ravnopravnost sama po sebi; obje stranke mogu biti jednako obespravljene u postupku, zbog čega postupak neće biti pravičan.⁴¹ Pravičnost predstavlja širi pojam od ravnopravnosti, odnosno jednakosti oružja i kontradiktornosti. Europski sud utvrdio je i da načelo jednakosti stranaka pred sudom podrazumijeva da stranke moraju imati jednak pristup spisima i drugim dokumentima važnim za donošenje odluke te da je ono usko povezano s načelom kontradiktornosti.

Iako postoje razlike između načela jednakosti oružja (procesne ravnoteže), koje daje strankama mogućnost da se izjasne, i načela kontradiktornosti, koje je realizacija te mogućnosti, samo se njihovim zajedničkim djelovanjem, uz ostvarivanje ostalih jamstava iz čl. 6. st. 1 Konvencije, može ostvariti pravičnost postupka.

4. NAČELO KONTRADIKTORNOSTI U BOSANSKOHERCEGOVAČKIM ZAKONIMA O PARNIČNOME POSTUPKU

Parnica se zasniva na načelu dviju stranaka sa suprotnim interesima, pri čemu procesni položaj svake od njih, bez obzira na njihovu stranačku ulogu, mora u svemu biti ravnopravan i jednak. Primjenom načela kontradiktornosti osigurava se ravnopravnost stranaka u postupku.⁴² Ravnopravnost stranaka sa suprotnim interesima nalaže da se svakoj od njih omogući pravo na izjašnjavanje o parničnim radnjama koje poduzima njezin protivnik. Ono je jedno od najstarijih parničnih načela. Još je rimski pravnik Maricijan ustvrdio da načelo pravičnosti ne dopušta da netko nesaslušán bude osuđen – *Neque enim inaudita causa quem – quam damnari aequitatis rati patitur*.⁴³

⁴⁰ *Rruiz-Mateos v. Spain*, presuda br. 12952/87 od 23. lipnja 1993, *Memichael v. the United Kingdom*, presuda br. 16424/90 od 24. veljače 1995.

⁴¹ Vidi TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 149 –150.

⁴² HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V., „Postulacijska sposobnost stranaka i punomoćnici prema odredbama parničnog postupka i čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama”, Međunarodna naučna konferencija *Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Mostar, 2013., , p. 353–370.

⁴³ Vidi OMANOVIĆ, S., *Dispositio u građanskom sudskom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar, 2002. (dalje: OMANOVIĆ), p.273.

U parničnome postupku ovo načelo dolazi do punoga izražaja na glavnoj raspravi zahvaljujući primjeni načela usmenosti i neposrednosti, pri čemu se njihovom kombinacijom osigurava dinamičnost glavne rasprave, prikupljanje procesnog materijala, svestrano pretresanje spora, razdvajanje spornoga od nespornoga, ali je izraženo i na pripremnome ročištu te u pismenim podnescima. Za razliku od ranijih zakona koji su bili u primjeni, načelo je kontradiktornosti po novim zakonskim rješenjima, zajamčeno kroz cijeli postupak od faze pripremanja glavne rasprave pa do njezina održavanja kao i u postupku po pravnim lijekovima. Ono je jedno od temeljnih procesnih postulata, a povreda ovoga načela ima za posljedicu ukidanje odluke koja je zahvaćena ovom povredom, ali samo ako se na tu povredu ukaže u žalbi protiv odluke.⁴⁴

5. POJAM NAČELA KONTRADIKTORNOSTI

Načelo kontradiktornosti, odnosno obostrana saslušanja stranaka (njem. *Grundstaz des rechlitichen Gehoers*) sastoji se u dužnosti suda da prije donošenja odluke, po zahtjevu jedne stranke, drugoj stranci pruži mogućnost da i ona iznese svoje stanovište po pitanju koje se treba odlukom raspraviti te da se izjasni o navodima protivnika (*Audiatur et altera pars*). Ono je ustavno procesno načelo po kojem svatko čija će prava biti zahvaćena sudskom odlukom ima pravo biti saslušan u postupku u kojem će biti donesena ta odluka.⁴⁵ Ono predstavlja temelj parničnoga postupka i uvjet je za provođenje prevednoga postupka jer teži osiguranju ravnopravnosti stranaka pred sudom i osiguranju pribavljanja procesnoga materijala od obiju stranaka. U Zakonu o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine⁴⁶, Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske⁴⁷, Zakonu o parničnom postupku Brčko distrikta⁴⁸ te Zakonu o parničnom postupku

⁴⁴ Kad sud odlučuje o navodima i dokazima jedne stranke, bez pružanja mogućnosti da se o njima izjasni druga stranka, čini povredu odredaba parničnog postupka. Vrhovni sud Srbije, Rev. 7/82 od 26. siječnja 1982., podatak kod KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ-VELIČOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH/RS*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011. (dalje: KULENOVIĆ et al., *Komentar ZPP 2011.*), p. 51.

⁴⁵ ČIZMIĆ, J., *Komentar zakona o parničnom postupku*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2016. (dalje: ČIZMIĆ, *Komentar ZPP 2016.*), p. 50. – 53.

⁴⁶ Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 53/03., 73/05. i 19/06. (dalje: ZPP FBiH iz 2003.); Zakon o izmjenama i dopunama ZPP FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 98/15. (dalje: Izmjene ZPP FBiH).

⁴⁷ Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 59/2003., 85/03., 74/05., 63/07. (dalje: ZPP RS); Zakon o izmjenama i dopunama ZPP RS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 6/13. (dalje: Izmjene ZPP RS iz 2013.).

⁴⁸ Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 28/18. (dalje: ZPP BD).

pred Sudom Bosne i Hercegovine⁴⁹ ovo je načelo navedeno u odredbi čl. 5. kao dužnost suda da omogući svakoj od stranaka da se izjasni o zahtjevima i navodima protivne stranke. U praksi to znači da je sud dužan da omogući strankama da se informiraju o relevantnim činjenicama koje svaka od njih poduzima u postupku pred sudom. Zakonitost sudske odluke zavisi upravo od toga izražavaju li stranke svoje prijedloge i zahtjeve u punoj mjeri pred sudom i je li im omogućeno da se o svim tim pitanjima od kojih zavisi odluka u sporu izjasne svojim prijedlozima i kontraprijedlozima.⁵⁰ Načelo kontradiktornosti može biti promatrano u širem i užem značenju. U širem značenju podrazumijeva izjednačavanje procesnih pozicija obiju stranaka. Stranke su u jednakoj poziciji kada koriste ovlaštenja izvedena iz načela dispozicije. Tako ovlaštenju tužitelju da podnese tužbu odgovara ovlaštenje tuženoga da podnese protutužbu. Ovlaštenju tužitelja da podnese incidentlani zahtjev za utvrđenje odgovara mogućnost tuženika da isticanjem materijalnopravnih prigovora i sam stupi u poziciju tužitelja. Jednakost se ogleda i u aktima disponiranja predmetom spora. Tužitelj se može odreći tužbenoga zahtjeva, tuženik može priznati tužbeni zahtjev, a stranke mogu zajednički zaključiti sudsku nagodbu o predmetu spora. Strankama su pod jednakim uvjetima i uz ispunjenje potrebnih procesnih pretpostavki dostupni pravni lijekovi. Jednakost je izražena i u osnovnome pravilu za određivanje mjesne nadležnosti. S obzirom na to da tuženi mora prihvatiti parnicu jer ne može spriječiti da bude tužen, mjesna se nadležnost najčešće određuje tako da to pogoduje tuženomu, tako se parnica vodi pred sudom na čijem području ima prebivalište odnosno sjedište. Jednaka pozicija stranaka ostvaruje se i uporabom svoga jezika i pisma u postupku. U užem značenju načelo kontradiktornosti podrazumijeva da sud svakoj stranci mora pružiti mogućnost izjašnjavanja o zahtjevima i navodima protivne strane, pa tek po ispunjenju ovoga uvjeta sud o tim zahtjevima može odlučivati. Stranka se mora obavijestiti o radnjama protivnika, mora joj se ostaviti određeno vrijeme da se upozna s tim radnjama, pripremi i izjasni, a hoće li tu mogućnost koristiti, isključivo zavisi od njezine volje.⁵¹ Dakle, obveza suda je da strankama omogući korištenje procesnih ovlaštenja, a na stranke pada teret hoće li takvu mogućnost koristiti.⁵²

⁴⁹ Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 36/04., 84//07., 58/13 i 94/16, 34/21. (dalje: ZPP BiH).

⁵⁰ Vidi RADANOV, A., *Građansko procesno pravo. Parnični i vanparnični postupak: arbitraža i medijacija*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, Univerzitet privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad: Alfa graf NS, 2012. (dalje: RADANOV), p. 20.

⁵¹ Usp. KEČA, R., *Građansko procesno pravo*, četvrto izdanje, Priručnici za polaganje pravosudnog ispita, Knjiga 7, Beograd, 2011. (dalje: KEČA, GPP 2011.), p. 123–125.

Sud je dužan svakom sudioniku u postupku omogućiti da se izjasni o navodima i prijedlozima ostalih sudionika te mu u tu svrhu dati primjereni rok radi njihova proučavanja i očitovanja na iste. Vidi Sud udruženog rada Hrvatske, *Sž – 89/78 od 29. ožujka 1978.*, podatak preuzet od KULENOVIĆ et al., *Komentar ZPP 2011*, op. cit., p. 51.

⁵² JANEVSKI, A. – RAKOČEVIĆ, M., „Ovlašćenje ili dužnost stranaka da raspravljaju pred sudom. Posljedice pasivnosti stranaka u parničnom postupku”, *Zbornik radova Vladavina prava i pravna država u regionu*, Istočno Sarajevo, 2014., p. 339–358.

6. SADRŽAJ NAČELA KONTRADIKTORNOSTI

Sadržaj je načela kontradiktornosti u tome da se svakoj stranci pruži mogućnost da se izjasni o navodima i zahtjevima protivne strane. Samo, u slučaju kada je zakonom određeno, sud je ovlašten odlučiti o zahtjevu iako protivnoj stranci nije bila dana mogućnost da se o istom izjasni. Ono je jedno od osnovnih metodskih načela jer se odnosi na metodu postupanja suda u prikupljanju procesnoga materijala.⁵³ Svakoj se stranci daje mogućnost da poduzima sve one procesne radnje koje može poduzeti i druga parnična stranka. U procesnim radnjama stranke iznose procesnu građu, izražavaju svoje zahtjeve, stavove, prijedloge, činjenice, izjašnjavaju se o relevantnim pitanjima, dakle u postupku izražavaju svoju procesnu volju, disponirajući procesnim ovlaštenjima koja im zakon priznaje. Načelo kontradiktornosti omogućava stranci da se zaštiti od neosnovanih zahtjeva svoga parničnog protivnika, tako što obrazlaže svoje tvrdnje da je njegov zahtjev neosnovan ili da su njegovi navodi netočni. Sadržaj načela kontradiktornosti ne ograničava se samo na pravo tuženoga da se brani, nego ono uključuje i pravo tužitelja da svojim sredstvima nastavi napad povodom tuženikove obrane, a zatim i pravo tuženika da se i dalje očituje i tako ispuni svoju obranu. Na ovaj način, odnosno primjenom načela obostranoga saslušanja, osigurava se stvarna ravnopravnost stranaka u postupku što stvara uvjet za objektivno suđenje. Jedan od bitnih konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje čini zahtjev za jednakošću oružja (*equality of arms*) i pravičnom procesnom ravnotežom (*fair balance*). Ako je tijekom cijeloga postupka strankama podjednako omogućeno izjašnjenje i ako je prilikom donošenja presude sud uzeo u obzir sve ono što su stranke iznijele, to daje garanciju da će se spor valjano i točno riješiti.⁵⁴

7. PROCESNE METODE ZA OSTVARIVANJE NAČELA KONTRADIKTORNOSTI

Suvremeni pravni sustavi počeli su se ograničavati na proklamiranje dužnosti suda da omogući strankama svestrano raspravljanje, a o njihovoj dispoziciji ovisi hoće li se koristiti svojim ovlaštenjima u parnici.⁵⁵ Kod prihvaćanja ovakve koncepcije postavilo se pitanje kako regulirati situaciju odnosno nastaviti postupak kada stranka ne reagira na zahtjeve i navode protivne strane. U teoriji procesnoga prava ponuđena su tri rješenja povodom ovoga pitanja, sva tri temeljena na

⁵³ STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, Prva sveska, Parnično procesno pravo, VII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš, 2010. (dalje: STANKOVIĆ, *GPP 2010.*), p. 224.

⁵⁴ Vidi POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, peto dopunjeno izdanje, Savremena administracija, 1976. (dalje: POZNIĆ, *GPP 1976.*), p. 160.

⁵⁵ Tako TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 154.

fikcijama:⁵⁶ 1) sustav afirmativne litiskontestacije 2) sustav negativne litiskontestacije, i 3) sustav neopredijeljenoga stava prema neaktivnosti stranaka.

a. Sustav afirmativne ili pozitivne litiskontestacije

Kod sustava afirmativne litiskontestacije, polazi se od stajališta da neaktivnost stranaka ne smije štetno utjecati na postupak. Manifestirana pasivnost jedne od stranaka ne smije spriječiti rad suda i zaštitu protivnika. U nastojanju da se postigne ravnoteža između dvaju stanovišta koja se donekle međusobno isključuju, s jedne strane, pravilo da se sila ne može prihvatiti kao metoda kojim će se osigurati aktivnost stranaka i, s druge strane, potreba da se sankcionira pasivnost, odnosno da se spriječi zlouporaba procesnih ovlaštenja, u procesnoj teoriji formira se pravilo po kojem stranka koja zauzima pasivan stav samim time priznaje istinitost protivnikovih navoda, a ponekad i osnovanost njegovih zahtjeva, po načelu – *qui tacet consentire videatur*. Dakle, riječ je o fikciji koja je predstavnicima ove teorije nužna kako bi se spriječilo nesavjesno korištenje procesnim ovlaštenjima od strane stranke koja svojom neaktivnošću želi odugovlačiti postupak. Pasivnosti ne treba podilaziti pa je opravdana primjena stare devize *vigilantibus jura* kojom se ostvaruje ekonomičnost postupka bržim i lakšim rješavanjem spora, ali na štetu pravne sigurnosti. Zbog toga se pasivnost pretvara u instrument procesne dispozicije.⁵⁷⁵⁸

b. Sustav negativne litiskontestacije

Sustav negativne litiskontestacije zauzima suprotno stajalište, da stranka svojim propuštanjem izjašnjavanja o navodima i zahtjevima suprotne strane, samim time poriče te navode i zahtjeve. Dakle, ovaj sustav polazi od fikcije da šutnja znači poricanje. Propuštanje se smatra osporavanjem (*qui tacet negare videtur*). Šutnja stranke znači negiranje istinitosti protivnikovih navoda, odnosno osporavanje osnovanosti njegovih zahtjeva. Sud je dužan po pravilima o slobodnoj ocjeni dokaza sam utvrditi važne činjenice i na njih primjeniti materijalno pravo. Na ovaj način udovoljava se jačanju pravne sigurnosti, ali se žrtvuje ekonomičnost postupka. Ovaj sustav prihvaća tezu da pasivnost ne može proizvesti negativne učinke za stranku koja je odlučila imati pasivno držanje.⁵⁹

⁵⁶ Fikcijom se smatraju pravne činjenice za koje se zna da nisu nastale ili da neće nikada nastati, ali se uzima da postoje kako bi nastao, promijenio se ili prestao pravni odnos. Vidi KLARIĆ, P. – VEDRIŠ, M., *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, XII. neizmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009, (dalje: KLARIĆ – VEDRIŠ), p. 29–31.

⁵⁷ Usp. TRIVA, S., *Građansko procesno pravo i parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1964. (dalje: TRIVA), p. 106–108.; TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 154 –156.; ČIZMIĆ, *Komentar ZPP 2016.*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸ Ovaj je sustav prihvatio austrijski *Zivilprozessordnung* iz 1895., a preko njega i GRPP iz 1929. godine.

⁵⁹ Ovaj sustav na južnoslavenskome području bio je prihvaćen jedino u srpskome Građanskom postupniku iz 1865. godine koji je za područje Srbije ostao na pravnoj snazi sve do donošenja

c. Sustav neopredijeljenoga stava prema neaktivnosti stranaka

Sustav neopredijeljenoga stava prema neaktivnosti stranaka napušta suprotstavljene stavove afirmativne i negativne litiskontestacije kao neprihvatljive i neopravdane.

Ovaj je sustav prvi u našoj teoriji uveo Triva 1964. godine.⁶⁰ On se ne oslanja ni na kakvu tezu o sadržaju prave volje pasivne stranke. Ovaj sustav u svojoj osnovi ne sadrži tezu prema kojoj bi se trebala pretpostavljati stvarna volja pasivne strane. Propuštanje izjašnjavanja odnosno pasivnost ne znači ni priznavanje, a ni osporavanje. Za stranku koja nije poduzela nikakvu aktivnost u parnici ne zna se što hoće, njezina volja je nepoznata i zbog toga procesnopravno irelevantna. Međutim, procesna situacija stvorena pasivnošću jedne stranke ne bi smjela onemogućiti ostvarivanje zadataka suda da aktivnoj stranci pruži zaštitu. Navodi aktivne stranke ne mogu se smatrati istinitim ili neistinitim samo zato što se protivna stranka o njima nije izjasnila (*qui tacet nihil dicit*). Sud neće prihvatiti pasivno držanje niti kao priznavanje niti kao poricanje činjeničnih navoda, već će primjenom ovoga sustava na temelju rezultata izvedenih dokaza utvrditi činjenično stanje i donijeti meritornu odluku oslanjajući na prijedloge i navode aktivne strane korigirajući ih rezultatima dokazivanja do kojih dođe koristeći se svojim inkvizitornim ovlaštenjima.

d. Bosanskohercegovačko pozitivno procesno pravo o pasivnosti stranaka

Analizirajući odredbe svih procesnih zakona u BiH, može se zaključiti da se ni jedan od njih nije izjasnio ni za jedan od predstavljenih sustava. Prema svim procesnim zakonima nepoduzimanje procesnih radnji koje su vezane za rokove, ročišta ili za određene stadije postupka, može se različito odraziti na položaj stranaka u postupku. Međutim, analizirajući pasivnost stranke isključivo iz kuta njezina odnosa prema navodima i zahtjevima protivne stranke, može se ipak izvesti zaključak da je bosanskohercegovački procesni sustav utemeljen na tezi neodređenoga stava prema pasivnosti stranaka. Ipak, on se ne primjenjuje u svim procesnim situacijama. Važan izuzetak predstavljaju pravila o potpunoj pasivnosti tuženika. Iako ne na izričit način svi procesni zakoni kod donošenja presude zbog propuštanja oslanjaju se na sustav afirmativne liteskontestacije. Kod donošenja presude zbog propuštanja, sud usvaja tužbeni zahtjev zasnivajući svoje uvjerenje samo na navodima aktivne stranke, odnosno tužitelja, pri čemu se ne provodi redovni postupak dokazivanja kako bi provjerio istinitost tih navoda. U ovoj je situaciji sud jedino ovlašten da ispituje je li tužbeni zahtjev očigledno neosnovan odnosno je li tužbeni zahtjev očigledno protivan činjenicama navedenim u tužbi te jesu li činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u očiglednoj protivnosti s do-

Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. godine. Tako je neodazivanje tuženoga na ročište imalo isto značenje kao i izričito osporavanje tužbenih navoda – prešutno osporavanje, pa je zato tužitelj bio dužan dokazivati navedene činjenice. Vidi DELJA, Ž., „Presuda zbog izostanka”, *Pravni život*, 11- 12/1989, p. 1645.

⁶⁰ Vidi TRIVA, *op. cit.*, p. 108.

kazima koje je sam tužitelj predložio ili s činjenicama koje su općepoznate.⁶¹ U svim ostalim slučajevima sud je dužan raspravljati iako jedna od stranaka nema aktivno držanje u parnici, tumačeći ponašanje aktivne stranke i usporedno cijeneći od kakve je važnosti to što je druga strana odlučila da svoju procesno relevantnu volju iskazuje pasivnošću.

Aktivno držanje stranaka u postupku podrazumijeva izvršavanje procesnih dužnosti ili korištenje procesnih ovlaštenja u roku i na način propisan zakonom ili utvrđen odlukom suda. Na aktivno držanje stranke se ne mogu prisiliti, nego je to poželjno i racionalno ponašanje koje doprinosi bržemu i pravilnijemu okončanju postupka. Ako ponašanje stranke nije takvo, potrebno je pronaći metode koje će stranke poticati na aktivno držanje u postupku, a ako i tada aktivnost izostane, potrebno je odrediti kakvo značenje pridati pasivnomu držanju stranke i kako će to utjecati na ishod postupka. U normiranju građanskoga sudskog postupka upravo je to bio i jest jedan od zadataka zakonodavaca u svim suvremenim pravnim sustavima. Iako poželjna, i u načelu korisna, aktivnost stranaka sama po sebi ne mora značiti da je uvijek korisna za postupak jer i aktivno držanje stranke može nepovoljno utjecati na tijek postupka i usmjeriti ga u neželjenu pravcu. To će biti slučaj ako stranka poduzme parničnu radnju što je, u biti, aktivno držanje stranke, ali je poduzeta u situaciji kad takva radnja nije potrebna ili je očito nesvrshishodna i nema izgleda da pozitivno doprinese tijeku i okončanju postupka.⁶² Tada i aktivno držanje stranke djeluje kontraproduktivno, a ponekad je ono zloupotreba procesnih ovlaštenja. Prema tome, samo ono aktivno držanje stranaka u postupku koje je u okviru standarda savjesnoga korištenja procesnim pravima jest držanje koje može pozitivno djelovati na tijek i okončanje postupka.

Osim aktivnoga držanja, pozitivan učinak na okončanje postupka ima i svaka pasivnost koja je izraz disponiranja stranke usmjerenog upravo na okončanje postupka kao posljedicu te pasivnosti. U stvari, tada je pasivnost način izražavanja pravno relevantne volje stranke koja upravo i želi da se postupak okonča odlukom koja će biti donesena kao posljedica njezine pasivnosti. Pasivno držanje stranke u postupku u pravilu djeluje negativno na tijek postupka, ali ono ne mora nužno značiti

⁶¹ Vidi čl. 182. ZPP FBiH. Isto rješenje predviđa čl. 182. ZPP RS. Istovjetne su odredbe čl. 306. ZPP BD te čl. 149. ZPP BiH

⁶² Takvi su npr.: podnošenje prigovora na koje stranka u načelu ima pravo, ali ih podnosi iako zna da prigovor nije osnovan, ali njime dobiva na vremenu; podnošenje protutužbe s ciljem odugovlačenja postupka unatoč izvjesnosti gubitka spora; predlaganje izuzeća za koje stranka zna da nema zakonskih uvjeta; prijedlozi za delegaciju nadležnosti očito bez opravdanih razloga; prijedlog za nagodbu ili medijaciju bez stvarne namjere za postizanjem sporazuma i sl. Kod procjene o eventualnoj zloupotrebi procesnih ovlaštenja u poduzimanja nekih procesnih radnji, sud treba biti krajnje oprezan jer kada stranka ima zakonsko ovlaštenje za poduzimanje te radnje, zakonska je presumpcija da radnju poduzima savjesno, pa kod ocjene o tome postoji li zloupotreba, učešće ima mnogo faktora, a ponajviše motiv, cilj, svijest i znanje o mogućem ishodu radnje i sl., a što je faktičko pitanje različito od slučaja do slučaja. Nesavjesno korištenje procesnih prava može se pojaviti u više oblika: zloupotreba prava na traženje pravne zaštite, nesavjesno korištenje procesnih prava u tijeku postupka i procesne prevare. Više o tome vidi: MULABDIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Tuzla, 2010. (dalje: MULABDIĆ), p. 77–79.

njegovu opstrukciju ili usporavanje. Ponekada i pasivnost stranke može pozitivno doprinijeti postupku jednako kao i aktivno držanje.⁶³ Kada se stranka, disponirajući svojim ovlaštenjima na izbor držanja u postupku, svjesno i voljno drži pasivno u postupku, a zna moguću posljedicu takva držanja, pa se postupak zbog takva držanja i okonča, onda i pasivnost ima pozitivan učinak na trajanje i ishod postupka.

8. PRIMJENA NAČELA KONTRADIKTORNOSTI

Zbog važnosti koju ima u osiguranju procesne ravnopravnosti stranaka u postupku, kao i zbog važnosti za pravilno raspravljanje i odlučivanje, načelo je kontradiktornosti provedeno kroz sve faze postupka. Nizom zakonskih odredbi dana je mogućnost strankama da budu saslušane i da im se pruži mogućnost da se izjasne o navodima i zahtjevima protivne strane, da ispune svoje stavove protiv stavova protivnika, a i suda kao trećega subjekta.

Da bi se osiguralo načelo kontradiktornosti u fazi priprema za glavnu raspravu, jedan je od uvjeta da se dostavljanje pismena i podnesaka izvrši na zakonit način dostave strankama u postupku. Nadalje, sud je dužan tužbu s priložima dostaviti tuženom na obvezni odgovor da bi se mogao izjasniti o tužbenome zahtjevu i pripremiti za pripremno ročište odnosno ročište za glavnu raspravu. U vezi s time odredbom čl. 334. st. 5. ZPP FBiH⁶⁴ propisana je obveza stranaka da podneske s priložima koje treba dostaviti protivnoj strani predaju sudu u dovoljnome broju primjeraka za sud i protivnu stranu. Primjena načela kontradiktornosti postoji i u situaciji kad se u parnici pojavi umješač čiji se podnesak mora dostaviti objema parničnim strankama, ako su umješači imali izjašnjenje u vidu podnesaka tijekom postupka. Ako je izjava umješača dana na ročištu na kojem nije bila nazočna jedna od stranaka, treba joj se dostaviti prijepis tog dijela zapisnika.⁶⁵

Na pripremnom ročištu primjena načela kontradiktornosti u prvom se redu osigurava urednom dostavom poziva parničnim strankama na pripremno ročište. Urednim pozivom smatra se poziv dostavljen po pravilima osobne dostave, s upozorenjima na posljedice izostanka ročišta⁶⁶ te onaj koji je pravodobno dostavljen.

⁶³ Ovdje se radi o situacijama kada svojevolumino pasivno držanje stranke dovodi do okončanja postupka (ali ne uvijek meritornom odlukom o tužbenome zahtjevu), a do okončanja moglo je doći i aktivnom radnjom, npr. tužitelj svjestan da će izgubiti parnicu svojevolumino propusti pristupiti na ročište (pasivno držanje), a mogao je i povući tužbu (aktivno držanje), a posljedica je ista – tužba je povučena, odnosno smatra se povučenom; ili da stranka svojevolumino propusti na poziv suda dopuniti žalbu (pasivno držanje) pa je sud odbaci, a mogla je žalbu povući (aktivno držanje), a posljedica je ista. Ostaje postojati pobijana odluka.

⁶⁴ Istovjetna je odredba čl. 334. st. 5. ZPP RS te odredbe čl. 72. st. 6. ZPP BD i čl. 274. st. 5. ZPP BiH.

⁶⁵ Vidi čl. 369. st. 4. ZPP FBiH, čl. 369. st. 4. ZPP RS, 173. st. 4. ZPP BD, 306. st. 4. ZPP BiH.

⁶⁶ U tom je smislu i starija sudska praksa: „Neće se, međutim, smatrati da je tužitelj bio uredno pozvan, ako u pozivu za glavnu raspravu nije bio upozoren na navedenu posljedicu zbog izostanka s ročišta“. Vidi VSH, Gzz-37/92 od 15. prosinca 1992, podatak kod ČIZMIĆ, *Komentar ZPP 2016.*, op. cit., p. 332.

U praksi to znači da se strankama treba ostaviti dovoljno vremena za pripremanje i poduzimanje određenih procesnih radnji.

Sam postupak na pripremnom ročištu se vodi po načelu kontradiktornosti. Sud je dužan omogućiti tužitelju da u tijeku usmenoga izlaganja tužbe iznosi sve pravno relevantne činjenice na kojima temelji postavljeni zahtjev i predlože sve dokaze kojima se utvrđuju te činjenice te da iznese i one elemente procesne građe koje nije iznio odnosno predložio u tužbi. Nakon toga sud je dužan omogućiti tuženiku da usmeno izloži svoj odgovor na tužbu,⁶⁷ da iznese sve činjenice na kojima zasniva svoje navode, predloži svoje dokaze kojima se utvrđuju te činjenice i, ako je potrebno, omogućiti, kako tužitelju tako i tuženom, razjašnjenja svojih navoda i prijedloga.

Premda odredbe ranijih procesnih zakona prema kojima je sud, kad dopusti preinaku tužbe, bio dužan ostaviti tuženiku vrijeme potrebno da se može pripremiti za raspravljanje po preinačenoj tužbi ako za to nije imao dovoljno vremena kao i kad tuženik koji se ne protivi preinaci to zatraži radi pripremanja, nisu našle svoje mjesto u novim procesnim bosanskohercegovačkim zakonima, praksa je sudova da se ono, na zahtjev tuženika, u situaciji kada tužitelj na pripremnome ročištu želi preinačiti tužbeni zahtjev, odgodi na rok od 30 dana radi davanja pismenoga odgovora na tužbu kao da se radi o novoj tužbi, što u biti preinačena tužba i jest.⁶⁸ Na ovaj se način udovoljava načelu kontradiktornosti koje zahtijeva da se tuženomu ostavi potrebno vrijeme za pripremu za raspravljanje o novome zahtjevu i za pribavljanje eventualno novih dokaza. Nadalje, premda novim bosanskohercegovačkim procesnim zakonima nisu preuzete ni odredbe ranijih procesnih zakona prema kojima je sud bio dužan u situaciji kada je tužba preinačena na ročištu na kojem tuženik nije nazočan, odgoditi ročište i dostaviti tuženiku prijepis zapisnika s toga ročišta, praksa je sudova ako je tužba preinačena na pripremnome ročištu kao i na ročištu za glavnu raspravu na kojem tuženik nije prisutan, da odgodi ročište i dostavi tuženiku prijepis zapisnika s toga ročišta, kako bi mu omogućio da se izjasni o preinaci. Držimo da bi u protivnome, ako sud ne bi odgodio ročište te zaključio glavnu raspravu, tuženiku oduzeo mogućnost raspravljanja pred sudom.⁶⁹

⁶⁷ „Time što je u pisanom odgovoru na tužbu tuženik osporio osnovanost i visinu tužbenog zahtjeva, on se nije upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, jer pripremno ročište, odnosno prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, počinje izlaganjem tužbe nakon toga tuženik iznosi odgovor na tužbu.” Vidi VS, Rev 458/06 od 7. lipnja 2007. – IO 1/07-246, podatak preuzet od GRBIN, ZPP, *op. cit.*, p. 339.

⁶⁸ Vidi KULENOVIĆ et al., *Komentar ZPP 2011.*, p. 148.

⁶⁹ U tome pravcu i starija sudska praksa: „Kad je tužba preinačena na ročištu na kojem tuženik nije prisutan, pa sud umjesto da podgodi ročište i dostavi mu prijepis zapisnika s toga ročišta zaključuje glavnu raspravu, tuženiku je takvim nezakonitim postupanjem oduzeta mogućnost da raspravlja pred sudom.” Vidi VS, Gž 1488/79 od 16. listopada 1979. – PSP 16/200, podatak preuzet od GRBIN, ZPP, *op. cit.*, p. 242.

„Kad je tužba preinačena na ročištu na kojem tuženik nije prisutan pa sud zaključuje glavnu raspravu a da nije prethodno odgodio pripremno ročište i dostavio tuženiku prijepis zapisnika, tuženiku je takvim nezakonitim postupanjem oduzeta mogućnost da raspravlja pred sudom.” Vidi VS, Rev 2015/94 od 4. srpnja 1996. – IO 1/1997-94, podatak preuzet od GRBIN, ZPP, *op. cit.*, p. 245.

Načelo kontradiktornosti, zajedno s načelom usmenosti, neposrednosti i javnosti, posebno je izraženo na glavnoj raspravi, gdje sud na temelju kontradiktornoga raspravljanja lakše dolazi do podloge na kojoj će zasnovati svoju odluku. Pravo na održavanje kontradiktorne rasprave jedno je od temeljnih ljudskih prava sadržanih u čl. 6. Konvencije, kao poseban aspekt širega načela saslušanja stranaka. Sud mora održati raspravu na način koji će strankama omogućiti da se izjasne odnosno da iznesu svoje stavove protiv stavova svoga parničnog protivnika i suda. Međutim, pravo na izjašnjavanje ne može se iskoristiti ako se ne osigura da stranka bude uredno obaviještena o procesnim radnjama o kojima se ima pravo izjasniti, pa je u tome smislu nužno i pravo na ostvarivanje toga prava. Procesni institut koji jamči ovo pravo, odnosno kojim se osigurava primjena načela kontradiktornosti jest uredno i pravodobno pozivanje. Iako ni kod određivanja ročišta za glavnu raspravu zakonodavac nije izričito odredio da se glavna rasprava treba odrediti tako da strankama ostane dovoljno vremena za pripremanje, a najmanje osam dana od prijema poziva, kao što je to bio slučaj u ranijim procesnim zakonima, držimo da sud treba voditi računa o tome da strankama ostavi dovoljno vremena za pripremu jer bi u protivnome stranka bila onemogućena da raspravlja pred sudom.⁷⁰ Uz uredno pozivanje načelo kontradiktornosti izražava se i dostavljanjem pripremljenih podnesaka, čime se stranici omogućava da se upozna i izjasni o podnescima koje je u spis priložila protivna stranka,⁷¹ te davanjem mogućnosti tužitelju da izloži sva bitna pitanja iz tužbe uključujući izvođenje dokaza čitanjem isprava, a potom tuženiku da ukratko izloži odgovor na tužbu uključujući izvođenje dokaza čitanjem isprava i da daje odgovor na bitne navode tužitelja. Ono također podrazumijeva jamstvo dokaza.

Pravo na pravično suđenje pored izričito predviđenih jamstava poštenoga postupka, sadrži i implicitna jamstva koja su nastala kroz praksu Europskoga suda za ljudska prava (dalje: ESLJP). Rukovođen idejom o vladavini prava koja ima posebnu važnost području procesnoga prava, ESLJP je kao sastavni element prava na pravično suđenje ustanovio i pravo na obrazloženu sudsku odluku. Tako, pravu stranke da bude saslušana u postupku zajamčenim čl. 5. ZPP FBiH, i pravu na pravičan postupak zajamčenim čl. 6. Konvencije, odgovora obveza suda da obrazloži

⁷⁰ Tako je prema stajalištu starije sudske prakse stranka bila onemogućena raspravljati pred sudom ako joj kod zakazivanja ročišta za glavnu raspravu nije bio ostavljen rok od osam dana od primitka poziva na ročište: „Pri zakazivanju ročišta za glavnu raspravu sud je dužan ostaviti stranci rok od osam dana od dana primitka poziva na ročište jer u protivnome onemogućuje raspravljanje pred sudom.” Vidi OS u Sisku, Gž. 977/90 od 13. kolovoza 1990. – PSP 48/91, podatak preuzet od GRBIN, *ZPP, op. cit.*, p. 430. – 434.

⁷¹ „Sud čini povredu odredaba parničnog postupka time što stranci nije dana mogućnost da raspravlja pred sudom jer joj nisu dostavljene na izjašnjenje isprave koje je u spis priložila protivna strana.” Vidi Privredni sud Hrvatske, Pž – 241/91 od 11. veljače 1992. KULENOVIĆ et al., *Komentar ZPP 2011. op. cit.*, p. 51.

„Stranci je onemogućeno raspravljanje pred sudom ako se nije mogla izjasniti o ispravama koje je njezin protivnik uz podnesak dostavio sudu.” Vidi PSH, Pž 241/91 od 11. veljače 1992., PSP 52/181, podatak preuzet od GRBIN, *ZPP, op. cit.*, p. 432.

presudu. U pravnoj se teoriji navodi da obrazloženje sudske odluke treba pružiti odgovor na dva zahtjeva.⁷² S jedne strane, obrazloženje treba pokazati da se volja suda izražena u određenoj presudi poklapa s voljom izraženom na apstraktan način u zakonu. S druge strane, obrazloženje omogućava kontrolu logičkoga procesa pomoću kojega je sud došao do odluke, i u krajnjoj liniji, ispitivanje jesu li zaključci odluke istovjetni zakonu i logici.⁷³ Postojanje obrazloženja sudske odluke logična je posljedica načela ocjene dokaza po slobodnome sudačkom uvjerenju po kojem se logička i psihološka ocjena izvedenih dokaza vrši nevezano za zakonska pravila o vrijednosti pojedinih dokaza, uz obvezu suca da u obrazloženju navede razloge kojima se rukovodio prilikom donošenja odluke.⁷⁴ Sud je u obrazloženju svoje odluke dužan navesti jasne, dovoljne i razumljive razloge⁷⁵ na kojima zasniva svoju odluku, čime se daje garancija stranci da je sud razmotrio njezine navode i dokaze koje je istakla u postupku te istovremeno omogućava stranci da instruiira svoj pravni lijek.⁷⁶ Nije dovoljno da se u sudskoj odluci samo navedu argumenti stranaka⁷⁷ i sadržaj izvedenih dokaza, nego postoji obveza redovnog suda da u obrazloženju presude opiše proces pojedinačne ocjene dokaza, dovede svaki ocijenjeni dokaz u vezu s drugim dokazima i izvede zaključak o dokazanosti određene činjenice. Ovo ujedno predstavlja i okvir u kojem se treba kretati kod provjere

⁷² Vidi VASILJEVIĆ, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1981. (dalje: VASILJEVIĆ), p. 412.

⁷³ Vidi ILIĆ, G. P., „Pravo na obrazloženu sudsku odluku”, *Crimen (II)*, 2/2011. (dalje: ILIĆ), p. 227–244.

⁷⁴ Vidi MARKOVIĆ, B., *Udžbenik krivičnog srpskog postupka s obzirom na projekat krivičnog postupka za Kraljevinu SHS*, Beograd, 1926. (dalje: MARKOVIĆ), p. 261–262.

⁷⁵ „Ustavni sud smatra da su u konkretnom slučaju redovni sudovi, na osnovu relevantnih odredaba zakona, utvrdili da je tužbeni zahtjev apelantata neosnovan, pri čemu su u odlukama dali jasna i detaljna obrazloženja za ovakav zaključak, koja, prema mišljenju Ustavnog suda, ne ukazuju na bilo kakvu proizvoljnost u odlučivanju. U kontekstu navedenog, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi u svojim odlukama dali ocjenu svih provedenih dokaza kako onih koje su predložili apelanti, tako i dokaza tuženog. Naime, sudovi su nesporno utvrdili da tuženi u spornom periodu, koji je relevantan za primjenu člana 143. ZOR-a, nije primio druga lica iste struke kao i apelanti. Zbog toga se ovaj predmet u bitnom razlikuje od predmeta br. AP 1093/07, jer je tuženi dokazao da

osporavana rješenja nisu donesena suprotno odredbama člana 143. ZOR-a. Iz navedenog proizlazi da procjena dokaza u osporenoj odluci nije bila očigledno proizvoljna, niti je dokazni postupak zloupotrijebljen na štetu apelantata, u smislu prava na pravičan postupak, niti je apelantima tokom postupka nametan bilo kakav pretjeran teret u smislu dokazivanja svojih navoda.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP - 2074/07 od 24. rujna 2010. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 48/11.

⁷⁶ Vidi ČIZMIĆ, *Komentar ZPP 2016.*, op. cit., p. 530.

⁷⁷ „Obrazloženje u kojem sudovi samo konstatiraju da *nisu mogli pouzdano utvrditi* odlučnu činjenicu da je tužitelj bio u stanju posljednjeg posjeda, ne obrazlažući detaljnije na osnovu čega su stekli takav utisak, odnosno proces ocjene tih dokaza, kako to zahtijeva princip slobodne ocjene dokaza, ne zadovoljava zahtjev za brižljivu i savjesnu ocjenu dokaza.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP - 2348/05 od 20. listopada 2006. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 9/07.

je li obrazloženje dovoljno određeno.⁷⁸ Dosljedna primjena ovoga prava stranke štiti od arbitrarnosti suda prilikom odlučivanja o njihovim pravima i obvezama.⁷⁹

⁷⁸ Tako i detaljnije o tome kod MARIĆ, S. – DANILOVIĆ, E. – HULUSIJA, E. – MRDOVIĆ, F., „Pravo na obrazloženu odluku u praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine”, Pravni forum za Bosnu i Hercegovinu *Pravo na obrazloženu sudsku presudu – Obvezni standardi u sudskim postupcima*, Zbornik radova, Sarajevo, 2018., p. 179–217.

⁷⁹ U tome pravcu i sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine: „Pošto su nadležni redovni sudovi u postupku po apelantovoj tužbi proveli temeljit dokazni postupak koji je uključivao i angažiranje vještaka financijske struke, te utvrdili činjenično stanje, pa primjenom relevantnih odredaba zakona zaključili da odbiju apelantov tužbeni zahtjev, nema naznaka da su redovni sudovi proizvoljno primijenili zakon.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. U 100/03 od 28. svibnja 2004. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 34/04.

„Proizvoljnim tumačenjem prava i arbitrarnim odbijanjem da primijeni obavezno pravno shvaćanje Gradanskog odjeljenja tog suda Vrhovni sud je povrijedio apelantino pravo na pravično suđenje zaštićeno članom II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno članom 6. stav 1. Evropske konvencije.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP 2141/05 od 20. listopada 2006. godine, objavljena u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 12/07.

„Ustavni sud zaključuje da postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada je Kantonalni sud u osporenoj odluci proizvoljno primijenio materijalno pravo na apelantovu štetu primjenjujući odredbu koja nije bila na pravnoj snazi tj. odredbu člana 23. stav 2., u vezi sa članom 27. stav 3. Uredbe, odnosno da je arbitrarno obrazložio stav vezano za nastupanje zastare vođenja disciplinskog postupka.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-2540/18 od 11. ožujka 2020.

„Ustavni sud zaključuje da je u parničnom postupku u kojem su donesene osporene odluke povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije kada su redoviti sudovi zaključujući da je ništav ugovor o doživotnom uzdržavanju proizvoljno primijenili odredbe čl. 139. ZN i 103. ZOO prilikom utvrđivanja postojanja potrebe za uzdržavanje primateljice uzdržavanja pri čemu su zanemarili jasne odredbe ugovora o doživotnom uzdržavanju, što je dovelo do toga da se predmetni postupak ne može smatrati pravičnim u smislu standarda prava na pravično suđenje.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-855/18 od 17. prosinca 2019. godine.

„Ustavni sud zaključuje da je osporenim presudom povrijeđeno apelanta pravo na pravično suđenje iz članka II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine kada je odluka o utvrđivanju ništavosti ugovora o prodaji sporne nekretnine prema odredbama članka 19. st. 1. i 2. i članka 23. ZPN i prema Odluci rezultat proizvoljnosti kako u utvrđivanju činjenica tako i primjene relevantnih pozitivno pravnih propisa.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-379/17 od 4. listopada 2019. godine.

„Ustavni sud zaključuje da postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada osporena odluka ne sadrži jasno, precizno i zadovoljavajuće obrazloženje u pogledu relevantnih činjenica u konkretnom predmetu, što ukazuje na proizvoljnost u postupanju redovnog suda.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-4806/17 od 19. rujna 2019. godine.

„Ustavni sud zaključuje da je predmetnom postupku povrijeđeno pravo apelanta na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, zbog arbitrarne primjene materijalnog prava (odredbi ZIP-a) budući da Sud BiH nije mogao u predmetnom parničnom postupku vezanom za utvrđivanja nedopuštenosti izvršenja u pogledu prinudne naplate sudskih penala razmatrati prigovore kojim se zapravo osporava valjanost izvršnog naslova tj. pravomoćnog rješenja kojim je utvrđena obaveza uplate penala.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-2907/17 od 11. lipnja 2019. godine.

Samo potpuno, određeno i jasno obrazložene sudske odluke strankama će pružiti pouzdanu osnovu za izjavljivanje učinkovitoga pravnog lijeka, odnosno dosljednu realizaciju njihova prava na žalbu te istodobno omogućiti žalbenomu sudu da izvrši stvarnu kontrolu sudskih odluka koje su predmet preispitivanja.

Zbog toga su sudovi u obrazloženju svojih odluka, rukovođeni načelom slobodne ocjene dokaza, gdje vrijednost pojedinih dokaza nije unaprijed određena ni u kvantitativnome ni u kvalitativnome smislu, uvijek dužni navesti razloge kojima su se rukovodili prilikom njihova donošenja.⁸⁰ Logično je da se ti razlozi trebaju

„Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije kada je Vrhovni sud u osporenoj odluci proizvoljno primijenio materijalno pravo konstatujući da je osnovan prigovor zastare potraživanja naknade štete u smislu odredbi člana 376. ZOO u konkretnom slučaju u kojem su apelantu pravosnažnim rješenjem o eksproprijaciji ekspropisane predmetne nekretnine, koje nikada nije stavljeno van snage, niti je sklopljen sporazum o isplati naknade za te nekretnine.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-2922/17 od 11. lipnja 2019. godine.

⁸⁰ „Razlozi drugostupanjske presude uopće ne sadrže stav spram pravnog stanovišta prvostupanjskog suda o postojanju odštetne odgovornosti drugotuženog, budući da je drugostupanjski sud postojanje odštetne odgovornosti drugotuženog raspravio isključivo sa stanovišta ugovorne odgovornosti drugotuženog za štetu, ali ne i sa stanovišta njegove vanugovorne odštetne odgovornosti. Zbog navedenog propusta pobijana presuda ne sadrži stvarne i pravne razloge koji su trebali predstavljati osnov za donošenje zakonite i pravilne odluke. Pravo na obrazloženje sudske odluke i prema praksi Evropskog suda predstavlja element prava na pravično suđenje, jer se time omogućava provjera da li je provedeno suđenje bilo pravično i omogućava stranci da na temelju obrazloženja sazna za razloge odluke i na osnovu toga adekvatno instruiira svoje pravne lijekove.” Vidi Presudu Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. 43 0 Ps 004476 17 Rev 2 od 22. lipnja 2017. godine.

„Osnovano revident navodi u reviziji da su nižestupanjski sudovi, suprotno odredbi člana 8. ZPP, izvršili fragmentarnu ocjenu sadržaja točke Ad-3 vansudske nagodbe, propuštajući da ocijene dio teksta, koji glasi: ‘oštećenik pristaje na povrat realnog iznosa naknade koju je po ovom sporazumu primio, a naknadno se utvrdi da mu stvarno ne pripada zbog postojanja njegove odgovornosti ili suodgovornosti za nastali štetni događaj’. Revident je tijekom prvostupanjskog postupka, kao i u svojoj žalbi, detaljno ukazao na navedeni sadržaj točke Ad-3 vansudske nagodbe, na kome je i temeljio svoj zahtjev, ali je drugostupanjski sud propustio da u obrazloženju svoje odluke cijeni taj žalbeni navod, nepravilno primjenjujući odredbu člana 231. ZPP. Na taj način povrijeđeno je pravo revidenta na obrazloženu sudsku odluku, kao element prava na pravično suđenje. Sudovi imaju diskrecionu ocjenu u vezi s tim koje će argumente i dokaze prihvatiti u određenom predmetu, ali istovremeno imaju i obavezu da obrazlože svoju odluku i navedu jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku zasnovali.” Vidi Presudu Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. 63 0 P 013484 12 Rev od 26. studenoga 2013. godine.

„Ustavni sud zaključuje da postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u situaciji kada Vrhovni sud nije jasno i razložno obrazložio svoju odluku, odnosno, nije obrazložio razloge iz kojih bi bilo vidljivo zašto je odstupio od ranije prakse prema kojoj službenici CSB nisu zasnovali radni odnos rješenjem FMUP-a.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP-1959/16 od 11. svibnja 2018. godine.

„Postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine u situaciji kad je sud proizvoljno primijenio pozitivnopravne propise tako da je, odlučujući u postupku po žalbi, donio odluku o prvobitnom, a ne o konačno opredjeljenom tužbenom zahtjevu i kad iz izreke i obrazloženja presude nije vidljivo da li je sud djelomično ili u cijelosti

odnositi na najbitnije argumente stranaka, bez obzira na to jesu li ti argumenti materijalnopravne ili procesnopravne naravi.

Presudom sud odlučuje o zahtjevu koji se tiče glavne stvari i sporednih traženja. Ako postoji više zahtjeva, sud će o svim tim zahtjevima odlučiti jednom presudom.⁸¹ Zakonodavac je propisao obvezan sadržaj presude pa tako pismeno izrađena presuda mora imati uvod, izreku, obrazloženje i uputstvo o pravu na izjavljivanje pravnoga lijeka protiv presude.⁸² Nadalje je propisao što treba sadržavati svaki od navedenih dijelova presude.⁸³ Ove odredbe imaju kongentan karakter, što ima za posljedicu da izostanak nekog od sastavnih dijelova u nekoj od navedenih dijelova sadržaja presude presudu čini nevaljanom. Donošenje i pisana izrada presude predstavlja dužnost suda u parničnome postupku. Prilikom donošenja i pismene izrade presude sud mora uzeti u obzir sve podneske stranaka, odmjeriti njihovu relevantnost i utvrditi one koji su bitni za odluku u obrazloženju presude. Prema tome, sud je u obrazloženju presude dužan izložiti zahtjeve stranaka i dokaze koje su izveli, koje je od tih činjenica sud utvrđivao, zašto i kako ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koji su dokazi izvedeni te kako ih je ocijenio. Sud je dužan posebno navesti koje je odredbe materijalnoga prava primijenio odlučujući o zahtjevima stranaka te izjasniti se, ako je to potrebno, i o stavovima stranaka o pravnoj osnovi spora, te o njihovim prijedlozima i prigovorima o kojima nije dao svoje razloge u odlukama koje je već donio tijekom postupka.⁸⁴

udovoljio postavljenom tužbenom zahtjevu, niti su u tom pogledu dati razlozi u obrazloženju osporene odluke.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP - 2089/05 od 16. siječnja 2007. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 34/07.

„Ustavni sud zaključuje da postoji kršenje prava apelanta na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u situaciji kada su redovni sudovi propustili da prigovor apelanata u vezi sa nedostatkom aktivne legitimacije i postojanjem pravnog interesa na strani tužitelja, kao bivših dioničara apelanta Poljoooprema, ispituju u skladu sa standardima prava na pravično suđenje koji su ih obavezivali da daju logične i uvjerljive razloge, koji bi ukazali da tužitelji zaista imaju pravni interes za utvrđivanje ništavosti ugovora o kupoprodaji predmetnih nekretnina i brisanje upisa prava vlasništva apelanta Mallain u zemljišnim knjigama.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP-2321/18 od 11. ožujka 2020. godine.

⁸¹ Vidi čl. 176. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 176. ZPP RS, čl. 300. ZPP BD i čl. 143. ZPP BiH

⁸² Vidi čl. 191. st. 1. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 191. st. 1.. ZPP RS, čl. 311. st. 1. ZPP BD, 158. st. 1 ZPP BiH.

⁸³ Vidi čl. 191. st. 2., 3. i 4. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 191. st. 2., 3. i 4. ZPP RS, čl. 311. st. 2., 3., 4. i 5. ZPP BD, čl. 158. st. 2., 3. i 4. ZPP BiH.

⁸⁴ Vidi čl. 191. st. 4. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 191. st. 4. ZPP RS, čl. 311. st. 4. i 5. ZPP BD, čl. 158. st. 4. ZPP BiH.

Obrazloženje presude bitan je sadržaj sudske odluke te mora sadržavati opis činjeničnog stanja utvrđenog na osnovi ocjene dokaza, činjenice koje su stranke iznijele i dokaze koje su predložile, na koji način i ocjenom kojih dokaza je sud utvrdio odlučne činjenice, a ako ih je utvrđivao na osnovu dokaza, u obrazloženju je bitno navesti razloge zbog kojih je određenim dokazima povjerovao, a zbog čega druge dokaze smatra neuvjerljivim. Također, sud je dužan iznijeti razloge zbog kojih je na utvrđeno činjenično stanje primijenio određeni pravni propis.

Dakle, zadatak je obrazloženja objasniti razloge zbog kojih je sud donio odluku sadržanu u izreci presude te na taj način pružiti nužnu podlogu za kontrolu rada suda koju vrši instancijski sud odlučujući povodom uloženoga pravnog lijeka.⁸⁵ Navedena zakonska odredba ima kongentan karakter, što znači da je sud dužan u obrazloženju presude ispuniti svaku od navedenih zadaća. Treba istaknuti da ne postoji obveza suda na izjašnjavanje o argumentima koji nisu imali utjecaja na donošenje odluke. Obveza suda da ispuni svoju zadaću za obrazloženjem presude provodi se u nekoliko uzastopnih faza. Kao prvo, sud mora biti upoznat sa svim podnescima stranaka, mora ih pročitati, saslušati. Ako utvrdi da prigovori stranaka nemaju nikakve veze s predmetom spora ili da predstavljaju zloupotrebu procesnih ovlaštenja, sud nije dužan obrazlagati ih, već ih može samo navesti. Sud je dalje dužan utvrditi jesu li tvrdnje stranaka dopuštene pa će ispitati pravodobnost zahtjeva, prihvatljivost dokaza i sl. Kad utvrdi da su prigovori stranaka prihvatljivi, sud će razmotriti jesu li relevantni za predmetni spor. Nadalje, kad utvrdi da su tvrdnje stranaka prihvatljive i bitne za odlučivanje o predmetu spora, u obrazloženju presude dužan je navesti razloge presude. Uvjet za obrazloženje presude ujedno predstavlja i najvažniju obvezu suda.⁸⁶ U svakome predmetu sud se treba rukovoditi načelom da strane u postupku moraju biti sposobne shvatiti osnovne razloge za odluku kako bi mogle, ako se ukaže potreba za tim, djelotvorno se žaliti na nju. Može se zaključiti da dovoljno jasno obrazloženje sudske odluke omogućava strankama uspješno ostvarivanje prava na ulaganje pravnoga lijeka, odnosno razlozi i pravni zaključci na kojima se zasniva određena sudska odluka mogu se pravilno ispitati samo ako je sud koji je tu odluku donio dao razumljivo, potpuno i logično obrazloženje. Zbog toga je postupanje suda prilikom obrazlaganja donesene odluke u izravnoj vezi s ostvarivanjem prava stranke koja nije zadovoljna donesenom odlukom da istu efikasno osporava u postupku pred sudovima viših instancija.

U tijeku instancijskoga postupka mogućnost stranke da se izjasni o zahtjevima i navodima suprotne stranke sadržana je u odredbi čl. 214. ZPP FBiH⁸⁷ po kojoj prvostupanjski sud primjerak pravodobne, potpune i dopuštene žalbe treba dostaviti protivnoj stranci, a koja može nakon toga u roku od osam dana od primitka žalbe podnijeti sudu pismeni odgovor na žalbu, nakon čega će primjerak odgovora na žalbu biti dostavljen žalitelju, kao i u pozivanju na drugostupanjsku usmenu raspravu. Žalba je dvostrani pravni lijek pa je dužnost suda da žalbu dostavi protivnoj stranci koja ima pravo podnijeti odgovor na žalbu. Utvrđivanjem prava na odgovor na žalbu ustanovljeno je pravo protivne stranke da se izjasni o navodima

Presuda ŽS u Varaždinu, Gž 423/06 od 25. travnja 2006. – IO 2/06-255, podatak preuzet od GRBIN, ZPP, op. cit., p. 399.

⁸⁵ *Ibid*, p. 530

⁸⁶ Vidi GALIČ, A., *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek*, GV Založba, Ljubljana, 2004., p. 281–282.

⁸⁷ Istovjetna je odredba čl. 214. ZPP RS, čl. 334. ZPP BD, čl. 181. ZPP BiH.

žalbe, ustanovljeno je dakle pravo na raspravljanje i u toj fazi postupka. Stoga će prvostupanjski sud počiniti povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 227. st. 1. t. 2. ZPP FBiH kad propusti dostaviti protivnoj stranci žalbu na odgovor jer je na taj način onemogućuje da raspravlja o navodima žalbe koje joj pravo postupovne odredbe priznaju.

Načelo kontradiktornosti izraženo je i u postupku revizije, gdje protiv pravomoćne presude donesene u drugome stupnju stranke mogu izjaviti reviziju. Tako je odredbom čl. 245. ZPP FBiH⁸⁸ propisano da će prvostupanjski sud primjerak pravodobne i potpune revizije dostaviti protivnoj stranci, koja može u roku od osam dana podnijeti odgovor na reviziju. Načelo kontradiktornosti dolazi do izražaja i kod ponavljanja postupka, gdje je sud dužan, ako ne odbaci prijedlog za ponavljanje postupka, isti dostaviti protivnoj stranci koja ima pravo u roku od 15 dana odgovoriti na prijedlog.

9. Odstupanja od načela kontradiktornosti

Iako je načelo kontradiktornosti provedeno kroz čitav postupak, zakonodavac je u pojedinim procesnim situacijama, ponajviše iz razloga ekonomičnosti, predvidio izvjesna odstupanja od ovoga načela. U tim slučajevima sud donosi odluku iako drugom parničaru nije pružio mogućnost da se izjasni o navodima, prijedlozima i zahtjevima svoga parničnog protivnika, ali takva odstupanja ne ograničavaju osnovno pravo stranke da se izjasni o predmetu spora i brani od neosnovanih zahtjeva. Do odstupanja od ovoga načela dolazi kada sud tijekom prethodnoga ispitivanja tužbe donosi odluku o svojoj mjesnoj ili stvarnoj nenadležnosti samo na osnovi navoda iznesenih u tužbi,⁸⁹ zatim u postupku rješavanju sukoba nadležnosti odlučuju se bez omogućavanja strankama da u njemu sudjeluju,⁹⁰ ali stranke će moći tijekom parnice isticati svoje prigovore nenadležnosti u fazama u kojima su s obzirom na vrstu nenadležnosti na to ovlaštene. U postupku povodom prijedloga za osiguranje dokaza sud može odlučiti o prijedlogu i bez prethodnoga očitovanja protivnika, ako postoji opasnost za osiguranje dokaza,⁹¹ a može u izuzetnim slučajevima odrediti da izvođenje dokaza započne i prije nego što se rješenje kojim se prihvaća prijedlog za osiguranje dokaza dostavi protivniku. Jedan od izuzetaka je i taj da u postupku određivanja mjera osiguranja, sud može, na prijedlog predlagatelja osiguranja, odrediti privremenu mjeru osiguranja bez prethodnoga obavještenja i saslušanja protivnika pod uvjetom da predlagatelj učini da je mjera utemeljena

⁸⁸ Isto rješenje predviđa odredba čl. 245. ZPP RS, 367. ZPP BD, čl. 212. ZPP BiH.

⁸⁹ Vidi čl. 67. st. 2. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 67. st. 2. ZPP RS, čl. 190. st. 2. ZPP BD, čl. 34. st. 2. ZPP BiH

⁹⁰ Vidi čl. 22. ZPP FBiH i čl. 22. ZPP RS.

⁹¹ Vidi čl. 172. st. 2. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 172. st. 2. ZPP RS, čl. 296. st. 2. ZPP BD, čl. 139. st. 2. ZPP BiH.

i hitna i da bi se drugačijim postupanjem izgubila svrha mjere osiguranja.⁹² Do odstupanja dolazi i kada sud odlučuje o povratu u prijašnje stanje bez održavanja ročišta u situaciji kada su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate⁹³ te kada odlučuje o zahtjevu stranke za naknadu parničnih troškova bez prethodnoga raspravljanja.⁹⁴

10. POVREDA NAČELA KONTRADIKTORNOSTI

Ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem, a posebno propuštanjem dostave nije dana mogućnost da raspravlja pred sudom, a to je postupanje bilo od utjecaja na donošenje zakonite i pravilne presude, izvršena procesna povreda ima za posljedicu ukidanje presude.⁹⁵

Za razliku od ranijih zakonskih rješenja prema kojima je povreda načela kontradiktornosti predstavljala apsolutno bitnu povredu i na koju je sud pazio po službenoj dužnosti, novi procesni zakoni na povredu načela kontradiktornosti paze samo ako se na nju ukaže u žalbi. Ponavljanje postupka zbog povrede načela kontradiktornosti može se zahtijevati samo ako taj razlog nije bio bez uspjeha već iznesen u ranijem postupku⁹⁶ i to u roku od 30 dana od dana kada je odluka dostavljena stranci.⁹⁷

S obzirom na to da je pravo stranaka na pravično suđenje čl. II/3.(e) Ustava BiH i čl. 6. st. 1. Konvencije zajamčeno osobno pravo, zbog povede načela kontradiktornosti, koje je konstitutivni element toga prava, stranke imaju pravo

⁹² Vidi čl. 278. st. 1. ZPP FBiH i čl. 278. st. 1. ZPP RS.

⁹³ Vidi čl. 332. st. 2. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 332. st. 2. ZPP RS, čl. 83. st. 2. ZPP BD, čl. 272. st. 2. ZPP BiH.

⁹⁴ Vidi čl. 396. st. 1. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 396. st. 1. ZPP RS, 130. st. 1. ZPP BD i čl. 333. st. 1. ZPP BiH.

⁹⁵ Vidi čl. 227. st. 1. toč. 2. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 227. st. 1. toč. 2. ZPP RS, čl. 347. st. 1. toč. b. ZPP BD, čl. 194. st. 1. toč. 2. ZPP BiH.

„Žalбом се основано указује да је првоступанјски суд, након пријема приједлога за признање стране судске одлуке, пропустио тај приједлог и пресуду чије се признање тражи доставити противнику предлагатеља, те му оставити примјерен рок за изјашњење. Првоступанјски суд, наиме, како то произлази из списа предмета, није ни покушао приједлог доставити противнику предлагатеља, те је побјигано рјешење донио без давања могућности противнику предлагатеља да се о том приједлогу изјасни. На тај начин је првоступанјски суд поступио супротно начелу контрадикторности из чл. 5. ЗПП FBiH, у веzi с чл. 2. ст. 2. Закона о изванпарничном поступку, које предвиђа право сваке странке да се изјасни о приједлозима и заштјевима противне странке.” Vidi Rješenje Vrhovnog суда FBiH br. 09 0 V 029819 18 Gž od 31. srpnja 2018.

⁹⁶ Vidi čl. 256. st. 1. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 256. st. 1. ZPP RS, čl. 378. st. 1. ZPP BD, čl. 223. st. 1. ZPP BiH

⁹⁷ Vidi čl. 257. st. 1. toč. 2. ZPP FBiH. Istovjetne su odredbe čl. 257. st. 1. toč. 2. ZPP RS, 379. st. 1. toč. 2. ZPP BD, čl. 224. st. 1. toč. ZPP BiH.

podnijeti ustavnu tužbu.⁹⁸ Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj je praksi u cijelosti prihvatio pravna stajališta Europskoga suda kad je riječ o pravu na procesnu ravnopravnost i na kontradiktorno suđenje.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine ističe u svojim odlukama da je to pravo dio temeljnoga ljudskog prava na pravično suđenje zajamčenoga čl. II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 6. st. 1. Konvencije, a zbog povrede jednakosti sredstava, u smislu pravične ravnoteže među strankama (*fair balance*) često ukida sudske presude zahtijevajući ponavljanje postupka.⁹⁹

⁹⁸ Tako i TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁹ Tako je u odluci br. AP 4659/11 od 22. siječnja 2015. godine, Ustavni sud utvrdio: „Ustavni sud zapaža da je apelant istaknuo da redoviti sudovi pri odlučivanju o konkretnoj pravnoj stvari nisu prihvatili njegove prijedloge o dostavi relevantnih dokaza kojim bi osporio tužbeni zahtjev. Posljedica toga je da su pogrešno utvrdili činjenično stanje i proizvoljno primijenili pozitivno pravne propise, dakle, da nije bio jednakopravan u postupku. Stoga je u konkretnom slučaju došlo do povrede apelantova prava na pravično suđenje iz članka II/3.(e) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.“ Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. AP 4659/11 od 22. siječnja 2015. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 17/15.

„Dovodeći u kontekst navedene činjenice sa principom ‘jednakosti oružja’ iz odredaba člana 6. Evropske konvencije, Ustavni sud zapaža da iz navedenih činjenica proizlazi da je tužitelj, i pored naloga suda, dostavio apelantu dokumentaciju na kojoj je temeljio svoj tužbeni zahtjev tek nakon više od četiri godine od početka predmetnog postupka, koju je sud prihvatio, a, s druge strane, odbio apelantov zahtjev da mu se odredi rok za dostavu financijske dokumentacije u vezi sa predmetom spora. Slijedeći to, Ustavni sud smatra da Općinski sud, postupajući na navedeni način, nije dao razumnu mogućnost apelantu da u daljnjem toku redovnog postupka izloži svoje navode o neosnovanosti tužbenog zahtjeva, uključujući dokaznu građu, pod istim uvjetima koje je imao tužitelj. Naime, Ustavni sud smatra da je Općinski sud takvom odlukom, dakle strogo formalnim tumačenjem odredaba ZPP koje se odnose na rok u kojem stranke mogu predlagati dokaze, apelanta stavio u znatno podređeni položaj u odnosu na tužitelja. Ovo zbog toga što je Općinski sud na pripremnom ročištu, koje je održano 11. travnja 2005. godine, odbio apelantov prijedlog da mu se ostavi rok za dostavu financijske dokumentacije a pri tome je tolerirao tužiteljevu neaktivnost u periodu od podnošenja tužbe do tog ročišta, dakle duže od četiri godine, mada je apelant od početka postupka (počevši od odgovora na tužbu) ustrajao na tvrdnji (kako se u konkretnom slučaju kao prethodno pitanje za procjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva) da nije osnovan postavljeni tužbeni zahtjev. Takvim postupanjem, prema ocjeni Ustavnog suda, sudovi su u stvarnosti onemogućili apelanta da se suprotstavi argumentima koje je izložio tužitelj u dokazivanju svoje tvrdnje o (ne) osnovanosti tužbenog zahtjeva.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, br. AP-4659/11 od 22. siječnja 2015. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 17/15.

„U postupcima pred redovnim sudovima apelant nije bio stavljen u podređen položaj u odnosu na protivnika i nije došlo do procesnih povreda koje bi bile važne za poštivanje principa pravičnog suđenja u slučaju kada su sudovi uzeli u obzir sve apelantove navode i tvrdnje, pri čemu su nekim dali veći, a nekim manji značaj, a svoje odluke su dovoljno jasno obrazložili.” Vidi Odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. U 34/03 od 17. svibnja 2004. godine, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, br. 34/04.

11. ZAKLJUČAK

Parnični je postupak osnovna i redovna metoda zaštite ugroženih ili povrijeđenih subjektivnih građanskih prava, koji se pokreće, razvija i završava poduzimanjem radnji procesnih subjekata koje se nadovezuju jedna na drugu.¹⁰⁰

Tužbom, koja predstavlja prvu jednostranu i ofenzivnu parničnu radnju tužitelja i koja proizlazi iz načela dispozicije, pokreće se parnični postupak. Motiv za njezino podnošenje leži u tvrdnji tužitelja da je tuženi povrijedio ili ugrozio neko njegovo subjektivno pravo, pa se tužbom traži njegova zaštita. U trenutku pokretanja parničnoga postupka volja suprotne parnične stranke, odnosno potencijalnoga tuženog, u pogledu podnošenja tužbe i pokretanja parničnoga postupka sasvim je isključena, ali je od iznimne važnosti za tijek parničnoga postupka kakav će stav zauzeti tuženi prema tužbi. Kad sud primi tužbu, dužan je, nakon prethodnog ispitivanja, dostaviti tuženiku na obvezan odgovor.

Obveznim dostavljanjem tužbe s priložima na odgovor udovoljava se načelu kontradiktornosti. Ono je u bosanskohercegovačkome pravnom poretku sadržano na ustavnoj i zakonskoj razini kao i u međunarodnim dokumentima. U Općem okvirnom sporazumu za mir u BiH dano je posebno mjesto zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, osobito u Aneksu 4, odnosno Ustavu BiH. Prema odredbi čl. 2 st. 2. Aneksa IV. Daytonskoga sporazuma u Bosni i Hercegovini, prava i slobode koje određuje Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njezini protokoli primjenjuju se izravno. Primjena Konvencije u BiH ima prioritet nad svakim drugim zakonom i nižim pravnim aktima, dakle, po svojoj pravnoj snazi nalazi se iznad zakona, ali ne i Ustava BiH, dok prema Ustavu FBiH ima snagu ustavnih odredbi. Na ovaj je način građanima zajamčeno pravo na pravično suđenje. Konvencijom je u čl. 6. st. 1. zajamčeno pravo na pravično (pošteno) suđenje (*fair trial*), koje obuhvaća i pravo na procesnu ravnopravnost (*equality of arms*, „jednakost oružja”) i pravo na javno i kontradiktorno suđenje (*publichearing*). Svi procesni zakoni o parničnome postupku u BiH o procesnoj ravnopravnosti govore u kontekstu načela kontradiktornosti, koje prema odredbi čl. 5. znači dužnost suda da omogući svakoj od stranaka izjašnjavanje o zahtjevima i navodima protivne stranke. Parnica se zasniva na načelu dviju stranaka sa suprotnim interesima, pri čemu procesni položaj svake od njih, bez obzira na njihovu stranačku ulogu, mora u svemu biti ravnopravan i jednak. Primjenom načela kontradiktornosti osigurava se ravnopravnost stranaka u postupku. Ravnopravnost stranaka sa suprotnim interesima nalaže da se svakoj od njih omogući pravo na izjašnjavanje o parničnim radnjama koje poduzima njezin protivnik. Povijesnom metodom utvrđeno je da je, za razliku od prethodnih zakona koji su bili u primjeni, načelo kontradiktornosti po novim zakonskim rješenjima zajamčeno kroz cijeli postupak, od faze pripremanja glavne rasprave pa do njezina održavanja, kao i u postupku po pravnim lijekovima. Ono je jedno od temeljnih procesnih postulata, a

¹⁰⁰ Vidi o tome kod TRIVA – DIKA, *op. cit.*, p. 3.

povreda ovoga načela ima za posljedicu ukidanje odluke koja je zahvaćena ovom povredom, ali samo ako se na tu povredu ukaže u žalbi protiv odluke. Provedenim istraživanjem zaključeno je da je načelo kontradiktornosti u parničnim postupcima u Bosni i Hercegovini u cijelosti usklađeno sa zahtjevima prava na pravično suđenje zajamčenog čl. 6. st. 1. Konvencije.

Suvremeni pravni sustavi počeli su se ograničavati na proklamiranje dužnosti suda da omogući strankama svestrano raspravljanje, a o njihovoj dispoziciji ovisi hoće li se koristiti svojim ovlaštenjima u parnici. Prema tome, načelo kontradiktornosti usko je povezano s načelom dispozicije jer stranke svojim parničnim raspolaganjima ostvaruju odgovarajuće procesne učinke. Sud je dužan, poštujući načelo kontradiktornosti, omogućiti ravnopravan tretman stranaka i mogućnost da poduzimaju procesne radnje, a one same odlučuju, u skladu s načelom dispozicije, hoće li se odazvati pozivu i aktivno sudjelovati u postupku zbog zaštite svojih interesa. Pravilna dostava tužbe tuženiku povlači za sobom procesnopravni učinak na samu parnicu i ravnopravnost stranaka u postupku. Zakonodavac je izričito predvidio osobnu dostavu kad je u pitanju pismeno kojim se stranka po prvi put obavještava o parnici, što znači da se pravilnom dostavom tužbe smatra ona koja je izvršena po pravilima osobne dostave.

LITERATURA

1. ČIZMIĆ, J., *Komentar zakona o parničnom postupku*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2016.,
2. DELJA, Ž., „Presuda zbog izostanka”, *Pravni život*, 11- 12/1989,
3. GALIĆ, A., *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek*, GV Založba, Ljubljana, 2004., p. 281–282.
4. GALIĆ, V., „Položaj i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u primjeni Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda”, *Pravna misao*, br. 11-12, Sarajevo, 2006.,
5. GOMIEN, D., *Europska konvenciju o ljudskim pravima*, Zadar, 2007.
6. 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.
7. HAUBRICH, V. – ŠEGO-MARIĆ, I. – KULUŠUĆ, N., „Načelo javnosti predviđeno čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama s osvrtom na načelo javnosti u parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine”, *Međunarodna naučna konferencija Bosna i Hercegovina i Euro-atlantske integracije – trenutni izazovi i perspektive*, Bihać,
8. HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V. – RECHNER, E., „Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtom na pravodobno i djelotvorno iz-

- vršenje sudskih odluka”, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić” u Mostaru*, Tematski br. s naučne konferencije *Zaštita ljudskih prava u BiH*, Mostar, god. III, 2019.
9. HUSEINBEGOVIĆ, A. – HAUBRICH, V., „Postulacijska sposobnost stranaka i punomoćnici prema odredbama parničnog postupka i čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama”, *Međunarodna naučna konferencija Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Mostar, 2013.
 10. ILIĆ, G. P., „Pravo na obrazloženu sudsku odluku”, *Crimen (II)*, 2/2011. (dalje: ILIĆ), p. 227–244.
 11. IVIČEVIĆ, K., E., „Načelo jednakosti oruža kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda”, *Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb*, 57, (4-5), 2007.,
 12. JAKŠIĆ, A., *Europska konvncija o ljudskim pravima*, Komentar, Beograd, 2006.
 13. JANEVSKI, A. – RAKOČEVIĆ, M., „Ovlašćenje ili dužnost stranaka da raspravljaju pred sudom. Posljedice pasivnosti stranaka u parničnom postupku”, *Zbornik radova Vladavina prava i pravna država u regionu*, Istočno Sarajevo, 2014.,
 14. KLARIĆ, P. – VEDRIŠ, M., *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, XII. neizmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009, (dalje: KLARIĆ – VEDRIŠ),
 15. KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ-VELIČOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku FBiH/RS*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011.
 16. MARIČIĆ, D., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s napomenama i sudskom praksom*, Zagreb, 2012.
 17. MARIĆ, S. – DANILOVIĆ, E. – HULUSIJA, E. – MRDOVIĆ, F., „Pravo na obrazloženu odluku u praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine”, *Pravni forum za Bosnu i Hercegovinu Pravo na obrazloženu sudsku presudu – Obvezni standardi u sudskim postupcima*, Zbornik radova, Sarajevo, 2018.,
 18. MARKOVIĆ, B., *Udžbenik krivičnog srpskog postupka s obzirom na projekat krivičnog postupka za Kraljevinu SHS*, Beograd, 1926.
 19. MATIĆ, M., „Pravo na pristup sudu kao aspekt pravičnog suđenja u sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava”, *Revija za pravo i ekonomiju*, godina 17, br. 2, Mostar, 2016.,
 20. MATULOVIĆ, M., PAVIŠIĆ, B., *Dokumenti Vijeća Europe: institucionalni okvir, ljudska i manjinska prava, lokalna samouprava, kazneno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka, 2001.,
 21. MILJKO, Z., „Perspektive za implementaciju Daytonskog sporazuma s obzirom na ljudska prava”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta*

- u Mostaru*, br. XI, Mostar, 1998., MILJKO, Z., „Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i ustavni poredak Bosne i Hercegovine”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XX., 2007.
22. MULABDIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Tuzla, 2010.
 23. OMANOVIĆ, S., *Dispositio u građanskom sudskom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar, 2002.,
 24. OMEJEC, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava. Strasbourgški acquis*, drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, Zagreb, 2014.,
 25. PETROVIĆ-ŠKERO, V., „Europski sud za ljudska prava”, *Bilten sudske prakse*, 2003.
 26. POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, peto dopunjeno izdanje, Savremena administracija, 1976.
 27. RADANOV, A., *Građansko procesno pravo. Parnični i vanparnični postupak: arbitražna i medijacija*, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, Univerzitet privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad: Alfa graf NS, 2012.
 28. *Rruiz-Mateos v. Spain*, presuda br. 12952/87 od 23. lipnja 1993, *McMichael v. the United Kingdom*, presuda br. 16424/90 od 24. veljače 1995.
 29. SADIKOVIĆ, Ć., „Ustav BiH i Europska konvencija – Usklađivanje Ustava BiH sa Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, br. KLVI, Sarajevo, 2003.,
 30. STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, Prva sveska, Parnično procesno pravo, VII izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš, 2010.
 31. TRIVA, S., *Građansko procesno pravo i parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1964.
 32. VASILJEVIĆ, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1981.,
 33. VEHABOVIĆ, F., *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Sarajevo, 2006.,
 34. *Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikt*, “*Službenom glasniku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*”, br. 28/2018.
 35. *Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, “*Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*”, br. 73/2005., br. 19/2006. 98/2015,
 36. *Zakon o parničnom postupku pred Sudom BIH*, “*Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*”, br. 36./04., 84/2007. . 58/2013. 94/2016., 34/01.
 37. *Zakon o parničnom postupku Republike Srpske*, “*Službeni glasnik Republike Srpske*”, br. 85/2003. 74/2005. 63/2007. 61/2013.

Alena Huseinbegović, Ph.D., full professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Viktorija Haubrich, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, University of Mostar

Mirjana Kevo, Ph.D.
Judge of the Municipal court in Mostar

THE RIGHT TO AN ADVERSARY CIVIL PROCEDURE IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS OF ART. 6. OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Summary: In this paper, the authors will deal with the analysis of the right to adversarial proceedings in the Law on Civil Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina and its compliance with the provisions of Art. 6. the right to a fair trial of the European Convention on Human Rights and Freedoms. The basic postulate of the equality of parties in civil proceedings derives from the right to adversarial proceedings, according to which opposing parties will be able to use equal mechanisms for the protection of their rights. The principle of adversary, i.e. mutual hearing of the parties, consists in the duty of the court, before making a decision, at the request of one party, to give the other party the opportunity to present its position on the issue to be discussed in the decision, and to deliver its opinion on the allegations of the opponent (*Audiatur et altera pars*). Applying the adversarial principle ensures the right to a fair trial and the equality of the parties in the proceedings, and must be guaranteed at all stages of the proceedings.

Keywords: Art. 6. ECHR, right to fair procedure, right to adversarial civil procedure

Dr. sc. Jasminka Džumhur,

Ombudsmenka za ljudska prava Bosne i Hercegovine

ULOGA OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE U SUDSKIM POSTUPCIMA

Abstrakt: Principi o statusu nacionalnih institucija (Pariški principi), usvojeni Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, 48/134 od 20. decembra 1993. godine, predstavljaju okvir za uspostavu i djelovanje državnih institucija za promovisanje i zaštitu ljudskih prava. U cilju ostvarivanja osnovne funkcije, državnoj instituciji se daje najširi mogući mandat, koji je jasno utvrđen u ustavu ili zakonodavnom tekstu. Pariški principi uspostavljaju i standard traženja prioriteto prijateljskog rješenja u ostvarivanju ljudskih prava, putem medijacije i pomirenja. Ovaj pristup otvara pitanje uloge nacionalnih institucija u sudskim postupcima koji se koriste kada se spor oko ostvarivanja prava nije mogao riješiti na drugi način. Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine je nacionalna institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava, uspostavljena Aneksom VI Dejtonskog mirovnog sporazuma, koja je u skladu sa odredbama Zakona o zabrani diskriminacije i centralna insttucija za zaštitu od diskriminacije. Cilj ovog rada je da prezentira neke aspekte mogućnosti djelovanja Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u sudskim postupcima.

Ključne riječi: Pariški principi, nacionalna institucija ljudskih prava, zaštita, sudski postupak.

1. Uvod

Razvoj nacionalnog mehanizma za zaštitu i promociju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini je pratio historijske promjene države Bosne i Hercegovine, od njene uspostave kao neovisne države¹. Značajan uticaj na ovaj proces imaju i dva potpisana mirovna sporazuma: Vašingtonski sporazum² i Opći okvirni sporazum

¹ 1. mart 1992. godine. Republika Bosna i Hercegovina je u Ujedinjene nacije primljena 22. maja 1992. godine.

² Vašingtonski sporazum je mirovni sporazum između zaraćenih Hrvata iz Bosne i Hercegovine i formalnih predstavnika Republike Bosne i Hercegovine, potpisan u Washingtonu i Beču u martu 1994. godine. Ovim dokumentom je uspostavljanja Federacije Bosne i Hercegovine, jedan od dva bosanskohercegovačka entiteta po Anexu 4 Dejtonskog mirovnog sporazuma, dostupan: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2018/01/Washingtonski-sporazum-1994.pdf>

za mir u Bosni i Hercegovini, također poznat i kao Dejtonski sporazum³, zaključeni u cilju zaustavljanja rata u Bosni i Hercegovini koji je vođen u periodu 1992. - 1995. godine.

Oba mirovna sporazuma su veliku pažnju posvetili ljudskim pravima, garantirajući uživanje prava utvrđena međunarodnim standardima svakoj osobi na teritoriji Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije, po bilo kojem osnovu.⁴ Kako bi se pomoglo u provedbi prava i sloboda navedenih u Ustavu, Vašingtonskim sporazumom formira se funkcija Ureda Ombudsmana u Federaciji Bosne i Hercegovine kojeg imenuje Organizacija za sigurnost i saradnju u Evropi iz svake priznate skupine: Bošnjaka, Hrvata i ostalih.⁵ Aneksom VI Dejtonskog sporazuma uspostavlja se Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine⁶ (u daljem tekstu: Ombudsmen BiH) kao institucija čije odluke imaju karakter autoritativnih, ali pravno neobavezujućih preporuka za tijela vlasti u BiH.

Pored Ombudsmana za ljudska prava BiH i Ombudsmena Federacije BiH, od 2000. godine, Institucija Ombudsmena je bila uspostavljena i na nivou Republike Srpske.⁷ U aprilu 2006. godine⁸ su usvojene izmjene i dopune Zakona o Ombudsmanu za ljudska prava BiH kojim se uspostavlja jedinstvena struktura ombudsmana, što podrazumjeva prestanak rada Institucija ombudsmena Federacije BiH i Republike Srpske.⁹ Opravdanje za ovu reformu je sadržano u činjenici da se smanjenjem broja Ombudsmena sa devet na tri, postiže racionalizacija, te samim tim i uštede, te eliminiira zbunjenost kod građana kojoj instituciji se mogu obratiti (Dzumhur, 2016, str. 225).¹⁰ Proces objedinjavanja tri institucije je okončan u maju 2010. godine, od kada djeluje Ombudsmen za ljudska prava kao nacionalna institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini.

³ U američkom gradu Dejtonu, 21. novembra 1995. godine je parafiran, a 14. decembra 1995. godine u Parizu potpisan Dejtonski sporazum kojim je zaustavljen rat u Bosni i Hercegovini. Sporazum se sastoji od Opšteg okvirnog sporazuma i aneksa kojim se uređuju određena značajna pitanja kao što su vojni aspekti, granice, izbori, ljudska prava, izbjeglice raseljena lica, itd. Dostupan: <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2018/01/Daytonski-sporazum-1995.pdf>

⁴ Član V Vašingtonskog sporazuma, te član II Ustava BiH (Aneks IV Dejtonskog sporazuma).

⁵ Član V.6. Vašingtonskog sporazuma.

⁶ Član II.1.

⁷ Zakona o Ombudsmanu Republike Srpske – zaštitniku ljudskih prava („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 4/00 i 49/04),

⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o ombudsmenu za ljudska prava, „Službeni glasnik BiH“, broj: 32/06.

⁹ Zakon o prestanku važenja Zakona o ombudsmanu Republike Srpske – zaštitniku ljudskih prava, „Sl. glasniku RS“, br. 118 od 31. decembra 2009. godine; Zakon o načinu prestanka funkcioniranja Institucije Ombudsmena Federacije Bosne i Hercegovine u prijelaznom razdoblju i prijenosu njenih mjerodavnosti na instituciju ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, „Sl. novine FBiH“, br. 51 od 01 avgusta 2007)

¹⁰ Ujedinjenje ovih institucija je bio i jedan od postprijemnih obaveza Bosne i Hercegovine prema Vijeću Evrope

Osnov za rad i funkcioniranje Ombudmena za ljudska prava BiH su pored Aneksa IV i Aneksa VI Dejtonskog sporazuma i Zakon o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Zakon o ombudsmenu). Ombudsmen BiH je nezavisna institucija (u daljem tekstu: Ombudsmen) uspostavljena u cilju promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je zajamčeno posebno Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku tog Ustava koja će s tim u vezi nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Distrikta Brčko, u skladu sa odredbama ovog zakona.¹¹

Ombudsmen razmatra predmete koji se odnose na slabo funkcionisanje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od strane bilo kojeg organa vlade, te postupaju po podnesenim žalbama građana ili po službenoj dužnosti.¹²

Ombudsmen BiH ima i posebna ovlaštenja i nadležnosti prema odredbama Zakona o zabrani diskriminacije. Članom 7. Zakona Ombudsmen je definisan kao centralna institucija za zaštitu od diskriminacije - tijelo za jednakost).¹³ Zakonima o slobodi pristupa informacijama¹⁴, Ombudsmen je definiran kao centralna institucija za osiguranje slobode pristupa informacijama.

Ombudsmen BiH nema mandat mijenjati odluke javnih tijela vlasti, niti preuzeti ulogu tijela koje postupa i odlučuje po žalbama, niti se može miješati u postupke odlučivanja sudova. Također, Ombudsman BiH ne može zastupati podnositelja žalbe pred javnim tijelima, niti pisati podneske ili žalbe u njegovo ime, niti može dodijeljivati naknadu za utvrđenu povredu ljudskih prava.¹⁵

¹¹ Član 1. stav 1. Zakon o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 32/00, 35/04 i 32/06).

¹² Ibidem, član 2.

¹³ Uloga Ombudsmena je da postupa po žalbama; daje obavještenja o pravima i obavezama, te mogućnostima sudske i druge zaštite; pokreće postupke medijacije; prikuplja i analizira statističke podatke o slučajevima diskriminacije; izvještava i informira javnost; istražuje, na vlastitu inicijativu, daje mišljenja i preporuke i predlaže određena zakonska rješenja nadležnim institucijama u BiH, ima pravo da pokreće i učestvuje u postupku za zaštitu od diskriminacije za prekršaje propisane Zakonom o zabrani diskriminacije; prati zakonodavstvo i daje savjete zakonodavnim i izvršnim organima; radi na promociji Zakona, informira javnost, podiže svijest, provodi kampanje i na druge načine aktivno promovira borbu protiv diskriminacije u svrhu njene prevencije; unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje; saradnja sa civilnim društvom i pomoć pojedincima i grupama pri međunarodnoj zaštiti.

¹⁴ Član 21. Zakon o slobodi pristupa informacijama Bosne i Hercegovine, „Sl. glasnik BiH“, br. 28/00, 45/06, 102/09 i 62/11, Član 21 Zakona o slobodi pristupa informacijama Federacije BiH, „Sl. novine FBiH“, br. 32/01, 48/11 i član 21. Zakona o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske, „Sl. glasnik RS“, br.20/2001.

¹⁵ Član 15. Zakona o ombudsmenu za ljudskih prava Bosne i Hercegovine

2. Uloga Ombudsmena u postupcima pred Ustavnim sudom

Ustavni sud Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: Ustavni sud BiH) uspostavljen je na osnovama člana VI Aneksa IV Dejtonskog sporazuma. Zbog nepostojanja ustavne osnove da se zakonom regulira postupak i organizacija Ustavnog suda BiH, to pitanje je uređeno Pravilima Ustavnog suda koja donosi Ustavni sud¹⁶. Ovim pravilima je definirano da institucija Ustavnog suda BiH je utemeljena kao neovisni čuvar Ustava i kao institucionalni garant za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ustanovljenih Ustavom Bosne i Hercegovine i instrumentima Aneksa I Ustava, kao i da Ustavni sud Bosne i Hercegovine nije dio ni zakonodavne, ni izvršne, ni redovne sudske vlasti, nego je Ustavom Bosne i Hercegovine pozicioniran kao posebna samostalna i neovisna vlast koja, na osnovu tog Ustava, djeluje kao korektivni faktor za ostala tri segmenta vlasti (Džumhur, 2016. str. 231).

Shodno odredbama člana VI.3. Ustava Bosne i Hercegovine, nadležnost Ustavnog suda je da podržava Ustav Bosne i Hercegovine i jedini je nadležan da odlučuje da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa Ustavom.¹⁷ Ustavni sud također ima i apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini,¹⁸ te je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.¹⁹

Analiza nadležnosti Ustavnog suda ukazuje da ovlaštenje za pokretanje postupka ocjene usklađenosti bilo koje odredbe ustava ili zakona jednog entiteta sa Ustavom ima ograničen broj subjekata i to: član Predsjedništva BiH, predsjedavajući Vijeća ministara BiH, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH; jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta. Pitanje ovlaštenja za pokretanje postupka ocjene ustavnosti i zakonitosti ima poseban značaj s obzirom da ocenjivanje ustavnosti ili zakonitosti opštih akata, tzv. normativna kontrola je uobičajeno osnovna nadležnost ustavnog suda. Značaj normativne kontrole posebno u složenom ustavnom sistemu kao što je sistem u BiH ima dodatnu važnost s obzirom da se radi o na-

¹⁶ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Prečišćeni tekst, „Sl. glasnik BiH“, broj:94/14.

¹⁷ Sporove može pokrenuti član Predsjedništva, predsjedavajući Vijeća ministara, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine; jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta.

¹⁸ Ustav BiH, član VI.3.b.

¹⁹ Ibid, član VI/3.c.

knadnoj kontroli ustavnosti zakona, što ovom instrumentu daje snagu da prevenira mnoga kršenja ljudskih prava koja su u praksi evidentna, a posljedica su neusklađenosti zakona sa Ustavom BiH (Dzumhur, 2016, str. 234)

Dakle, pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti, definirano Ustavom BiH, ima dva ograničavajuća faktora i to u odnosu na subjekte koji taj postupak mogu pokrenuti i u odnosu na akt čija se ocjena traži. Istovremeno, ne smije se zanemariti ni činjenica da je uobičajeno da se ocjena ustavnosti kao normativna kontrola odnosi, ne samo na pitanje ocjene usklađenosti zakona sa ustavom, već i na ocjenu ustavnosti i zakonitosti svih drugih propisa i općih pravnih akata. U pogledu apstraktne kontrole ustavnosti, dosadašnja praksa Ustavnog suda u pravilu je usmjerena na kontrolu zakonodavnih općih akata, a ne i akata organa izvršne vlasti i upravnih organa.²⁰

Upoređujući način uređenja ovog pitanja u nekim susjednim državama može se vidjeti da je u Bosni i Hercegovini jedan veoma restriktivan pristup. Sa aspekta zaštite ljudskih prava važno je ukazati na značaj da i Ustav Republike Srbije i Ustav Republike Hrvatske daju mogućnost da nacionalna institucija za zaštitu ljudskih prava²¹ ima mogućnost pokretanja postupaka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Tako u Republici Srbiji, Zaštitnik građana to ovlaštenje može koristiti kao državni organ, dok je Ustav Republike Hrvatske eksplicitno naveo da Pučki pravobranitelj može podnijeti zahtjev u cilju izvršavanja mandata promicanja i zaštite ljudskih prava i sloboda. Ustav Bosne i Hercegovine, odnosu na Ustave Republike Hrvatske i Republike Srbije, značajno ograničava broj subjekata koji se mogu obratiti Ustavnom sudu za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Tako nije predviđena mogućnost da sam Ustavni sud pokreće postupak, nije omogućeno građanima da pokreću inicijativu, niti je to dozvoljeno Ombudsmenu za ljudska prava. Ovo je važno ne samo sa aspekta zaštite ljudskih prava, već prije svega prevencije kršenja, posebno u slučaju kada je izvor kršenja ljudskih prava sam zakon, odnosno drugi opći akt, koji kako praksa pokazuje često pogađa veći broj građana (Dzumhur, 2016. str. 237).

U Zakonu o ombudsmenu definirano je da: „*Ombudsmen može proslijediti predmete o navodnim povredama ljudskih prava najvišim sudskim organima Bosne i Hercegovine koji su nadležni za pitanja ljudskih prava, u skladu s pravilima koja reguliraju ulaganje žalbe tim organima, kad god ustanovi da je to neophodno za efikasno provođenje svojih dužnosti*“.²²

Cijeneći da je najviši sudski organ nadležan za ljudska prava u Bosni i Hercegovini Ustavni sud BiH, a polazeći od odredbe člana 6. Zakona o ombudsmenu otvara se pitanje značenja postupka prosljeđivanja predmeta o navodnim povredama ljudskih prava Ustavnom sudu BH od strane Ombudsmena BiH, posebno imajući u vidu uslove koji moraju biti zadovoljeni, a koji se odnose na obavezu

²⁰ Odluka: U 58/02 od 27. juna 2003. godine i U 7/10 od 26. novembra 2010. godine

²¹ U Republici Hrvatskoj je to Pravobranitelj za ljudska prava, a u Republici Srbiji Zaštitnik za ljudska prava, a u Bosni i Hercegovini Ombudsmen za ljudska prava.

²² Član 6.

poštivanja pravila koja reguliraju ulaganje žalbe tim organima. Ovo navodi na zaključak da navedena odredba Zakona o ombudsmenu daje ovlaštenje Ombudsmenu samo da proslijedi žalbu Ustavnom sudu, uz obavezu da su ispunjeni svi uslovi iz Pravila postupka Ustavnog suda BiH, uključujući i uslove vezano za prihvatljivost žalbe. Kako ne postoji ustavna odredba koja ovlašćuje Ombudsmena za obraćanje Ustavnom sudu posebno u dijelu koji se odnosi na ocjenu ustavnosti i zakonitosti, te kako Ustavni sud sam donosi svoja Pravila, to se može zaključiti da nije kreirana efikasna pravna osnova koja omogućava razmatranje akata Ombudsmena od strane Ustavnog suda BiH, posebno imajući u vidu da Ustavni sud u svojim Pravilima nije predvidio takvu mogućnost. Posljedica toga je da se Ombudsmen BiH jednako tretira od strane Ustavnog suda BiH kao bilo koji subjekt koji se obraća Ustavnom sudu sa apelacionom žalbom, s tim što Ombudsmen BiH je još dodatno obavezan da osigura saglasnost stranke u čije ime prosljeđuje žalbu. Navedeno u potpunosti ograničava autonomiju Ombudsmena i ima visok stepen uticaja na neovisnost Ombudsmena BiH u izvršavanju njegovog mandata (Dzumhur, 2016. str. 239).

3. Ombudsmeni BiH i sudski postupci

Zakon o ombudsmenu BiH je propisao da su Ombudsmeni nadležni da provode istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilnog procesuiranja individualnih predmeta i da mogu preporučiti odgovarajuće pojedinačne ili opće mjere, bez mješanja u proces odlučivanja sudova. Ombudsmeni mogu pokrenuti sudske postupke ili intervenirati u toku postupka koji se vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti.²³²⁴ Navedena zakonska odredba, dakle daje Ombudsmenima dvije vrste ovlaštenja i to:

- ovlaštenje da sprovede istrage vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilno procesuiranje individualnih predmeta i da preporučiti odgovarajuće pojedinačne ili opće mjere, ali bez mješanja u proces odlučivanja sudova;

- pokretnje sudskih postupaka ili intervenisanje u toku postupka koji se vodi kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti.

Prvo ovlaštenje otvara pitanje definiranja slabog funkcionisanja sudskog sistema. U tom svjetlu sudski sistem, za koji se još koriste termini: sudstvo, pravosudni sistem, podrazumjeva sistem sudova u jednoj državi koji tumače i primjenjuju zakon u ime države i predstavlja mehanizam za rješavanje sporova.

²³ Član 4. Zakona o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine

²⁴ Navedena mogućnost je bila propisana i Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine u odnosu na Ombudsmena Federacije BiH (član 6.1.): Ombudsman ima pravo pokretati postupke pri mjerodavnim sudovima i intervenirati u postupcima koji su u toku.

Prema doktrini o podjeli vlasti, sudski sistem tumači zakon i primjenjuje ga na činjenice svakog slučaja, ali donosi i obično pravo, čime postavlja presedan koji trebaju slijediti drugi sudovi. Sudski sistem je zadužen i za osiguranje ravnopravnosti građana.²⁵

Polazeći od navedene definicije sudskog sistema, njegovo slabo funkcionisanje bi podrazumijevalo neefikasno djelovanje sudova, kada Ombudsmeni imaju pravo da djeluju, ali bez mješanja u proces njihovog odlučivanja. Praksa je pokazala da se upravo na ovu situaciju i odnosi najveći broj žalbi zaprimljenih u Instituciji Ombudsmena u odnosu na sudski sistem. Građani se žale na neefikasnost sudskog sistema koja se manifestira u dugotrajnosti postupka, odgađanju ročišta bez opravdanih razloga, u nekim slučajevima uzrokovanim i dugotrajnim odsustvima sudija po osnovu bolovanja. Žalbe, nadalje, ukazuju na netransparentnost odabira sudskih vještaka ili branioca po službenoj dužnosti, višestruko ukidanje presuda i vraćanje prvostepenom organu na ponovno odlučivanje, iako postoji zakonska mogućnost donošenja odluke u meritumu od strane drugostepenog organa, neizvršavanje sudskih odluka i td. Upravo kroz istragu Ombudsmeni nastoji se utvrditi opravdanost navoda žalbe i shodno tome odlučiti o upućivanju pojedinačne ili opće preporuke sudu ili drugom nadležnom organu, posebno u slučaju ako se radi o općoj mjeri.

Drugo ovlaštenje Ombudsmena koje se odnosi na pokretnije sudskih postupaka ili intervenisanje u toku postupka je mnogo složenije pitanje iz razloga što zahtjeva ispunjavanje uslova da Ombudsmeni ustanove da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njegovih dužnosti. Odredba daje dvije mogućnosti i to: pokretanje sudskog postupka ili intervenisanje u toku sudskog postupka. Upravo prva mogućnost otvara pitanje u kojoj situaciji bi ovakva aktivnost bila neophodna, odnosno na osnovu kojih kriterija i standarda će Ombudsmeni procjenjivati tu neophodnost, te koja je uloga Ombudsmena u tom postupku, tj. da li time Ombudsmen dobiva status stranke u postupku i kako to kolaudira sa procesnim zakonima kojim se uređuju sudski postupci.

Neophodnost pokretanja sudskog postupka od strane Ombudsmena, u principu, treba se vezati za nemogućnost ostvarivanja sudske zaštite u slučajevima kršenja ljudskih prava, jer upravo zaštita ljudskih prava jeste dužnost Ombudsmena. Sa aspekta građanina, postavlja se pitanje da li se može desiti situacija da je građaninu uskraćena mogućnost da ostvari zaštitu svojih ljudskih prava pred sudom, što bi mogao biti razlog za uključivanje Ombudsmena. To istovremeno otvara pitanje primarne uloge Ombudsmena da se on smatra medijatorom u postupku²⁶ osvarivanja ljudskih prava i da je kanal komunikacije između građanina i kršitelja i za očekivat je da Ombudsmen svoju dužnost izvršava, prije svega, korištenjem instrumenata medijacije, a ne iniciranjem sudskih postupaka.

²⁵ U širem kontekstu, u nekim zemljama pravosudni sistem uključuje pravne profesionalce iz javnog sektora i institucije poput tužioca, državnih advokata, ombudsme, notare, sudske policijske službe i službenike za pravnu pomoć.

²⁶ U Francuskoj se Ombudsman zove Mediator Republike.

4. Uloga Ombudsmena u parničnom postupku

Vežano za Zakonom o ombudsmenu propisanu mogućnost intervenisanja u toku sudskog postupka osvrnut ćemo se na zakonska rješenja vežano za ovu mogućnost propisanu parničnim procesnim zakonima.

Do 2003. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine na snazi je bio Zakon o parničnom postupku²⁷ koji je definirao da Ombudsmen Federacije BiH ima pravo se umješati u parnicu koja je u toku kada obnašajući poslove iz svoje nadležnosti nađe da za to ima osnova, a radi zaštite ljudskog dostojanstva, odnosno ostvarivanja prava i sloboda građana zajamčenih Ustavom i instrumentima navedenim u Aneksu Ustava Federacije. Član 189. Zakona o parničnom postupku FBiH:

„Ombudsmen Federacije ima pravo umiješati se u parnicu koja je u toku kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da za to ima osnova, a radi zaštite ljudskog dostojanstva, odnosno ostvarivanja prava i sloboda građana zajamčenih Ustavom i instrumentima navedenim u Aneksu Ustava Federacije.

U slučaju kada se ombudsmen umiješa u parnicu koja teče, ima pravo da u granicama tužbenog zahtjeva predlaže da se utvrde i činjenice koje stranke nisu navele i izvedu dokazi koje stranke nisu predložile.

Svoje sudjelovanje u parnici koja teče između stranaka ombudsmen prijavljuje podneskom sudu, pred kojim se vodi parnica među strankama.

Sud je dužan omogućiti ombudsmenu sudjelovanje u parnici, i pozivati ga na sva ročišta i dostavljati mu sve odluke protiv kojih je dopušten pravni lijek“.

Novi Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine²⁸ koji je stupio na snagu 05.11.2003. godine je navedeni Zakon o parničnom postupku stavio van snage.²⁹ Tekst važećeg zakona ne sadrži eksplicitno odredbu koja daje mogućnost učešća Ombudsmena BiH kao umješača u parnici, a koja je postojala u Zakonu o parničnom postupku Federacije BiH iz 1998. godine. Pitanje učešća trećih lica u važećim zakonu o parničnom postupku Federacije BiH je uređeno na način da osoba koja ima pravni interes u parnici koja teče među drugim osobama može se pridružiti toj stranci, u toku cijelog postupka sve do pravomoćnosti odluke o tužbenom zahtjevu, te u toku postupka nastavljenog podnošenjem vanrednog pravnog lijeka.³⁰ Umješači ili intervenijenti su osobe koje sudjeluju u tuđoj parnici, a priroda odnosa koji ih povezuju sa strankama te priroda interesa

²⁷ „Službene novine FBiH“, br. 42/98 i 3/99.

²⁸ Službene novine FBiH, broj: 53/03, poslije izmjenjen i dopunjen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“, br. 73/05, 19/06 i 98/15

²⁹ Članom 459. Zakona o parničnom postupku propisano je da danom stupanja na snagu ovog Zakona prestaje važiti Zakon o parničnom postupku („Službene novine FBiH“, br. 42/98 i 3/99).

³⁰ Identično rješenje sadrži Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, (član 306 – 309), „Službeni glasnik BiH“ br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16, 34/21. i Zakon o parničnom postupku u Republici Srpskoj (član 369 – 372), „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/2008 - odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009 i 61/2013.

koji se u parnici štite, generira njihovu pravnu situaciju koja ni u kojem slučaju nije jedinstvena.³¹ Svaka stranka može osporiti umješaču pravo da sudjeluje u postupku i predložiti da se umješač odbije. Umješač mora primiti parnicu u onom stanju u kakvom se nalazi u trenutku kad se umiješa u parnicu, te parnične radnje umješača imaju za stranku kojoj se pridružio pravni učinak ako nisu u protivnosti s radnjama stranke.³² Dakle u konkretnom slučaju radi se o običnom umješaču, čija pozicioniranost u postupku je direktno ovisna od stajališta stranaka u parničnom postupku, jer usloženim pravnim odnosima koji podrazumijevaju veći broj stranaka, često postoji pravni interes trećih osoba da se kao intervenijenti uključe u parnicu kako bi svojim procesnim aktivnostima, u granicama koje im dopušta zakon, utjecali na svoju pravnu sudbinu.

Za razliku od običnog umješača, kod umješača sui generis radi se o specifičnim slučajevima u kojima određena tijela u postupcima imaju neke posebne ovlasti koje ih razlikuju od običnih umješača s jedne i umješača s položajem jedinstvenih suparničara s druge strane. Upravo, zakonsko rješenje u Zakonu o parničnom postupku Federacij BiH koje je bilo na snazi do 2003. godine predviđalo je mogućnost da Ombudsmen bude sui generis umješač. Od takvih rješenja se odustalo i u nekim drugim pravnim sistemima. Tako je u Republici Hrvatskoj, u Zakonu o parničnom postupku do 2003. godine bilo predviđeno sudjelovanje državnog odvjetnika u svojstvu umješača sui generis, ali je taj institut napušten jer se navodno nije potvrdio u praksi.

Ipak, zakonodavac u Bosni i Hercegovini je prepoznao važnost Ombudsmena u sudskom postupku, posebno u slučajevima diskriminacije, što je rezultiralo izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije³³ kojim je osigurano da u slučaju kada sud razmatra predmet o kojem je Institucija ombudsmena već donijela preporuku, koju stranka u postupku koristi kao dokaz, sud je dužan u skladu s pravilima postupka razmotriti preporuke ombudsmena.³⁴ Upravo ovo je način na koji treba osigurati uključenost Ombudsmena u sudskom postupku jer je u duhu Pariških principa, ali i drugih međunarodnih standarda.

5. Uloga Ombudsmena u upravnom sporu

Zakonodavstvo koje uređuje upravne sporove u Bosni i Hercegovini propisuje mogućnost da Ombudsmen pokrene i interveniše u upravnim sporovima, sa izuzetkom Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske (ZUS RS)³⁵. Tako u

³¹ Ivan Turčić, mag. Iur. Položaj i uloga običnog umješača u parnici, <https://hrcak.srce.hr/file/14439>

³² Član 371. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH.

³³ Zakon o zabrani diskriminacije, "Službeni glasnik BiH", br. 59/09, 66/16.

³⁴ Član 15. stav 9.

³⁵ Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, Sl.glasnik BiH, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10; Zakon o upravnim sporu Federacije BiH Sl. novine Federacije BiH, br. 9/05; Zakon u upravnom sporu Republike Srpske, Sl. glasnik RS, br. 109/05 i 63/11 i Zakon o upravnom sporu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik Brčko distrikt BiH, br. 04/00 i 01/01.

Zakonu o upravnim sporovima BiH (ZUS BiH), Zakonu o upravnim sporovima Federacije BiH (ZUS FBiH) i Zakonu o upravnim sporovima Brčko distrikta BiH (ZUS BDBiH) propisano je da upravni spor može pokrenuti i Ombudsmen, a i intervenirati u postupku koji je u toku kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je konačnim upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, prava i slobode građana zagarantovani Ustavom i instrumentima navedenim u Aneksu I. Ustava Bosne i Hercegovine³⁶.

Pitanje korištenja pravnih lijekova u upravnim sporovima od strane Ombudsmena nije riješeno jedinstveno u Bosni i Hercegovini. Tako, ZUS BiH daje mogućnost da ponavljanje postupka i zahtjev za preispitivanje sudske odluke može podnijeti i Ombudsmen za BiH, samo ako je učestvovao u postupku upravnog spora ili kada u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom i instrumentima Aneksa Ustava Bosne i Hercegovine.³⁷ Ograničenje u korištenju pravnih lijekova u upravnim sporovima vezano za predhodno učešće Ombudsmena u postupku upravnog spora nije predviđeno ZUS FBiH. Mogućnost korištenja pravnih lijekova u upravnim sporovima od strane Ombudsmena nije predviđena u ZUS BD BiH³⁸.

ZUS FBiH jedini sadrži i mogućnost pokretanja sudskog postupka radi zaštite ljudskih prava i sloboda koja su povrijeđena konačnim upravnim aktom ili nezakonitom radnjom određenih subjekata.³⁹

6. Zaključak

Vladavina prava, što uključuje i poštivanje ljudskih prava počiva na principu mirnog rješavanja sporova, korištenjem dijaloga i snage argumenata, dok sudski postupci treba da budu izuzetak, kada se iscrpe svi drugi demokratski instrumenti. Stoga, intencija svakog društva je da smanji broj sudskih postupaka, te da se jačaju mehanizmi mirnog rješavanja spora. Ovo je posebno značajano za post-konfliktna i post-tranzicijska društva, s obzirom da okolnosti sukoba i/ili tranzicije često izazivaju veliki broj sporova između različitih subjekata. U tom svjetlu su i intervencije u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Tako član 20a Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine⁴⁰ propisuje da osoba koje namjerava Sudu BiH podnijeti tužbu protiv Bosne i Hercegovine može prije pod-

³⁶ Član 2. stav 7. Zakona o upravnom sporu Bosne i Hercegovine, , član 2 stav 5. Zakona o upravnim sporovima Federacije BiH, i član 2. stav 3. Zakona o upravnim sporovima Brčko Distrikt BiH,

³⁷ Član 60.

³⁸ Član 65., a u vezi sa članom 60., 63. i 56. ZUS FBiH

³⁹ 24 Čl. 65 ZUS FBiH (bilj. 2).

⁴⁰ Zakon o parničnom postupku pred sudom Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16)

nošenja tužbe obratiti se zahtjevom za mirno rješavanje spora Pravobranilaštvu BiH. Ovaj zahtjev mora sadržavati sve ono što mora sadržavati tužba.

Ipak, postoje situacije kada se određenim institucijama daju generalna ovlaštenja za određene radnje u cilju zaštite neograničenog broja građana, ili određene društvene vrijednosti, dakle kada govorimo o zaštiti de-personaliziranog opšteg interesa, koji nema svog konkretnog titulara, već se radi o interesu cijelog društva.⁴¹ Iz ovog se može izvući zaključak da je dobro da Zakon o ombudsmenu daje Ombudsmenima BiH najširi mogući mandat, uključujući i iniciranje sudskih postupaka i da Ombudsmeni u svakom pojedinačnom slučaju trebaju da procjenjuju neophodnost korištenja ove mogućnosti u procesu izvršavanja svoje nadležnosti, posebno ako je ostvarivanje prava moguće ostvariti mirnim putem. Nažalost, nedovoljna koordinacija u kreiranju zakonodavnog okvira u Bosni i Hercegovini stvorila je različita zakonska rješenja čime nije stvoren jednak nivo zaštite građana u Bosni i Hercegovini pred zakonom, ali i u sudskom postupku.

Ipak, pri operacionalizaciji korištenja ovlaštenja koja Ombudsmeni BiH imaju u sudskim postupcima uvijek se moraju imati u vidu Pariški principi koji uređuju djelovanje nacionalnih institucija ljudskih prava. To podrazumjeva da uloga Ombudsmena, prije svega, treba da bude usmjerena na jačanje efikasnosti sudskog sistema, bez mješanja u proces odlučivanja. U ovom procesu Ombudsmeni trebaju da osiguraju maksimalnu institucionalnu neutralnost. Upravo ovo je moguće ostvariti kroz instrumente koje imaju Ombudsmeni kao što je podnošenje *amicus curiae* ili donopšenje preporuka ili specijalnih izvještaja. Ovim intervencijama Ombudsmeni imaju mogućnost da strankama, ali i tijelu odlučivanja daju ekspertne observacije u konkretnom predmetu spora, zasnovane na međunarodnim standardima ljudskih prava i sudskoj praksi. Korištenje *amicus curiae* je i način da Ombudsmeni izvršavanju i drugi dio svog mandata, a koji se odnosi na promociju, posebno kada se govori o direktnoj primjeni međunarodnih standarda u sudskim postupcima, gdje postoji izražen problem.

Dakle, učešće Ombudsmena u sudskim postupcima kroz njihovo iniciranje ili uključivanje na strani jedne od stranaka, te korištenje pravnih lijekova, treba da bude izuzetak, s obzirom na mehanizme kojim Ombudsmeni mogu izraziti svoje stajalište i koji se mogu koristiti u sudskim postupcima kao što su *amicus curiae* observacije, preporuke, specijalni izvještaji i sl. Izuzetno, ovo direktno učešće u sudskim postupcima može se opravdati potrebom stvaranja nove sudske prakse, a shodno obavezi osiguranja primjene međunarodnih standarda, ukoliko domaće zakonodavstvo nije usklađeno s tim standardima ili da predmet sudskog postupka se reflektira na veći broj građana, posebno ukoliko se radi u ugroženim kategorijama. Naravno, za svako šire uključivanje Ombudsmena u sudske postupke nužno je osigurati i dodatne kapacitete ovoj instituciji.

⁴¹ Npr. uloga centara za socijalni rad u pokretanju postupka radi poništenja braka ili postupak radi utvrđivanja da brak postoji ili da ne postoji.

Bibliografija

1. Dzumhur, J., (2016) „*Efikasnost primjene mehanizama Ujedinjenih nacija u zaštiti ljudskih prava u Bosni i Hercegovini*“, Doktoriski rad. Mostar: Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Pravni fakultet
2. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj: U 58/02 od 27. juna 2003. godine;
3. Odluka Ustavnog suda BiH, broj: U 7/10 od 26. novembra 2010. godine
4. Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini ili Daytonski sporazum, <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2018/01/Daytonski-sporazum-1995.pdf>
5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Prečišćeni tekst, „Sl. glasnik BiH“, broj:94/14.
6. Turčić, I., „*Položaj i uloga običnog umješača u parnici*“, <https://hrcak.srce.hr/file/14439>
7. Ustav Bosne i Hercegovine, www.ccbh.ba/public/.../USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos
8. Vašingtonski sporazum, <https://www.pfsa.unsa.ba/pf/wp-content/uploads/2018/01/Washingtonski-sporazum-1994.pdf>
9. Zakon o načinu prestanka funkcioniranja Institucije Ombudsmena Federacije Bosne i Hercegovine u prijelaznom razdoblju i prijenosu njenih mjerodavnosti na instituciju ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, “Sl. novine FBiH”, br. 51 od 01 avgusta 2007)
10. Zakon o ombudsmenu za ljudskih prava Bosne i Hercegovine, „Sl. glasnik Bosne i Hecegovine“, br. 32/00, 19/02, 35/04 i 32/06);
11. Zakona o Ombudsmanu Republike Srpske – zaštitniku ljudskih prava („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 4/00 i 49/04),
12. Zakon o parničnom postupku FBiH, “Službene novine FBiH”, br. 42/98 i 3/99;
13. Zakon o parničnom postupku FBiH, „Službene novine FBiH“, broj: 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15;
14. Zakon o parničnom postupku pred Sudom BiH, „Službeni glasnik BiH“ br. 36/04, 84/07, 58/13, 94/16 i 34/21;
15. Zakon o parničnom postupku u Republici Srpskoj, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/2008 - odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009 i 61/2013;
16. Zakon o prestanku važenja Zakona o ombudsmanu Republike Srpske – zaštitniku ljudskih prava, “*Sl. glasniku RS*”, br. 118 od 31. decembra 2009. godine;
17. Zakon o slobodi pristupa informacijama Bosne i Hercegovine, „Sl. glasnik BiH“, br. 28/00, 45/06,102/09 i 62/1,;
18. Zakon o slobodi pristupa informacijama Federacije BiH, „Sl. novine FBiH“, br. 32/01, 48/11;

19. Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske, „Sl. glasnik RS“, br.20/2001.
20. Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, Sl.glasnik BiH, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10;
21. Zakon o upravnim sporovima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik Brčko distrikt BiH, br. 04/00 i 01/01. Zakon o upravnom sporu Federacije BiH Sl. novine Federacije BiH, br. 9/05;
22. Zakon u upravnim sporovima Republike Srpske, Sl. glasnik RS, br. 109/05 i 63/11
23. Zakon o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH", br. 59/09, 66/16.

Jasminka Dzumhur Ph.D.,

Ombudsman for human rights of Bosnia and Herzegovina

THE ROLE OF THE OMBUDSMAN FOR HUMAN RIGHTS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA IN COURT PROCEEDINGS

Summary: The Principles relating to the Status of National Institutions (Paris Principles), adopted by UN GA resolution 48/134 on 20 December 1993, constitute the framework for the establishment and operations of state institutions for the promotion and protection of human rights. With a view to discharging its basic function, the state institution shall be given as broad a mandate as possible, which shall be clearly set forth in a constitutional or legislative text. The Paris Principles also establish the standard for seeking an amicable settlement in exercising human rights through mediation and reconciliation. This approach opens the question of the role of national institutions in court proceedings used when a dispute concerning the exercise of rights could not have been resolved otherwise. The Institution of Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina is a national institution for the protection and promotion of human rights, established by Annex VI of the Dayton Peace Accord, which complies with the Prohibition of Discrimination Act, and it is the central institution for the protection against discrimination. This paper is aimed at presenting certain aspects and options for IHROBiH actions in court proceedings.

Key words: Paris Principles, national human rights institution, protection, court proceedings

Dr. sc. Amela Čolić, redovna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

Mr. sc. Adnan Šehić, viši asistent

Pravni Fakultet Univerziteta u Bihaću

Pravni saradnik u Udruženju “Vaša prava BiH”, Ured u Bihaću

LJUDSKA PRAVA IZBJEGLICA I TRAŽITELJA AZILA PRED IZAZOVIMA STVARNOSTI

Sažetak: Međunarodna pravna zaštita ili azil jedan je od važnih segmenata međunarodnog prava, a samim time možemo reći i važan instrument zaštite osnovnih ljudskih prava, kao što je pravo na život, slobodu vjeroispovijesti, političkog opredjeljenja, pravo na izražavanje ličnog mišljenja i etničke pripadnosti, te drugih ljudskih prava koje određuju čovjeka kao razumno biće. Ovo pravo zagarantovano je kako međunarodnim pravnim propisima, tako i propisima mnogih država, a samim time i Bosne i Hercegovine. Izbjeglice i tražitelji azila su kategorija ljudi koji su već pretrpjeli kršenje osnovnih ljudskih prava u zemlji porijekla i čiji je život bio ugrožen usljed djelovanja kako državnih, tako i nedržavnih faktora. Predmet razmatranja ovog rada bi bila ljudska prava izbjeglica i tražitelja azila, prije svega kako u domenu mogućnosti pristupa pravu na azil, tako i u samom postupku traženja međunarodne zaštite, a na kraju i u momentu kada je licima priznat status izbjeglice. Rezultat rada je razjašnjavanje povezanosti omogućavanja pristupa sistemu azila, poštivajući osnovne međunarodne i evropske standarde zaštite uz upravljanje migracijama na cijelom državnom teritoriju Bosne i Hercegovine.

Ključni pojmovi: Azil, tražitelj azila, izbjeglica, *non - refoulement*, prioritarno postupanje, ranjive kategorije, zemlja porijekla, supsidijarna zaštita, maloljetnik bez pratnje, političko mišljenje

1. UVOD

Na samom uvodu potrebno je precizirati pojam izbjeglice kao osobe koja se zbog opravdanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj skupini, ili svog političkog mišljenja nađe izvan zemlje svog državljanstva, a koja se ne može ili zbog straha ne želi staviti pod zaštitu te zemlje.¹ Zakon o azilu BiH izbjeglicu definira kao stranca ili lice bez državljanstva kojem je Ministarstvo sigurnosti BiH priznalo izbjeglički status u

¹ Član 1. A (2) Definicija pojma Izbjeglica prema Konvenciji o statusu izbjeglica iz 1951.

skladu sa Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951. godine i Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine i ovim zakonom.² Konvencija koja reguliše posebne aspekte izbjeglica u Africi (OAU Organisation of African Unity) iz 1969. definiše izbjeglicu kao svaku osobu koja zbog osnovanog straha od progona zbog rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi, ili političkom mišljenju je izvan njegove zemlje nacionalnosti i nije u mogućnosti, ili zbog takvog straha ne želi da koristi zaštitu te zemlje ili ko nema državljanstvo i nalazi se van zemlje svog uobičajenog ranijeg boravišta, te zbog takvih događaja ili zbog takvog straha nije voljan da mu se vrati. Prema ovoj Konvenciji pojam izbjeglice će se također primjeniti na osobu koja je zbog vanjske agresije, okupacije, strane dominacije ili događaja koji ozbiljno narušavaju javni red u bilo kojem dijelu ili u cijeloj zemlji porijekla ili državljanstva, prinuđena da napusti svoje uobičajeno mjesto boravka kako bi tražila utočište u drugom mjestu izvan svoje zemlje porijekla ili državljanstva. Ova Konvencija je donesena pozivajući se na rezolucije 26. i 104. skupština šefova država i OAU Vlada, pozivajući države članice Organizacije koje to već nisu učinile da pristupe Konvenciji Ujedinjenih nacija iz 1951. i Protokolu iz 1967. koji se odnosi na status izbjeglica, a da u međuvremenu primjenjuju svoje odredbe na izbjeglice u Africi. Ova Konvencija se pokazala kao jedan od najvećih fleksibilnih i inovativnih pravnih instrumenata za izbjeglice. Definicija izbjeglice iz OAU Konvencije je prevazišla okvire užeg opsega definicije izbjeglice iz 1951. međutim malo pažnje se posvetilo analizi definicije izbjeglice prema ovoj Konvenciji. Neki je čak smatraju preširokom definicijom.³ Bez obzira koju od definicija da uzmemo u obzir, možemo zaključiti da su izbjeglice osobe koje su izložene progону i kršenju osnovnih ljudskih prava i to: pravo na život, slobodu, vjeroispovjesti, političko mišljenje i opredjeljenje, nacionalnost, slobodu izražavanja mišljenja, rasu ili pripadnost određenoj društvenoj grupi.

Definicija izbjeglice dovodi nas do slijedećih pojmova: osnovan strah od progona, teret dokazivanja, uticaj ilegalnog ulaska i boravka u zemlji traženja azila i uticaj daljeg kretanja ili *onward movements* tražitelja azila.

2. INTERPRETACIJA IZRAZA OSNOVANI STRAH OD PROGONA PREMA ČLANU 1A (2) KONVENCIJE O STATUSU IZBJEGLICA IZ 1951. I ČLANU 1 (2) PROTOKOLA IZ 1967.

Izraz *Osnovan strah od progona* je ključni izraz u definiciji pojma izbjeglice. Obuhvata dva elementa definicije izbjeglice: osnovan strah i progon. Odstupajući od ranijih metoda definiranja izbjeglice po kategorijama, Konvencija iz 1951. je

² Član 2 e) Zakona o azilu BiH (Sl.glasnik BiH, broj: 11/6 i 16/16)

³ Visoki komesarijat UN-a za izbjeglice UNHCR, (2005), Proširivanje granica ili sužavanje djelokruga? Dekonstrukcija definicije izbjeglice OAU 30 godina kasnije, ISSN 1020-7473, dostupno na: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4ff168782&skip=0&query=refugee%20definition>, (datum posljednjeg pristupa 22.10.2022.)

predstavila generalni koncept *straha* prilikom definisanja ko je izbjeglica. Iako je strah subjektivna emocija, u cilju određivanja izbjegličkog statusa mora biti utemeljen odnosno imati objektivnu osnovu. Prema tome, izraz *osnovan strah* sadrži subjektivni element, predstavljen stanjem duha podnosioca zahtjeva za azil, te se uglavnom vrednuje na osnovu izjave podnosioca, ali se uzima u obzir i objektivni element koji treba da bude procjenjen na osnovu situacije u zemlji porijekla izbjeglice ili tražioca azila.⁴ Koncept *progona*, kako je ranije predviđeno od strane samih stvaraoca Konvencije iz 1951. Osmišljen je da dozvoli dovoljan stepen fleksibilnosti kako bi se omogućila zaštita onima kojima je potrebna. Prema Priručniku UNHCR-a o procedurama i kriterijumima za određivanje statusa izbjeglice iz 1979., utvrđeno je opće shvatanje da progon u svakom slučaju obuhvata ozbiljna kršenja ljudskih prava. Ovim Priručnikom se također pojašnjava da se diskriminacija svodi na progon ukoliko dovodi do posljedica suštinski štetne prirode za dotičnu osobu, uključujući ozbiljna ograničenja prava da zarađuje za život, prava da praktikuje religiju, ili prava na pristup obrazovanju.

Koliko dokaza je potrebno da se utvrdi osnovan strah od progona, te koji je standard dokazivanja? U skladu sa općim načelima pravnog dokazivanja, teret dokazivanja je na podnosiocu zahtjeva za azil, odnosno tražiocu azila. Teret dokazivanja iskazuje se pružanjem istinitog prikaza porijekla tražioca azila i ličnih iskustava koja su izazvala strah od progona. Međutim, zbog posebno ranjivog položaja tražioca azila ili izbjeglice odgovornost da utvrdi i ocijeni dokaze, proteže se i na donosioca odluke po zahtjevu za azil. U smislu zahtjeva za azil, termin *standard dokaza* znači i prag koji podnosilac zahtjeva za azil mora dosegnuti prilikom uvjeravanja donosioca odluke u istinitost njegovih tvrdnji. Na osnovu Priručnika UNHCR-a o procedurama i kriterijumima za određivanje statusa izbjeglice iz 1979, strah podnosioca zahtjeva za azil treba smatrati osnovanim ukoliko on do razumnog stepena može utvrditi da je njegov dalji boravak u zemlji porijekla postao nepodnošljiv.⁵

Da li se od podnosioca zahtjeva traži da dokaže stvarne, individualne i konkretne okolnosti za utvrđivanje osnovanog straha od progona? Definicija izbjeglice prema Konvenciji iz 1951. godine bazirana je na budućnosti kad je u pitanju osnovan strah od progona i ne zahtjeva isključivo progon u prošlosti, iako je progon u prošlosti snažan pokazatelj utemeljenosti kontinuiranog straha. Međunarodna zaštita izbjeglica je po svojoj prirodi preventivne svrhe, te se stoga ne mora čekati da se progon desi ili otkrije prije nego što osoba može zatražiti status izbjeglice. Prema tome, u Priručniku UNHCR-a o procedurama i kriterijumima za određivanje

⁴ Visoki komesarijat UN-a za izbjeglice, (2004), Savjetodavno mišljenje UNHCR-a o tumačenju definicije izbjeglice, dostupno na: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4551c0374&skip=0&query=refugee%20definition>, (datum posljednjeg pristupa 22.10.2022.)

⁵ Paragraf 42. Priručnika UNHCR-a o procedurama i kriterijumima za određivanje statusa izbjeglica iz 1979, detaljnije u: Živjeti u Europi - Azil: Temeljni propisi UNHCR-a u postupku azila, Izdavač UNHCR Predstavništvo u R Hrvatskoj, str. 29.

statusa izbjeglice iz 1979. navodi se da: “Strah podnosioca bi se trebao smatrati osnovanim, ukoliko podnositelj zahtjeva za azil može utvrditi da bi njegov kontinuirani boravak u zemlji porijekla za njega bio nepodnošljiv iz razloga navedenih u definiciji izbjeglice ili bi iz istih razloga za njega bilo nepodnošljivo da se vratio u zemlju porijekla”.⁶ Također se ne zahtjeva da je osoba individualno ili lično bila izložena progonu, već je dovoljno u smislu izbjeglice da osoba dokaže da je osoba ili osobe u istim ili sličnim okolnostima izložene progonu.

Da li ilegalan ulazak u zemlju traženja azila u svrhu sticanja prihoda ima utjecaja na procjenu zahtjeva za azil? Ukoliko je ilegalan ulazak u zemlju traženja azila ostvaren krijumčarenjem, da li to ima utjecaja na procjenu zahtjeva za azil? Države potpisnice Konvencije iz 1951. godine saglasne su da će izbjeglice vrlo često imati opravdan razlog za ilegalni ulazak u zemlju traženja azila. Član 31. citirane Konvencije predviđa izuzeće od sankcionisanja za izbjeglice koje ulaze ili se nalaze u zemlji traženja azila neovlašteno, pod uvjetom da ispunjavaju određene uslove. Načelo izuzeća od sankcionisanja potvrđeno je u nacionalnim zakonodavstvima i u sudskoj praksi svih zemalja članica Konvencije. Nezakonit ulazak ili boravak tražitelja azila u zemlji traženja azila obično nema nikakvog uticaja na osnovanost njegovog zahtjeva za status izbjeglice. Svrha postupka azila je da se procjeni i utvrdi da li postoji razumna mogućnost da će podnositelj zahtjeva za azil biti predmet progona u slučaju da se vrati u svoju zemlju porijekla. Postojanje *osnovanog straha od progona* ne zavisi od zakonitog ili nezakonitog karaktera ulaska u zemlju traženja azila i da li je ulazak bio olakšan uz pomoć krijumčara. Uskraćivanje zakonitog putovanja ili putnih dokumenata od strane zemlje porijekla, primoravajući tražioca azila da ilegalno putuje, može biti jedan od indikatora rizika od progona.⁷

Razumijevanje razloga napuštanja zemlje porijekla! Zašto neko postaje izbjeglica ili tražitelj azila? Neophodno je, prije svega, razumjeti i sagledati prilike u zemljama porijekla izbjeglica koji su napustili svoju zemlju. U skladu s tim mogu se identificirati neki od najčešćih uzroka, ali i neki od specifičnih uzroka za pojedine zemlje porijekla ljudi u pokretu. Nameće se logičko pitanje: Zašto izbjeglice bježe? Šta je to što čovjeka natjera da napusti svoj dom i porodicu i utočište potraži u inostranstvu? Proganjanje ili progon, koje može uključivati torturu, uznemiravanje, seksualno nasilje, proizvoljni ili produženi pritvor, ostala teška kršenja ljudskih prava ili prijetnje, ograničavanje slobode ili položaj ropstva, arbitrarno pritvaranje i surove i nehumane kazne, prijetnja po život, uskraćivanje slobode kretanja. Do proganjanja može doći u vremenima mira, ili može izbiti tokom sukoba, bilo unutrašnjeg ili međunarodnog. Generalno govoreći, progonitelj je neko ko je povezan sa vladajućim strukturama, mada u izvjesnim situacijama

⁶ Ibid

⁷ Visoki komesar UN-a za izbjeglice, (2004) Savjetodavno mišljenje UNHCR-a o tumačenju definicije izbjeglice, dostupno na: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4551c0374&skip=0&query=refugee%20definition>, (datum posljednjeg pristupa 22.10.2022.)

progonitelj može biti i neki nedržavni agent kao što su grupe pobunjenika, nedržavne grupe ili pojedinci koji su članovi neke grupacije, te samim time koriste svoj autoritet ili autoritet grupacije da bi vršili progon. Do masovnog raseljavanja obično dolazi tamo gdje postoji progon velikih razmjera, naprimjer kada civili određenog etničkog porijekla postanu ciljane žrtve prilikom nametanja restrikcija secesionističkim pokretima ili političkim opozicijama ili tamo gdje postoji neselektivno, sveopće nasilje. Nikada ne treba podcijenivati ni traumu bjekstva. Osoba koja razmišlja o tome da napusti svoj dom mora procijeniti rizike bjekstva, popraćene fizičkim opasnostima i mogućom teškom kaznom u slučaju da bude uhvaćen, nasuprot terora koji ga možda očekuje ukoliko ne pokuša da pobjegne. Osjećanje krivice i straha često razdiru onog koji je primoran da iza sebe ostavi članove porodice i bliske prijatelje. A onda je i putovanje, samo po sebi, praćeno nesigurnošću. Čovjek koji bježi, obično ne može napustiti zemlju uobičajenim prelaskom granice iz straha da će ga vlasti razotkriti. Umjesto toga, osoba pribjegava putovanju preko teških i opasnih terena odnosno korištenju tajnih transportnih sredstava. U tim slučajevima pojedinci mogu predstavljati podložno tlo za eksploataciju od strane beskrupuloznih ljudi koji nastoje ostvariti profit koristeći njihovu tešku situaciju i očaj.

Djeca bez pratnje koja napuste svoju zemlju ne samo da se suočavaju sa fizičkim opasnostima, nego moraju pronaći hranu i vodu, te sklonište. Izlažu se rizicima da budu zloupotrijebljeni od strane nepoznatih osoba, kao što su vojne skupine koje ih nastoje silom regrutovati. Žene također mogu biti naročito izložene riziku tokom bjekstva, posebno ako su izgubile tradicionalnu zaštitu koju im obezbjeđuje prisustvo muških srodnika. Također u pojedinim zemljama porijekla položaj žene može biti takav da je izložena opasnosti od prisilne udaje, nasilja, kako psihičkog, fizičkog, tako i seksualnog, te podvrgnuta lošem tretmanu običajnih normi, koje ženama ograničavaju slobodu i dovode u teško podređen položaj bez mogućnosti da traže zaštitu od države ili članova porodice, jer su ponekad nažalost i članovi porodice učinioci progona i kršenja osnovnih ljudskih prava.

Dok su izbjeglice primorane napustiti svoju zemlju zbog straha od progona ili kršenja ljudskih prava, neke kategorije stranaca napuštaju svoju zemlju porijekla iz drugih razloga, kao što je siromaštvo i teške ekonomske i porodične prilike. Jedan od elemenata koji treba sagledati su svakako i kulturološke prilike u pojedinim državama. Kao što znamo svaka država ima različite kulture i običaje, neke od tih običaja i kultura su čak i zakonom uspostavljene i sublimirane u nacionalne propise, a neke od njih se praktikuju u vidu neformalnih normi, koje nisu zakonom države propisane, ali se primjenjuju u smislu običajnih moralnih i religijskih normi. Ono što je u pojedinim državama shvaćeno kao dopušteno ponašanje, u drugim državama može imati značajne posljedice i u velikoj mjeri utjecati na život osobe koja živi u nekoj zemlji. Političke prilike su također bitan uzrok napuštanja zemlje porijekla, jer u pojedinim zemljama političke promjene i promjene same ličnosti koja predstavlja vlast u državi, može uzrokovati i velike promjene u shvatanju i primjeni određenih moralnih, religijskih i zakonskih normi. Primjer

toga su pojedine zemlje u kojima određeni religijski predstavnici postanu i nosioci svjetovne vlasti. Kad su u pitanju religijski uzroci to u velikoj mjeri ovisi od stepena tolerancije religijske raznolikosti u pojedinim državama i tolerancije većinskih religijskih grupacija prema pripadnicima religija koje prema broju pripadnika čine manjinu u državi. Postojanje i pripadnost različitim društvenim i političkim grupama, te položaj tih društvenih grupa u odnosu na državnu vlast i odnos vlasti prema istim. Financijske prilike u zemlji često mogu biti uzrok migracija i značajno utjecati na kretanje ljudi u svrhu ostvarenja boljih životnih uslova, zaposlenja, poboljšanja ličnih ekonomskih prilika. Uzroci migracija i kretanja ljudi su bitni prije svega da bi se mogle predvidjeti određene pojave i eventualno pripremiti državnu strukturu za takve pojave u slučaju priliva većeg broja stranaca, izbjeglica i migranata u državu. Poznavanje uzroka migracija je također bitno i u slučaju zakonskog i statusnog tretiranja stranaca, prije svega u slučaju traženja međunarodne zaštite, gdje su uzroci napuštanja zemlje porijekla ključan faktor u razmatranju prava na međunarodnu zaštitu – azil. Uzroke migracija možemo posmatrati sa aspekta motiva napuštanja zemlje porijekla kako u *objektivnom*, tako i u *subjektivnom* smislu. Drugim riječima, lice može napustiti zemlju porijekla zbog generalnog stanja u zemlji porijekla, zbog nasilja i represije od strane države ili nedržavnih faktora, te nemogućnosti države da pruži zaštitu građanima u tim okolnostima, kako zbog slabljenja suvereniteta, tako i zbog korupcije državnih organa, ratnih okolnosti, ekonomske destabilizacije države.⁸ Kada posmatramo uzroke migracija u subjektivnom smislu, posmatramo sa aspekta ličnih prilika i položaja osobe koja je napustila svoju zemlju, ličnog straha od progona, kršenja ljudskih prava, ličnih ekonomskih prilika, političkog opredjeljenja, pripadnosti određenoj društvenoj grupi, seksualnom opredjeljenju ili drugim ličnim okolnostima.

3. PRAVA IZBJEGLICA U ZEMLJAMA TRAŽENJA AZILA

Tražioc azila i izbjeglice imaju pravo na sva prava i osnovne slobode koje su navedene u međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima. Zaštita izbjeglica se stoga mora posmatrati u širem kontekstu zaštite ljudskih prava. Posmatranje suštinske veze između ljudskih prava i izbjeglica iziskuje nekoliko ključnih pitanja. Prije svega, postavlja se pitanje: Ko je izbjeglica i koja su njegova prava? Koja su prava onih tražitelja azila koji se ne kvalificiraju kao izbjeglice u skladu sa Konvencijom iz 1951. i Protokolom iz 1967. godine? Kako se mogu i moraju razlikovati izbjeglice od ekonomskih migranata? Može li međunarodna zajednica uskratiti zaštitu onima koji tvrde da ne dobijaju zaštitu iz svoje zemlje porijekla? Nadalje, kakva je zapravo veza između kršenja ljudskih prava i kretanja izbjeglica? U kojoj su mjeri ta kršenja ljudskih prava uzroci masovnih egzodusa? Na koji način mogu biti prava izbjeglica prekršena u procesu traženja azila u zemljama

⁸ UNHCR, Uvod u međunarodnu zaštitu, 01. januar 2005. godine

domaćinima? Na kraju, može se postaviti pitanje kakav je odnos između repatrijacije i ljudskih prava? Može li repatrijacija zaista biti dobrovoljna ukoliko zemlja porijekla nije u stanju ili ne želi da garantuje poštovanje građanskih, političkih ili ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava svojih građana!

Sadašnji koncept međunarodne zaštite razvijao se postepeno i danas obuhvata niz institucionalno-pravnih rješenja. Prepoznavanje i priznavanje izbjeglica, te traženje trajnih rješenja za njihove probleme su dvije glavne funkcije Visokog komesarijata za izbjeglice. U praktičnom smislu zadatak međunarodne zaštite uključuje slijedeće: spriječavanje protjerivanja, pomoć u procesuiranju tražitelja azila, pružanje pravnih savjeta i pomoći, promoviranje rješenja za fizičku sigurnost izbjeglica, pomoć izbjeglicama u preseljenju u drugu zemlju, posebno onih koji su u potrebi za preseljenjem u drugu zemlju.⁹ Mnoga međunarodno priznata prava su direktno primjenjiva i na izbjeglice. Ovo uključuje pravo na život, zaštitu od torture i zlostavljanja, pravo na državljanstvo, pravo na slobodu kretanja, pravo napuštanja bilo koje zemlje, uključujući i vlastitu zemlju, te zabrana prisilnog vraćanja u zemlju. Ova prava primjenjuju se zajedno sa ostalim građanskim, političkim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, prema Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima, te Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, zajedno čineći Međunarodnu povelju o ljudskim pravima. "Niko ne smije biti podvrgnut proizvoljnom hapšenju, pritvaranju ili progonu."¹⁰ "Svako ima pravo da traži azil ili međunarodnu pravnu zaštitu od progona u drugim zemljama."¹¹

Non-refoulement kao centralni element međunarodne zaštite predstavlja pravo da se ne bude prisilno vraćen ili protjeran u državu u kojoj bi mu život ili sloboda bili ugroženi. Načelo *non-refoulement* propisano je članom 33. Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. godine. Isto načelo *non-refoulementa* propisano je i Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja ili kazni, kojom je propisano: "Država potpisnica neće protjerati, vratiti ili izručiti osobu drugoj zemlji u kojoj postoje značajni osnovi vjerovatnoće da osobi prijete opasnost da bude podvrgnuta mučenju."¹² Pored svega, prilikom utvrđivanja postojanja takve vjerovatnoće, nadležni organi će uzeti u obzir sve relevantne faktore, uključujući primjenjivost i postojanje prakse grubih, očitih i masovnih kršenja ljudskih prava.

Masovni egzodusi i izbjeglice - historijski osvrt

Od 1980. godine, Generalna skupština Ujedinjenih nacija i Komisija za ljudska prava fokusirale su se na načine spriječavanja masovnih egzodusa. Komisija

⁹ Član 8. Statuta Ureda Visokog komesarijata UN-a za izbjeglice

¹⁰ Član 9. Opće deklaracija o ljudskim pravima

¹¹ Član 14. Opće deklaracija o ljudskim pravima

¹² Član 3. Konvencije o zabrani mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja ili kazni na snazi od 26.06.1987.

je uključila pitanje ljudskih prava i masovnih egzodusa u svojoj godišnjoj agendi i u nizu rezolucija naglašava povezanost između kršenja ljudskih prava i kretanja izbjeglica. Ova dva međunarodna tijela su kroz različite rezolucije zatražila od Generalnog sekretara za izbjeglice da pripremi izvještaje o Međunarodnoj saradnji o sprječavanju novih tokova izbjeglica, te je imenovan specijalni izvjestitelj za proučavanje pitanja ljudskih prava i masovnih egzodusa. Također je uspostavljena Grupa vladinih eksperata od 17 članova za saradnju u sprječavanju novih tokova izbjeglica. Specijalni izvjestilac je predstavio svoju studiju na 38-oj sjednici Komisije za ljudska prava 1982. godine. Prema ovoj studiji, masovni egzodusi ne uzrokuju samo ljudsko obezvređivanje i bijedu, nego predstavljaju i veliki teret za međunarodnu zajednicu.

Specijalni izvjestilac je istakao mnogostrukost i složenost masovnih egzodusa, te su kršenja ljudskih prava identifikovana kao glavni uzrok masovnih egzodusa.¹³ U studiji se ističe slijedeće: *“Potpuno je jasno da, ukoliko se ne mogu naći načini suprostavljanja direktnim kršenjima ljudskih prava, te ukoliko ne postoji pravičnija raspodjela resursa, veći stepen tolerancije prema svima bez obzira na rasu, vjeru, pripadnost određenoj društvenoj grupi ili političkoj partiji, pravo na zaposlenje, te pravo na slobodu, svijet će nastaviti da živi s problemom masovnog egzodusa.”*

Konačni izvještaj vladinih eksperata je posebno naglasio složenost i uzajamnu povezanost političkih, ekonomskih, društvenih i prirodnih uzroka masovnih egzodusa. U svojim preporukama Grupa eksperata je predložila da Generalna skupština UN-a pozove sve države članice da rade na sprječavanju novih masovnih tokova izbjeglica poštujući načela Povelja o ljudskim pravima, te da ne pribjegavanju nasilnom načinu rješavanja sporova, nego da se sporovi rješavaju mirnim putem, promovisanjem ljudskih prava i suzdržavanjem od stvaranja uslova koji dovode do masovnih egzodusa izbjeglica, međusobnom saradnjom i poštivanjem međunarodnih propisa o tretiranju izbjeglica. Nakon preporuka specijalnog izvjestitelja, Generalni sekretar UN-a je osnovao Ured za istraživanje i prikupljanje informacija (ORCI) od 1987. do 1991. godine. Ured je služio kao centar za preduzimanje aktivnosti preventivnog upozoravanja kako bi se spriječili novi masovni tokovi izbjeglica, praćenje faktora masovnih tokova izbjeglica i priprema planova za moguće odgovore na takve situacije. Takve aktivnosti su važan dio sveobuhvatnih pristupa u sprječavanju masovnih izbjegličkih tokova. Prevencija se bazira na sprječavanju korijena uzroka problema. Fokus se sve više bazirao na ekonomske i političke uslove zemalja porijekla izbjeglica, uključujući unutarnje i vanjske sukobe i kršenja ljudskih prava. Više puta se isticala međuzavisnost ljudskih prava koja uključuju ne samo građanska i politička, nego ekonomska, socijalna i kulturna prava. Poštivanje ovih prava je neophodan uslov za postizanje ljudskog razvoja i očuvanje ljudskog dostojanstva. Pored rada na sprječavanju

¹³ Ured Visokog komesara UN-a za ljudska prava (OHCHR), (1993), Informacija br. 20, Ljudska prava i izbjeglice, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/4794773f0.html>, (datum posljednjeg pristupa 28. oktobra 2022.)

masovnih egzodusa, Komisija za ljudska prava je razmatrala i teško stanje interno raseljenih lica. Također, 1992. godine, imenovan je Predstavnik Generalnog sekretara za prikupljanje informacija o ljudskim pravima interno raseljenih lica, te ispitivanje međunarodnih zakona o ljudskim pravima, humanitarnih izbjegličkih zakona i standarda, te njihovu primjenjivost na interno raseljena lica. Izvještaj o navedenom je predstavljen Komisiji za ljudska prava na 49-oj sjednici 1993. godine. U izvještaju je preporučeno da se uspostavi sveobuhvatan mehanizam međunarodnog sistema suočavanja sa problemima raseljenih lica, te samim time razvijen je sistem upozorenja u svrhu ublažavanja teške situacije raseljenih lica.

Položaj i ranjivost izbjeglica

Ono što je specifično za izbjeglice je činjenica da su to lica koja su potencijalno već bila izložena kršenju osnovnih ljudskih prava u zemlji porijekla, progonu, te imaju strah od povratka u zemlju porijekla, što ustvari i determinira njihov status izbjeglice. Lica u takvom položaju su bila prinuđena napustiti svoju zemlju porijekla, jer su izložena progonu ili od same državne organizacije, ili od nedržavnih aktera ili grupacija koji su povezani ili nisu povezani sa državnom organizacijom, ali u svakom slučaju lica ne žele ili se ne mogu staviti pod zaštitu države. Razlog tome može biti i da je stanje u državi takvo da država nema punu kontrolu i suverenitet unutar državnih granica ili je i opstanak državne vlasti doveden u pitanje. Položaj osobe kojoj je pravo na slobodu i život dovedeno u pitanje zbog prakticanja drugog ljudskog prava, kao što je pravo na religiju, političko mišljenje ili opredjeljenje, pripadnost određenoj društvenoj grupi, što zbog vlastitog mišljenja i nahoda, što zbog urođenih svojstava, kao što je boja kože ili fizionomija tijela, takav je da se osoba nalazi u bezizlaznoj situaciji i prinuđena je, napustiti svoju zemlju, dom, porodicu. Sama činjenica da su izbjeglice napustile svoju zemlju zbog ovih razloga, čini ih ranjivim i izloženim mogućnošću daljeg kršenja ljudskih prava, kako u tranzitu ili putu, tako i u zemlji traženja azila. Često lica nisu u stanju zakonski napustiti svoju zemlju, formalnim prelaskom državne granice, već su prinuđeni koristiti razne načine da napuste zemlju i da se udalje kroz nekoliko drugih zemalja što dalje od svoje zemlje, kako bi izbjegli opasnost. Samim time izbjeglice su ponekad prinuđene koristiti usluge krijumčara, nepoznatih osoba koje koriste takav položaj izbjeglica da bi pribavili vlastitu protuzakonitu korist uz obećanje pružanja pomoći izbjeglicama. Takve situacije izbjeglice izlažu rizicima trgovine ljudima i eksploatacije. Samim time kršenje ljudskih prava izbjeglica se nastavlja i putem do željene zemlje destinacije i traženja azila. Takvom riziku su posebno izložene žene i djeca, ili maloljetnici bez pratnje, koji još uvijek nisu sposobni da samostalno donose pravilne odluke, te su izloženi manipulaciji, nasilju ili čak seksualnoj eksploataciji.¹⁴

¹⁴ Međuamerička komisija za ljudska prava (IACHR), (2015), Ljudska prava migranata, izbjeglica, osoba bez državljanstva, žrtava trgovine ljudima i interno raseljenih lica: Norme i standardi međuameričkog sistema ljudskih prava, dostupno na: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=5821c778b&skip=0&query=human%20trafficking>, (datum posljednjeg pregleda 10.11.2022.)

Evropski parlament i Vijeće Evrope su 5. aprila 2011. godine usvojili Direktivu Evropske unije 2011/36/EU o spriječavanju i borbi protiv trgovine ljudima i zaštiti njenih žrtava i postavljanje minimalnih standarda za države članice EU. Šest agencija Ujedinjenih nacija (UN): Ured UN-a za droge i kriminal (UNODC), Ured visokog komesara UN-a za ljudska prava (OHCHR), Visoki komesar UN-a za izbjeglice (UNHCR), UN-ov dječiji fond (UNICEF), Međunarodna organizacija rada (ILO) i Entitet UN-a za rodnu ravnopravnost i osnaživanje žena (UNŽene), pozdravljaju sveobuhvatan pristup koji Direktiva ima, prepoznavanje trgovine ljudima kao zločin i kršenje ljudskih prava, i pozicioniranje ljudskih prava žrtava trgovine ljudima u središtu aktivnosti na sprečavanju i suzbijanju trgovine ljudima i njenoj zaštiti žrtve. Prepoznajući važnost Direktive kao dijela cjelokupnog skupa Evropske unije normama i pravnim instrumentima za rješavanje problema trgovine ljudima, agencije posebno cijene cilj Direktive na jačanju standarda za zaštitu žrtava i njen fokus na prevenciju. Veoma je teško procijeniti stvarnu veličinu trgovine ljudima i srodne prakse prisilnog rada jer se ovi zločini često dešavaju u neformalnoj ekonomiji i nisu nužno identifikovani kao teška kršenja ljudskih prava.¹⁵ Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) u svojoj presudi iz 2010. godine u predmetu Rantsev protiv Kipra i Rusije¹⁶ presudio je da, trgovina ljudima, kako je definisano u UN-u o trgovini ljudima Protokol i Konvencija Vijeća Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, je zabranjena članom 4. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda bez potrebe da se utvrđuje da li se treba kvalifikovati kao ropstvo ili kao prisilni rad. Eksploatacija, prostitucija drugih ili druge oblike seksualne eksploatacije, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili prakse slične ropstvu, ropstvo, dužničko ropstvo, prisilni brak, prisilno prosjačenje, (seksualno) iskorištavanje djece i najgori oblici dječjeg rada su kršenja ljudskih prava sama po sebi i nedvosmisleno zabranjena međunarodnim pravom. Takvo kršenje ljudskih prava prelazi granice jedne države ima međunarodni nivo u vidu mreže trgovine ljudima i krijumčarenja. Trgovina ljudima može biti ponekad i započeta u zemlji porijekla uslijed kulturoloških, običajnih i drugih prilika, gdje je položaj osobe takav da vrlo lako postane žrtva. Takav položaj može biti usljed loših imovinskih prilika, običajnih normi ili samog položaja nezaštićenosti određene osobe, kao što je dijete bez porodice ili žena koja je bila žrtva prisilne udaje. Samim time takve osobe su već bile žrtve trgovine ljudima u vlastitoj zemlji porijekla, a uslijed navedenih okolnosti, njihova viktimizacija se može nastaviti i tokom napuštanja zemlje porijekla. Takve osobe mogu biti prinuđene da samovoljno napuštaju svoju zemlju u bijegu od trgovine i traže utočište u drugoj zemlji ili mogu biti prinuđene, ucjenjene, vrbovane usljed njihovih teških životnih prilika i položaja nezaštićenosti. Kao što je navedeno, izbjeglice mogu biti izložene teškom kršenju ljudskih prava

¹⁵ Visoki komeserijat za izbjeglice UN (UNHCR), (2011), Prevencija, borba, zaštita, dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/4edcbf932.html> (datum posljednjeg pristupa 10.11. 2022)

¹⁶ Informator o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava br. 126, Presuda od 7.1.2010., Rantsev protiv Kipra i Rusije, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-1142%22%5D%7D>, (datum posljednjeg pristupa 8.11.2022.)

u svojoj zemlji, zemljama tranzita, a na kraju mogu biti izložene i teškom kršenju ljudskih prava i u zemljama traženja međunarodne zaštite. Prije svega takvo kršenje ljudskih prava je i samo uskraćivanje prava na međunarodnu zaštitu ili azil, nasilno udaljavanje s državnih granica u kojima su osobe izjavile da žele zatražiti azil prilikom samog ulaska ili stupanja na teritoriju neke države.

Ranije u tekstu istaknuto je i analizirano da svako lice koje stupi na teritorij neke države, ima pravo da zatraži azil ili međunarodnu zaštitu, bez obzira na legalan ili ilegalan ulazak u zemlju traženja azila. Pravo na međunarodnu zaštitu ili azil propisano je kako međunarodnim pravnim aktima, tako i nacionalnim zakonima mnogih država, te samim time uskraćivanje prava na međunarodnu zaštitu predstavlja ozbiljno kršenje međunarodnog prava.

U nekim slučajevima to uskraćivanje prava na međunarodnu zaštitu, te vraćanje lica u zemlju tranzita ili kojim slučajem u zemlju porijekla, bez da se razmotre okolnosti dolaska osobe koja traži azil, može imati nesagledive posljedice po tražitelja azila. Ono što je od velikog značaja, je činjenica da su izbjeglice osobe koje iziskuju višestruku pomoć, kako u vidu zbrinjavanja i smještaja u zemlji traženja azila, tako i pravnu pomoć. Neophodna im je i psihosocijalna podrška, jer su u najvećem broju slučajeva izloženi traumama, kako fizičkim u vidu fizičkog mučenja, tako i psihološkim traumama, kao posljedicu kršenja ljudskih prava i sloboda.

4. KOJA LJUDSKA PRAVA SE KRŠE IZBJEGLICAMA?

Kada se sagleda sama definicija pojma izbjeglice koja je ranije u tekstu analizirana, može se već pretpostaviti da se radi o kršenju osnovnih ljudskih prava kada su u pitanju izbjeglice. Ono što određuje čovjeka, ljudsko biće kao razumnu individuu, prije svega je njegovo pravo da donosi vlastite odluke, vodeći se svojim razumom, znanjem, iskustvom, obrazovanjem. Pravo čovjeka da izabere svoju religiju, političko mišljenje i pripadnost određenoj političkoj grupi je ono što čovjeka razlikuje od drugih ljudi i određuje kao individuu i samim time ga povezuje s drugim individuama. Ono na čemu se bazira poštivanje ljudskih prava je samim time i tolerancija prema drugim ljudskim karakteristikama i životnim izborima.¹⁷ Postoje i urođene karakteristike koje određuju čovjeka kao što je rasa, spol, fizički izgled, seksualno opredjeljenje. Također, tolerancija i poštivanje ovih karakteristika predstavlja bitan segment ljudskog života i poštivanja ljudskih prava. Svaki čovjek kao individua ima pravo da slobodno živi i uživa političko pravo, pravo da bira i praktikuje svoju religiju, da promijeni religiju, da bude ili da ne bude član neke grupe za koju smatra da pripada. Svaki čovjek kao individua ima pravo da živi i bude slobodan bez obzira na svoju rasu, spol, seksualno opredjeljenje. Niko

¹⁷ Ured Visokog komesara UN-a za ljudska prava (OHCHR), (2012), Indikatori ljudskih prava: Vodič za mjerenje i implementaciju, HR/PUB/12/5, dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/51a739694.html> (datum posljednjeg pristupa 13.11. 2022.)

ne smije da bude diskriminiran, ograničen u slobodi da uživa ova ljudska prava pod uslovom da ne krši prava drugih. Kada se nekom pokuša prinudno nametnuti izbor ili ograničiti izbor neke od ovih karakteristika, dolazi do kršenja ljudskih prava. Kada su u pitanju izbjeglice, govorimo o osobama koje su izložene kršenju prava na život i slobodu, a uvjetovano pravom na izbor religije, etničke pripadnosti, rase, političkog mišljenja ili opredjeljenja, seksualnog opredjeljenja. Može se zaključiti da se izbjeglicama krše osnovna ljudska prava zbog praktikovanja drugih ljudskih prava. Svaka individua ima pravo da bira bračnog saputnika ili partnera bez nametanja ili prinude. Svjedočimo čestim slučajevima prinudnog braka koje su u nekim zemljama dio običajnih, kulturoloških ili drugih normi, ali s druge strane predstavljaju kršenje ljudskih prava ukoliko ne postoji volja ili je takva volja nametnuta strahom, mučenjem ili prijetnjom mučenja, stvaranja položaja zavisnosti. Pokušaj nametanja političkog mišljenja, religije ili etničke pripadnosti, prisilom, mučenjem, hapšenjem ili na druge načine kojim se ugrožava ljudski život i sloboda predstavlja ozbiljno kršenje ljudskih prava.

Ugrožavanje života, progon ili mučenje osobe zbog njenih urođenih karakteristika kao što je rasa ili fizički izgled, predstavlja ozbiljno kršenje ljudskih prava.¹⁸ Iz navedenog se može zaključiti da se izbjeglicama krše osnovna ljudska prava, koja su egzistencijalne prirode i zbog čega život izbjeglice u zemlji porijekla postaje nepodnošljiv, te su samim time prinuđeni da napuste svoju zemlju kako bi tražili utočište u drugoj zemlji.

5. NACIONALNI, EVROPSKI I MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR KOJI REGULIŠE PRAVA IZBJEGLICA

Neki od domaćih, internih, nacionalnih pravnih propisa kojima se regulišu prava, ali i obaveze izbjeglica u BiH su: Ustav BiH; Zakon o azilu BiH; Zakon strancima BiH; Zakon o graničnoj kontroli; Zakon o putnim ispravama; Zakon o upravnom postupku; Zakon o službi za poslove sa strancima; Zakon o državljanstvu; Zakon o zaštiti ličnih podataka; Zakon o zaštiti tajnih podataka; Zakon o putnim ispravama BiH; Krivični zakon.

Također bitno je spomenuti i međunarodne pravne propise i konvencije koje regulišu ovu oblast kao što su: Dokumenti Evropske Unije: Povelja o osnovnim pravima Evropske unije koja zabranjuje kolektivna protjerivanja, naglašavajući da “Niko ne smije biti udaljen, protjeran ili izručen u državu u kojoj postoji ozbiljna opasnost da bude podvrgnut smrtnoj kazni, mučenju ili drugom nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni”.¹⁹ Direktiva 2008/115/EC

¹⁸ Vijeće UN-a za ljudska prava, (2013), Izvještaj Vijeća za ljudska prava na 19.oj sjednici od 24.05. 2013, A/HRC/19/2, dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/52e0edbc4.html> (datum posljednjeg pristupa 10.11.2022.)

¹⁹ Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, Službeni list EU (2016/C 202/02), član 19. Zaštita u slučaju udaljavanja, protjerivanja ili izručenja.

Evropskog parlamenta i Vijeća od 16. decembra 2008. o zajedničkim standardima i procedurama u državama članicama za povratak državljana trećih zemalja sa nezakonitim boravkom. Direktiva utvrđuje zajedničke standarde i procedure koje će se primjenjivati u državama članicama za povratak državljana trećih zemalja koji ilegalno borave, a u skladu sa osnovnim pravima kao općim načelima prava Zajednice kao i međunarodnim pravom, uključujući zaštitu izbjeglica i obaveze ljudskih prava. Uredba EU 2016/399 Evropskog parlamenta i Vijeća od 9. marta 2016. o Kodeksu Unije o pravilima kojima se uređuje kretanje osoba preko granica (Šengenski granični kod), predviđa odsustvo granične kontrole lica koja prelaze unutrašnje granice između država članica Unije. Njime se utvrđuju pravila koja uređuju graničnu kontrolu lica koja prelaze vanjske granice država članica Unije. Ova Uredba poštuje osnovna prava i poštuje načela priznata posebno Poveljom o osnovnim pravima Evropske Unije. Trebalo bi se primjenjivati u skladu sa obavezama država članica u pogledu međunarodne zaštite i zabrane protjerivanja. Direktiva 2011/36/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 5. aprila 2011. o sprječavanju i suzbijanju trgovine ljudima i zaštiti žrtava uspostavljajući minimalna pravila u pogledu definicije krivičnih djela i sankcija iz oblasti trgovine ljudima. Također uvodi zajedničke odredbe, uzimajući u obzir rodnu perspektivu, kako bi se pojačala prevencija ovog zločina i zaštita žrtava. Uredba 604/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. juna 2013. - Dublin III o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za azil koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili lice bez državljanstva. Uredba 603/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. juna 2013. uspostavlja EURODAC za poređenje otisaka prstiju za efektivnu primjenu Dablinske direktive, te poređenje sa podacima EURODAC-a od strane organa za provođenje zakona država članica i Europolu za potrebe provođenja zakona. Sve s ciljem da se na jedinstven način pravno reguliše i primijeni zakonodavstvo u ovoj oblasti. Važno je u što većoj mjeri provesti usklađivanje domaćih pravnih propisa sa pravnom stečevinom Evropske Unije, te samim time osigurati što veći stepen realizacije prava i obaveza migranata i tražitelja azila.

Međunarodni pravni okvir: Gotovo sve zemlje Zapadnog Balkana potpisale su i ratificirale skoro sve relevantne međunarodne dokumente u vezi sa migranata i izbjeglica, usvojene pod pokroviteljstvom sistema Ujedinjenih nacija i Vijeća Evrope. Iako Kosovo nije potpisnik konvencija UN i Vijeća Evrope, ljudska prava i osnovne slobode zagarantovane najvažnijim međunarodnim ugovorima i instrumenti su direktno primenljivi i na Kosovo kroz njegov ustav i, u slučaju sukoba, imaju prioritet u odnosu na odredbe zakona i drugih akata javnih institucija. Zbog činjenice da je pitanje od neregularne migracije u djelokrugu nekoliko oblasti međunarodnog prava i stoga su relevantni izvori prava brojni, u ovom dijelu će se spomenuti samo neki međunarodni akti, uz napomenu da ovi akti ne predstavljaju iscrpnu listu izvora prava. Dokumenti UN-a: Najrelevantniji dokumenti UN-a su: Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. i Protokol koji se odnosi na status Izbjeglica (1967); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.);

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1968); Konvencija UN protiv torture i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kazne (1984); i Opcioni protokol; Konvencija protiv mučenja (2002); Međunarodna konvencija o eliminaciji rasne diskriminacije (1965); Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije protiv žena (1979); Konvencija Ujedinjenih nacija protiv međunarodnog organiziranog kriminala (UNTOC); Konvencija o statusu lica bez državljanstva (1954); Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961); Međunarodna konvencija za zaštitu svih osoba od prisilnog nestanka (CED) (2006); Konvencija o pravima djeteta (CRC) (1989) i Opšti komentar br. 627 (2005); Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (1990).

Aneksom I Ustava BiH, mnoge od međunarodnih konvencija direktno se primjenjuju u BiH i predstavljaju supranacionalne pravne dokumente: Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966)²⁰, Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984), Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987), Konvencija o pravima djeteta (1989), Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, Povelja EU o osnovnim pravima.²¹

6. ZAKLJUČAK

Pokušaj nametanja političkog mišljenja, religije ili etničke pripadnosti, prisilom, mučenjem, hapšenjem ili na druge načine kojim se ugrožava ljudski život i sloboda predstavlja ozbiljno kršenje ljudskih prava. Poštivanje ljudskih prava temelji se na toleranciji *vis-a-vis* drugih ljudskih karakteristika: slobodi bez obzira na rasu, spol, fizički izgled ili seksualno opredjeljenje, uživanje političkih prava, prava da osoba bira i praktikuje religiju. Niko ne smije da bude diskriminiran i ograničen u slobodi da uživa ova ljudska prava pod uslovom da ne krši prava drugih. Prinudno nametanje izbora ili ograničenje izbora dovodi do kršenja ljudskih prava. Međunarodna zaštita izbjeglica je po svojoj prirodi preventivne svrhe, te se stoga ne mora čekati da se eventualo kršenje desi ili otkrije prije nego što osoba može zatražiti status izbjeglice. Izazovna stvarnost potvrđuje da se izbjeglicama krše osnovna ljudska prava, koja su egzistencijalne prirode i zbog čega život izbjeglice u zemlji porijekla postaje nepodnošljiv, te su samim time prinuđeni da napuste svoju zemlju kako bi tražili međunarodnu zaštitu i utočište u drugoj zemlji. Prioriteti trebaju biti jačanje pravnog režima za međunarodnu zaštitu ovih osoba, lakši pristup međunarodnim i regionalnim instrumentima zaštite, unapri-

²⁰ Aneks I Ustava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, OHR, Office of the High Representative

²¹ U članu 18. stoji sljedeće: „Zagarantovano je pravo na azil, uz poštovanje pravila iz Ženevske konvencije od 28.jula 1951. i Protokola od 31.januara 1967. o statusu izbjeglica i u skladu sa Ugovorom o Evropskoj uniji i Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije“.

jeđenje i jačanje kapaciteta države domaćina u davanju azila i zaštiti izbjeglica, ukidanje tzv. stanja bez državljanstva. Ovo se smatra sastavnim dijelom međunarodnih napora u postizanju ciljeva Programa UN o održivom razvoju do 2030. godine²². To bi vodilo stvaranju *migrantskog prava*, kao posebne grane ljudskih prava, uključujući i prava radnika migranata, kao posebne kategorije. Primjer reguliranja migranske krize jesu naponi EU, koja je izdvojila 1,8 milijardi eura kako bi utjecala na izvorne uzroke migracija iz Afrike²³. Usvajanje političkog rješenja za zemlje sjeverne Afrike i Bliskog istoka, prvenstveno za Siriju, i pružanje ekonomske pomoći, u budućnosti će potencijalnim izbjeglicama i radnicima migranima omogućiti da ostanu u svojim domovima, čime bi se formirao model za buduća djelovanja u sličnim situacijama. Uzročno-posljedično postoji veza između pravilnog upravljanja migracijskim tokovima uz garanciju pravednog postupanja sa državljanima trećih zemalja koji borave zakonito u državama članicama, te primjeni strožih mjera na suzbijanju nezakonite migracije i promociji bliže saradnje sa državama nečlanicama EU. Svim akterima je u interesu ujednačen nivo prava i obaveza kako za zakonite migrante tako i za vlastite građane. Neophodno je uspostaviti efikasne mehanizme saradnje i koordinacije, poštivati obaveze preuzete najvažnijim međunarodnim ugovorima i koristiti direktno primjenjive instrumente u cilju promocije, garancije i zaštite ljudskih prava izbjeglica i tražitelja azila u izazovnim uslovima današnjice.

LITERATURA

1. Baruah, Nilim, Cholewinski, Ryszard & al, (2019), Priručnik za uspostavu djelotvornih politika rada u upravljanju migracijama u zemljama porijekla i zemljama odredišta, ISBN – 978-92-9068-461-9
2. Čičić, Muris ed altri, (2019), Studija o emigracijama BiH, Izdavač ANUBiH, knjiga 4 Posebna izdanja, Sarajevo ISBN 978-9926-410-48-3
3. Direktiva 2008/115/EC
4. Direktiva 2011/36/EU
5. EU funds for migration, asylum and integration policies, (2018), European Parliament, Department: Budgetary affairs
6. Konvencija o statusu izbjeglica (1951)
7. Međunarodna zaštita – azil u praksi u BiH, (2016), Udruženje Vaša prava BiH, Sarajevo
8. Povelja EU o osnovnim pravima, Službeni list EU (2016/C 202/02)

²² Program UN-a o održivom razvoju do 2030. godine pod nazivom „Promijeniti svijet“ donesen je na sastanku UN-a o održivom razvoju 2015. godine. Istim se utvrđuje skup globalnih ciljeva održivog razvoja sa ciljem iskorjenjivanja siromaštva, borbe protiv neravnopravnosti i nepravde i rješavanje pitanja klimatskih promjena do 2030. godine.

²³ EU funds for migration, asylum and integration policies, (2018), European Parliament, Department: Budgetary affairs, pp.15.

9. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), (2002), Addressing the causes of migratory and refugee movements: the role of the European Union, ISSN 1020-7473, dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/4ff3f6272.html> (pristupljeno 15. septembra 2022.)
10. UNHCR, (1998), Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims“, dostupno na <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>
11. UNHCR, (2005). Uvod u međunarodnu zaštitu
12. UNHCR, (2011), Priručnik i smjernice o postupcima i kriterijima za određivanje statusa izbjeglice prema Konvenciji iz 1951. i Protokolu iz 1967. godine o statusu izbjeglica, Ženeva
13. Uredba 603/2013
14. Uredba 604/2013
15. Uredba EU 2016/399
16. Yilmaz-Elmas, Fatma Kutlay, Mustafa Büyüyük, Hamdi Firat, Gümüs Öznur, (2016). EU-Turkey Cooperation on Refugee Crisis: Is it on the Right Track? Policy Brief, International Strategic Research Organization Policy, Brief no: 22.
17. Zakon o azilu „Službeni glasnik BiH“, broj: 11/6 i 16/16
18. Zakon o graničnoj kontroli „Službeni glasnik BiH“, broj: 53/09, 54/10, 47/14
19. Zakon o graničnoj policiji BiH, „Službeni glasnik BiH“, broj: 50/04, 27/07 i 59/09
20. Zakon o kretanju i boravku stranaca i azilu „Službeni glasnik BiH“, broj: 36/08 i 87/12
21. Zakon o strancima „Službeni glasnik BiH“, broj: 88/15
22. Živjeti u Europi - Azil: Temeljni propisi UNHCR-a u postupku azila, Izdavač UNHCR Predstavništvo u R Hrvatskoj
 - a. Referentni mrežni izvori:
 23. <https://eur-lex.europa.eu/HR/legal-content>
 24. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-1142%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-1142%22]})
 25. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4ff168782&skip=0&query=refugee%20definition>
 26. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=4551c0374&skip=0&query=refugee%20definition>
 27. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=5821c778b&skip=0&query=human%20trafficking>
 28. <https://www.refworld.org/docid/4794773f0.html>
 29. <https://www.refworld.org/docid/4edcbf932.html>
 30. <https://www.refworld.org/docid/51a739694.html>
 31. <https://www.refworld.org/docid/52e0edbc4.html>

Amela Čolić, Ph.D., full professor

Faculty of Law, University of Bihac

Adnan Šehić, Ph.M., senior assistant

Faculty of Law, University of Bihac

Legal associate at the Association “Vaša prava BiH”, Office in Bihac

HUMAN RIGHTS OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS IN THE FACE OF THE CHALLENGES OF REALITY

Summary: International legal protection or asylum is one of the important segments of international law, and therefore we can say that it is also an important instrument for the protection of basic human rights, such as the right to life, freedom of religion, political affiliation, the right to express personal opinion and ethnic affiliation, and others human rights that define man as a rational being. This right is guaranteed both by international legal regulations and by the regulations of many countries, including Bosnia and Herzegovina. Refugees and asylum seekers are a category of people who have already suffered a violation of basic human rights in their country of origin and whose lives have been threatened by the actions of both state and non-state factors. The subject of consideration of this work would be the human rights of refugees and asylum seekers, first of all in the domain of the possibility of accessing the right to asylum, as well as in the process of seeking international protection, and finally in the moment when persons are recognized as refugees. The result of the work is the clarification of the connection between facilitating access to the asylum system, respecting the basic international and European standards of protection and managing migration in the entire state territory of Bosnia and Herzegovina.

Key terms: Asylum, asylum seeker, refugee, non-refoulement, priority treatment, vulnerable categories, country of origin, subsidiary protection, unaccompanied minor, political opinion

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

Mag. iur. Ivana Marušić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA - PROCES UNIFIKACIJE KROZ EUROPSKE GRAĐANSKE KODIFIKACIJE

Sažetak: Pravo na sklapanje braka danas je predmetom spora pravnih teoretičara i praktičara. Međunarodne konvencije kao i ustavnopravni akti mnogih nacionalnih država jamče pojedincima zaštitu u pogledu ostvarivanja ovoga prava. XIX. stoljeće je stoljeće stvaranja moderne države kao i stvaranja modernog pravnog sustava koje se temelji na uvažavanju i zaštiti ljudskih prava. Kodifikacije europsko-kontinentalnog pravnog sustava među prvima se nalaze kao garant ostvarivanja i poštivanja ljudskih prava nakon stoljeća zanemarivanja istih tijekom pravne povijest.

Autorice u ovom radu analiziraju normiranje prava na sklapanje braka unutar građanskih kodifikacija koje su nastale pod utjecajem ideja Francuske revolucije u Europi (Code civile, OGZ, BGB, Codice civile, Švicarski građanski zakonik) i značaj koji je ta regulacija imala na unifikaciju ljudskog prava na sklapanje braka.

Ključne riječi: unifikacija, kodifikacija, pravo na sklapanje braka, europsko-kontinentalno pravo

1. UVOD

Tijekom razvoja društva, a samim time i države i prava, kroz različite povijesne epohe, ljudska prava nisu imala zaštitu kakvu uživaju danas u suvremenom pravu. Kroz povijest se neprekidno stvaraju jedne ali i nestaju druge pravne norme što je rezultat međuovisnosti prava sa društvenim poretkom. U suvremenom svijetu postoji mnogo država i njima svojstvenih pravnih poredaka, a svaki od njih se razlikuje prema određenim karakteristikama od drugoga.¹ Međutim važno je istaknuti da pored određenih promjenjivih elemenata, u svakom pravnom poretku

¹ Košutić, B., P., Uvod u velike pravne sisteme današnjice, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Cid Podgorica, Beograd, 2008., p. 23.

postoje elementi trajnije prirode.² Upravo su ljudska prava, koja su prirodena svakom čovjeku prava koja sama po sebi posjeduju element trajnosti i koja moraju i trebaju uživati zaštitu kako u nacionalnim zakonodavstvima tako i u onima međunarodne prirode. U ovom radu ćemo analizirati jedno od temeljnih i najstarijih ljudskih prava koje je povezano za obitelj, a to je pravo na sklapanje braka. S obzirom na izražen pravni partikularizam kroz stari i srednji vijek na europskom kontinentu razvoj ovog prava imao je svoju složenu povijest. Pravni partikularizam kojeg karakterizira neujednačenost prava na danoj teritoriji bilo je potrebno dokinuti putem procesa donošenja jedinstvenog, novoosmišljenog i pravnoobvezujućeg zakonika. Proces stvaranja novog pravnog poretka u modernoj državi se ogledao u donošenju prvih pisanih ustava te u kodificiranju određenih grana prava.

Pravo na sklapanje braka je jedno od temeljnih ljudskih prava koje se normira i građanskim kodifikacijama europsko-kontinentalnog skupa pravnih pravila. Danas je pravo na sklapanje braka tema koja zaokuplja brojne teoretičare i pravne praktičare. Kroz povijesna razdoblja institucija braka je označavala zajednicu muškarca i žene. Pojedini suvremeni pravni poreci napuštaju mišljenje o braku muškarca i žene kao najprirodnijem obliku ovog instituta, ostavljajući mogućnost sklapanja braka i osobama istog spola. Bez obzira na različitost normiranja definicije braka ipak svim pravnim porecima ostaje zajednička ideja o braku kao zajednici u kojoj se zadovoljavaju svekolike životne potrebe bez obzira na spol osoba koji sklapaju brak.

2. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA - PRAVNI PARTIKULARIZAM KROZ STARI I SREDNJI VIJEK

Pravni partikularizam se definira kao „pravna nejedinstvenost države zbog istodobne primjene različitih pravnih sustava prema personalnom ili teritorijalnom načelu“.³ Pravni partikularizam je u pravnoj povijesti karakterističan za robovlasništvo i feudalizam, međutim on i danas postoji kao posljedica etničkog i vjerskog sastava stanovništva ili ustavnog uređenja.⁴

Od prvobitne zajednice gdje je sklapanju braka prethodila kupnja žene u kojoj njena volja nije imala pravni značaj do izrađenog sustava pravnih pravila i normi u kojem pravo na sklapanje braka zahtijeva suglasnost volja budućih supružnika, razvoj društva i državopravnog uređenja ostavio je traga na uređenju ljudskog prava na sklapanje braka. Državu i pravo u starom vijeku, robovlasničke države, karakterizira pravna nejednakost u kojoj prava i dužnosti pojedinaca ovise o skupini kojoj osoba pripada. Brak kao institut susrećemo u različitim društve-

² *Loc.cit.*

³ Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., p.1208.

⁴ Mogu se uzeti za primjer Libanon i Malezija, pravna područja Velike Britanije i federacije, a primjerice za pravni partikularizam Kraljevine Jugoslavije karakteristično je nepostojanje jedinstvenog vrhovnog suda (*Loc.cit.*)

nim uređenjima. U rimskom pravu da bi se mogao zaključiti brak koji priznaje *ius civile* bilo je potrebno da svaki od budućih bračnih drugova ima *ius conubii* odnosno pravo na zaključenje braka koje je bilo zajamčeno samo rimskim građanima i iznimno peregrinima. Pravo na zaključenje braka nije pripadalo svima i ono je bilo uvjetovano posjedovanjem *ius conubii* jer se u suprotnom ne može govoriti o *matrimonium iustum*.

U Rimu su postojale, vjerojatno od najstarijih vremena, a kako nam svjedoči Zakonik XII ploča, svakako već od vremena prije toga zakonika, dvije vrste braka, naime, brak, kod kojeg je žena prelazila iz svoje obitelji u muževu obitelj i time pod njegovu vlast, odnosno pod vlast *pater familiasa* njegove obitelji, i brak, kod kojeg nije dolazilo do takve promjene obiteljske pripadnosti.⁵ S tim što je brak u kojem je žena dolazila pod vlast muža, prevladavao među višim slojevima društva, dok je brak bez *manusa* bio raširen među plebejcima.⁶ S vremenom će brak s *manusom* iščeznuti, te će kao opći oblik braka zavladati brak *sine manu*.

Pravo na sklapanje braka susrećemo i u starom Egiptu, žena je nazivana vladaricom doma, njen pravni status se mijenjao ali slobodno raspolaže vlastitom imovinom što je važan faktor kod sklapanja braka te za pravne odnose koje proizlaze iz samog braka. Kada govorimo o obliku sklapanja braka, brak se sklapa vjerskom ceremonijom i pisanim ugovorom što govori o postojanju forme kao i statusu žene koja ima pravnu i poslovnu sposobnost, što je posljedica razvijenijeg stupnja društva u kojem to pravo nastaje.

Za usporedbu treba uzeti primjer sklapanja braka u Babilonu u kojem s obzirom na tip državnog uređenja kojem Babilon pripada, despotskoj monarhiji, sklapanje braka je omogućeno između slobodnih osoba, poluslobodnih (*awilum, muškenum*) ali i između slobodne osobe i roba (*wardum*) i obrnuto. Hamurabijev zakonik propisuje formu braka koji se sklapa ugovorom te glasi „...Ako je čovjek uzeo ženu i o tome nije učinio (pismeno) ugovora, ta žena mu nije zakonski žena.“⁷

Članak 31. Hetitskog zakonika govori o dopuštenosti sklapanja braka između slobodnih osoba i robova te u svezi s tim stoji: „...Ako slobodan čovjek i robinja... žive zajedno, on je uzme za ženu i osnuju dom i porodicu, a zatim se posvađaju, ili se razdvoje, a kuću podjele, onda djecu uzima muž, a jedno dijete žena.“⁸

Kod Hebreja u starije doba brak se shvaćao kao kupnja žene koja nije emancipirana. Bračno i obiteljsko pravo u Sparti, jednako kao i pravo općenito, nije poznavalo pravnu jednakost ljudi, a monogamnost braka načelno je ugrožavana toleriranjem izvanbračnih odnosa. Specifično je bilo što je u Sparti postojao grupni brak u kojem je nekoliko braće moglo imati jednu ženu što govori o shvatanju

⁵ Eisner, B.; Horvat, M., Rimsko pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948., p.143.

⁶ Stanojević, O., Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje redaktor Lučić, Zdravko, Editio iuristica, Magistrat, Sarajevo, 2000., p.160.

⁷ Čl.128. Hamurabijev zakonik, Navedeno prema: Bartulović, Ž., Povijest prava i države (I.dio Opća povijest prava i države), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., p. 28.

⁸ *Ibid.*, p. 32.

nužnosti dobivanja zdravog potomstva koje je karakteristično za države starog vijeka.⁹

U Atenskom pravu u kojem je brak bio moralna dužnost građana i u kojem se neoženjenost smatrala nečasnom, pravo na sklapanje braka temeljem ugovora ima mladoženja koji isti sklapa sa mladenkinim ocem. Osim ovog tipa braka postoji također i *epidikasija* ili sklapanje braka pred sudom ili službenikom.

Partikularizam prava najočitiiji je na primjeru franačkog prava koje se sastoji od pravnih normi koje vrijede za pripadnike pojedinih franačkih plemena, a zbog prožimanja rimskog postklasičnog prava s pravima barbarskih naroda teško je odrediti kome pripada pojedini institut. Brak se sklapa predajom zaručnice u vlast zaručnika uz određenu formulaciju pri čemu volja zaručnice nije važna.¹⁰

Jednako kao i u franačkom pravu tako i longobardsko pravo po pitanju sklapanja braka poznaje predaju zaručnice u muževljevu vlast. U njemačkom srednjovjekovnom pravu do XI. st. brak se osniva javnim zarukama i predajom zaručnice, a od XII. stoljeća pod utjecajem Crkve traži se suglasno očitovanje volje mladenaca.

Utjecaj Crkve na reguliranje prava na sklapanje braka u srednjem vijeku je velik s obzirom da se Crkva borila za jurisdikciju u pogledu instituta koje se tiču braka. Budući da Crkva nije sudjelovala u konstituiranju braka, nego samo u njegovoj konstataciji kao već postojeće činjenice, nije bila toliko važna forma samog zaključenja braka koliko je bilo važno da bude obilježen javno jer sa stajališta pravovaljanosti to je bilo dovoljno.¹¹ Uvođenje obvezne forme braka u povijesti kršćanske crkve smatra se proizvodom specifičnog kompromisa kojim je Crkva nastojala zadržati svoju jurisdikciju u materiji braka i obitelji, a istovremeno izaći u susret nadošloj političkoj moći društvene organizacije.¹² Razdoblje od XVI. do XVIII. stoljeća rimokatolička crkva je izgubila svoju jurisdikciju nad brakom u velikom dijelu Europe pod utjecajem idejama prosvjetiteljstva koje su se temeljile na odbacivanju autoriteta, kao i na traženju ostvarivanja ljudskih prava, te odbacivanju crkvenih doktrina. Francuska revolucija odbacuje crkveni brak i proglašava obveznim građanski brak koji postaje dominantna forma zaključenja braka širom svijeta.

U Bizantu uređen odredbama kanonskog prava, brak se sklapa pismeno uz ugovor o mirazu, pred tri svjedoka, a usmeno u crkvi ili javnom izjavom (izjavom u javnosti).¹³

⁹ Spartanski običaj koji je oduvijek smatran najstrašnijim, je dijeljenje žene među muškarcima. To je bio tradicionalan i općenito prihvaćen običaj. Tri ili četiri muškarca dijelila su istu ženu, a djeca su smatrana zajedničkom. Isto tako, ako je muškarac imao dovoljno djece, bio je običaj, ali i čast, svoju ženu predati prijatelju. Iz priloženog vidimo da su muškarci u Sparti bili monogamni, a žene poligamne, odnosno, da su istovremeno imale više od jednog muža. Međutim, muškarci su imali apsolutnu kontrolu u procesu dijeljenja žene, dok se ženino mišljenje nije uvažavalo. Pisani izvori opravdavaju ovaj običaj. Prema: Društveni Položaj Žene U Antičkoj Grčkoj, dostupno na: <https://arheo.ffzg.unizg.hr/ska/fragmenti/2-3/drustveniPoložaj.htm> (2.10.2022.)

¹⁰ Bartulović, Ž., *op.cit.*, p. 54.

¹¹ Draškić, M., *Porodično pravo, Colpi- Dosije*, Beograd, 1998., p. 82.

¹² *Loc.cit.*

¹³ Bartulović, Željko, *op.cit.*, p. 79.

U arapskoj državi brak se zaključuje ugovorom pred dva muška svjedoka, koji brak ovisi o društvenom staležu osoba koje sklapaju brak pa s tim u svezi *suniti* priznaju stalni brak kao i brak s robinjom, a šiiti priznaju i brak na određeno vrijeme.

Moderna država i njeno stvaranje vezano je za dug povijesni proces borbe povlaštenih i manje povlaštenih društvenih kategorija, a u cilju ograničavanja vlasti pojedinca. Stvaranje prava i pravnog sustava u periodu nastanka moderne države postaju izazovi koji se suprotstavljaju dotadašnjem pravnom partikularizmu koji je karakterizirao veći dio srednjeg vijeka. Objedinjavanje prava ili njegova unifikacija postaje jedan od prvih jasno definiranih ciljeva moderne države. Novi vijek donosi kodifikacije kao sveobuhvatne, sistematizirane zbornike pravnih propisa. Kodifikacija je pravno oblikovanje određenih područja donošenjem zakona kojima se prije svega zamjenjuje običajno pravo kojim je dotada to područje bilo uređeno ili se stvara posve novo koje nije postojalo ni u obliku običaja ni u praksi sudova.¹⁴ Pravo na sklapanje braka je postojalo kroz razna razdoblja pravne povijesti, ono je ljudsko pravo koje je prolazilo razne promjene, međutim tek uvrštavanjem ovog prava u sustav kodifikacija ono dobiva normativnu snagu i kroz daljnje epohe pravne povijesti biva regulirano kako nacionalnim tako i međunarodnopravnim propisima.

3. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA UNUTAR ODREDBI FRANCUSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA - CODE CIVIL (*LA CODE FRANCAIS*)

Potkraj XVIII. stoljeća pritisak u razvoju političkih sistema postaje toliko jak da preskače još uvijek nepotrošenu hijerarhijsku organizacijsku shemu apsolutističke države te vodi načelnom proglašenju uključivanja svih državljana u krug legitimnih interesenata na području političkog sistema. Od tih preskoka koji čine građanske revolucije francuska je revolucija najtipičniji.¹⁵ Velika Francuska revolucija ukinula je feudalni poredak i proglasila načelo jednakosti građana pred zakonom. Takav epohalni preokret stavio je pred zakonodavca veliki zadatak.¹⁶

Nakon 1789. u Francuskoj se uspostavlja jedinstveni pravni sustav za cijelo državno područje. Ali, donošenje i izmjena zakona nisu doveli do pravne sigurnosti. Pravnu nesigurnost povećavala je pravna praznina, posebice u području građanskog prava.¹⁷ Iz tog razloga stvorila se potreba za stvaranjem jedne građanske

¹⁴ Pravni Leksikon, *op.cit.*, p. 592.

¹⁵ Čepulo, D.; Francuska revolucija i Deklaracija o pravima čovjeka i građanina 1789. godine: problemi političke demokracije; Časopis za suvremenu povijest, Vol., 21 No. 1-3, 1989., Zagreb, p. 162.

¹⁶ Šarkić, S.; Popović, D.; Veliki pravni sistemi i kodifikacije, Izdavačka kuća Draganić, Beograd, 1996., p. 117.

¹⁷ Erent – Sunko, Z.; Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code civila iz 1804. godine, Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, (2) 2011., p. 584.

kodifikacije koja će dugoročno gledajući rezultirati unifikacijom pravnih pravila na razini cjelokupne države ali i stvaranju općeg ozračja pravne sigurnosti.

Prije same Revolucije u Francuskoj se na bračne odnose, kao i na druge društvene odnose, primjenjivalo na sjeveru običajno, a na jugu zemlje recipirano rimsko pravo, što je slika klasičnog pravnog partikularizma. Revolucionarno zakonodavstvo stvorit će sustav normi koji će se prije svega odnositi na statusno pravo, stvarno i nasljedno pravo, te na brak i obitelj. Francuskim Ustavom iz 1791. godine (naslov II. koji govori “O podjeli kraljevstva i o statusu građana”) određeno je da je brak samo građanski ugovor. Već 1792. godine Zakonodavna skupština donijela je Zakon o braku i obitelji koji brak i obitelj, te prijave rođenja i smrti, stavlja u nadležnost općina. Od tog je zakona građanski brak postao obavezan.¹⁸

Donošenje građanskog zakonika bio je jedan od ciljeva Francuske revolucije. Kada je 1799. godine Napoleon došao na vlast, Ustavotvorna skupština već je bila odbacila dva nacrt. Napoleon je imenovao povjerenstvo od četiri osobe, od kojih su se dvojica bavila običajnim pravom (*droit coutumier*), a dvojica područjem pisanog prava (*droit écrit*).¹⁹ Postavljena komisija imala je zadatak, da u roku od šest mjeseci sastavi građanski zakonik koji će u sebi objediniti elemente običajnog i pisanog prava, kao i elemente prošlosti i elemente revolucionarnog zakonodavstva. U razdoblju od četiri mjeseca Komisija je izradila prvi nacrt koji je predan zakonodavnom odjeljenju Državnog savjeta. Nakon provedene zakonske procedure u razdoblju između ožujka 1803. i ožujka 1804. Zakonik je izglasan u 36 posebnih zakona, koji su 21. ožujka 1804. ujedinjeni u jedinstven akt pod nazivom Code Civile sa 2281 članaka.

Brak i obitelj kao temeljne kategorije društva nalaze se unutar Knjige prve zakonika i kao takve podvrgnute su državi i njezinoj službi. Upravo donošenjem i stupanjem na snagu Code Civile-a brak, uvjeti sklapanja i valjanosti braka dobili su svoju unifikaciju na cijelom teritoriju Francuske, a samim time i ljudsko pravo na sklapanje braka dobiva svoju punu afirmaciju.

Unutar odredbi Code Civile-a brak je građanski odnos uvjetovan voljom stranaka jer kako se propisuje u čl.146: „Nema braka gdje nema pristanka“.²⁰ Za valjanost braka isprva je bilo potrebno je da su muškarac i žena navršili određene godine života, odnosno za muškarca je bilo potrebno da je navršio 18 godina života, dok je za žensku osobu propisana dobna granica od navršanih 15 godina života,²¹ osim u iznimnim situacijama gdje vlada može dati izuzeće u pogledu dobi, ali samo iz opravdanih razloga.²² Prilikom zaključenja braka osoba u navedenoj

¹⁸ *Ibid.*, p. 580.

¹⁹ Stein, P., Rimsko pravo i Europa – povijest jedne pravne kulture; Golden marketnig, Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.; p. 127.

²⁰ Čl.146., Code Civile, dostupno na: https://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf (1.10.2022.), (u daljnjem tekstu Code civile.)

²¹ Čl. 144., Code civile.

²² Čl. 144. Code civile: „A male and a female may not contract marriage before they have completed their eighteenth year. Čl. 145 Nevertheless, the Government procurator of the place where a marriage is to be celebrated may grant dispensations as to age for serious reasons.“

dobi traži se i pristanak njihovih roditelja, odnosno u slučaju da ih nema, bližih srodnika. Pristanak se traži za muškarca do 25. godine, a za ženu do navršene 21. godine, a u situacijama različitih mišljenja roditelja, uvažava se pristanak oca.²³

Zakonik stoji na principu monogamnosti braka propisujući da nitko ne može sklopiti novi brak ukoliko raniji brak nije razveden.²⁴ Kao i suvremeni zakoni mnogih europskih država Zakonik zabranjuje brak između svih ascendenata i descendenata u ravnoj liniji, dok se u pobočnoj liniji brak zabranjuje između brata i sestre, zakonite ili prirodne, te srodnika u istom stupnju. Zabranjen je i brak između strica, ujaka, ujne sa njihovim nećacima odnosno nećakinjama.²⁵ Sam brak sklapa se pred službenikom za građanske odnose one općine u kojoj jedan od supružnika ima prebivalište ili boravište.²⁶

Prema čl. 212. bračni drugovi su jedno drugome obvezni na vjernost, pomoć i potporu. U narednom članku kojim se određuje da je muž dužan ženi pružiti zaštitu, a ona mu je zauzvrat dužna na poslušnost,²⁷ ogleda se činjenica nejednakosti pravnog statusa muškarca i žene u braku. Dok brak traje, muž je glava obitelji, njezin prirodni zastupnik, a žena je pod starateljstvom muža. Dužna je na poslušnost, slijediti muža u promjeni boravišta, ne može zaključivati ugovore, pojaviti se pred sudom, bilo je to prihvaćanje odredaba rimskog i kanonskog prava o nesposobnosti žene.²⁸

Ta neravnopravnost žene uvelike je posljedica mišljenja o ženi kao osobi koju treba zaštititi. Djeca su pod starateljstvom oca. Takav diskriminacijski položaj žene u društvu bit će povod izmjenama Code Civile-a putem posebnih zakona u obiteljskom i nasljednom pravu tokom XIX. i XX. st. Postupno će se ograničiti očinska vlast, priznati poslovna sposobnost žene te poboljšati njezin nasljedni položaj o odnosu prema mužu.²⁹ Važno je istaknuti kako Code civile zadržava pravo na razvod braka iako je za razvod propisana zahtjevna procedura i sam postupak je složen i dug.

Bez obzira na nedostatke koje je Code Civile imao, osobito u pravnom položaju žene i njezinoj diskriminaciji neupitna je važnost samih odredbi za sklapanje braka. Code civile je ostao i danas na snazi u Francuskoj, ali važnost Code Civile-a ne leži samo u njegovoj pozitivnopravnoj primjeni u Francuskoj, nego i u utjecaju koji je ostvario na zakonodavstva mnogih zemalja, pri tome ne referirajući se samo na zemlje europskog kontinenta.

²³ Čl. 148. Code civile.

²⁴ Čl. 147. Code civile; „*No one may contract a second marriage before the dissolution of the first.*“

²⁵ Čl. 161. – 163., Code civile.

²⁶ Čl. 165., Code civile.

²⁷ Čl. 213., Code civile.

²⁸ Lachner, V.; Roškar, J.; Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na XIX. i XX. stoljeće, Zbornik radova znanstvenog skupa “Austrijski građanski zakonik (1811-2011)”, Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, 2013., p. 37.

²⁹ *Loc.cit.*

4. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA UNUTAR ODREDBI OPĆEG AUSTRIJSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Austrijski opći građanski zakonik (dalje u tekstu: OGZ) bio je jedna od najutjecajnijih kodifikacija europsko-kontinentalnog pravnog sustava. Proglašen je carskim patentom 1. lipnja 1811. godine, a temeljio se na rimskom pravu, učenju prirodne škole i na idejama prosvjetiteljstva.³⁰ Sastojao se iz 1502 člana, a tekst je bio podijeljen na uvod i tri dijela (*personae, res, actiones*) vodeći se načelom tripartitne podjele koju donose Gajeve Institucije.³¹ Nakon Karl Antona von Martinijsa (1726.-1800.) kao voditelja redakcijske komisije, jedna od najutjecajnijih osoba pri donošenju OGZ-a svakako je bio Franz Anton Edler von Zeiller (1751-1828.) koji u savršenoj ravnoteži pravi kompromis između rimskog prava i posebnih zahtjeva države.

Prvi dio zakonika posvećen je upravo osobnim pravima u okviru čega je normirano statusno i obiteljsko pravo. OGZ će u odnosu na Code Civil donijeti značajne razlike pri regulaciji prava na sklapanje braka i stati će u zaštitu crkvenog braka, dok će građanski brak, koji čini osnovu braka Code Civila, biti dozvoljen samo između pripadnika nepriznatih religija.

Tako OGZ u svom čl. 44. propisuje da se obiteljski odnosi zasnivaju ugovorom o stupanju u brak, u kojem ugovoru, sukladno zakonu, dva lica različitog spola izjavljuju svoju volju da će živjeti u nerazdvojnoj zajednici, djecu rađati, odgajati i uzajamno pomagati.³² Ugovor o stupanju u brak može zaključiti svako lice, ukoliko nema neke zakonske prepreke, a zakonska prepreka postoji za bijesne, lude, slaboumne i nedorasle koji prema tome ne mogu stupiti u punovažni brak.³³ Maloljetnici (maloljetnost prema odredbi čl. 21. OGZ-a su osobe prije navršene dvadestčetvrtve godine života),³⁴ kao i punoljetne osobe koje iz nekih razloga ne mogu preuzeti ne sebe nikakvu punovažnu obvezu, nesposobni su i da punovažno stupe u brak bez pristanka svoga bračnog oca, odnosno u njegovoj odsutnosti redovnog zastupnika i sudske vlasti.³⁵

³⁰ Više o OGZ-u i njegovoj primjeni: Šego Marić, I.; Zovko, T.; Državopravna misao fra Dominka Mandića s uvodnom studijom o državopravnom položaju Bosne i Hercegovine 1878.-1941., Pressum, Mostar, 2021., p. 54. – 69.

³¹ *Loc. cit.*

³² Čl. 44. OGZ-a, prema: Arandelović, D., Austrijski građanski zakonik, Nova tiskara Davidović, Beograd, 1906., (dalje u tekstu: OGZ).

³³ Čl. 47. i 48. OGZ-a.

³⁴ Čl. 21. OGZ-a. „Oni, koji nemajući potpunih godina, ili ne budući u svojoj pameti, ili radi drugih uzroka nisu sposobni skrbiti se sami kao što treba o svojim poslovima, stoje pod osobitom zaštitom zakona. To su: djeca, koja sedmu; nedorasli, koji četrnaestu; maloljetnici, koji dvadestčetvrtvu godinu života svojega nisu navršili; dalje bijesni, koji su sasvim lišeni razuma, ili bar ne mogu poznati posljedice svojih djelanja; i oni također, kojima je sudac kao proglašenima razmetnicima zabranio, da upravljaju nadalje svojom imovinom (imetkom); najposlije nepritimni i općine.“

³⁵ Vidi: čl. 49. OGZ-a.

Zbog toga što je OGZ tražio samo zakonsku zapreku, bračna crkvena zapreka po građanskom zakonu nije se smatrala pravom bračnom zaprekom. Od 1. siječnja 1857. do 10. srpnja 1868. nijednom katoliku u carevini Austriji nije bilo dozvoljeno sklopiti brak izvan svih propisa koje crkveni zakoni određuju.³⁶

Brak je prema OGZ-u monogaman.³⁷ Ne može se punovažno zaključiti brak između kršćana i lica koja ne pripadaju kršćanskoj religiji,³⁸ niti između srodnika u ravnoj liniji, između braće i sestara (kao i braće i sestara po majci ili ocu); između braće i sestara od strica i od tetaka, kao ni s braćom i sestrom roditelja, odnosno sa stricem i tetkom od očeve strane i ujakom i tetkom s majčine strane, bilo da srodstvo potječe od bračnog ili vanbračnog porođaja.³⁹ Iz tazbinskog srodstva potječe bračna prepreka tako, da se muž ne može oženiti srodnicima svoje žene, niti se žena može udati za srodnika svog muža koji su spomenuti u prethodnom paragrafu.⁴⁰

Brak se mogao raskinuti ili proglasiti nevaljanim ako su se ustanovile bračne zapreke: javnog prava, otmica, postojeći brak, posvećenje ili zavjet, razlika bogoštovlja, rodbina, tazbina, preljub, krvništvo muža ili žene, pomanjkanje svečanog očitovanja privoljenja te zapreka katolicizma (uvedena 1814. i 1835. dekretima) zbog koje razriješeni supružnik ne može, dokle god mu drugi supružnik živi, sklopiti brak s katoličkom osobom.⁴¹ Samo nevinna osoba ima pravo tražiti da se brak proglasi nevaljanim. Brakovi među katolicima su nerazrješivi. Isto je tako nerazrješiv brak ako je samo jedna strana u vrijeme sklopljenog braka bila katolik. To isto vrijedi ako tko promijeni vjeru i pripadne kojoj drugoj nekatoličkoj crkvi. Nekatoličkim kršćanima zakon dopušta da po načelu vjere zbog važnih uzroka traže rastavu braka (brakovi nekatolika, evangelika augusburške i helvetske vjeroispovijesti, grčko-nesjedinjenih, Židova i bezvjeraca). Brak valjano sklopljen među Židovima može se raspustiti privolom supružnika po otpusnom pismu ili ako je žena počinila preljub te joj je djelo dokazano.⁴²

Prema tome pravo na sklapanje braka bilo je zagarantirano i OGZ-om koji dosta „konzervativno“ pristupa materiji uređenja prava na sklapanje brak, međutim jasno deklarira ovo pravo i stoji u njegovoj zaštiti. Iako je broj bračnih zapreka puno šire određen nego u Code Civile-u, te iako OGZ svoje bračno zakonodavstvo temelji na crkvenom učenju, ipak brak ostaje temeljna obiteljskoppravna jedinica dostupna kako kršćanima u okviru vjerskog braka, tako i nekršćanima u okviru građanskog braka.

³⁶ Dobrovšak, Lj.; Ženidbeno (bračno) pravo u XIX. stoljeću u Hrvatskoj; *Croatica Christiana periodica*, Vol., 29, No. 56, 2005., p. 82.; dostupno na: <https://hrcaak.srce.hr/9426> (25.10.2022.).

³⁷ Čl. 62 OGZ-a: „Jedan čovjek u isto vrijeme može samo sa jednom ženom biti oženjen, a jedna žena u isto vrijeme može samo za jednoga čovjeka biti udata.“

³⁸ Čl. 64. OGZ-a.

³⁹ Čl. 65. OGZ-a.

⁴⁰ Čl. 66. OGZ-a.

⁴¹ Dobrovšak, Lj., *op.cit.*, p.82.- 83.

⁴² *Loc.cit.*

5. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA UNUTAR ODREDBI NJEMAČKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Građansko pravo kao opće privatno pravo uređeno je Njemačkim građanskim zakonikom (dalje u tekstu: BGB) koji je usvojen 18.8.1896., a stupio na snagu 1. siječnja 1900. godine. BGB je kodifikacija općeg privatnog prava i ima opće polje primjene, što znači da poznavanje ovog zakona predstavlja pretpostavku za poznavanje i izučavanje posebnog privatnog prava, te ga zato treba odvojiti od zakona koji uređuju posebno privatno pravo (npr. Trgovački zakonik).⁴³

Rad na ovom zakoniku trajao je pune 22 godine (od 1874.), a njegovo stupanje na snagu simbolično znači početak novog vijeka, XX. stoljeća, te raskidanje sa tradicijom i distanciranje od starijih kodifikacija XIX. stoljeća. Budući da se njemačko govorno područje sastojalo od niza manjih i većih država i slobodnih gradova, od kojih je gotovo svaka od njih imala svoje zemaljske građanske kodifikacije, zahtjev za jedinstvenim građanskim zakonikom bilo je praktički nemoguće ostvariti jer je pretpostavka za pravnu jedinstvenost bila i državna jedinstvenost.⁴⁴

Četvrta knjiga BGB-a sadrži norme obiteljskog prava unutar kojih se regulira i pitanje braka. BGB omogućava i garantira ostvarivanje prava na sklapanje braka, istovremeno propisujući da se brak ne može sklopiti prije punoljetnosti, a brak s osobom koja nije navršila 16 godina nije punovažan.⁴⁵ Punoljetnost se po BGB-u stjecala s navršanih 18 godina života.⁴⁶ Također, brak ne može sklopiti osoba koja nije poslovno sposobna,⁴⁷ kao niti osoba koja je već u braku, štiteći na taj način načelo monogamnosti braka.⁴⁸ Kao i kod ranije navedenih građanskih kodifikacija, tako i u BGB-u srodstvo u ravnoj liniji, te srodstvo braće i sestara iz pobočne linije, priječi sklapanje valjanog braka. Po BGB-u brak je sklopljen samo onda kad bračni drugovi pred matičarem izjave da žele jedno s drugim sklopiti brak. Brak se smatra sklopljenim i ako su bračni drugovi izjavili da namjeravaju sklopiti brak i: matičar je upisao brak u maticu vjenčanih; matičar je u svezi s upisom rođenja djeteta bračnih drugova u maticu rođenih upisao oznaku braka, ili da je matičar od bračnih drugova primio obiteljsko-pravnu izjavu koja za valjanost zahtijeva postojeći brak i o tome je bračnim drugovima izdana potvrda predviđena zakonskim odredbama, a supružnici su od tada živjeli zajedno kao supružnici deset godina ili do smrti jednog od bračnih drugova, a najmanje pet godina.⁴⁹ Bračni

⁴³ Bürgerliches Gesetzbuch allgemeiner Teil /Građanski zakonik opći dio/; prijevod s njemačkog i pravna lektura Đorđević, S., Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Grafostil, Kragujevac, 2017., p. 15.

⁴⁴ Lachner, V.; Roškar, J., *op.cit.*, p. 43.

⁴⁵ Čl. 1303. BGB., Njemački građanski zakonik, dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (12.10.2022.), (dalje u tekstu: BGB).

⁴⁶ Čl. 2. BGB.

⁴⁷ Čl.1304. BGB.

⁴⁸ Čl. 1306. BGB.

⁴⁹ Čl. 1310. BGB.

drugovi u braku trebaju ispunjavati dužnosti bračne zajednice i odgovorni su jedno za drugo, a BGB dopušta razvod braka pod izričito navedenim okolnostima. BGB tako predstavlja građanski zakonik iznimne preciznosti i sustavnosti koji je svoj utjecaj ostvario i van granica Europe, a garantiranje prava na sklapanje braka jasno je izraženo kroz njegove odredbe o braku i bračnim odnosima.

6. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA UNUTAR ODREDBI TALIJANSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA - CODICE CIVILE

Kako je građansko pravo u Italiji u prvoj polovini XIX. st. zasnovano na osnovama Napoleonove kodifikacije, u mnogim je pokrajinama vrijedio Code Civile. Prvi građanski zakonik donesen je odmah nakon oslobođenja 25. lipnja 1865. i stupio je na snagu 1. siječnja 1866. Uzor mu je bio Code civile. Građanski zakonik iz 1865. po sistematici je podijeljen na tri knjige: 1. O osobama, 2. O stvarima, vlasništvu i promjenama vlasništva, 3. O načinima stjecanja vlasništva.⁵⁰

Kako je nakon Drugog svjetskog rata došlo do potrebe reformiranja građanskog i trgovačkog prava u Italiji, 21. travnja 1942. na snagu je stupio novi Codice Civile. Zakonik je sadržan od 2969 članaka i jedinstveno regulira građanskopravne i trgovačkopravne odnose. Podijeljen je na šest knjiga.⁵¹

Unutar Knjige prve ovog zakonika (Codice civile od 21. travnja 1942.) smještene su odredbe o obiteljskim odnosima i braku. Talijanski građanski zakonik osigurava pravo na sklapanje vjerskog ali i građanskog braka. U svom čl. 82 određuje kako je ženidba sklopljena pred katoličkim službenikom utvrđena u skladu s Konkordatom sa Svetom Stolicom i posebnim zakonima po tom pitanju.⁵² Postoji ograničenje sklapanja braka između osoba koje pripadaju različitim rasama jer takvi brakovi podliježu ograničenjima koja nameće posebni zakon. Ova odredba ukinuta je 20. siječnja 1944. godine.⁵³ Punovažni brak ne mogu sklopiti maloljetnici, s tim da se na zahtjev zainteresirane strane, utvrdivši njegovu psihofizičku zrelost i osnovanost, po dobivenom rješenju, može dozvoliti brak maloljetniku koji je navršio šesnaest godina života.⁵⁴ Također, brak ne mogu sklopiti osobe koje boluju od duševne bolesti,⁵⁵ niti osobe koje su već u braku, kao i one koje su vezani ravnom ili pobočnom linijom, gdje zakonik precizno nabraja koje su to osobe iz pobočne linije.⁵⁶ U svom čl. 88. Codice civile propisuje zanimljivu zabranu

⁵⁰ Lachner, V.; Roškar, J., *op.cit.*, p. 39.

⁵¹ *Loc.cit.*

⁵² Čl. 82. Codice civile, dostupno na: <https://www.ipsoa.it/codici/cc/11/t6> (20.10.2022.), (dalje u tekstu Codice Civile).

⁵³ Čl. 91. Codice civile.

⁵⁴ Čl. 84. Codice civile.

⁵⁵ Čl. 85. Codice civile.

⁵⁶ Čl. 86.- 87. Codice civile.

sklapanja braka za osobe od kojih je jedna osuđena za ubojstvo ili pokušaj ubojstva supružnika druge osobe, kao i privremenu zabranu sklapanja braka u čl. 89. prema kojem se žena ne može udati osim nakon proteka tristo dana od razvrgnuća, poništenja ili prestanka građanskih učinaka iz prethodnog braka. Zaključno možemo kazati kako je i Codice Civile prepoznao važnost braka i unutar svojih odredbi odlučio pravno regulirati i zaštititi pravo pojedinca na sklapanje braka.

7. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA UNUTAR ODREDBI ŠVICARSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Ideja kodificiranja prava u Švicarskoj se prvotno pojavila na razini kantona, kad su pojedini kantoni donosili svoje zakonike. Sumirajući navedene kantonalne zakonike, možemo ih podijeliti na tri skupine: zakonici rađeni pod uzoru na Francuski građanski zakonik, zakonici rađeni po uzoru na OGZ i treću skupinu čine oni zakonici koji su zadržali dosta izvornosti i stvorili svojevrсни vlastiti izgled zakonika.

Zahvaljujući nalogu Švicarskog udruženja pravnika, 1884. g. počeo je profesor Eugen Huber s pripremnim radovima za izradu jedinstvene kodifikacije te je nakon nekoliko godina rada, nastalo njegovo djelo pod naslovom „Sistem i povijest švicarskog privatnog prava“ koje je objavljeno u četiri knjige.⁵⁷ Nakon ponovne izmjene Ustava 1898., Savez je dobio u nadležnost pravo reguliranja cjelokupnog zakonodavstva iz područja privatnog prava. Profesor Huber je imao i radnu verziju „Projekta građanskog zakonika“ koji je ušao u parlamentarnu proceduru i raspravu 1900., te je bio donesen 10. prosinca 1907., a stupio je na snagu tek 1. siječnja 1912.⁵⁸

U dijelu drugom zakonika pod nazivom Obiteljsko pravo smještene su norme kojima se uređuje i pravo na sklapanje braka. Tako je Švicarskim građanskim zakonikom pravo na sklapanje braka zagantirano odredbama da brak mogu sklopiti dvije osobe koje su navršile 18 godina i imaju sposobnost rasuđivanja.⁵⁹ Brak između srodnika u ravnoj liniji i između braće i sestara ili polubraće i sestara, bilo da su u međusobnom srodstvu roditeljstvom ili posvojenjem, je zabranjeno, a posvojenje ne uklanja zapreku za sklapanje braka srodstvom između posvojenog djeteta i njegovog izdanka s jedne strane i njegova posvojiteljska obitelj s druge strane.⁶⁰ Osoba koja se želi vjenčati mora dokazati da je svaki prethodni brak

⁵⁷ Lachner, V.; Roškar, J., *op.cit.*, p. 42.

⁵⁸ *Loc.cit.*

⁵⁹ Čl 94. Švicarski građanski zakonik/ Schweizerisches Zivilgesetzbuch dostupno na: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20220701/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20220701-en-pdf-a-3.pdf (10.10.2022.), (dalje u fusnotama: SZ).

⁶⁰ Čl. 95. SZ.

ili svako registrirano partnerstvo s trećom stranom poništeno ili razriješeno.⁶¹ U odnosu na sami obred vjenčanja Švicarski građanski zakonik u čl. 97 propisuje da se ceremonija vjenčanja održava u prisustvu matičara nakon provedenog pripremnog postupka, te da se zaručnici mogu vjenčati u matičnom okrugu svojeg izbora, a nije dopušten vjerski obred vjenčanja prije građanskog obreda.⁶² Poništaj i razvod braka su dozvoljeni pod uvjetima propisanim iz samog zakonika.

8. PRAVO NA SKLAPANJE BRAKA PREMA USTAVNIM ODREDBAMA USTAVA BIH

Stupanj poštivanja ljudskih prava i sloboda država koje se temelje na načelu demokracije i jednakosti građana pred zakonom odraz je njihove implementacije u sustav moderne države. Doktrina „prirodnih prava“ koju su utemeljili pripadnici prirodnopravne škole posebice je pronašla plodno tlo u XIX. stoljeću, stoljeću u kojem su stanovnici mnogih europskih nacionalnih država težili promjenama unutar postojećeg srednjovjekovnog pravnog i političkog sustava. Upravo učenje ove škole iznjedrilo je ideje o jednakosti, slobodi, ravnopravnosti, nepovredivosti privatnog vlasništva i drugim pravima koja su danas prepoznata i osigurana kao temeljna ljudska prava i tako ugrađena u sistem zaštite brojnih međunarodnih akata. Rimski pravnik Ulpijan savršeno propisuje tri osnovna pravna načela: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere* (Inst. 1.1.3.),⁶³ (Tri su pravna načela: pošteno živjeti, drugoga ne oštetiti, svakome priznati njegovo pravo). Navedeno posljednje načelo da je potrebno svakome priznati njegovo pravo, možemo primijeniti i na suvremeni sustav ljudskih prava prema kojem je danas potrebno svakom pojedincu osigurati temeljna ljudska prava i slobode.

Ljudska prava su većim dijelom sadržana u novijim ustavima demokratskih zemalja (Italija, Njemačka, Španjolska, Portugal, Grčka kao i sve tranzicijske zemlje).⁶⁴ I u Bosni i Hercegovini ljudska prava predmet su ustavne regulative, normirana su i zaštićena u okviru Daytonskog mirovnog sporazuma koji se u velikoj mjeri oslanja na međunarodne instrumente zaštite ljudskih prava, osobito na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ustav Bosne i Hercegovine, odnosno Aneks IV Daytonskog mirovnog sporazuma, u svom članku II., normira odredbe vezane za ljudska prava, a stavak 2. glasi: „Prava i slobode predviđeni u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni

⁶¹ Čl. 96. SZ.

⁶² Čl. 97. SZ.

⁶³ Inst. 1.1.3.; Romac, A.; Institutiones Justiniani, Latina et Graeca, Zagreb, 1994., p. 31.

⁶⁴ Sokol, S., Smerdel, B., Ustavno pravo, Zagreb: Pravni fakultet, 2006. p.101.

i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.“⁶⁵ Čl II. st. 3. koji Ustav naslovljava kao popis prava, određuje: „Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje (...)“.⁶⁶

U odnosu na konkretno pravo, pravo na sklapanje braka bitno je naglasiti kako i sama Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: EKLJP) u svom čl. 12 propisuje: „Od trenutka kada postanu sposobni za brak, muškarac i žena imaju pravo da stupe u brak i zasnuju obitelj prema nacionalnim zakonima kojima se regulira ostvarivanje ovog prava.“⁶⁷ Citirani članak 12. ne sadrži drugi stavak kojim se propisuju ograničenja u sklopu ostvarivanja ovog prava.

Upravo formulacija „u skladu s nacionalnim zakonima“ kojima se regulira ostvarivanje ovog prava, znači da se njime ne garantira apsolutno pravo nego da domaće zakonodavstvo može propisivati prije svega različite uvjete za sklapanje, kao i druge aspekte vezane za instituciju braka. Tu postoji široko diskrecijsko pravo država – potpisnica.⁶⁸

I prema čl. 23 Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima brak kao institucija od iznimne važnosti za društvo i državu, predmet je regulacije. Tako i navedeni čl. 23 spominje obitelj kao prirodnu i temeljnu društvenu jedinicu, garantirajući da punoljetni muškarci i žene imaju pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji, te da se brak može sklopiti samo uz slobodan i potpun pristanak osoba koje namjeravaju sklopiti brak.⁶⁹

Iako definirano i zaštićenom mnogim međunarodnim aktima, pitanje prava na sklapanje braka danas je dosta složeno. Kao važno pitanje postavlja se pitanje dobne granice za sklapanje braka, pitanje priznavanja pravnih posljedica valjanog braka proisteklog iz vjerskog obreda vjenčanja, pitanje bigamije, homoseksualnih brakova, kao i razna druga pitanja koja potencijalno čine sliku ostvarivanja prava na sklapanje braka još šarenijom.

⁶⁵ Čl. II. Ustav Bosne i Hercegovine, (dalje: Ustav BiH) dostupno na : https://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (12.10.2022.)

⁶⁶ Čl. II., st. 3. Ustav BiH.

⁶⁷ Čl.12. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dostupna na: https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf (11.10.2022.)

⁶⁸ Miljko, Z., Ustavno uređenje BiH, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006, p. 145.

⁶⁹ Čl. 23 Međunarodnog ugovora o građanskim i političkim pravima: „1. Obitelj je prirodna i temeljna društvena jedinica i ima pravo na zaštitu društva i države. 2. Punoljetni muškarci i žene imaju pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji. 3. Brak se može sklopiti samo uz slobodan i potpun pristanak osoba koje namjeravaju ući u brak.“ dostupno na: <http://www.mhrr.gov.ba/pdf/međunarodnipakt%20b.pdf> (31.10.2022.)

9. ZAKLJUČAK

Pravo na sklapanje braka je ljudsko pravo koje je priznato i zaštićeno na nacionalnoj i međunarodnoj razini. Sklapanjem braka nastaje novi pravni odnos koji ima svoje mjesto i ulogu u sustavu i društvenih i pravnih odnosa.

Pravni sustav po svojoj prirodi ima cilj jamčiti pravnu sigurnost svojim građanima. Pravnopovijesna neujednačenost pravnih pravila vodila je do potrebe za izgrađenim sustavom normi kojima se nastojao ukinuti pravni partikularizam. Upravo se Kodifikacija nameće kao rješenje, rođena u revoluciji, temeljena na rimskom pravu, školi prirodnog prava i na idejama prosvjetiteljstva.

Pravo na sklapanje braka dobiva svoju afirmaciju unutar građanskih kodifikacija koje cjelovito pristupaju uređenju ove materije, a više od svega jamče pravnu sigurnost i jednaku regulaciju za sve građane na istom državnom teritoriju. Najveći utjecaj na analizirane kodifikacije imao je Code civile koji propisuje pravo na sklapanje braka svim građanima sposobnim za brak te predviđa građanski brak kao jedini oblik valjanog braka. Jednako kao i Code civile tako i, austrijski OGZ pravo na sklapanje braka dozvoljava svim sposobnim licima ali pri regulaciji oblika sklapanja braka čvrsto stoji uz obranu crkvenog braka, predviđajući građanski brak samo za pripadnike nepriznatih religija. BGB jamči svima pravo na sklapanje braka i propisuje da je valjano sklapanje braka samo onda kada bračni drugovi pred matičarem kao državnim službenikom izjave da žele sklopiti brak. Talijanski Codice civile, pod utjecajem francuskog Code civila također jamči pravo na sklapanje braka te predviđa dvojaku praksu sklapanja braka. Švicarski građanski zakonik garantira pravo na sklapanje braka te omogućuje brak svim punoljetnim građanima. Pravni sustav Bosne i Hercegovine unutar svojih ustavnih odredbi također jamči pravo muškarcu i ženi koji su sposobni za brak, pravo na sklapanje braka.

Bez obzira na različit stupanj društvenog razvoja ovo pravo je prirođeno čovjeku, a svoju normativnu afirmaciju doživjelo je kroz odredbe pojedinih građanskih zakonika koje smo obradili u ovom tekstu. Iako ljudska prava evolutivno prolaze kroz mnoge poteškoće smatramo da će ljudsko pravo na sklapanje braka uvijek imati svoje normativno mjesto u katalogu ljudskih prava, mjesto koje su mu kodifikacije osigurale.

POPIS LITERATURE:

Knjige i znanstveni članci:

1. Arandelović, D., Austrijski građanski zakonik, Nova tiskara Davidović, Beograd, 1906.
2. Bartulović, Ž., Povijest prava i države (I.dio Opća povijest prava i države), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014.
3. Bürgerliches Gesetzbuch allgemeiner Teil /Građanski zakonik opći dio/; prijevod s njemačkog i pravna lektura Đorđević, S., Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Grafostil, Kragujevac, 2017.
4. Čepulo, D.; Francuska revolucija i Deklaracija o pravima čovjeka i građanina 1789. godine: problemi političke demokracije; Časopis za suvremenu povijest, Vol. 21 No. 1-3, 1989., Zagreb
5. Dobrovšak, Lj.; Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj; Croatica Christiana periodica, Vol. 29 No. 56, 2005.
6. Draškić, M., Porođično pravo, Colpi- Dosije, Beograd, 1998.
7. Eisner, B.; Horvat, M., Rimsko pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948
8. Erent – Sunko, Z.; Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code civila iz 1804. godine, Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, (2) 2011.
9. Košutić, Budimir P., Uvod u velike pravne sisteme današnjice, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu- Cid Podgorica, Beograd, 2008.
10. Lachner, V.; Roškar, J.; Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće, Zbornik radova znanstvenog skupa “Austrijski građanski zakonik (1811-2011)”, Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, 2013.
11. Miljko, Z., Ustavno uređenje BiH, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2006,
12. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
13. Romac, A.; Institutiones Justiniani, Latina et Graeca, Zagreb, 1994.,
14. Sokol, S., Smerdel, B., Ustavno pravo, Zagreb: Pravni fakultet, 2006.
15. Stanojević, O., Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje redaktor Lučić, Zdravko, Editio iuristica,, Magistrat, Sarajevo, 2000.
16. Stein, P., Rimsko pravo i Europa – povijest jedne pravne kulture; Golden marketnig, Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.
17. Šarkić, S.; Popović, D.; Veliki pravni sistemi i kodifikacije, Izdavačka kuća Draganić, Beograd, 1996.
18. Šego Marić, I.; Zovko, T.; Državnopravna misao fra Dominika Mandića s uvodnom studijom o državnompravnom položaju Bosne i Hercegovine 1878.-1941., PRESSUM, Mostar, 2021.,

Internet izvori:

1. Društveni Položaj Žene U Antičkoj Grčkoj, dostupno na: <https://arheo.ffzg.unizg.hr/ska/fragmenti/2-3/drustveniPolozaj.htm> (2.10.2022.)

Pravna vrela:

1. Code Civile, dostupno na: https://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf (1.10.2022.)
2. Codice civile, dostupno na: <https://www.ipsoa.it/codici/cc/11/t6> (20.10.2022.)
3. Švicarski građanski zakonik/ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, dostupno na: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20220701/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20220701-en-pdf-a-3.pdf (10.10.2022.)
4. Ustav Bosne i Hercegovine, dostupno na : https://www.ustavisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (12.10.2022.)
5. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dostupna na: https://www.echr.coe.int/documents/convention_bos.pdf (11.10.2022.)
6. Međunarodni ugovor o građanskim i političkim pravima, dostupno na: <http://www.mhrr.gov.ba/pdf/međunarodnipakt%20b.pdf> (31.10.2022.)
7. Arandjelović, D., Austrijski građanski zakonik, Nova tiskara Davidović, Beograd, 1906.
8. Njemački građanski zakonik, dostupan na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (12.10.2022.)

Amra Mahmutagić, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Ivona Šego-Marić, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, University of Mostar

Ivana Marušić, LL.M., teaching assistant
Faculty of Law, University of Mostar

RIGHT TO MARRIAGE - THE UNIFICATION PROCESS THROUGH EUROPEAN CIVIL CODIFICATIONS

Abstract: The right to marry is today the subject of dispute between legal theorists and practitioners. International conventions as well as the constitutional acts of many national states guarantee individuals protection in terms of acquiring this right. The 19th century is the century of the creation of a modern state as well as the creation of a modern legal system based on the respect and protection of human rights. The codification of the continental European law system is among the first to guarantee the realization and respect of human rights after centuries of the Dark Ages.

In this paper, the authors analyze the regulation of the right to marry within the civil codifications that were created under the influence of the ideas of the French Revolution in Europe (*Code civile*, *ÖGB*, *BGB*, *Codice civile*, *Swiss Civil Code*) and the significance that the regulation had on the unification of human rights to get married.

Key words: unification, codification, right to marry, European continental law

Dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

USTAVNOSUDSKA OGRANIČENJA SLOBODE POLITIČKOG UDRUŽIVANJA I RADA POLITIČKIH STRANAKA

Sažetak: Sloboda udruživanja zajedno sa drugim političkim pravima, čini osnovu funkcionisanja savremenih društava, temeljenih na pluralizmu interesa različitih društvenih grupa. Iako slobodu udruživanja u političke, sindikalne i druge organizacije garantuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te ustavi savremenih država, ova sloboda, se zbog mogućnosti njene zloupotrebe od strane različitih ekstremističkih političkih stranaka ograničava različitim mjerama među kojima posebno mjesto zauzima zabrana rada i djelovanja političkih stranaka. U ovom radu analiziraju se preventivno ustavnosudska ograničenja slobode udruživanja, odnosno nadležnost ustavnih sudova da odlučuju o zabrani političkih stranaka, koja postaju aktuelna u vrijeme sve izraženijeg bujanja političko-stranačkog ekstremizma diljem Evrope.

Ključne riječi: sloboda udruživanja, političke stranke, zabrana rada i djelovanja političkih stranaka, ustavni sud, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava

Uvod

Sloboda udruživanja kao prevashodno individualno pravo pojedinca da se udruži sa istomišljenicima kako bi se borio za svoje interese, ali i kolektivno pravo članova udruženja da rade na postizanju svojih ciljeva predstavlja jedno od osnovnih političkih prava i sloboda kao i jedan od osnova moderne demokratije.¹ Zahvaljujući slobodi udruživanja građani mogu zajedno sa drugima ostvariti cilj - zadovoljavanje svojih političkih, ekonomskih, socijalnih, kulturnih, sportskih, individualnih, kolektivnih i drugih interesa u državi. Pravo na (političko) udruživanje je pravni osnov nastanka i djelovanja političkih stranaka koje se bore za vlast i predstavljaju ključni kolektivni akter političkog sistema, a na osnovu ovog prava se osnivaju i djeluju i udruženja i asocijacije koje se ne bore za vlast, ali imaju utjecaja na vlast (nevladine organizacije – udruženja građana i fondacije). Građa-

¹ V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, Međunarodno pravo ljudskih prava, drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007., str. 253-256.

ni, dakle, uživanjem političkog prava na udruživanje, mogu udruženi sa drugima u političku stranku, profesionalno udruženje, vjersku, sindikalnu, nevladinu ili neku drugu organizaciju, da se bore za svoje ideje, ciljeve i interese, te udruženi efikasnije ostvaruju svoja individualna prava.

Sloboda udruživanja zajedno sa drugim političkim pravima, čini osnovu funkcionisanja savremenih društava, temeljenih na pluralizmu interesa različitih društvenih grupa. Iako je sloboda udruživanja u političke, ali i druge organizacije, nezaobilazan uslov funkcionisanja savremenih društava, i jedan od aksiomata savremene demokratije, ova sloboda, kao i mnoge druge nije apsolutna i neograničena. Ograničavala se ne samo u starijim ustavnim sistemima, već se ograničava i danas u skladu sa međunarodnim pravnim standardima navedenim preventivno u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima i slobodama, te Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Prema Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, sloboda udruživanja nije apsolutno pravo, što znači da se ovo pravo može ograničiti pod određenim okolnostima. Član 11. st. 2. Konvencije postavlja određene uslove mogućim ograničenjima prava na slobodu udruživanja, pa će ograničenje prava na slobodu udruživanja biti dopušteno samo ako je:

a) propisano zakonom (Prema Konvenciji, „zakonom” se ne smatra samo zakon u formalnom smislu, već to može biti i u drugi propis (npr. podzakonski opći akt), ustav, međunarodni ugovor kojeg je dotična država potpisnica, kao i pravo Evropske unije), b) ima legitimni cilj, (prema Konvenciji sloboda udruživanja može se ograničiti samo radi: interesa državne sigurnosti ili javnog reda i mira, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala, zaštite prava i sloboda drugih, što su odredbe inkorporirane u ustavne, odnosno zakonske i akte niže pravne snage u BiH), i c) nužno u demokratskom društvu (ne smije se ograničiti sloboda udruživanja više nego što je neophodno kako bi se zadovoljila ta potreba - ostvarenje legitimnih ciljeva). Države mogu poduzeti mjere koje smatraju potrebnima radi zaštite pravne sigurnosti i ustavnih prava građana, ali to moraju učiniti u skladu sa Konvencijom, a poduzete će mjere biti podložne nadzoru Suda.

Legitimna ograničenja prava na slobodu udruživanja prema Konvenciji, pored slučajeva gdje su kumulativno ispunjeni uslovi dopuštenosti ograničenja da je ograničenje propisano zakonom, ima legitimni cilj i nužno u demokratskom društvu, postoje i na osnovu: člana 15. Konvencije - država može u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja, u opsegu koji je strogo određen potrebama tih vanrednih prilika, poduzeti mjere kojima derogiraju svoju obvezu poštovanja prava na slobodno udruživanje, uz uslov da te mjere nisu nespojive s njezinim ostalim međunarodnopravnim obvezama, člana 16. Konvencije - član 11. ne sprječava nametanja ograničenja političkoj djelatnosti stranaca te člana 17. Konvencije - ništa se u Konvenciji ne može tumačiti na način da uključuje pravo na upuštanje u neku djelatnost ili izvršenje nekog čina koji bi smjerali na uništenje prava ili sloboda priznatih Konvencijom ili njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one njome predviđene.

Predviđeni legitimni ciljevi uključuju vanjsku politiku, interese odbrane i sigurnosti, kao i zaštitu javne sigurnosti, interese monetarne politike, sprječavanje kriminala i svako otkrivanje kriminala, zaštitu procesa donošenja odluke od strane javnog tijela u davanju mišljenja, savjeta ili preporuka od strane javnog tijela, zaposlene osobe u javnom tijelu, ili svake osobe koja vrši aktivnosti za ili u ime javnog tijela, a ne obuhvata činjenične, statističke, naučne ili tehničke informacije.

Član 11. Konvencije propisuje da taj član ne zabranjuje da se nameću zakonska ograničenja u ostvarivanju prava na slobodno udruživanje pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.

Pravo slobode udruživanja normirano je u više međunarodnih pravnih akata, pri čemu se također proklamuje, kao osnovni princip, da se za njegovo vršenje neće postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su (propisana samo zakonom) "neophodna u demokratskom društvu, u interesu nacionalne bezbjednosti ili javne sigurnosti, radi sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih".

Zabrana osnivanja nekog udruženja ili odluka o zabrani već postojećeg udruženja mora biti posljednja mjera i primjenjena samo u slučaju ako blaže mjere ograničenja ne mogu zaštititi te interese.

Ograničenja i zabrane u domenu slobode udruživanja, između ostalog, mogu biti: zabrane štrajkova koji prijete opštoj sigurnosti, ako je takva zabrana neophodna u demokratskom društvu i u srazmjeri je sa opasnošću koja iz takvog štrajka proizilazi, ograničenja rada ili zabrana rada udruženja koje se bavi djelatnošću usmjerenom ka poništavanju prava koja garantuju međunarodni ugovori o ljudskim pravima (čl. 5 st. 1 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 17 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ili suprotnom osnovnim načelima demokratije (Komitet za ljudska prava je zabranu fašističke partije u Italiji smatrao saglasnom članu 22 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima), ograničenja političke djelatnosti stranaca prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 16), te bi udruživanje stranaca u političku partiju moglo da bude zabranjeno, ograničenja slobode udruživanja pripadnicima vojske i policije (i državne uprave prema odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) moraju biti samo u skladu sa zakonom, a ne moraju ispunjavati zahtjeve proporcionalnosti i neophodnosti u demokratskom društvu, dakle, pripadnici oružanih snaga i policije isključuju se iz opštih odredbi o ograničenjima slobode udruživanja (čl. 22 st. 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 16 st. 3 Američke konvencije), dok Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda isto postupa i u slučaju službenika u državnoj upravi (čl. 11 st. 2).

Ograničenja slobode političkog udruživanja, predviđena normama međunarodnog prava nisu jedini oblici ograničenja slobode političkog udruživanja koja susrećemo u savremenim, modernim državama. Savremene države, moderne ustavne demokratije propisuje različite mjere ograničenja ovog prava kao što

su: odbijanje registracije političkih stranaka, isključenje izborne liste političkih stranaka, krivična osuda organizacije, uskraćivanje državne pomoći, privremena zabrana organizacije, krivična osuda člana organizacije zbog djelovanja koje je u vezi sa programom organizacije i krivična osuda člana organizacije zbog članstva u organizaciji.² Među tim mjerama posebno mjesto zauzima zabrana političkih organizacija. Radi se mjeri kojom se zabranjuje politička stranka i njeno djelovanje, mjeri koja za razliku od, recimo, odbijanja registracije političke stranke, odnosno krivične osude člana organizacije, ima dalekosežne i mnogo ozbiljnije posljedice za političku stranku i njene članove, mjeri kojom se uskraćuje jedna od osnovnih ljudskih sloboda - sloboda udruživanja, mjeri koja dovodi u pitanje samu srž demokratije, njene aksiome slobodu udruživanja, okupljanja i izražavanja. Zabranom rada političkih stranaka i udruženja ne uskraćuju se samo ustavna prava pojedinaca, već se dovodi u pitanje i suština demokratije jer se dijelu građana koji podržavaju određenu političku stranku, a koji su titulari suverenosti, u slučaju njene zabrane uskraćuje ne samo pasivno, već i i aktivno biračko pravo, pravo da izraze svoju volju i glasaju u skladu sa svojom savješću. Upravo iz navedenih razloga, zabrana političkih stranaka, njeno propisivanje, ali i primjena u praksi, izaziva i izazivala je uvijek brojne teoretske i praktične dileme koje se uglavnom ogledaju u sljedećem. Da li je zabrana političkih stranaka koja neminovno sa sobom nosi opasnost od neprimjerenog ograničenja temeljnih ljudskih prava i sloboda, opravdana mjera i kada se treba izreći, zbog kojih razloga? Ko, odnosno, koji državni organi, odnosno institucije trebaju odlučivati o zabrani političkih stranaka? Da li to treba biti ustavni sud?

Imajući u vidu brojnost dilema i opravdanih pitanja koja se javljaju u vezi sa institutom zabrane političkih stranaka u okviru ovog dijela rada analizirat će se neka od gore navedenih pitanja: sam položaj političkih stranaka u savremenim ustavima, razvoj instituta zabrane političkih stranaka, kao i primjena ovog instituta od strane savremenih ustavnih sudova, a sve kroz prizmu savremenih ustavnih rješenja, odnosno međunarodnih pravnih standarda u ovoj oblasti.

1. Ustav, sloboda udruživanja i političke stranke

Političke stranke su slobodna dobrovoljna udruženja građana koja okupljaju političke istomišljenike s osnovnim ciljem potpunog ili djelimičnog osvajanja i vršenja vlasti. Imaju ključnu ulogu u predstavničkoj demokratiji. Legitimiraju politički poredak, biraju i kontrolišu članove zakonodavnog tijela, sudjeluju u procesu izgradnje i oblikovanja političke volje građana, kontrolišu i upućuju kritike načinu na koji se vrši državna vlast. Osnivanje i djelovanje političkih stranaka temelji

² E. Brems „Freedom of Political Association and the Question of Party Closures“, *Political Rights under Stress in 21 Century Europe* (ed. W Sadurski), Oxford University Press, Oxford New York 2006., str. 141-148. prema T. Marinković, *Granice slobode političkog udruživanja*, uporednoteorijska studija, Beograd, 2014, str. 17.

se na jednom od osnovnih političkih prava i sloboda: na pravu udruživanja. Ovo pravo, bez izuzetka priznaju sve savremene države koje pravo na udruživanje, odnosno pravo na udruživanje u političke stranke štite ustavom. U savremenom demokratskom društvu sloboda političkog udruživanja nesumljivo se svrstava u krug najznačajnijih sloboda. Demokratiko društvo ima obavezu da omogući uživanje ove slobode, odnosno obavezu da omogući osnivanje i djelovanje političkih stranaka.

No nije uvijek bilo tako. Udruženja građana, a naročito političke stranke kao jedan od njihovih najznačajnijih oblika, dugo vremene djelovale su u ustavnom praznom prostoru. Sloboda udruživanja ne pominje se u prvim pisanim ustavima donesenim krajem 18 stoljeća. Ustav Francuske iz 1791. godine proglasio je princip individualne slobode, koja je obuhvatala slobodu okupljanja, rada, štampe, rada ali nije formalnopravno priznao slobodu udruživanja. Iako je postojao veliki broj udruženja prvenstveno zatvorenog, esnafskog karaktera, koji su u okviru starog poretka imali dopuštenja za rad, ustav je je ukinuo instituciju esnafa koja je po shvatanju ustavotvorca bila u suprotnosti sa novoproglašenom slobodom rada. Pisari ustava smatrali su da svaki oblik udruživanja ugrožava slobodu pojedinca i da je suprotan načelu narodnog suvereniteta, te su sve vrste udruženja proglasili štetnim.³ Ovakvo stajalište francuskog ustavotvorca temeljeno je na Rusovom gledanju na ulogu grupa u političkom životu iznesenom u Društvenom ugovoru. Ruso je smatrao da je najvažniji uslov da jedno društvo bude dobro uređeno, odnosno da u njemu vlada opća volja, posvećivanje građana općim poslovima, bez bilo kakvih ličnih privrženosti i sklonosti. Opću volju je moguće postići u društvenim zajednicama u kojima ne postoje društvene grupe manje od države, te je po njegovom shvatanju bilo kakav oblik udruživanja štetan za opće dobro. Njegove ideje su prihvatili francuski revolucionari koji su zabranili postojeća udruženja i ukinuli pravo na udruživanje u profesionalne i humanitarne svrhe „iz želje da se eliminišu posredničke organizacije i zato što država treba i može da zadovolji opće potrebe“.⁴ Ovakvo stajalište i ideja o političkom poretku u kome nema nikakvih udruženja (posrednika) koja će stajati između pojedinaca i njihovih predstavnika velikoj mjeri je utjecalo i na tadašnje zakonodavstvo. Zakonom od 2. marta 1791. godine, ukinuti su različiti oblici zanatskih udruženja, nakon čega je donesen i poznati Le Šepalijev zakon 14. juna 1791. godine kojim su zabranjeni štrajkovi, radnička udruženja i bilo kakvo pravo klubovima udruženjima i društvima da imaju bilo kakav oblik političkog bitisanja.⁵ Netrepeljivost prema

³ Vidjeti više: V. Koštunica, *Ugrožena sloboda – političke i pravne rasprave*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Filip Višnjić, Beograd, 2002., str. 219.

⁴ A. David, „Freedom of Associations and Civil Society“, *Freedom of Association*. str. 88

⁵ U svom izvještaju koji je prethodio donošenju Zakona Isak le Šepalije je istakao da „bez sumnje građanima mora biti dozvoljeno da se okupljaju, ali ne smije biti dozvoljeno građanima određenih profesija da se okupljaju zbog svojih takozvanih zajedničkih interesa. U državi više nema korporacija. Postoji samo pojedinačni interes svake individue i opći interes. Nikome nije dopušteno da podstiče kod građana međuinteres, da ih odvaja od javne stvari duhom korporacije.

udruženjima potvrđena je i Krivičnim zakonom iz 1810. godine koji je zahtijevao prethodnu saglasnost vlasti za osnivanje bilo kakvog udruženja koje bi imalo više od 20 članova⁶. Navedena zakonska i druga rješenja koja su ograničavala slobodu udruživanja, u značajnoj mjeri su utjecala na stvaranje dobrovoljnih udruženja koja su u tom periodu bila izlagana različitim vidovima represije od strane javne vlasti. Do značajnijih promjena dolazi tek 1848. godine kada je Ustavom Francuske prvi put priznato pravo na udruživanje. U proklamaciji od 19. aprila 1848. godine tvrdi se da su jedan od tada preovladavajućih oblika udruživanja klubovi „ za Republiku potreba, a za građane njihovo pravo“. Stoga je u članu 8 navedenog Ustava priznato pravo na udruživanje i to na sljedeći način „ Građani imaju pravo da se udružuju, da se mirno i nenaoružani okupljaju, da podnose predstavke, da izražavaju svoja mišljenja putem štampe ili na drugi način.“ Ustavom zagarantovano pravo na slobodu udruživanja ponovo nestaje nakon pada Druge Republike i donošenjem Ustava iz 1852. godine, a sama zakonodavna politika prema udruženjima postaje i oštrija. Mjere i različiti vidovi ograničenja se nastavljaju, da bi do bitnih promjena došlo tek 1884. godine kada je zakonski priznato pravo na profesionalno udruživanje u radničke sindikate, udruženja poslodavaca i mješovita udruženja. Opća sloboda udruživanja zakonski je priznata tek 1901. godine. Ovim zakonom bilo je predviđeno da se građani mogu slobodno udruživati bez prethodnog odobrenja i i prijave državnim vlastima. Ustav Francuske iz 1958. godine je potvrdio značaj političkih stranaka i udruženja, te u čl. 4. istakao da stranke i političke grupe doprinose izražavanju izborne volje naroda, da se slobodno osnivaju i delaju, te da moraju poštovati načela narodne suverenosti i demokratije. Ustavni rang slobode udruživanja potvrđen je i odlukom Ustavnog savjeta Francuske 1971. godine kojom je sloboda udruživanja potvrđena kao „ osnovno načelo priznato zakonom Republike“.

Sličan pogled na slobodu udruživanja imao je i američki ustavotvorac. Prvi pisani ustav, Ustav SAD-a iz 1787. godine, nije sadržavao odredbe o ljudskim pravima, pa ni odredbe o slobodi udruživanja. Usvajanjem amandmana I na Ustav, zagarantovano je sloboda govora i štampe, sloboda okupljanja, kao i pravo upućivanja peticije državnim organima, ali ne i pravo udruživanja. Razlozi za ovakav stav prema slobodi udruživanja utemeljeni su na samom američkom idealu jedinstvene državne zajednice, a ne naroda sastavljenog od skupa međusobno suprotstavljenih grupa. Za razliku od pisaca francuskog ustava iz 1791. godine, koji su smatrali da se djelovanje različitih grupa u novostvorenom poretku može otkloniti, kreatori američkog ustava imali su nešto drugačije stajalište o slobodi udruživanja. Bez obzira što sam Ustav nije garantovao slobodu udruživanja, jedan od najznačajnijih mislilaca i kreatora američkog ustava, Džejms Medison u

⁶ U skladu sa ovim zakonom nijedno udruženje koje bi imalo više od 20 članova, osnovano radi stalnog ili povremenog sastavljanja, čiji ciljevi mogu biti vjerski, književni, politički i drugi nemože osnovati bez odobrenja vlade i pod uslovima koje vlada propiše. V. Koštunica, navedeno djelo, str. 222.

Federalističkim spisima⁷ tvrdi da su udruženja, odnosno političke stranke i pored svih svojih mana neizbježne i da se sloboda udruživanja koja je neophodna u političkom životu ne može otkloniti ali da se treba obuzdati, odnosno da je neophodno izgraditi ustanove koje bi obuzdavale njihovo dejstvo. Pri tome, Medison je na umu imao ustanove predstavničke demokratije koja je za razliku od oblika neposredne demokratije, karakterisala manja opasnost od tiranije većine. Predstavnička vlast, po njegovom shvatanju, profinjuje stavove javnog mijenja provodeći ih „kroz medijum izabranog tijela građana, čija mudrost najbolje može da prepozna pravi interes države i čiji patriotizam i pravdoljublje neće biti tako lako žrtvovano nekom privremenom ili parcijalnom računu“ i u većem broju građana i proširenoj teritoriji, koja se može svrstati u domen republikanske, negoli demokratske vlade, jer taj uslov načelno posmatrano „umanjuje strahove od frakcionaških kombinacija“.⁸ Kao i u Francuskoj i u SAD-u je u tom periodu došlo do bitnih zakonskih ograničenja slobode udruživanja. U toku 1798 godine doneseno je više zakona od kojih je svakako najznačajniji Zakon o podstrekavanju na pobunu (Alien Sedition Act) koji je svojim uopćenim odredbama omogućavao krivično gonjenje političkih protivnika zbog stvaranja nezakonitih skupova ili saveza, odnosno zbog same kritike vlade ili njenih funkcionera.⁹ Američki propisi protiv udruženja bili su upereni protiv samo nekih oblika političkog udruživanja, a ne protiv udruživanja uopće. Uglavnom su bili usmjereni protiv protivnika političkih stranaka Republikanske stranke, federalista, koji su u to vrijeme bili na vlasti i koji su doprinjeli donošenju ovakvih zakona. Drugi po redu američki predsjednik Džon Adams, iako se nije slagao sa političkim programima svojih suparnika pisao je da „politički klubovi moraju i treba da budu zakoniti u svakoj slobodnoj zemlji“¹⁰, čime je u biti zagovarao opća sloboda udruživanja. No bez obzira na navedeno, pravo na slobodu udruživanja u budućim ustavnim promjenama nije našlo svoje mjesto. Samo pravo na udruživanje su zakonodavna tijela i sudovi izvodili putem širokog tumačenja prava na okupljanje slobodu govora i štampe iz I amandmana polazeći od njihovih zajedničkih elementa uz zanemarivanje očitih razlika koje su ipak prisutne. Američki ustav nikada nije izričito zajamčio slobodu udruživanja, mada je ta sloboda uzdignuta na ustavni nivo u više historijskih odluka Vrhovnog suda SAD-a od kojih je svakako najzačajnija odluka u predmetu NAACP v. Alabama iz 1958. godine, u koje je Vrhovni sud konstatovao da se pravo pojedinca da se organizuje u grupe zarad ostvarivanja i političkih ciljeva može da se izvede iz ustavnih odredbi o slobodi govora i okupljanja.

⁷ The Federalist Papers, New York, New American Library, 1961., str. 78.(No.10).

⁸ Ibid., 47-48.

⁹ Cf. J. Miller, Crisis in Freedom. The Alien and Sedition Acts, Boston 1951; Geoffrey R. Stone, Perilous Times. Free Speech in Wartime. From the Sedition Act of 1798 to the War of terrorism, New York 2004, str 15-78.

¹⁰ R. Hofstadter, The Idea of a Party System, The Rise of Legitimate Opposition in the United States 1780-1840, Berkley, 1969., str.102-120

Odnos ustava prema slobodi udruživanja i političkim strankama u značajnoj mjeri se promijenio tek nakon prvog svjetskog rata, a posebice nakon Drugog svjetskog rata kao posljedica preobražaja dotadašnji liberalnih društava individua, u društvo organizacija. Priznanje općeg biračkog prava, zahtjevi za poboljšanjem ekonomskog i socijalnog statusa samih građana, racionalizacija parlamentarnog sistema vlasti, utjecala je na pisce novi ustava na Evropskom kontinentu koji garantuju slobodu udruživanja i priznaju ustavnu vrijednost političkim strankama. Ustavi doneseni nakon Drugog svjetskog rata pored opće slobode udruživanja nerijetko sadrže i odredbe o političkim strankama. Ustavi Belgije, Cipra, Danske, Estonije, Finske, Irske, Latvije, Litve, Luksemburga, Mađarske, Makedonije, Malte, Moldavije, Nizozemske, Slovačke, te Instrument Vlade Švedske¹¹ ne sadrže posebne odredbe o političkim strankama već je njihovo osnivanje i djelovanje obuhvaćeno općim načelom slobode udruživanja. Ustav Češke zasebno uređuje političke stranke, ali ih istodobno podvodi i pod opće načelo slobode udruživanja. Ustavi Francuske, Grčke, Hrvatske, Italije, Njemačke, Poljske, Portugala i Španije zasebno uređuju političke stranke.

Ustava Italije iz 1948. godine koji u članu 49. navodi: „svi građani imaju pravo da se slobodno udružuju u stranke, da bi, u skladu sa demokratskim metodom, doprinjeli određenju nacionalne politike“, da stranke sarađuju u obrazovanju političke volje naroda, da se slobodno osnivaju i da njihova unutrašnja organizacija mora da počiva na demokratskim načelima. Slično rješenje sadrži i Ustav Njemačke, Osnovni zakon SR Njemačke iz 1949. godine koji u članu 21. ističe da političke stranke koje se obrazuju slobodno učestvuju u formiranju političke volje naroda. Njihova unutrašnja organizacija mora biti saobražena demokratskim načelima, a dužne su da učine javnim porijeklo finansijskih sredstava kojima raspoložu. Francuski ustav iz 1958 kao što smo već i naveli također sadrži odredbe koje definišu ulogu stranaka na sljedeći način „Političke stranke i grupe učestvuju na izborima. One se obrazuju i djeluju slobodno. One moraju poštovati načela narodne suverenosti i demokratije.“

2. Evolucija instituta zabrana rada i djelovanja političkih stranaka

Konstitucionalizacija političkih stranaka, odnosno unošenje u ustav odredbi kojima se uređuje načelan položaj političkih stranaka i priznaje njihova (demokratska) uloga u ustavnom sistemu, utjecala je na pojavu različitih mehanizama kontrole i zabrane njihovog rada i djelovanja. Ograničenje slobode političkog udruživanja, uporedo sa njenim ustavnopravnim garantovanjem, uslijedilo je kao svojevrsan vid reakcije na zloupotrebe ovog prava, do kojeg je došlo u periodu između prvog i

¹¹ Instrument Vlade (1634., u cijelosti noveliran 1974. sa amandmanima iz 1979. i 1994. sadrži osnovne odredbe o ustrojstvu Švedske i najviše korespondira sa ustavima drugih evropskih zemalja. Švedska nema kodificirani ustav (ustavne odredbe sadrže četiri temeljna akta: Instrument Vlade, Zakon o sukcesiji, Zakon o slobodi medija i Temeljni zakon o slobodi izražavanja).

drugog svjetskog rata kada su demokratija i demokratska tolerancija bile upotrebljavane za rušenje demokratije, poput „trojanskog konja uz kojeg neprijatelj ulazi u grad“¹². Period između dva svjetska rata je period u kojem uslijed buđenja nacionalizama i fašizma te drugih desničarskih ideologija i pokreta, ponovo dolazi do ograničenja slobode političkog udruživanja u Francuskoj i SAD-u, ali i u brojnim drugim evropskim državama. Zagovornici fašizma¹³, pod okriljem osnovnih prava, računajući na to da demokratija ne može, bez samoporicajanja, uskratiti bilo kom učesniku u političkom životu, slobodu govora, okupljanja i udruživanja, zloupotrijebili su navedena prava i iskoristili slabe tačke demokratskih sistema. Fašizmu, prerusenom u zakonito priznate političke stranke, otvorene su sve mogućnosti demokratskih institucija.¹⁴ Te mogućnosti su nažalost iskorištene, pa je fašizam u velikom broju evropskih država uspio da dođe na vlast. Val fašizma iz Italije i Njemačke se proširio u međuratnom razdoblju na brojne evropske zemlje koje su uz pomoć fašističke Italije i nacističke Njemačke uspjele nametnuti vojnodiktatorske režime (Franco u Španiji, Salazar u Portugalu, Metaxas u Grčkoj, Antonescu u Rumuniji, Horthy u Mađarsko), Upravo je bujajući fašizam i realizacija njegovih ciljeva u praksi u značajnoj mjeri utjecao na zagovaranje i uvođenje različitih mjera u tadašnjim državama koje su bile usmjerene protiv neprijatelja demokratije i čiji je osnovni cilj bio odbraniti demokratiju od njenih neprijatelja, putem zabrane subverzivnih pokreta, političkih stranaka i udruženja. Jedna od prvih država koja je svojim zakonodavstvom ograničila slobodu udruživanja bila je Francuska u kojoj je nakon liberalnog zakonodavstva Treće republike, ponovo uvedena zabrana političkog organizovanja Zakonom o borbennim grupama i privatnim milicijama iz 1936. godine. Ovaj Zakon donesen je kao odgovor na parlamentarne neredne do kojih je došlo u francuskoj na početku 1934.godine. Tražeći izgovor u skandalima u kojima su bili upleteni članovi francuskog parlamenta,¹⁵ članovi tadašnje „Francuske akcije“¹⁶ i drugih desničarskih liga, organizovali su pobunu na ulicama Pariza sa ciljem rušenja vlasti.¹⁷ Pisan u duhu tadašnjeg vremena, ovaj Zakon je predvidio mogućnost zabrane udruženja ukoliko ono: izaziva oružane ulične demonstracije, ispoljava svojim oblikom i organizovanjem osobine privatnih milicija ili grupa za borbu; ili ima cilj da naruši teritorijalni integritet države i da silom ugrozi republikanski oblik vladavine. Pravo

¹² Vidjeti više K. Loewenstein, „Militant Democracy and fundamental Rights“ I, 31. The American Political Science Review, 3/1937., str. 424.

¹³ Fašizam, pokret, politički sustav i državni poredak što ih je u Italiji 1922. uveo B. Mussolini, naziv i za druge nacionalističke i diktatorske režime mussolinijevskog tipa koji su se nametnuli i neposredno doveli do II svjetskog rata. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 331.

¹⁴ Ibid., str. 424

¹⁵ Vidjeti više o ovome, T. Marinković, navedeni rad, str. 38-39.

¹⁶ Francuska akcija nastala na prelazu između dva vijeka se odlikovala konzervativizmom, nacionalizmom, a posebno antisemitizmom i obnovom ideje monarhije.

¹⁷ Tadašnje francuske lige, nisu bile objedinjene za razliku od Njemačke ili Italije, ali su organizovale različite jurišne odrede (Vatreni krstovi, Partije frankista) koje su se koristile sličnim parolama, protiv komunizma i pazifima, a u ime autoriteta i reda.

donošenja odluke o zabrani ovakvih udruženja dodijeljeno je predsjedniku Republike, a protiv njegovog ukaza bila je dozvoljena žalba Državnom savjetu koji je po hitnoj proceduri trebao odlučivati o istoj, vodeći računa o činjenicama i pravnoj kvalifikaciji, a ne o srazmjernosti izrečene mjere. Navedena zakonska rješenja, dala su široku mogućnost predsjedniku Republike da se obračuna sa političkim neistomišljenicima, što se u praksi i desilo. U skladu sa navedenim, zabranjen je rad većeg broja tadašnjih desničarskih francuskih liga, Francuske akcije, Nacionalne federacije kraljevih glasnika, Nacionalne federacije studenata Francuske akcije, na samom početku primjene zakona u februaru 1936. godine, a kasnije su uslijedile zabrane većeg broja pretežito komunističkih i separatističkih organizacija (zabrana ekstremne ljevice 1939. godine). Navedeni Zakon o borbenim grupama i privatnim milicijama iz 1936. godine, dopunjavao je u više navrata, u toku i nakon drugog svjetskog rata. Tim dopunama prošireni su već postojeći osnovi za zabranu, te je u skladu sa dopunama iz 1944. godine. kao razlog za zabranu uvedeno nastojanje da se osujete mjere koje se odnose na uspostavljanje republikanske zakonitosti; 1951. godine razlog za zabranu je namjera da se okupe pojedinci koji su osuđeni za organizovanje saradnje sa neprijateljem ili za podsticanje te saradnje; 1972, kao osnov za zabranu je uvedeno podsticanje na diskriminaciju, mržnju i nasilje prema osobi ili grupi osoba zbog njihovog porijekla ili pripadništva, odnosno nepripadništva određenoj etničkoj grupi, naciji, rasi ili vjeri, zagovaranje ideja ili teorija koje opravdavaju ili podstiču tu diskriminaciju ili nasilje, a 1986. godine kao još jedan osnov uvedeno je i preduzimanje radnji na teritoriju Francuske ili sa nje, sa ciljem izazivanja terorističkih akata u Francuskoj ili u inostranstvu.

Njemačka, se također odmah nakon okončanja I svjetskog rata, nakon proglašenja Vajmarske republike¹⁸ počela suočavati sa rastućim nacizmom i fašizmom.. Velika ekonomska kriza, masovna nezaposlenost, u značajnoj mjeri su doprinje-

¹⁸ Vajmarskom republikom opisuje se razdoblje njemačke historije od 1919. godine, pa sve do dolaska nacionalsocijalista na vlast 1933. godine. Temeljem Vajmarskog ustava Njemačka je postala Republika sa jakom pozicijom predsjednika. Prekinuta je stoljetna monarhistička tradicija. Sam Ustav, sastojao se od dva glavna dijela „Organizacija i zadaće carstva (čl.1.-108) i Osnovna prava i dužnosti Nijemaca (čl.109-165). Ostalih 16 članova sadržavalo je prijelazne i završne odredbe. Uvedena je mogućnost provođenja plebiscita (čl.73. Ustava) što mu je na određen način donijelo i status najdemokratskijeg“ ustava svijeta. Zakonodavna vlast je dodijeljena parlamentu.. Najznačajniju ulogu Ustav je ipak dodijelio predsjedniku koje se u skladu sa ustavnim normama birao od strane naroda i to na mandatni period od sedam godina. Predsjednik nije imao samo reprezentativnu ulogu već i ovlaštenja šefa egzekutive. U skladu sa članom 53. ustava imao je ovlaštenje da imenuje i raspusti vladu, bio je vrhovni zapovjednik oružanih snaga. Također imao je ovlaštenje da raspusti parlament u skladu sa članom 25. Ustava, te ovlaštenje da u slučaju ugrožavanja javne sigurnosti i reda, proglasi vanredno stanje te pritom stavi van snage i ineka temeljna prava. Vajmarski ustav je predvidio federalno uređenje, sa znatno izraženim centralističkim crtama, te čl.61 i članom 63. Ustava propisao da niti jedna zemlja ne smije imati bez obzira na svoju veličinu više od dvije petine glasova u Vijeću zemalja (Reichsratu), čime je spriječena premoć Pruske koja je tada obuhvatala više od tri petine teritorija i stanovnika. Vajmarski ustav je također zagarantovao niz ljudskih prava i sloboda te pokušao riješiti i pitanja zajedničkog života (čl.119-124), vjerska pitanja (čl.135-141) i pitanja obrazovanja i školovanja (čl.142-150), kao i privrednog ustroja (čl.151-165).

li nezadovoljstvu stanovništva. To nezadovoljstvo je ojačano nakon potpisivanja Versajskog ugovora koji je Njemačku i u vojnom i ekonomskom smislu dodatno oslabio. Versajski sporazum iz tadašnje njemačke perspektive bio je neprihvatljiv kao i sama novouspostavljena vlast koja je taj sporazum i potpisala.¹⁹ Uveliko raspostranjena mržnja protiv Versajskog mira otežavala je njemačkim političarima uspješnu izgradnju vlasti. U početku se huškanje protiv političara izražavalo pomoću tajnih saveza radikalne desnice i slobodnih odreda koji su težili političkom teroru. Nacionalistička desnica krivila je Republiku zbog potpisivanja ugovora i prihvatanja njemačke ratne krivice, za gubitak teritorija, za smanjenje armije i zavisnost od inostranih kredita. Demokratske ustanove okrivljavane su za sve slabosti koje su zadesile postratnu Njemačku. U takvim uslovima dolazi do osnivanja desničarskih političkih stranaka koje će u značajnoj mjeri utjecati na buduće događaje u Njemačkoj ali i čitavoj Evropi. Njemačka nacionalna socijalistička partija (NSDAP), osnovana je u Minhenu 1919. godine. NSDAP je u potpunosti bila tvorevina njenog vođe Adolfa Hitlera, koji je računao na vjernost svojih pristalica, prikazujući sebe kao spasitelja nacije. Fraza "nacionalni socijalizam" nastala je kao sredstvo koje je imalo za cilj povezati nacionalističke organizacije u borbi protiv internacionalnog socijalizma. Izbijanjem Velike gospodarske krize, koja je 1929. godine zahvatila čitav svijet, ukazala se šansa za Hitlera i njegovu stranku koja je na izborima održanim 1930. godine osvojila 130 mandata. U martu 1933. godine NSDAP je zajedno sa Njemačkom nacionalnom strankom dobio dvotrećinsku većinu u Reichstagu. Upravo je ta većina u skladu sa članom 76. Ustava²⁰ rezultirala donošenjem Zakona o tzv. punomoći (Ermächtigungsgesetz) kojim je vlada dobila ovlasti proglašenja zakona bez učešća parlamenta. Donošenje navedenog zakona predstavljalo je prvi i samo jedan u nizu poteza koje će nova nacistička vlast preduzeti u periodu koji slijedi. Rezultat Hitlerove politike bio je genocid nad jevrejima te Drugi svjetski rat sa do tada nezabilježenim ljudskim žrtvama i materijalnim razaranjima. Mlada Vajmarska Republika nažalost, nije preduzela adekvatne mjere u cilju odbrane demokratije od njenih neprijatelja.²¹

¹⁹ O odnosu Nijemaca prema nacionalsocijalističkoj prošlosti usp. Kielmansegg, Peter Graf, 1989.: *Lange Schatten. Vom Umgang der Deutschen mit der nationalsozialistischen Vergangenheit.* Siedler Verlag, München

²⁰ Član 76. Vajmarskog ustava propisao je da se putem se dvotrećinske većine mogu mijenjati sve ustavne odredbe, svake vrste i u svakom obimu.

²¹ Vođeći konstitucionalisti Vajmarske Republike, Hans Kelsen i Gustav Radbruch zastupali su stajalište da demokratija pretpostavlja relativizam vrijednosti i da svačije političko stajalište zaslužuje isto poštovanje. Sam Kelsen je 1932. godine, uoči propasti Vajmarske Republike, iznio stav da demokratija, ako sama sebi želi ostati vijerna, mora trpjeti i pokret koji je usmjeren prema uništenju nje same, te da mora tom pokretu, kao i svim ostalim političkim uvjerenjima, osigurati jednaku mogućnost razvoja. Za njega osobito većinsko načelo stoji u čvrstom odnosu prema legitimnosti demokratskog poretka, ali istovremeno određuje i njegovu sudbinu. Demokratija koja se pokušava suprostaviti želji većine, pa i silom, prestaje biti demokratija. Vladavina naroda ne može opstati protiv naroda.... Tko je za demokratiju, ne smije se zaplesti u kobno protivrjeđe i posegnuti za diktaturom kako bi spasio demokratiju. Mora se ostati vjeran zastavi, čak i kada brod tone.

Navedena dešavanja u Njemačkoj, slabost mlade Vajmarske Republike da se suprostavi nadolazećem nacizmu, zakonski dolazak na vlast nacista ponukala je Karla Levenštajna, njemačkog konstitucionalistu, filozofa i politikologa da kao emigrant iz Hitlerove Njemačke objavi u SAD-u 1937. godine, dva dijela svoje studije *Militant Democracy and Fundamental Rights – Militantna demokratija i osnovna prava*, u kojoj su izneseni osnovni koncepti militantne demokratije, demokratije koja je spremna da usvoji i primjeni i preventivne, prima facie nedemokratske mjere da bi spriječili one koji namjeravaju da, koristeći se demokratskim sredstvima unište samu sebe,²² o čemu će biti više riječi u nastavku rada.

3. Militantna demokratija i zabrana političkih stranaka

Sam koncept militantne demokratije²³ temelji se na stajalištu da demokratiju treba zaštititi od grupa i organizacija koje koriste demokratske norme, procedure i institucije kako bi afirmisale vrijednosti i ostvarile ciljeve koji su nespojivi sa demokratijom, putem različitih vidova ograničenja. Levenštajn je u svom već spomenutom djelu *Militantna demokratija i osnovna prava*, osvrćući se na tada aktualna dešavanja i stavove njemačkim konstitucionalista tog vremena, ustvrdio da je u Vajmarskoj Republici demokratija od samog početka bila osuđena na propast, jer je bila pacifistička, a ne militantna²⁴ Levenštajn se snažno suprostavio već navedenim stavovima Hansa Kelsena, te se založio za pravo demokratije da u borbi sa svojim neprijateljima koristi robusne mehanizme odbrane, odnosno za pravo demokratskih režima da „na vatru odgovore vatrom“. Odbrambena vatra bi se po Levenštajnu, sastojala od različitih mjera, uključujući inkriminaciju veleizdaje, pobune, zabranu i raspuštanje ekstremističkih političkih partija, zabranu osnivanja paramilitarnih jedinica i privatnih gardi, inkriminisanje nedozvoljene trgovine oružjem, pozivanje ili podsticanje na nasilje određenih dijelova stanovništva, ograničenje slobode izražavanja, zabranu nošenja određenih simbola, lojalnost državnih službenika ustavnom poretku, pravo na administrativnu kontrolu subverzivnih pokreta, itd.²⁵ Levenštajn se snažno založio za institucionalno preoblikovanje konstitucionalne demokratije, smatrajući da demokratije mogu preživjeti jedino ako prevaziđu „legalističko samozadovoljstvo i samoubilačku letargiju i suoče se sa realnošću“. Istakao je da demokratije imaju pravo da i dužnost da budu netolerantne prema

²² J.W. Muller, „Militant Democracy“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michael Rosenfeld and Andreas Sajo, Oxford University Press., 2012. str. 1253.

²³ Osim termina militantna demokratija (borbena demokratija) u teoriji se još koriste sljedeći termini: budna demokratija (*Wachsame Demokratie*) demokratija spremna da se brani (*die wahrhaftige Demokratie*) demokratija vezana za sistem vrijednosti (*Wertgebundene Demokratie*),. Vidjeti više: J. Volić-Hellbusch, „Borbena demokratija i njena demokratska dilema“, *Pravni zapisi*, broj 1. Beograd, 2011., str. 35.

²⁴ K. Loewenstein, *Militant Democracy and fundamental Rights*“ I, 31. *The American Political Science Review*, 3/1937, str. 580..

²⁵ *Ibid*, str 251-260

netolerantnima, odnosno da uspostave mehanizme zaštite od onih koje zlorabe-
ći pravno vrijednosno jezgro konstitucionalizma nastoje da unište te iste norme i
vrijednosti.²⁶ Sažeto rečeno, smatrao je da demokratski režimi, izloženi napadima
ekstremističkih organizacija, totalitarističkih pokreta, fundametalističkih grupa i
sl., trebaju imati mehanizme da se od istih odbrane. Sen Žistova maksima „nema
slobode za neprijatelje slobode“ treba biti u praksi primjenjena i treba rezultirati
različitim vidovima ograničenja među kojima će svoje mjesto naći i zabrana poli-
tičkih organizacije, stranaka. Iako se zalagao za brojna ograničenja, preventivne i
represivne mjere, Levenštajn je bio svestan paradoksa do kojeg bi ovakvo promi-
šljanje u praksi dovelo. Demokratije nema bez osnovnih prava, slobode suočavanja
svih mišljenja, slobode govora, udruživanja, štampe. Ako se pojam demokratije
svede na svoje osnovne elemente - vladavinu većine i izbore - onemogućavanje
pobornicima određenih političkih stavova da učestvuju u izbornoj areni ograničava
izbor političkih opcija koje se nude građanima, čime se dovodi u pitanje legitimitet
demokratije.²⁷ Kako onda demokratija može da ograniči ova prava a da pritom ne
razori samu osnovu svoga postojanja i legitimiteta.? Levenštajn je na ova pitanje
dao prilično jasan odgovor. „Ako demokratija vjeruje u superiornost svojih apso-
lutnih vrijednosti nad fašističkom frazeologijom, ona mora biti spremna da se suoči
sa izazovima vremena; neophodno je uložiti sve napore da se ona spasi, čak iako to
spašavanje zahtijeva povredu osnovnih principa“²⁸

4. Zabrana političkih stranaka u ustavima savremnih država

Uprkos teorijskim razmimoilaženjima, neslaganjima sa prvenstveno bor-
benim elementima militantne demokratije, promišljanja K. Levenštajna i drugih
zagovornika militantne demokratije, pravno su obličena nakon drugog svjetskog
rata u Osnovnom zakonu SR Njemačke 21. Osnovnog zakona kojime je definisan
sam položaj političkih stranaka u SR Njemačkoj, kao i razlozi za njihovu zabranu.
U skladu sa navedenim članom „Stranke sudjeluju u oblikovanju političke
volje naroda. Njihovo osnivanje je slobodno. Njihovo unutrašnje uređenje mora
odgovarati demokratskim temeljnim načelima. One moraju javno polagati račun
o porijeklu i upotrebi svojih sredstava i svoje imovine“. Razlozi za zabranu su na-
vedeni u stavu 2. istog člana „Stranke koje svojim ciljevima ili ponašanjem svojih
pristalica teže da podriju ili unište slobodni demokratski poredak ili da ugroze
postojanje Savezne Republike Njemačke neustavne su. O njihovoj neustavnosti
odlučuje Savezni ustavni sud“.²⁹

²⁶ Vidjeti više: N. Dimitrijević, *Militantna demokratija - nekad i sada*, (ur. Violeta Beširević), Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2013., str. 34.

²⁷ S. Issacharoff, „Fragile Democracies“, *Haward Law Review*, Vol 120. No.6., 20007, str. 1411.

²⁸ K. Loewenstein, *Militant Democracy and fundamental Rights*“ I, 31. *The American Political Science Review*, 3/1937., str. 580..

²⁹ Vidjeti više: N. Pantelić, *Pravno politički dometi zabrane političkih stranaka u Njemačkoj*, *Strani pravni život*, Beograd, Br. 3, 2015., str. 167-184

Osnovni razlog za uspostavu ove nadležnosti ustavnog suda su bila negativna iskustva sa djelovanjem nacionalsocijalističke i drugih fašističkih partija u prethodnom periodu. Dodatni argument uspostavi ove nadležnosti predstavljala je i konstitucionalizacija političkih partija³⁰, odnosno njihovo ustavnopravno regulisanje koje je i utjecalo na uspostavljanje ove nove funkcije ustavnih sudova. Dugo vremena ovu nadležnost smo susretali samo kod Saveznog ustavnog suda Njemačke, koji je odmah na početku svog djelovanja donio odluke o zabrani rada dvije političke partije Nacional-socijalističke partije i Komunističke partije Njemačke. Nakon ovih odluka izgledalo je da je ova nadležnost ustavnih sudova na neki način potrošena. Međutim, u drugoj polovini 20. stoljeća, u skladu sa rastućim političkim ekstremizmom dolazi ne samo do šire zastupljenosti ove nadležnosti u evropskim državama, posebno državama regiona, već i do sve većeg broja postupaka koji se po ovoj nadležnosti vode pred ustavnim sudovima.³¹ koji imaju težak zadatak da odluče o eventualnoj neustavnosti političke stranke i donesu odluku o njenoj zabrani, vodeći pri tome računa o standardima usvojenim kroz norme i praksu Evropskog suda za ljudska prava. Sama zabrana političkih stranaka odvija se kroz postupak pred utavnim sudom, pri čemu ustavni sud prevashodno razmatra da li su ispunjeni uslovi za njenu zabranu propisani ustavom. U većini država koje su se opredijelile za dodijeljivanje ove nadležnosti ustavnim sudovima, ustavni sudovi vrše samo kontrolu ustavnosti rada i djelovanja političkih stranaka, a ne drugih udruženja građana. Osnovni zakon SR Njemačke, koji je uporednopravni uzor ustavne regulative zabrane rada političkih stranaka, povjerio je Ustavnom sudu samo odlučivanje o zabrani političkih stranaka, dok se u pogledu ostalih udruženja građana samo navodi da su zabranjena udruženja čija je svrha ili djelatnost u suprotnosti sa krivičnim zakonom ili su usmjerena protiv ustavnog uređenja ili protiv ideje međunarodnog razumijevanja.³² U Njemačkoj, kao i u drugim evropskim državama, zabrana rada udruženja spada u nadležnost redovnih sudova.³³ Izuzetak su ustavni sudovi Republike Srbije i Crne Gore gdje je ova nadležnost proširena i obuhvata i odlučivanje o radu sindikalnih organizacija, udruženja građana te vjerskih zajednica u Srbiji,³⁴ odnosno političkih stranaka i nevladinih organizacija u Crnoj Gori.³⁵ Ovako široko određena nadležnost ustavnih sudova Srbije i Crne Gore je prilično neuobičajeno rješenje, koje u uporednom pravu, gotovo da nigdje ne postoji. Ovakav maksima-

³⁰ Konstitucionalizacija političkih stranaka je ustavno regulisanje položaja i uloge ovih organizacija, tj. unošenje u ustav odredbi kojima se uređuje načelan položaj političkih stranaka i priznaje njihova (demokratska) uloga u ustavnom sistemu., O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika, teorija, norma, praksa, Beograd, 2010, str. 234-235.

³¹ Ustavni sud Turske je od svoje uspostave 1961. godine pa do danas zabranio rad čak 25 političkih partija.

³² Član 9. stav 2. Osnovnog zakona Njemačke

³³ Takva rješenja imamo i u Belgiji, Holandiji, Švajcarskoj, i Francuskoj. Više vidjeti, Stojan Mićović, Zabrana udruženja u Srbiji u svetlosti uporednog prava, Sveske za javno pravo, broj 9/12. str 25.

³⁴ Član 167. stav 3. i član 44. Stav 3. Ustava Srbije, („Sl.glasnik RS“, broj 98/06.)

³⁵ Član 149. tačka 6. Ustava Crne Gore.

listički pristup koji posebno dolazi do izražaja kod nadležnosti Ustavnog suda Srbije, kritikovan je kako od samih sudija,³⁶ tako i od strane teoretičara koji smatraju da bi ovako široko određenu nadležnost trebalo svesti na razumnu mjeru, po uzoru na već spomenuta rješenja u Njemačkoj.³⁷ Ovakav stav argumentovan je time što u uporednom pravu nema takvih rješenja, zatim što se na ovaj način dovodi u pitanje svrha konstitucionalizacije političkih partija, jer se one, u izvjesnom smislu izjednačavaju sa drugim udruženjima, što je teško pomirljivo sa samom ulogom političkih stranaka u demokratskom oblikovanju volje građana.³⁸ Upravo navedeni argumenti govore u prilog rješenjima u drugim zemljama gdje odlučivanje o zabrani udruženja (pogotovo nepolitičkih) spada u nadležnost sudova opće nadležnosti.

5. Pravni osnov i razlozi za zabranu političkih stranaka

U onim državama koje se opredjeljuju za ustavnosudsku kontrolu rada i djelovanja političkih stranaka, kontrola rada i djelovanja političkih stranaka propisuje se samim ustavom, i to uglavnom u onom dijelu koji govori o nadležnostima ustavnog suda, te u dijelu ustava u kome je izvršena konstitucionalizacija političkih stranaka, a znatno rjeđe zakonima. Država koja je dugo vremena bila uporedno-pravni uzor za ovu nadležnost ustavnih sudova SR Njemačka, u stavu 2. i 3. člana 21. Osnovnog zakona navodi razloge za zabranu političkih stranaka i to na sljedeći način „Stranke koje u svrhu svojih ciljeva ili djelovanjem svojih sljedbenika, nastoje da podriju ili ukinu slobodni demokratski poredak ili ugroze postojanje Savezne Republike Njemačke bit će protuustavne. Savezni ustavni sud odlučuje o protuustavnosti. Detaljniji propisi uređuju se saveznim zakonima“

Nešto drugačija situacija je u Turskoj u kojoj je ova nadležnost Ustavnog suda uvedena Ustavom iz 1961. godine. Pravnu osnovu za disoluciju političkih stranaka nalazimo u članovima 68. i 69. Ustava.³⁹ U stavu 2. člana 68. najprije se određuje da su političke stranke neophodni faktori demokratskog života, dok se u stavu 4. propisuje široko formulisani razlozi za njihovu zabranu. Tako je propisa-

³⁶ U izdvojenom mišljenju u Odluci o zabrani rada Udruženja građana „Otačastveni pokret Obraz“, Ustavnog suda Republike Srbije, Službeni glasnik RS, broj 69/12, sudija Katarina Manojlović Andrić je izrazila sumnju u neophodnost da Ustavni sud odlučuje o zabrani udruženja građana, izuzev političkih stranaka. „Značaj političkih stranaka u demokratskom društvu i značaj udruženja građana od kojih većina neme politički karakter, nikako ne može biti isti, pa se postavlja pitanje da li ustavni sud uopće treba da se bavi zabranom političkog djelovanja udruženja, koja često imaju manje od 100 članova“. S ovim stavom saglasila se i sudija Olivera Vučić, koja je potpisala izdvojeno mišljenje.

³⁷ V. Petrov, „Novi ustavni sud Srbije (2006-2012) – reforma ustavnog sudstva na stranputici“ u „Sveske za javno pravo“, broj 9/12. str 24.

³⁸ V. Petrov, Zabrana političkih stranaka i udruženja“ u „Uloga ustavnih sudova u očuvanju vladavine prava“, zbornik radova, Beograd, 2013., str 21-213.

³⁹ Engleski prijevod pročišćenog ustavnog teksta, koji uključuje i izmjene iz 2010. godine, dostupan je na <http://www.byegm.gov.tr/Content.aspx?s=pcotrot>, pristupljeno 27. ožujka 2020..

no da će Ustavni sud trajno zabraniti rad političke stranke ukoliko se njezini statut, program odnosno djelatnosti protive neovisnosti države, nedjeljivoj cjelovitosti državnog teritorija i naroda, ljudskim pravima, načelima jednakosti i vladavine prava, narodnom suverenitetu, načelima demokratske i sekularne republike. Zabrane riskira i stranka koja smjera potpori ili uspostavljanju klasne ili skupne diktature ili diktature bilo koje vrste, odnosno potiče građane na počinjenje kaznenih djela. Stranke također, pod prijetnjom zabrane, ne smiju primati financijsku pomoć od stranih država, međunarodnih organizacija te inozemnih fizičkih i pravnih osoba (čl. 69. st. 11.). Dodatni razlozi propisani su odredbama Zakon o političkim strankama iz 1983. godine, i to su upotreba stranih riječi u nazivu političke stranke, klevetanje Atatürkova lika i djela *et cetera*.

Države jugoistočne Evrope i Balkana koje su u svojim novim ustavima, predvidjele ovu nadležnost ustavnih sudova, za uzoriti primjer najčešće uzimaju rješenja iz SR Njemačke. Tako Ustav Republike Hrvatske sadrži skoro identičnu formulaciju u pogledu razloga za zabranu političkih stranaka kao i Ustav SR Njemačke⁴⁰. “Unutrašnje ustrojstvo političkih stranaka mora biti u skladu sa osnovnim demokratskim načelima.”⁴¹ “Protuustavne su političke stranke koje svojim programom ili nasilnim djelovanjem smjeraju podrivanju slobodnog demokratskog poretka ili ugrožavanja postojanja Republike Hrvatske. O protuustavnosti odlučuje Ustavni sud.”⁴² Ustav Slovenije iz 1991. godine, koji također predviđa ovu nadležnost ustavnog suda, ne navodi razloge za zabranu političke stranke, a Zakon o Ustavnom sudu iz 1994. godine, govori o neustavnim aktivnostima političkih stranaka, pri čemu te „aktivnosti“ ne precizira. Ustav Srbije iz 2006 godine predviđa da Ustavni sud Srbije odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana,⁴³ ali i o zabrani vjerske zajednice.⁴⁴ Razlozi za zabranu rada političkih stranaka su: djelovanje koje je usmjereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajamčenih ljudskih ili manjinskih prava, izazivanje rasne, nacionalne, ili verske mržnje. Također, zabranjeno je da one neposredno vrše vlast i potčinjavaju je sebi.⁴⁵ Prema Ustavu Crne Gore „zabranjeno je djelovanje političkih i drugih organizacija koje je usmjereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, narušavanje teritorijalne cjelokupnosti Crne Gore, kršenje zajamčenih sloboda i prava ili izazivanje nacionalne, vjerske i druge mržnje i netrpeljivosti“.⁴⁶

⁴⁰ Vidjeti više, J. Omejec, Zabrana političkih stranaka u svijetlu suvremenog političkog ekstremizma u Evropi, Ustavni vidici, br.20. Informator, broj 6458, Zagreb, 2017., str.3.

⁴¹ Član 6. stav 2. Ustava Republike Hrvatske, prečišćeni tekst (Narodne novine Republike Hrvatske, broj 85/10.)

⁴² Član 6. stav 4. Ustava Republike Hrvatske

⁴³ Član 167. stav 2. Ustava Republike Srbije

⁴⁴ V. Petrov, “Zabrana političkih stranaka i udruženja“ u „Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava“, Zbornik radova, Beograd, 2013., str. 211..

⁴⁵ Član 5. stav 1-4 Ustava Republike Srbije

⁴⁶ Član 55. stav 1. Ustava Crne Gore.

Ustavi nekih država, kao npr. Slovenije uopće ne određuju razloge za zabranu političkih stranaka. Takva rješenja su neprihvatljiva, odnosno ukoliko se ova nadležnost dodjeljuje ustavnom sudu, potrebno je u ustavu utvrditi razloge zbog koji može doći do zabrane rada političkih stranaka. To pitanje ne bi trebalo da bude materija zakonodavstva, odnosno ne bi trebalo da zavisi od stranačkog zakonodavstva.

Pregled rješenja iz uporednog prava ukazuje na to da se u većini ustava kao razlozi za zabranu navode nasilno rušenje ustavnog poretka, narušavanje teritorijalnog integriteta i suvereniteta, kršenje ljudskih i manjinskih prava te izazivanje rasne nacionalne i vjerske mržnje i netrepeljivosti. Radi se o razlozima koji nisu previše konkretni i koji su dovoljno uopšteni da ostavljaju sudu dovoljan manevarski prostor u svakom konkretnom slučaju. U nekim državama, kao npr u Hrvatskoj, pored opće prihvaćenih razloga, kao dodatni uslov se postavlja i unutrašnja demokratska organizacija stranke, koja ne predstavlja samostalan razlog za zabranu političke stranke ali može biti bitan faktor pri donošenju odluke o zabrani. Unutrašnja organizacija stranke, odnosno njena nedemokratska unutrašnja organizacija definitivno ne može rezultirati njenom spoljnom demokratskom aktivnošću. Međutim s druge strane, i u demokratski uređenim strankama, vrijedi „gvozdeni zakon oligarhije“ tako da nedemokratsko unutrašnje uređenje stranke ne bi trebalo predstavljati samostalni razlog za zabranu političkih stranaka, već samo jedan od faktora koje možda treba imati u vidu prilikom donošenja odluke o njenoj aktivnosti.

Jedno od bitnih pitanja prilikom određivanja razloga za zabranu rada političkih stranaka jeste da li se aktivnost, odnosno djelovanje članova, pripadnika stranke može poistovjetiti sa djelovanjem čitave političke stranke. Prilikom određivanja razloga za zabranu, ovo pitanje se ne reguliše, tako da u konkretnim slučajevima sud treba donijeti odluku, odnosno utvrditi da li je to dovoljan razlog ili se nužno mora dokazati da djelovanje pripadnika stranke ima podršku stranačkog rukovodstva, odnosno same stranke.

U nekim državama, postoje značajna odstupanja u odnosu na gore navedena rješenja, što je očito upravo na primjeru Turske u čijem Ustavu je precizirana široka paleta razloga koji mogu dovesti do zabrane rada političkih stranaka. Pored opće prihvaćenih razloga, tu je primanje finansijske pomoći od stranih država, međunarodnih organizacija, potpora uspostavljanju diktature, upotreba stranih riječi u nazivu političke stranke i sl. Upravo su rješenja iz Ustava Turske te praksa samog Ustavnog suda koji je u periodu od 1961. godine do danas razmatrao ukupno četrdeset i sedam predmeta povezanih sa zabranom,⁴⁷ utjecali na uspostavljanje određenih standarda u pogledu razloga za zabranu političkih stranaka. Naime, svojom praksom, odnosno svojim krutim, isključivim i često veoma konzervativnim tumačenjem ionako restriktivnog Ustava, Ustavni sud Turske je bitno

⁴⁷ Vidjeti šire: B. Čaić, Turski ustavnosudski conundrum i zabrana političkih stranaka: dileme ustavne reforme 2010. godine, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, Vol. 46 No, 92, 2012.str. 2.

ograničio slobodu stranačkog života, svojstvenu savremenim demokratijama, te je veoma često dolazio u kontradikciju sa presudama Evropskog suda za ljudska prava i prijedlozima Venecijanske komisije.⁴⁸ Odluke Ustavnog suda Turske, te aplikacije protiv tih odluka Evropskom sudu za ljudska prava doprinjele su značajnoj aktivnosti Venecijanske komisije koje je 1999. godine usvojila Smjernice za zabranu i reformisanje političkih stranaka i analogne mjere,⁴⁹ a kasnije 2008. godine i Kodeks najbolje prakse u oblasti političkih stranaka.⁵⁰

6. Ustavnosudska praksa u postupcima zabrane političkih stranaka

S obzirom da se radi o jednoj od izuzetnih nadležnosti ustavnih sudova koja nije toliko široko prihvaćena u uporednom pravu, i sama praksa ustavnih sudova (izuzev Ustavnog suda Turske) je relativno siromašna.

Prvi ustavni sud koje je ova nadležnost dodjeljena, Ustavni sud Njemačke, je do sada donio tri odluke koje se odnose na zabranu rada političkih stranaka. Dvije od ove tri odluke donesene su pedesetih godina, prošlog stoljeća na zahtjev Savezne vlade koja je tražila od Ustavnog suda da utvrdi neustavnost djelovanja jedne stranke ekstremne političke desnice - Socialistiche Reichspartei (SRP) i jedne stranke ekstremne političke ljevice- Komunistische Partei Deutschlands (KPD).

Odluka u predmetu protiv SKP donijeta je 1952 godine, kada je Ustavni sud proglasio stranku neustavnom. Sud je rasformirao stranku, konfiskovao njenu imovinu, te donio zabranu osnivanja organizacija koje bi zamijenile raspuštenu stranku i donio odluku da je bilo koji mandat članova stranke u Saveznom parlamentu i parlamentima pokrajina ništav i nevažeći.

U predmetu protiv KPD koji je okončan 1958 godine, ustavni sud je donio istovjetnu odluku.⁵¹

⁴⁸ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the Constitutional and Legal Provision Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey, 2009. (dostupno na [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD\(2009\)006-e](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD(2009)006-e), pristupljeno 12.2.2021.

⁴⁹ Smjernice o zabrani i reformisanju političkih stranaka i analogne mjere, Venecijanska komisija je usvojila na 41. Plenarnoj sjednici (Venecija, 10-11.12.1999.) dokument CDL-INF(2000)1. Dostupno na : [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)1-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)1-e.pdf), pristupljeno 13.2.2021.

⁵⁰ Kodeks dobre prakse u oblasti političkih stranaka, Venecijanska komisija je usvojila na 77. Plenarnoj sjednici, dokument CDL-AD(2009)002, dostupno na. [http://www.venice.com.int/docs/2009/CDL-AD\(2009\)002-e.pdf](http://www.venice.com.int/docs/2009/CDL-AD(2009)002-e.pdf).

⁵¹ Savezni ustavni sud je utvrdio da su prema članu 21.st.2. stranački ciljevi najvažnije sredstvo procjene ustavnosti stranke, te da u skladu sa svojom preventivnom prirodom, sama ustavna odredba ne razlikuje kratkoročne i dugoročne stranačke ciljeve, od kojih bi prvi bili relevantni, a drugi beznačajni sa aspekta ustavnosti stranke. Jedino relevantno je da li stranka ide na podrivanje, uklanjanje slobodarskog demokratskog poretka. U tom svjetlu polazeći od toga da su višestranačje i jednakost šansi za sve stranke osnovna obilježja demokratskog ustavnog poretka, Sud je konstatovao da bi dolaskom na vlast KPD odbacio jednakost šansi za sve političke

U oba slučaja naređeno je ministrima unutrašnjih poslova da odluku izvrše, te objavljeno da će bilo koje namjerno kršenje odluke biti sankcionisano u skladu sa Zakonom o Saveznom ustavnom sudu.⁵²

Pedeset godina nakon ovih odluka, 2001. godine pokrenut je treći postupak zabrane Nationaldemokratische Partei Deutschland (NDP) na zahtjev tri ovlaštena predlagača (savezne vlade, i dva doma saveznog parlamenta). Sud je ove zahtjeve objedinio i pokrenuo postupak.⁵³ U ovom predmetu Ustavni sud je u martu 2003. godine donio zaključak da postupak mora da se obustavi jer postoje nepremostive pretpostavke za njegovo daljnje vođenje.⁵⁴ Naime, na usmenoj raspravi održanoj u oktobru 2002. godine, Sud je obavješten da je nekoliko visokih funkcionera NDP-a istovremeno radilo i kao partijski funkcioneri i kao prikriveni isljednici Verfassungsschutza, državnog organa koji je vrši istragu NDP i pripremao prijedlog za ustavni sud. Ova činjenica dovela je do obustave postupka jer je manjina od troje sudija smatrala da postoji stalna nepremostiva prepreka za nastavak postupka.⁵⁵

Ustavni sud Turske, uspostavljen 1961. godine, do sada je zabranio rad dvadeset i pet političkih stranaka, od čega najveći broj, njih dvanaest, nakon donošenja Ustava iz 1982. godine. U bogatoj praksi ovog suda, posebno se ističu odluke o zabrani Ujedinjene komunističke partije Turske (TBKP), Socijalističke partije (SP), Stranke slobode i demokracije (OZDEP), Narodne radničke partije (HEP), Socijalističke partije Turske (STP), Demokratske stranke (DEP), Radničke partije Turske (EP), Stranke blagostanja (Refah Partisi), Stranke vrijednosti (Fazileti Partisi), Demokratske narodne stranke (HADEP) kao i odluka u predmetu Stranke pravde i razvoja (AKP).

stranke što je u suprotnosti sa slobodarskim demokratskim ustavnim poretkom. Ovakvim stavom Sud nije doveo u pitanje slobodno zastupanje teorijskih stavova marksizma i lenjinizma, već cilj koji ta stranka želi da ostvari. Iako su zastupnici KPD u prigovoru istakli da nemaju namjeru da sada ostvare taj cilj, Sud je konstatovao da nije neophodno da se sačeka da se politička situacija promijeni i da politička stranka i stvarno ostvari svoj cilj. Sud je prilikom donošenja ove odluke zauzeo stav da nije neophodno da stranka predstavlja stvarnu opasnost po postojanje demokratske ustavne države da bi njeno isključivanje bilo opravdano te naveo da odredba Osnovnog zakona nije instrument za spriječavanje empirijske opasnosti, već da štiti unutrašnju konzistentnost demokratskog sistema s obzirom na namjere učesnika. U ovoj odluci Sud je istovremeno i konstatovao da prosto zagovaranje zbacivanja ustavnog poretka nije dovoljan osnov za zabranu političke stranke, već da stranka treba da ima "zacrtnu svrhu da se uporno i odlučno bori protiv slobodarskog demokratskog ustavnog poretka i da izražava tu svrhu u „političkoj akciji u skladu sa tim planom“. Dakle demokratija podrazumijeva jednakost šansi dolaska na vlast, samo Sud to ne priznaje za sve stranke praveći razliku među njima upravo s s obzirom na to da li bi poštovale jednake šanse drugih..

⁵² H.H. Vogel, *Zabrana političkih stranaka u Njemačkoj*, Zbornik radova „Ustavno ograničenje slobode udruživanja“, Ustavni sud Republike Srbije, 2010. str., 25-26.

⁵³ Odluka od 3.7.2001. godine, dostupno na: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/bs20010703_2bvb000101.html.

⁵⁴ Odluka od 18.3.2003. godine, dostupno na: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/bs20020122_2bvb000101.html.

⁵⁵ Četvero sudija glasalo je da se postupak nastavi. Međutim prema poslovniku Ustavnog suda, potrebna je kvalifikovana većina od pet sudija za nastavljanje postupka.

Najveći broj odluka ustavnog suda Turske u spomenutim predmetima je svoj epilog imao pred Evropskim sudom za ljudska prava, što je u konačnici doprinjelo uspostavljanju određenih standarda u oblasti zabrane rada političkih stranaka od strane ustavnih sudova.

U predmetu zabrane Ujedinjene komunističke partije Turske (TBKP), koji je pokrenut pred Ustavnim sudom 1990. godine, stranka je optužena za upotrebljavanje naziva „komunistička“ u nazivu stranke, da namjerava uspostaviti klasnu dominaciju komunista, da provodi djelatnosti koje bi mogle ugroziti teritorijalnu cjelovitost države, te da je pravni slijednik ranije zabranjene Turske radničke partije. U cilju dokazivanja navedenih navoda predlagač je ukazao i na sam program stranke odnosno poglavlje koje govori o zalaganju stranke za mirno i demokratsko rješavanje kurdskog pitanja unutar granica Turske. Razmatrajući navode, Ustavni sud Turske nije prihvatio tezu o dominaciji jedne socijalne grupe, niti je smatrao spornim da navedena stranka baštini političke ideje svojih prethodnika. Međutim Sud je utvrdio da su protustavne odredbe statuta i programa koje se odnose na kurdski problem, kao i sam naziv koji u sebi sadrži pridjev „komunistička“ te donio odluku o raspuštanju TBPK, koja ipso iure za sobom povlači brisanje iz registra političkih stranaka i prijenos njenih sredstava u Blagajnu, kao i opću eliminaciju iz stranačkih djelatnosti partijskih vođa. Stranka je zabranjena deset dana nakon osnivanja.

U predmetu zabrane Socijalističke partije (SP), glavni državni odvjetnik je zatražio zabranu stranke zbog navodnog nastojanja da se razbije teritorijalna cjelovitost i jedinstvo turskog naroda, temeljeći svoj zahtjev na ranijim presudama koje su donijeli Sudovi državne sigurnosti protiv pojedinih vodećih članova stranke, te na javnim istupima u kojima se isticala potreba jednakog postupanja i priznavanja prava kurdskom narodu.. Sud je ne uzimajući u obzir presude koje je odvjetnik naveo u svom zahtjevu, utvrdio da stranka, slično kao i u slučaju TBKP, svojim djelovanjem smjera stvaranju nacionalnih manjina i nekog oblika kurdsko-turske federacije čime ideološki oponira Ataturkovoju koncepciji nacionalizma, te donio odluku o raspuštanju Socijalističke partije.

U predmetu protiv Stranke slobode i demokracije (OZDEP) koji je pokrenut zbog tobožnje namjere za miniranje narodnog i teritorijalnog jedinstva te sekularnog karaktera države desio se svojevrsan kuriozitet. Naime u toku postupka, stranka je sazvala skupštinu u cilju samoraspuštanja kako bi preduhitrla Sud i izbjegla posljedice koje njegova odluka ima. Sud je konstatovao da ga odluka o dobrovoljnom raspuštanju stranke ne sprječava da nastavi postupak. Razmatrajući sam predmet Sud je konstatovao da navedena stranka svojim programom poziva kurdski narod na započinjanje rata za nezavisnost, podriiva sekularizam te sije etničku mržnju rasnu netrepeljivost i potiče na terorizam, te donio odluku o zabrani stranke.

U predmetu protiv Stranke blagostanja (Refah Partisi) raspuštanje stranke je zatraženo zbog antisekularnih aktivnosti stranke. Podnosilac zahtjeva je te navode potkrijepio nizom proislamskih postupaka i izjava vođstva i članova stranke prije

i nakon dolaska na vlast, među kojima su najozbiljnije one povezane sa šerijatskim pravom, teokracijom i zazivanjem džihada, ističući pritom da se stranka nije od njih ogradila. Ustavni sud je u svojoj odluci našao da se Refah pretvorila u središte djelatnosti koje su u suprotnosti sa ustavnim načelom sekularizma. Ustavno načelo sekularizma, kao preduslov demokratije, ustavna je brana privilegiranju bilo koje religije i sredstvo postizanja jednakosti svih pred zakonom. Pozivajući se na Ustav, Sud je utvrdio da je zabrana opravdana te donio odluku o raspuštanju stranke. Vođstvu stranke, za koje su utvrdili da su doprinjeli donošenju takve odluke, zabranjeno je sudjelovanje u stranačkim aktivnostima (u periodu od 5 godina), te im oduzet mandat u Skupštini.

Od svih predmeta zabrane političkih stranaka u Turskoj najkontraverzniji je slučaj Stranke pravde i razvoja (AKP), stranke koja je u momentu pokretanja postupka 2008. godine bila na vlasti i uživala veliku podršku biračkog tijela. Kao i u slučaju Refah i ovdje je glavni državni odvjetnik zabranu stranke tražio zbog antisekularnih aktivnosti. Također je zahtijevao i zabranu političko stranačkog djelovanja za sedamdeset i jednog člana stranke uključujući i premijera Erdogana. U zahtjevu za zabranu posebno je istaknut Zakon o izmjenama i dopunama Ustava koji je stranka AKP inicirala a čiji je stvarni cilj bilo uklanjanje zabrane nošenja islamskih marama na sveučilištima – tzv. „turban amandman“. Sud je našao da „turban amandman“ nije u skladu sa načelom sekularizma te je indirektno za cilj imao promjenu odredbi koje prema Ustavu nije dopušteno mijenjati. Naglašavajući da razumije društveni zahtjev za ukidanjem zabrane nošenja marama na sveučilištima i drugim sličnim pitanjima, Sud je našao da je AKP postala središtem aktivnosti suprotnih ustavnom načelu sekularizma, koje su provodili predsjednik i istaknuti članovi stranke. Kao olakšavajuću okolnost naveo je da u statutu i programu stranke nema naznaka namjeri uspostavljanja sistema oprečnog načelu sekularizma. Sud je također cijenio da stranka uživa veliku podršku biračkog tjela te da ulaže značajne napore u provođenju reformi u vezi sa evrointegracijskim procesima. S obzirom na sve navedeno, te na intenzitet i ozbiljnost aktivnosti protivnih sekularizmu, Sud se odlučio da stranku finansijski kazni, odnosno uskrati polovinu godišnje državne potpore. Stranka je „za dlaku“ izbjegla najgori scenarij, odnosno zabranu jer je zabranu glasalo čak 6 od 11 sudija Ustavnog suda Turske.⁵⁶ Za odluku o zabrani je nedostajao jedan glas. Da je stranka zabranjena, političke posljedice bi bile veoma ozbiljne i na unutrašnjem i na vanjskom planu s obzirom da se radi o vladajućoj političkoj partiji.

Među državama regiona, najbogatiju praksu u ovoj nadležnosti ima Ustavni sud Srbije. Za 23 godine svog postojanja. Ustavni sud nije donio niti jednu odluku o zabrani političkih stranaka. Prvi postupak koji je u okviru ove nadležnosti rješavao Ustavni sud je postupak povodom zahtjeva za zabranu Stranke demokratske akcije (SDA) iz Novog Pazara koji je Republički javni tužilac pokrenuo 1991. godine. Ovaj postupak je zbog nepostojanja procesnih pretpostavki obustavljen

⁵⁶ Reformama Ustava Turske iz 2001. godine broj glasova potrebnih za donošenje odluke je sa 6 povećan na 7. (tropetinska većina).

18 godina kasnije. Slična situacija se desila i sa druga dva predmeta u kojima također nije došlo do meritornog odlučivanja. U postupku zabrane Srpskog pokreta obnove (SPO) javni tužilac je odustao od prijedloga⁵⁷ a u predmetu zabrane Liberalno demokratske partije zahtjev je odbačen zbog nepostojanja procesnih pretpostavki.⁵⁸ Ostali predmeti koji su razmatrani pred ovim ustavnim sudom ticali su se zabrane rada udruženja, što je u skladu sa već spomenutom široko određenom nadležnosti Ustavnog suda Srbije da odlučuje ne samo o zabrani političkih stranaka, već i o zabrani udruženja, sindikata i vjerskih zajednica.

7. Evropski sud za ljudska prava i zabrana rada političkih stranaka

U svojoj bogatoj praksi, Evropski sud je do sad razmatrao više predmeta koji su se ticali odluka ustavnih sudova o zabrani rada političkih stranaka. Razmatrajući aplikacije u navedenim predmetima, Sud je analizirao pravne propise na kojim je zabrana zasnovana, ispitivao njihovu usklađenost sa EKLJP te vršio ocjenu prirode zabranjene organizacije i situacije u kojima je ta organizacija djelovala.

Najviše predmeta kojem je Sud razmatrao ticalo se zabrane rada političkih partija koje po ustavu izriče Ustavni sud Turske. Skoro svi su okončani odlukom o povredi Evropske konvencije, odnosno njenog člana 11. stava 2.⁵⁹ Već u prvom predmetu Ujedinjena komunistička partija Turske i ostali protiv Turske (1998). Sud je zauzeo stav da je došlo do povrede člana 11 EKLJP iako je država Turska smatrala da se političke stranke ne mogu podvesti pod područje primjene *rationae materiae* navedenog člana u kojem se kao oblici udruživanja navode samo sindikati. Sud je zaključujući da su sindikati navedeni samo kao jedan od mnogobrojnih oblika udruživanja te konstatovao da se navedeni član itekako odnosi i na političke stranke. Također, Sud je zauzeo stav da države, ograničenja člana 11., kada se radi o političkim strankama, trebaju tumačiti naročito strogo, uz ograničenu slobodu procjene (*margin of appreciation*). S obzirom da je TBKP raspuštena samo deset dana nakon osnivanja Sud je konstatovao da njena aktivnost ne može biti predmet analize, već samo statut i program.

Analizirajući navedene akte, a posebno oznaku komunistički u nazivu stranke konstatovao je da se ne radi o dovoljno snažnom razlogu koji opravdava navedenu mjeru. Sličan stav Sud je zauzeo i u pogledu separatizma koji se navodno promovirao u programu stranke. S obzirom da stranka nije propagirala bilo kakvo podržavanje i poticanje nasilja, već miroljubiva sredstva za rješavanje konflikata, Sud je odlučio da je mjera zabrane TBKP nezrazmjerna cilju kojem se tažilo (nacionalna sigurnost) i nepotrebna u demokratskom društvu.

⁵⁷ Rješenje o obustavi postupka od 4.jula 1998. godine, Bilten Ustavnog suda Srbije 1/98, 229-230.

⁵⁸ Zaključak kojim se odbacuje zahtjev za zabranu rada Liberalno demokratske partije, br. VIIIY-1277/2010, od 4 oktobra 2010. godine, Bilten Ustavnog suda Srbije 2/2010, 363-364.

⁵⁹ Odluke Evropskog sud u predmetima TBKP, SP i OZDEP

Evropski sud za ljudska prava je u ovoj presudi zauzeo načelne stavove na kojima će počivati cjelokupna njegova jurisprudencija u domenu legitimnog ograničenja slobode političkog udruživanja. Evropski sud je pošao od toga da je „jedno od najznačajnijih obilježja demokratije to da pruža mogućnost razrješenja problema zemlje dijalogom, bez pribjegavanja nasilju, čak i kada su ti problemi mučni“ i da „demokratija živi od slobode izražavanja“, te da „sa tog stanovišta, ne može biti opravdanja za onemogućavanje političke grupe samo zbog toga što pokušava da raspravlja u javnosti o stanju dijela stanovništva države i da učestvuje u političkom životu nacije kako bi, u skladu sa demokratskim pravilima, iznijela rješenje koja bi zadovoljila sve kojih se to tiče“⁶⁰

Ovaj stav je Sud ponovio u predmetu SP protiv Turske. Ponovo je konstatovano da političke stranke potpadaju pod član 11. kojeg treba tumačiti kao esencijalni, primordijalni element demokratije, te da uživaju njegovu protekciju neovisno o tome što nacionalne vlasti smatraju. Naglašavajući da je zabrana rada političke stranke radikalna mjera upotrebljiva samo u iznimnim situacijama, Sud je i u ovom predmetu jednoglasno odlučio da se radi o sredstvu disproportionalnom svrsi koja se želi postići, ne nužnom u demokratskom društvu. Nadovezujući se na ranije izneseni stav u ulozi političkih stranaka u demokratskom društvu, Sud je istakao da je „od suštinskog značaja za demokratiju da dopusti različitim političkim programima da budu podložni i izloženi raspravi, čak i oni koji dovode u pitanje način na koji je država trenutno organizovana, pod uslovom da ne narušavaju samu demokratiju.

U predmetu OZDEP protiv Turske, Evropski sud je ponovivši sve ranije navedeno u vezi sa političkim strankama i članom 11. EKLJP naveo da u programu stranke nije našao ništa što bi navodilo na nasilje, ustanak, ili otklanjanje demokratskih principa pritom primjetivši da se u njemu upućuje na mirno rješavanje kurdsog problema. Konstatujući da je za demokratiju, u granicama u kojima to nije za nju štetno, nužno omogućiti rasprave o raznorodnim političkim projektima pa kada i nisu u skladu sa definiranom organizacijom države (stranka je propagirala ukidanje Direktorijata za vjerske poslove).

Za razliku od navedenih odluka, odluka donesena povodom zabrane Partije blagostanja (Refah Partisi)⁶¹ je potvrdila odluku Ustavnog suda Turske., odnosno konstatovano je da nije došlo do povrede člana 11. EKLJP. U ovoj presudi Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da su bili ispunjeni formalni uslovi, odnosno da je zabrana predviđena zakonom. Također, konstatovao je da su podnositelji aplikacije razumno mogli, kao političari sa velikim iskustvom te članovi vodstva stranke sa najvećim brojem mandata u predstavničkom tijelu, biti svjesni činjenice da se zbog antisekularnih aktivnosti izlažu stranku zabrani. Razmatrajući navedenu aplikaciju Sud je zauzeo stav da se prilikom ocjene moguće štete od rada neke političke partije treba cijeniti ne samo njen program već i njena stvarna djelatnost,

⁶⁰ T. Marinković, navedeni rad, str 67.

⁶¹ Refah Partisi (The Welfare party) and Others v. Turkey, aplikacija br 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, presuda Velikog vijeća od 13.2.2003. godine

a prije svega iskazi, odnosno istupanja onih koji predstavljaju stranku odnosno koji javno istupaju u ime partije i tumače njen program. Identificirajući pojedine ekstremističke izjave rukovodstva stranke uključujući i Erbakana sa stavovima stranke u cjelini, te promjene koje je stranka željela realizovati (vraćanje na statusno pravo Otomanske imperije, odnosno uvođenje pluralnih pravnih sistema koji bi doveli do diskriminacije građana na osnovi njihovih vjerskih uvjerenja, pri čemu bi prava i slobode ovisila o njihovoj vjerskoj pripadnosti) Sud je konstato-
vao da se te promjene u suprotnosti sa EKLJP i da njihovo ostvarivanje može da se spriječi u interesu demokratskog društva. Prema mišljenju Suda, politička stranka, čija aktivnost ima za cilj uvođenje šerijatskog prava, koje bez sumnje odstupa od konvencijskih vrijednosti posebno kada se radi pravnom položaju žena, te krivičnom i krivičnom procesnom pravu, teško se može smatrati udruženjem koje je u skladu sa demokratskim idealima koji su u pozadini Konvencije.

Na osnovu svega navedenog, uz konstataciju da Refah partija ima stvarne šanse za realizaciju navedenih programa, s obzirom na podršku velikog broja birača, Sud je odlučio da je sankcija koja je upotrebljena neophodna u demokratskom društvu i razmjerna cilju kojem se teži.

Sud je u ovom predmetu razvio svoje shvatanje standarda neophodnosti ograničenja u demokratskom društvu, i to onog njegovog segmenta koji se odnosi na utvrđivanje postojanja nužne društvene potrebe.

Polazeći od toga da nije nevjerovatno da „totalitarni pokreti, organizovani u obliku političkih stranaka, mogu da unište demokratiju, nakon što iskoriste mogućnosti demokratskog režima“, Sud naglašava da „izuzeci navedeni u članu 11. moraju, kada je riječ o političkim strankama, da budu usko tumačeni“, i da „samo ubjedljivi i nesporni razlozi mogu da opravdaju ograničenje njihove slobode udruživanja“ Bez obzira na neophodnost ovakve stroge kontrole, Sud je svjestan i da se „od države ne može zahtijevati da čeka, prije nego što interveniše, da politička stranka preuzme vlast i da počne da preduzima konkretne korake u primjeni politike koja je u neskladu sa standardima Konvencije i demokratije, ako je opasnost po demokratiju od te politike dovoljno ustanovljena i neposredna.“

8. Zaključak

Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava u navedenim predmetima ne samo da je ukazala na direktnu vezu između demokratije, pluralizma i slobode udruživanja, već je i ukazala na određena standarde koji moraju biti ispoštovani u slučaju zabrane rada političkih stranaka. Nesporno je da sloboda odlučivanja nije apsolutna, te da se na nju mogu primjenjivati ograničenja. Evropski sud je prihvatio da domaće zakonodavstvo može da zabranjuje političke stranke ili dozvoli njihovo raspuštanje ukoliko se političke stranke zalažu za rasnu ili vjersku mržnju, totalitarizam, ili zagovaraju nasilje ili zloupotrebu državne moći. Međutim, zabrana političkih stranaka, odnosno ograničenje slobode udruživanja mora

da bude uvedeno iz legitimnih razloga i ne smije biti neproporcionalno cilju koji se želi postići. Zabrana ili raspuštanje političke partije predstavlja posebno dalekosežnu mjeru koju treba primjenjivati s krajnjom uzdržanošću. Takve mjere mogu da se koriste ako politička stranka zaista predstavlja opasnost za slobodno i demokratsko uređenje zemlje ili prava pojedinaca., a mora da se razmotri da li i druge mjere, koje su manje radikalne, mogu poslužiti sankcionisanju potencijalne opasnosti. Zabrana političkih stranaka, kao i druge mjere mogu se izricati samo ukoliko se na temelju dovoljnih dokaza utvrdi da stranka, a ne samo njeni pojedini članovi, teže takvim političkim ciljevima, spremni da primjene neustavna sredstva radi ostvarenja političkih ciljeva. Evropski sud za ljudska prava je u značajnoj mjeri oblikovao institut zabrane političkih stranaka, te konstatovao da državama pripada suženo polje slobodne procjene (a limited margin of appreciation) u odlučivanju o ograničenju slobode političkog udruživanja i da u tom podliježu njegovom strogom nadzoru.

Literatura:

1. B. Čaić, „Turski ustavnosudski conundrum i zabrana političkih stranaka: dileme ustavne reforme 2010. godine, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, Vol. 46 No, 92, 2012.
2. Cf. J. Miller, *Crisis in Freedom. The Alien and Sedition Acts*, Boston, 1951
3. Član 6. stav 2. Ustava Republike Hrvatske, prečišćeni tekst (Narodne novine Republike Hrvatske, broj 85/10.)
4. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Constitutional and Legal Provision Relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey*, 2009. (dostupno na [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD\(2009\)006-e](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD(2009)006-e), pristupljeno 12.2.2021.
5. Geoffrey R. Stone, *Perilous Times. Free Speech in Wartime. From the Sedition Act of 1798 to the War of terrorism*, New York 2004
6. H.H. Vogel, *Zabrana političkih stranaka u Njemačkoj*, Zbornik radova „Ustavno ograničenje slobode udruživanja“, Ustavni sud Republike Srbije, 2010. str., 25-26.
7. J. Omejec, *Zabrana političkih stranaka u svijetlu suvremenog političkog ekstremizma u Evropi*, Ustavni vidici, br.20. Informator, broj 6458, Zagreb, 2017., str.3.
8. J. Volić-Hellbusch, „Borbena demokratija i njena demokratska dilema“, *Pravni zapisi*, broj 1. Beograd, 2011., str. 35.
9. J.W. Muller, „Militant Democracy“, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michael Rosenfeld and Andreas Sajó, Oxford University Press., 2012
10. K. Loewenstein, *Militant Democracy and fundamental Rights“ I*, 31. *The American Political Science Review*, 3/1937

11. Kodeks dobre prakse u oblasti političkih stranaka, Venecijanska komisija je usvojila na 77. Plenarnoj sjednici, dokument CDL-AD(2009)/002, dostupno na: [http://www.venice.com.int/docs/2009/CDL-AD\(2009\)002-e.pdf](http://www.venice.com.int/docs/2009/CDL-AD(2009)002-e.pdf).
12. N. Dimitrijević, *Militantna demokratija - nekad i sada*, (ur.Violeta Beširević), Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2013.
13. N. Pantelić, *Pravno politički dometi zabrane političkih stranaka u Njemačkoj*, *Strani pravni život*, Beograd, Br. 3, 2015.
14. O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika, teorija, norma, praksa*, Beograd, 2010.
15. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 331.
16. R. Hofstadter, *The Idea of a Party System, The Rise of Legitimate Opposition in the United States 1780-1840*, Berkley, 1969
17. *Refah Partisi (The Welfare party) and Others v. Turkey*, aplikacija br 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, presuda Velikog vijeća od 13.2.2003. godine
18. S. Issacharoff, „Fragile Democracies“, *Haward Law Review*, Vol 120. No.6., 2007
19. *Smjernice o zabrani i reformisanju političkih stranaka i analogne mjere*, Venecijanska komisija je usvojila na 41. Plenarnoj sjednici (Venecija, 10-11.12.1999.) dokument CDL-INF(2000)1. Dostupno na: [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)1-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)1-e.pdf), pristupljeno 13.2.2021.
20. T. Marinković, *Granice slobode političkog udruživanja, uporednoteorijska studija*, Beograd, 2014.
21. *The Federalist Papers*, New York, New American Library, 1961., str. 78. (No.10)
22. V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, drugo izdanje, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
23. V. Koštunica, *Ugrožena sloboda – političke i pravne rasprave*, Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Filip Višnjić, Beograd, 2002.
24. V. Petrov, „*Novi ustavni sud Srbije (2006-2012) – reforma ustavnog sudstva na stranputici*“ u „*Sveske za javno pravo*“, broj 9/12
25. V. Petrov, „*Zabrana političkih stranaka i udruženja*“ u „*Uloga ustavnih sudova u očuvanju vladavine prava*“, zbornik radova, Beograd, 2013.

Amra Jašarbegović, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

Rebeka Kotlo, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

CONSTITUTIONAL RESTRICTIONS ON FREEDOM OF POLITICAL ASSOCIATION AND THE FUNCTIONING OF POLITICAL PARTIES

Summary: Freedom of association together with other political rights forms the basis of the functioning of modern societies, based on the pluralism of interests of different social groups. Although the freedom of association of political, trade union and other organizations is guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the constitutions of modern countries, this freedom, due to the possibility of its abuse by various extremist political parties, is limited by various measures, among which the prohibition of functioning occupies a special place and activities of political parties. This paper analyzes the preventive constitutional court restrictions on freedom of association, i.e. the jurisdiction of constitutional courts to decide on the prohibition of political parties, which are becoming relevant at a time when political-party extremism is becoming more pronounced throughout Europe.

Keywords: freedom of association, political parties, prohibition on work and activities of political parties, constitutional court, European Convention for the Protection of Human Rights

Dr. sc. Enis Omerović, vanredni profesor
Prince Sultan University, College of Law, Saudi Arabia

**MEĐUNARODNO PROTUPRAVNO DJELO I MEĐUNARODNI
ZLOČIN: NORMATIVNO UREĐENJE KAO ODGOVOR
MEĐUNARODNE ZAJEDNICE KADA DRŽAVE I MEĐUNARODNE
ORGANIZACIJE SUSTAVNO KRŠE LJUDSKA PRAVA**

Apstrakt: U radu će se pokušati doći do odgovora na mnogobrojne dileme i pravnologičke (teoretske) konstrukcije, kao i praktične poteškoće koje su primjetne u međunarodnopravnoj oblasti u vezi ispravnoga određenja i definiranja međunarodnoga protupravnoga djela, akta ili čina, i, eventualno, njegovih oblika. Uz to, valjalo bi istražiti, ulaze li, prema suvremenom međunarodnom pravu, i međunarodni zločini u opseg međunarodnoga protupravnoga djela shodno njegovome određenju, a temeljem sekundarnih pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija (Nacrta Pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija iz 2001/2011). U pogledu terminoloških postavki, ali i razlika, polazimo da su do sada u pravnoj literaturi za obilježavanje povrede međunarodne obaveze, koja je izvršena od države ili međunarodne organizacije, uobičajeni i uvriježeni termini bili „međunarodni delikt“, „delikt“, „protupravni akt“, „nedozvoljeni akt“, „međunarodni prekršaj“. S druge strane, Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija koristi izraz međunarodno protupravno djelo. Otuda se u radu pokušava naučno predočiti njegovo određenje, ali se promatra i kao osnov odgovornosti država i međunarodnih organizacija. Jednako tako, još uvijek ne postoji jedinstvena definicija međunarodnoga zločina, ali se čini da je, u teoriji i praksi, općeprihvaćeno da se izraz koristi za one zločine koji jesu briga svih država zbog njihova učinka na međunarodno društvo i poredak, zbog njihove naročito užasne prirode, zbog toga što ugrožavaju neke zajedničke vrijednosti čovječanstva i otuda izazivaju snažnu reakciju, poput organiziranoga, sustavnoga ili rasprostranjenoga kršenja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Ovaj pojam obuhvata zapravo najteža djela protiv međunarodnoga prava, međunarodnopravnoga poretka, međunarodne zajednice država i međunarodnih organizacija. No, napuštanjem člana 19. iz konačnoga Nacrta Pravila o odgovornosti država, razborito je postaviti pitanje je li međunarodni zločin danas istoznačnica s teškom povredom obaveza koje proizilaze iz imperativnih normi općeg međunarodnog prava i da li su za ovakve čine predviđene teže posljedice od (ostalih) međunarodnih protupravnih djela i je li se time stvara poseban pravni režim odgovornosti osnovnih međunarodnopravnih subjekata?

Ključne riječi: međunarodno protupravno djelo, međunarodni delikt, međunarodno krivično djelo, međunarodni zločin, odgovornost države, odgovornost međunarodne organizacije, Komisija UN za međunarodno pravo, *jus cogens*

1. Pojam međunarodnoga protupravnoga djela

1.1. Uvod

Međunarodna je zajednica tokom svoga postojanja tražila vjerovatno najadekvatnije mehanizme zaštite i očuvanja fundamentalnih i zajedničkih vrijednosti cijeloga čovječanstva. Vremenom su postajali sve glasniji zahtjevi da se na međunarodnoj razini kažnjavaju pojedinci za najteža protupravna djela, poglavito za najteže oblike kršenja ljudskih prava i sloboda. Uporedo s ovakvim težnjama javljali su se pokreti novih tendencija u smjeru uređenja materije međunarodne odgovornosti država, a kasnije i međunarodnih organizacija za međunarodna protupravna djela. U suvremenom su međunarodnom pravu primjetne i teoretske i praktične poteškoće u vezi ispravnoga određenja i definiranja međunarodnoga protupravnoga djela, međunarodnoga krivičnoga djela, i povrh svega, međunarodnoga zločina, te njihovih odlika i oblika. Držimo da se odavno iskazala znanstvena potreba za jednim istraživanjem ovoga opsega, ponajviše zbog činjenice da se u pravnoj doktrini i praksi ovi izrazi ponekada isprepliću ili se koriste naizmjenično, budući da se vrlo često poimaju identičnima. Istina, iako danas postoje dva odvojena sistema odgovornosti, krivična odgovornost pojedinca i međunarodna odgovornost država i međunarodnih organizacija, oni su međuovisni, međusobno se prožimaju, isprepliću, naslanjaju jedan na drugi, i ne mogu se tek tako mehanički podijeliti.

Ako bi željeli postaviti ili riješiti pitanje međunarodnopravne odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodne zločine u užem smislu (*stricto sensu*), u koju skupinu spadaju genocid, zločini protiv čovječnosti, ratni zločini i zločin agresije, koji se svi redom mogu promatrati kao ciljna, planirana, organizirana, sustavna, rasprostranjena, a nerijetko i dugotrajna ili ponavljajuća kršenja osnovnih ljudskih prava i sloboda, potrebno je definirati i odrediti međunarodno protupravno djelo, kao i to, ulaze li međunarodni zločini *stricto sensu* u opseg međunarodnoga protupravnoga djela shodno njegovome određenju, a temeljem sekundarnih pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija. U ovom odjeljku pokušaćemo dati odgovore na mnogobrojne dileme i pravnologičke (teoretske) konstrukcije, kao i praktične poteškoće koje su primjetne u ovoj oblasti, te ćemo stoga nastojati pružiti moguća i adekvatna rješenja na detektirana problemska pitanja.

U pogledu terminoloških postavki, ali i razlika, polazimo da su do sada u pravnoj literaturi za obilježavanje povrede međunarodne obaveze, koja je izvršena od države ili međunarodne organizacije, uobičajeni i uvriježeni termini bili „međunarodni delikt“¹, „delikt“, „protupravni akt“, „nedozvoljeni akt“, „međunarodni prekršaj“.² S druge strane, Komisija za međunarodno pravo (ILC) Ujedinjenih nacija (UN) u svojim pravnim aktima, a posebno u Nacrtu pravila o odgovornosti država i Nacrtu Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija za međunarod-

¹ Poblize: J. Andrassy (1976) *Međunarodno pravo*, 6. izd, Zagreb: Školska knjiga, str. 358-359.

² R. Etinski (2010) *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Službeni glasnik & Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, str. 233.

na protupravna djela iz 2001/2011, koristi izraz: *međunarodno protupravno djelo* (eng. *internationally wrongful act*; fr. *fait internationalement illicite*), gdje, u našim jezicima, engleski izraz „*act*“ prevodimo kao akt, djelo ili čin. Zapravo, u pravu o odgovornosti država i međunarodnih organizacija (subdisciplini međunarodnog prava) više se preferira prethodnonavedeni francuski izraz negoli fr. *délit*, „ili neki drugi slični izrazi koji mogu imati posebno značenje u domaćem pravu“³. Također, u engleskome jeziku treba izbjegavati izraze poput *tort*, *delict*, ili *delinquency*, jer, strogo uzevši, mogu podsjećati na odgovornost u *građanskome pravu*, ili, pak, na odgovornost maloljetnika za krivična djela (*maloljetnička odgovornost*, eng. *juvenile delinquency*), dok se u našim jezicima uputnije služiti izrazom – međunarodno protupravno djelo, akt ili čin. Ovo stoga što je međunarodno pravo posebna grana pravne znanosti, koja se primjenjuje na odnose svojih specifičnih subjekata, koja ima svoje posebne formalne, ali i materijalne pravne izvore, pa, sljedstveno tome, i svoje zakonitosti, načela, institute, pravila ponašanja, odlike, svojstva i karakteristike, koje se otuda imaju razlikovati od drugih grana pravne znanosti. Nekada i nije tako mudro posuditi termine iz domaćih pravnih sistema, iz jednoga prostoga razloga – da bi se izbjegla konfuzija, odn. pogrešno razumijevanje pravnih instituta međunarodnoga prava, poput pravne odgovornosti, te da bi se na ispravan, pravno-logički način mogla percipirati *in concreto* njezina pravna narav.⁴

1.2. Međunarodno protupravno djelo kao osnov međunarodnopravne odgovornosti država i međunarodnih organizacija

Opće načelo prava o odgovornosti sadržano je u čl. 1. Nacrta Pravila o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela iz 2001, koji propisuje da „svako međunarodno protupravno djelo države povlači međunarodnu odgovornost te države.“ Čl. 3. Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011. sadrži identično normiranje: „svako međunarodno protupravno djelo međunarodne organizacije povlači međunarodnu odgovornost te organizacije.“ Stalni sud međunarodne pravde (eng. *Permanent Court of International Justice*, PCIJ)⁵ primijenio

³ Tako, J. Crawford (2002) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, New York: Cambridge University Press, str. 80.

⁴ Prema običajnome međunarodnome pravu, oslanjanje na načela koja deriviraju iz nacionalnih pravnih sistema je opravdano ukoliko pravila međunarodnoga prava *explicite* referiraju na unutarnje pravo (primjer je čl. 24. st. 1. Statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (ICTY)) ili ukoliko je takvo referiranje “nužno implicirano samim sadržajem i prirodom koncepta” (prema: *Exchange of Greek and Turkish Population, Advisory Opinion, P.C.I.J. Reports 1925, Series B, No. 10*, str. 19-20).

⁵ Još je Paktom Lige naroda 1922. određeno da Stalni sud međunarodne pravde, kao *forum legale*, koji je djelovao u Den Haagu, i koji je bio glavni sudski organ Lige naroda, predstavljajući na taj način međunarodni sud sličan onome današnjem – Međunarodnome sudu UN-a – ne može suditi pojedincima za izvršavanje zločina protiv mira, ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti. Ovaj Sud bilo je prvo stalno međunarodno sudsko tijelo opće nadležnosti koje je donosilo odluke u formi presuda kao i savjetodavna mišljenja. Kao stranke u sporu mogle su se naći jedino države, nikako pojedinci, neovisno o vrsti međunarodnoga pravnoga spora. Tako čl. 14. Pakta

je citirano načelo u mnogim predmetima⁶, a Međunarodni sud u Den Haagu će ga samo nastaviti primjenjivati u svojim slučajevima, kao i arbitražni tribunali u međunarodnopravnim sporovima iznijetim pred njih.⁷ U praksi je općeprihvaćeno da svako međunarodno protupravno djelo države ili međunarodne organizacije povlači pravnu odgovornost te države ili međunarodne organizacije, *iako valja znati da Nacrta Pravila iz 2001/2011. uopće ne predviđa definiciju pojma pravne odgovornosti*⁸, te da tada dolazi do nastanka *novih međunarodnih pravnih odnosa*, pored onih koji su već postojali prije učinjenja takvoga djela.⁹ U Odluci Međunarodnoga suda u predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* nalazimo pozivanje na ovo međunarodnopravno načelo, iako se Sud nije referirao na čl. 1. Nacrta Pravila iz 2001: „Sud, ustvrdivši da je Uganda počinila međunarodna protupravna djela koja ustanovljavaju njezinu međunarodnu odgovornost [...] sada prelazi na određenje pravnih posljedica koje takva odgovornost uključuje.“¹⁰ Isti je Sud u predmetu *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* u kontekstu pitanja pripisivanja genocida u Srebrenici Tuženoj strani na temelju ponašanja njezinih organa odredio da je:

„[...] dobro ustanovljeno pravilo, jedan od kamena temeljaca prava o odgovornosti država, da ponašanje bilo kojeg državnog organa treba smatrati djelom države prema međunarodnome pravu, te, prema tome, pokreće odgovornost države ukoliko ono predstavlja kršenje neke međunarodne obaveze države.

Ovo pravilo, koje je jedno od pravila međunarodnoga običajnoga prava [...].“¹¹

Nastavno na prethodno, Sud je u istome predmetu zaključio da „ako neki organ države ili osoba ili grupa čiji se postupci zakonito pripisuju toj državi izvrši jedno od zabranjenih djela čl. III Konvencije, nastaje međunarodna odgovornost

stipulira: „Vijeće [Lige naroda] će formulirati i podnijeti državama članicama Lige na usvajanje planove za formiranje Stalnoga suda međunarodne pravde. Sud će biti nadležan odlučivati o bilo kojem sporu međunarodnoga karaktera koji mu države članice podnesu na rješavanje. Sud, također, može davati savjetodavno mišljenje o bilo kojem sporu ili pitanju koje mu uputi Vijeće ili Skupština [Lige naroda].“ „Dok je Stalni sud međunarodne pravde bio neovisan od Lige naroda, Međunarodni sud pravde predstavlja jedan od glavnih organa Ujedinjenih nacija.“ S. Đajić (2012) *Međunarodno pravosuđe*, Beograd: Službeni glasnik, str. 56.

⁶ Primjera radi, u predmetu *Phosphates in Morocco*, PCIJ je odredio da kada neka država učini međunarodno protupravno djelo protiv druge države, međunarodna odgovornost se formira „odmah između date dvije države“ (*Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10, na str. 28*).

⁷ Poblize u: J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 77-78.

⁸ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 13.

⁹ Cf. J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 78.

¹⁰ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005*, p. 168, par. 251.

¹¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007*, p. 43, par. 385.

te države.¹² I na kraju, pomenimo i odluku u predmetu *Ilasçu and others v. Russia and Moldova* Europskoga suda za ljudska prava iz 2004, u kojem je Sud prepoznao da je odgovornost države za povredu međunarodne obaveze priznato načelo međunarodnoga prava, onako kako to dokazuje rad ILC.¹³

Iako relativno novijega nastanka, materija pravne „odgovornosti međunarodnih organizacija za međunarodne protupravne čine, u međunarodnoj je praksi, čini se, ipak dobila određena običajnopravna pravila.“¹⁴ Tako je opće pravilo da kada neka međunarodna organizacija počini protupravno djelo po međunarodnom pravu dolazi do njezine pravne odgovornosti.¹⁵ Kao što je poznato,

„međunarodnopravna osobnost u pravilu uključuje i deliktnu sposobnost međunarodnopravnoga subjekta, dakle sposobnost da povrijedi subjektivno međunarodno pravo drugoga međunarodnopravnoga subjekta, a onda i pravnu odgovornost predviđenu pravilima međunarodnoga prava za počinjeni protupravni čin.“¹⁶

Uočavamo stoga da je danas međunarodnim organizacijama priznata mogućnost vlastite neposredne pravne odgovornosti za međunarodne protupravne čine.¹⁷ Pritom, valja razlikovati odgovornost međunarodne organizacije prema drugim međunarodnopravnim subjektima (prvenstveno državama i drugim međunarodnim organizacijama), od odgovornosti organizacije prema svojim službenicima.¹⁸

Potvrdu prednjem načelu nalazimo u Savjetodavnome mišljenju Međunarodnoga suda u predmetu *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, u kojem je Sud naglasio da je

„[...] pitanje imuniteta iz pravnoga procesa različito od pitanja kompenzacije za bilo koju štetu nastalu kao rezultat djela učinjenih od Ujedinjenih nacija ili njezinih agenata kada su djelovali u svome službenome kapacitetu. Može biti zahtijevano da Ujedinjene nacije snose odgovornost za štetu koja proizilazi iz takvih djela.“¹⁹

¹² *Ibid.*, par. 179.

¹³ ECtHR, *Ilasçu and others v. Russia and Moldova*, App. No. 48787/99, Reports 2004 – VII, par. 320. Cf. S. Olleson (2007) *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, preliminary draft, London: British Institute of International and Comparative Law, str. 3.

¹⁴ D. Lapaš (2008) *Pravo međunarodnih organizacija*, Zagreb: Narodne novine, str. 110.

¹⁵ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 13.

¹⁶ D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 109-110.

¹⁷ Za širu raspravu usp. C. Ahlborn (2011) *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, *International Organizations Law Review*, vol. 8, izd. 2, str. 397 – 482.

¹⁸ D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 110.

¹⁹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1999, p. 62, str. 88–89, par. 66.

Dakle, pitanje odgovornosti pojedinca različito je od pitanja odgovornosti međunarodne organizacije *per se*. To znači da odgovornost jedne međunarodne organizacije ne isključuje pravnu odgovornost države ili grupe država za povredu iste međunarodne obaveze. Drugim riječima, odgovornost država i međunarodnih organizacija uopće ne utječe na krivičnu odgovornost pojedinaca. Shvaćamo, stoga, da u isto vrijeme, dakle, paralelno, mogu postojati različiti režimi pravne odgovornosti za povredu iste međunarodne obaveze.²⁰

No, valjalo bi znati, s ovim u vezi, kako sada tumačiti odredbe dviju UN konvencija o imunitetima i privilegijama UN-a iz 1946, odn. onu o imunitetima i privilegijama specijaliziranih ustanova koje djeluju u sistemu UN-a iz 1947²¹, imajući u vidu opće pravilo kod pitanja imuniteta međunarodnih organizacija pred državnim sudovima, a koje se ogleda u činjenici da vrijedi presumpcija da države „imaju jurisdikciju prema međunarodnoj organizaciji i njezinim službenicima, osim ako se organizacija, odnosno njezin službenik ne pozovu na imunitet“²², o kojem su nacionalni sudovi pozvani paziti *ex officio*. Da li će se organizacija, kao takva, odreći svoga imuniteta u konkretnome sudskome postupku ili će se, kao izvorni nositelj povlastica i imuniteta, odreći u odnosu na svoga službenika, sasvim je drugo problemsko pitanje.

Nadalje, Nacrt Pravila o odgovornosti država za međunarodna protupravna djela iz 2001, u čl. 2. (koji nosi naslov: elementi međunarodnoga protupravnoga djela države), definira međunarodno protupravno djelo države „kada je ponašanje koje se sastoji od činjenja ili propuštanja: (a) pripisivo državi po međunarodnome pravu; i (b) konstituira povredu međunarodne obaveze države.“²³ Jednako tako, čl. 4. Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija (s naslovom: elementi međunarodnoga protupravnoga djela međunarodne organizacije) sadrži istovjetno određenje: „međunarodno protupravno djelo međunarodne organizacije postoji kada je ponašanje koje se sastoji iz činjenja ili propuštanja: (a) pripisivo toj organizaciji po međunarodnome pravu; i (b) konstituira povredu međunarodne obaveze organizacije.“²⁴ „Pripisivost predstavlja subjektivni, a povreda međunarodne obaveze objektivni element odgovornosti.“²⁵ Ova dva elementa specificirana su u presudi

²⁰ Usp. *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 14, par. 6; J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 80.

²¹ Ovo je itekako aktuelna tema i može biti zaseban predmet nekog novog istraživanja. Cf. B. Milišavljević (2007) *Nove mirovne misije Organizacije ujedinjenih nacija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, str. 149.

²² D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 104.

²³ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2008), New York: Ujedinjene nacije, str. 34.

²⁴ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 2.

²⁵ V. Đ. Degan (2011) *Međunarodno pravo*, Zagreb: Školska knjiga, str. 349; D. J. Harris (2004) *Cases and Materials on International Law*, 6. izd, London: Sweet & Maxwell, str. 506.

Stalnoga suda međunarodne pravde u predmetu *Phosphates in Morocco* 1938²⁶, ali, također, i u:

„Raspravljajući o odgovornosti Irana zbog zadržavanja američkih diplomatskih i konzularnih predstavnika u Teheranu i Tabrizu [i Shirazu], Međunarodni sud je istaknuo da treba da se ustanove dvije činjenice: 1) da li se akti u pitanju mogu pripisati iranskoj državi; i 2) mora se razmotriti njihova suglasnost ili nesuglasnost s obavezama Irana na osnovu ugovora na snazi ili bilo kojih drugih pravila međunarodnoga prava koja bi se mogla primijeniti.“²⁷

Daljnju afirmaciju osnovne koncepcije prava o odgovornosti država, one iz čl. 2. Nacrta Pravila iz 2001, nalazimo u Presudi Međunarodnoga suda u predmetu *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* u kojoj

„Sud ustanovivši da je ponašanje UPDF [eng. *Ugandan Peoples' Defence Forces*, bos. Odbrambene snage naroda Ugande, koje su predstavljale dio oružanih snaga Ugande] i službenika i vojnika UPDF pripisivo Ugandi, sada mora ispitati da li ovo ponašanje predstavlja povredu međunarodnih obaveza Ugande.“²⁸

Nacrt Pravila o odgovornosti predstavlja *sekundarno pravilo* u sistemu međunarodnoga prava, *i.e.* predmetna definicija, odn. pojmovno određenje, ima stoga karakter upućujuće ili blanketne pravne norme, što znači da ćemo samo na temelju činjeničnoga stanja i *primarnih pravila* međunarodnoga prava, tj. analizom materijalnih pravnih pravila u ovome smislu i za ove svrhe, utvrditi da li postoji povreda primarne međunarodne obaveze, što rezultira odgovornošću u međunarodnome pravu za entitete s međunarodnopravnom osobnošću. Sljedstveno tome, valjalo bi napisati da predmetna određenja međunarodnoga protupravnoga djela nisu potpuna ukoliko ne izvršimo uvid u međunarodne ugovore i druge formalne izvore međunarodnoga prava, kako bi cjelovito i sveobuhvatno odredili *pojam* i *definiciju* međunarodnoga protupravnoga djela u smislu međunarodnih zločina *stricto sensu*, na način da će predmet *prve analize* biti povreda ili kršenje međunarodne obaveze države i međunarodne organizacije. U ovu svrhu potrebno je imati spoznaju o definiciji, pravnoj naravi i vrstama međunarodnih obaveza/dužnosti država i međunarodnih organizacija, uzimajući u obzir i univerzalnu

²⁶ *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10.*

²⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Presuda, I.C.J. Reports 1980, p. 3.* (str. 29). Nav. prema: R. Etinski (2010) *op. cit.*, str. 233; „Po međunarodnome pravu, neovisno o bilo kojoj konvenciji, da bi se jedna država mogla pozvati na odgovornost nužno je da protupravni međunarodni akt bude njoj pripisan, tj. da postoji njezino kršenje neke dužnosti nametnute joj međunarodnim juridičkim standardom.“ (*Mexico-United States General Claims Commission, Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States, July 1931, UNRIAA, vol. IV* (2006) New York: United Nations, str. 669-691, na str. 678).

²⁸ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005, p. 168, par. 215.* Cf. S. Olleson (2007) *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, preliminary draft, London: British Institute of International and Comparative Law, str. 8.

međunarodnu obavezu da subjekti međunarodnoga prava sve obaveze ispunjavaju, a shodno općim načelima prava, savjesno i u najboljoj namjeri, odn. u dobroj vjeri²⁹.

Kao opće pravilo stoji da se u međunarodnome pravu ideja povrede obaveze često izjednačavala s ponašanjem koje je protivno pravima drugih. Tako je Stalni sud međunarodne pravde u predmetu *Phosphates in Morocco* raspravljao o aktu koji je „protivan ugovornim pravima druge države“³⁰. Valjalo bi znati „da nema međunarodnih obaveza subjekta međunarodnoga prava koja nisu skupčana s međunarodnim pravom drugoga subjekta ili subjekata, pa čak i sa sveukupnošću drugih subjekata (međunarodne zajednice kao cjeline).“³¹

U pogledu međunarodnih organizacija, predviđeno je postojanje pravne odgovornosti međunarodnih organizacija za međunarodne protupravne čine, „kako one proizišle iz činjenja, tako i one proizišle iz propusta, dakako ako su [...] pripisivi međunarodnoj organizaciji, te predstavljaju kršenje neke njezine međunarodnopravne obaveze.“³² Stoga je pretpostavka odgovornosti organizacije postojanje međunarodnoga protupravnoga čina „kao djelovanja pripisivoga organizaciji koje predstavlja povredu neke njezine međunarodnopravne obaveze bez obzira na pravni izvor ili narav te obaveze.“³³ Stoga će njezina odgovornost jednako postojati u uvjetima povrede norme općeg međunarodnog prava, ali i „za povredu normi vlastitoga pravnoga sistema (npr. „ustava“ organizacije) jer je i ona sama njima vezana.“³⁴

U ovome dijelu pravnologičke konstrukcije i razumijevanja preostaje nam istražiti što predstavlja i kada dolazi do kršenja ili povrede međunarodne obaveze od strane država i međunarodnih organizacija u pogledu međunarodnih zločina *stricto sensu*. Pripisivost, atribucija ili imputiranje (eng. *attribution*) međunarodnoga protupravnoga djela državi i međunarodnoj organizaciji³⁵ neće biti predmetom znanstvene elaboracije, već bi mogao biti predmetom nekoga drugoga znanstvenoga ispitivanja.

U čl. 3. Nacrta Pravila o odgovornosti država i čl. 5. Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija (određenje djela države/međunarodne organizacije kao međunarodno protupravnoga) stoji da se „određenje djela države

²⁹ Načelo sadržano u čl. 26. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969: „svaki ugovor koji je na snazi obavezujući je za strane ugovornice i one ga moraju izvršavati u dobroj vjeri.“

³⁰ *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74*, p. 10, na str. 28.

³¹ J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 83.

³² D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 111.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.* V. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Savjetodavno mišljenje, I.C.J. Reports 1980*, p. 73, na str. 96-98.

³⁵ Međunarodne organizacije također odgovaraju za sve čine svojih organa, ali i svojih službenika, osoba ili grupa pod njihovim nadzorom (npr. oružane snage i mirovne misije pod upravom UN-a, NATO-a i sl.) (prema: D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 112).

[međunarodne organizacije] kao međunarodno protupravnoga vrši po međunarodnome pravu.³⁶ Ovo znači da se neko djelo kao protupravno određuje *po međunarodnom pravu* neovisno o njegovom određenju u unutrašnjem pravu neke države.³⁷ Drugim riječima, akt države ne može se okarakterizirati kao međunarodno protupravno djelo osim ukoliko ono predstavlja povredu međunarodne obaveze, čak i ako se ona ogleda u kršenju neke odredbe unutrašnjega prava odnosno države.³⁸ Štaviše, država se ne može pozvati na svoje unutrašnje pravo u cilju opravdavanja svoga akta.³⁹ Naime, „akt se države mora okarakterizirati kao međunarodno protupravan ukoliko on znači povredu međunarodne obaveze, čak i u situaciji kada taj akt ne proturječi njezinome unutrašnjem pravu – čak i onda kada je prema svome pravu država zapravo obavezana da se ponaša na takav način.“⁴⁰ Međunarodnopravno načelo, da se karakterizacija akta države, je li on međunarodno protupravan ili nije, rukovodi međunarodnim pravom, oslikano je u više odluka međunarodnih sudskih i arbitražnih tijela.⁴¹

³⁶ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2008), New York: Ujedinjene nacije, str. 36; *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 3.

³⁷ *Ibid.* Slijedom ovoga tumačenja, države koje nisu ratificirale, odn. pristupile ili naslijedile (notifikacijom o sukcesiji) UN Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. (Konvenciju o genocidu) ne mogu počiniti ovaj zločin, tj. ne mogu se smatrati pravno slobodnima, a da u isto vrijeme, ne povrijede međunarodnu obavezu *erga omnes per se*. Naprimjer, Japan, koji još uvijek nije stranka Konvencije, zajedno s još nekih pedesetak država koje se također ne smatraju stranama ugovornicama ovog međunarodnog dokumenta, ne može počiniti odnosni zločin i tvrditi da se uspostavljanje pravne odgovornosti države utvrđuje po nacionalnim pravnim propisima države Japana. S druge strane, znakovito je da su svih pet država stalnih članica Vijeća sigurnosti UN-a stranke Konvencije.

³⁸ J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 86.

³⁹ Ovo međunarodnopravno načelo pronalazimo u Nacrtu Deklaracije ILC-a o pravima i dužnostima država, u kojem čl. 13. predviđa: „Svaka država ima dužnost da u dobroj vjeri izvršava svoje obaveze koje proistječu iz ugovora i drugih izvora međunarodnoga prava, i ne može se pozvati na odredbe u svome ustavu ili svojim zakonima kao opravdanje za propust da izvrši ovu dužnost.“ (Rezolucija Opće skupštine UN-a, br. 375 (IV) od 6. decembra 1949). Također, potvrdu ovoga načela nalazimo i u Bečkoj konvenciji o pravu ugovora iz 1969, u kojoj čl. 27. propisuju da se: „Strana ugovornica ne može pozvati na odredbe svoga unutarnjega prava kao opravdanje za svoj propust da izvrši neki ugovor [...]“.

⁴⁰ J. Crawford (2002) *op. cit.*, str. 86. Predstavlja ovo očit primjer primata pravila međunarodnoga prava nad unutarnjim pravom država.

⁴¹ PCIJ: *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, str. 4; *Lotus, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, na str. 24; *S.S. Wimbledon, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1*, na str. 29-30; *Greco-Bulgarian “Communities”, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17*, na str. 32; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, na str. 12; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 96, na str. 167; *Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 10*, na str. 20; *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928, P.C.I.J., Series B, No. 15*, na str. 26-27. ICJ: *Fisheries, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, na str. 132; *Nottebohm, Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1953*, p. 111, na str. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, I.C.J. Reports 1958*, p. 55, na str.

Međunarodnopravno načelo da se država ne može pozvati na svoje unutrašnje pravo u cilju opravdavanja svoga akta ne može baš vrijediti i za međunarodne organizacije, budući da se uglavnom shvata da se „pravila međunarodne organizacije ne mogu oštro odvojiti od međunarodnoga prava.“⁴² Zapravo, vrlo često je konstitutivni ili osnivački akt neke međunarodne organizacije međunarodni ugovor ili neki drugi instrument na koji se primjenjuju pravila međunarodnoga prava.⁴³ No, kao gledište djelimično suprotno ovome je ono D. Lapaša, koji ukazuje da međunarodna organizacija činjenje međunarodnoga protupravnoga čina ne može opravdati „pozivanjem na djelovanje u skladu s pravilima svoga vlastitoga pravnoga sistema.“⁴⁴

Da li je djelo države i međunarodne organizacije protupravno po međunarodnome pravu ovisi da li u svakom konkretnom slučaju dolazi do *povrede* međunarodne obaveze. Međunarodna se obaveza *per se* određuje primarnim pravilima međunarodnoga prava koji predstavljaju njegove formalne izvore, *i.e.* međunarodnim običajnim pravnim pravilima, međunarodnim ugovorima, općim pravnim načelima, načelima međunarodnoga prava,⁴⁵ kao i pravilima međunarodne organizacije⁴⁶, dok se *prispisivost* tako određenoga djela nekoj državi i međunarodnoj organizaciji ispituje i utvrđuje uglavnom sekundarnim pravilima međunarodnoga prava, kakav je koncept pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija za međunarodna protupravna djela.

Stoga potvrđujemo, da bi postojalo neko međunarodno protupravno djelo, nužno moraju biti ispunjena dva *kumulativno* određena uvjeta: povreda međunarodne obaveze i prispisivost takve povrede državi i međunarodnoj organizaciji.

67; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, I.C.J. Reports 1988, p. 12, na str. 34-35, par. 57; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. Reports 1949, p. 174, na str. 180; *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports 1989, p. 15. Svakako, šire u: D. J. Harris (2004) *op. cit.*

⁴² *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* (2011), New York: United Nations, str. 15.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 112. Tako, ovdje, baš kao i u odnosu međunarodnoga s unutarnjim pravnim sistemima država, dolazi do izražaja tzv. dualistička koncepcija. „Iako je pravni sistem međunarodne organizacije dio međunarodnoga prava, on obavezuje tek organizaciju i njezine državne članice, pa stoga uvijek ostaje partikularnim međunarodnim pravom bez mogućnosti da formalno obaveže međunarodnopravne subjekte izvan pravnoga sistema organizacije.“ (*Ibid.*) No, da li se ovakvo gledište može uzeti bezrezervno, posebno imajući u vidu duh i slovo glave VII Povelje UN-a, odn. međunarodnu obavezu poštivanja i nesumnjive primjene svih odluka Vijeća sigurnosti UN-a kada djeluje temeljem ove glave?

⁴⁵ Usp. s čl. 38. Statuta Međunarodnoga suda iz 1945.

⁴⁶ Usp. s. čl. 2. st. 1 (b) Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011.

2. Međunarodni zločin

2.1. Određenje međunarodnoga krivičnoga djela

Glavna je intencija da međunarodno krivično djelo definiramo iz ugla međunarodnoga prava, zapravo s aspekta pravnoga režima odgovornosti država i međunarodnih organizacija, ne ukazujući istovremeno ni na pojedinca niti na načelo individualne krivične odgovornosti, već isključivo na glavne subjekte međunarodnoga prava – države i međunarodne organizacije. Tako se međunarodno krivično djelo, shvaćeno u onom iskonskom i svojem najuopćenitijem smislu, može odrediti kao povreda međunarodne obaveze koja je određena u međunarodnome ugovoru ili općem običajnom međunarodnom pravu kao međunarodno krivično djelo.

Secundo, na temelju ovoga određenja međunarodnoga krivičnoga djela, s naglaskom na njegove gradivne elemente, cijenimo da bi bilo značajno napraviti usporedbu sa sljedećom definicijom, prema kojoj se međunarodno krivično djelo ima razumjeti: a) kao ljudsko ponašanje koje predstavlja povredu međunarodnopravnoga poretka i da je kao takvo protivno tom poretku; b) da se to ponašanje poduzima u namjeri da se ugroze ili povrijede osnovni interesi te zajednice koji su zaštićeni međunarodnim pravom, zbog čega je takvo ponašanje opasno po međunarodnu zajednicu; te c) da su to djela koja su međunarodnim pravom okvalificirana kao krivična. Prema datome određenju, u pravu o odgovornosti međunarodno krivično djelo bi se moglo shvatiti kao: a) ponašanje države i međunarodne organizacije koje predstavlja povredu međunarodne obaveze međunarodnopravnoga poretka; b) da se takvim ponašanjem ugrožavaju ili vrijeđaju osnovni interesi međunarodne zajednice u cjelini koji su zaštićeni međunarodnim pravom, zbog čega je takvo ponašanje opasno i šteti međunarodnoj zajednici u cjelini; te c) da su to djela koja imaju svoj formalni izvor u međunarodnome ugovornome i običajnome pravu.

Za svrhe definicije međunarodnoga zločina *stricto sensu*, ovome možemo dodati još i četvrti element: d) da se radi o ozbiljnoj povredi međunarodne obaveze koja proistječe iz kogentne norme općega međunarodnoga prava. Dâ se primjetiti da smo, u odnosu na prvo određenje, kod odgovornosti država i međunarodnih organizacija za činjenje međunarodnih krivičnih djela izostavili subjektivnu odrednicu – namjeru, koja je ciljano utkana u prvu definiciju za svrhe individualne krivične odgovornosti, budući da je krivičnopravna odgovornost pojedinca isključivo subjektivne naravi. Suprotno tome, međunarodnopravna odgovornost države i međunarodne organizacije je objektivne naravi, ili objektivno-subjektivne (mješovite) prirode, što znači da u određenim situacijama, shodno primarnim pravilima u pravu o odgovornosti, i ovdje vidimo subjektivnu odrednicu.

Tertio, na temelju realističkoga shvatanja, međunarodno krivično djelo možemo odrediti kao svako djelo a) koje ima svoj izvor određenja per se u međunarodnome pravu; b) čija se radnja sastoji iz povrede međunarodne obaveze koja je

kao takva bitna za međunarodnu zajednicu u cjelini; c) da se posljedica ogleđa u povredi ili ugrožavanju pravnoga dobra ili vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom; d) da posljedica može nastati u odnosu na državu, skupinu država, međunarodnu organizaciju, skupinu međunarodnih organizacija ili [u konačnici] u odnosu na međunarodnu zajednicu u cjelini.

Sljedstveno navedenome, zajednička karakteristika svih ovih definicija međunarodnoga krivičnoga djela u svjetlu prava o odgovornosti ogleđa se u tome što je subjekt počinjenja djela država i/ili međunarodna organizacija, dok je objekt djela, u smislu „žrtve“ također država, međunarodna organizacija i/ili međunarodna zajednica u cjelini.

2.2. Opći pojam i osnovne odlike međunarodnoga zločina

Međunarodno pravo se ponekada doima kao nesavršen sistem pravnih pravila. „Tvrditi da postoji bilo kakav učinak odredaba Povelje [UN] u vezi s prohićijom prijetnje i upotrebe sile je čista fantazija.“⁴⁷ Ovo posebno imajući u vidu podatak da su od mjera Vijeća sigurnosti u ovome smislu u praksi stvarno izuzete države, njih pet stalnih članica ovoga organa UN-a u uvjetima kada je „neka od njih sama počinitelj [međunarodnih] zločina (npr. [...] Ruska Federacija u Čećeniji⁴⁸ ili Sjedinjene Amerićke Države u Afganistanu, Iraku⁴⁹ ili u njihovoj vojnoj bazi u Gvantanamu na Kubi⁵⁰) ili ako ih neka druga država vrši pod zaštitom neke od njih (npr. Izrael na okupiranim palestinskim područjima⁵¹).“⁵² „Umjesto središnjega zakonodavnoga organa koji bi imao vlast da za čitavu međunarodnu zajednicu država propiše samu definiciju međunarodnih zločina, pravne posljedi-

⁴⁷ K. Marek (1978-79) Criminalizing State Responsibility, *Revue Belge de Droit International* 14, str. 468.

⁴⁸ Npr. Human Rights Watch, *War Crimes In Chechnya and the Response of the West. Testimony before the Senate Committee on Foreign Relations*, 29. februar 2000, dost. na: <https://www.hrw.org/news/2000/02/29/war-crimes-chechnya-and-response-west> (prist. 11. novembar 2022).

⁴⁹ Human Rights Watch, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, 2003, dost. u: 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*, vol. II, 3. proš. i dop. izd, Geneva: International Committee of the Red Cross, str. 1543-1553; Human Rights Watch, *Hearts and Minds: Post-war Civilian Deaths in Baghdad Caused by U.S. Forces*, 2003, dost. u: *Ibid*, str. 1555-1559; v. i Executive Summary of Article 15-6 Investigation of the 800th Military Police Brigade by Maj. Gen. A. M. Taguba, poznat kao *The Taguba Report*, *Ibid*, str. 1560-1572. U pogledu Iraka, v. i: *Ibid*, str. 1573-1611. Jednako tako: P. Sands (2006) *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, London: Penguin Books, str. 174-204. Usp. s Rezolucijom Vijeća sigurnosti UN-a, br. 1546 (2004) o kraju okupacije u ovoj državi.

⁵⁰ P. Sands (2006) *op. cit*, str. 143-173.

⁵¹ Najznakovitija dokumentacija i izvori s ovim u vezi prikupljeni su u: M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin (2011) *op. cit*, vol. II, str. 961-1285.

⁵² V. Đ. Degan (2011) *op. cit*, str. 391, ft. 135. Znakovito je da su svih pet država stalnih članica Vijeća sigurnosti UN-a ujedno i svjetske nuklearne sile (Ruska Federacija, Sjedinjene Amerićke Države, Narodna Republika Kina, Republika Francuska i Ujedinjeno Kraljevstvo).

ce njihova počinjenja i njihove razlike u odnosu na ostala međunarodna krivična djela“, ti zločini nastaju „u običajnom procesu uz sudjelovanje država, i to najčešće njihovim učešćem u konvencijama o njihovoj kodifikaciji.“⁵³ „Praksa država je odlučujuća determinanta u stvaranju međunarodnoga prava (uključujući međunarodno krivično pravo) [...]“⁵⁴

Posljedično ovome, još uvijek ne postoji jedinstvena definicija međunarodnoga zločina (eng. *international crime*; fr. *crime international*), ali se izraz koristi za one zločine koji jesu briga svih država zbog njihova učinka na međunarodno društvo, ili zbog njihove naročito užasne prirode.⁵⁵ Jednako tako, čini se da je posebno teško pronaći adekvatnu definiciju zločina u međunarodnome pravu o odgovornosti država i međunarodnih organizacija.⁵⁶ S druge strane, također se čini da je gotovo nemoguće u cijelosti definirati kategoriju međunarodnih zločina strogo prema kriterijima nacionalnoga krivičnoga prava.⁵⁷

„Već od najranijih dana razvitka naše civilizacije, a osobito od početka XIX stoljeća javlja se težnja da se međunarodnopravno normiraju zločini koji ugrožavaju neke zajedničke vrijednosti i izazivaju snažnu reakciju“ u međunarodnoj zajednici, a koji su bili „ili neprimjereno ili nedostavno uređeni nacionalnim pravom“ – tako se u međunarodno pravo uvodi pojam međunarodnoga zločina.⁵⁸ Istina, izuzev piratstva⁵⁹, svi međunarodni zločini koje međunarodnopravni poredak danas poznaje, međunarodnopravno su formulirani tek u XX stoljeću. Drugim riječima, tek su u prošlom stoljeću načinjeni naponi da određeni akti budu tretirani ili dobiju status međunarodnoga zločina.

Da bi neki međunarodni zločin u općem međunarodnom pravu *nastao*, mora biti ispunjeno više uvjeta: 1) mora se raditi o *općoj običajnoj normi* koja kao pravilo pozitivnoga međunarodnoga prava obavezuje sve države i sve međunarodne

⁵³ V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 183.

⁵⁴ Y. Dinstein (1985) *International Criminal Law*, 20 *Israel Law Review* 206, str. 221.

⁵⁵ A. Aust (2009) *Handbook of International Law*, New York: Cambridge University Press, str. 268.

⁵⁶ Tako, G. Gilbert (1990) *The Criminal Responsibility of States*, 39 *International and Comparative Law Quarterly* 345, str. 346-347.

⁵⁷ V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 185.

⁵⁸ V. Crnić-Grotić (1996) *Međunarodni zločin i kazna. Razvoj pojma međunarodnog zločina u međunarodnom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 2, str. 340. Također od iste autorice, v. V. Crnić-Grotić (1997) *Kršenje ljudskih prava kao međunarodni zločin*, *Vladavina prava*, god. I, br. 2-3, str. 39-58.

⁵⁹ Ovo se međunarodno krivično djelo posljednjih desetljeća ponovno pojavljuje, poglavito u prostoru u blizini obala Somalije (Afrika) te u Malajskome prolazu (Azija). Djelo piratstva *jure gentium* definirano je prvobitno čl. 15. Konvencije o otvorenome moru iz 1958, što će kasnije biti potvrđeno čl. 101. UN Konvencije o pravu mora iz 1982. Poblizje o ovome djelu u: B. Krivokapić (2011) *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd: Službeni glasnik, str. 635-716; M. N. Shaw (2003) *International Law*, 5. izd, Cambridge: Cambridge University Press, str. 593.

(među)vladine organizacije⁶⁰; 2) mora se raditi o imperativnim normama općega međunarodnoga prava⁶¹; 3) mora se raditi o povredi takve međunarodne obaveze koja je s jedne strane bitna za interese međunarodne zajednice u cjelini⁶², i da je

⁶⁰ Ukoliko nekom međunarodnom ugovoru nije pristupila važna skupina država, npr. jedna ili više stalnih članica Vijeća sigurnosti UN-a, odredbe iz toga međunarodnoga ugovora ne mogu postati dio običajnoga međunarodnoga prava.

⁶¹ Zapravo, takva pravila istovremeno imaju biti kogentne norme općega međunarodnoga prava, onako kako ih definira čl. 53. Bečke konvencije o pravu ugovora. To znači da ovdje nema mjesta običajnim pravilima koja spadaju u *jus dispositivum* (tako, V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 181-182). U ovom smislu v. npr. UN Konvenciju o genocidu; Usp. M. C. Bassiouni (1996) *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, Law and Contemporary Problems*, vol. 59, br. 4, str. 68-69.

⁶² U tom smislu, ulomak iz Preambule Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*: „[...] *Primjećujući* da, u Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, određene radnje koje mogu također biti okvalificirane kao radnje *apartheida* predstavljaju zločin po međunarodnome pravu [...] *primjećujući* da je Vijeće sigurnosti naglasilo da *apartheid* i njegovo kontinuirano pojačavanje i ekspanzija ozbiljno uznemiruju i prijetu međunarodnome miru i sigurnosti.“ U Preambuli Konvencije o nezastarjevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti iz 1968. naglašava se da su „ratni zločini i zločini protiv čovječnosti među najtežim zločinima po međunarodnome pravu“. Jednako tako, prema Deklaraciji Opće skupštine UN-a, proklamiranoj u Rezoluciji, br. 96 (I) iz 1946, genocid je zločin po međunarodnome pravu koji je u suprotnosti s duhom i ciljevima UN-a i koji civilizirani svijet osuđuje. U Preambuli UN Konvencije o genocidu strane ugovornice se pozivaju na potonju izjavu, priznajući istovremeno „da je u svim periodima historije genocid izazvao velike gubitke čovječanstvu, i [da su] ubijedene da je za oslobođenje čovječanstva od tako užasne nedaće nužna međunarodna suradnja.“ Također, v. Savjetodavno mišljenje Međunarodnoga suda iz 1951 (*Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15*). U pogledu zločina agresije, u Preambuli Dodatka Rezoluciji Opće skupštine UN-a, br. 3314 iz 1974 (Definicija agresije), mada izravno nema pomena da je ovaj zločin protivan interesima međunarodne zajednice u cjelini, ukazuje se, između ostaloga, da je agresija najozbiljniji i opasni oblik protupravne upotrebe sile, posebno u uvjetima prisustva svih vrsta oružja za masovno uništenje, s mogućom prijetnjom svjetskoga sukoba i svih njegovih katastrofalnih posljedica. Čl. 5. istoga dokumenta predviđa da je „agresivni rat zločin protiv međunarodnoga mira“. Glede zločina protiv čovječnosti, valja ukazati na svojevrсни paradoks koji se dogodio prije čl. 7. Rimskoga statuta. Naime, još uvijek nije usvojena međunarodna konvencija koja bi na jednome mjestu tretirala isključivo ovu skupinu zločina po međunarodnome pravu, iako ILC radi na svojevrсноj kodifikaciji zločina protiv čovječnosti, koja će nekada u budućnosti, najvjerojatnije, poprimiti formu mnogostranoga međunarodnoga ugovora, poput UN Konvencije o genocidu. Istina, iako u međunarodnome pravu ne postoji konvencijska definicija zločina protiv čovječnosti, postoji ona statutarna. Zbog ovoga, nazovimo, propusta, mnoge države prije 1998. u svojim nacionalnim pravnim propisima nisu bile inkriminirale ove zločine. Otuda ilustrativni primjer paradoksa može predstavljati činjenica da je „odgovarajuća glava u posebnome dijelu krivičnih zakona iz bivše SFRJ nosila naslov: „krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnoga prava“, a zločini protiv čovječnosti kao takvi u njima nisu figurirali.“ (V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 185). Nepostojanje međunarodne konvencije o zločinima protiv čovječnosti u strogome smislu dovelo je do toga da danas ne postoji međunarodnougovorna obaveza o međunarodnoj krivičnopravnoj suradnji u odnosu na ovaj međunarodni zločin *stricto sensu*. „Međutim, svojevrсна tačka prekretnica daljnega razvoja ovih zločina načinjena je 2019, kada je ILC usvojila Nacrt Pravila o sprječavanju i kažnjavanju zločina protiv čovječnosti, i time ubrzala dolazak do konačnoga teksta istoimene konvencije. Usvajanje će konvencije značiti prijelaz s fragmentiranosti međunarodnopravnih normi u pogledu ovoga zločina, te potpuni prijelaz iz korpusa općeg običajnog međunarodnog

također cijela ta zajednica priznala takvu povredu međunarodnim zločinom, a ne običnim međunarodnim krivičnim djelom.⁶³ Dakle, nužno je da se radi o povredi „međunarodnih *običajnih* pravila (kao i odredaba ugovora gdje takve odredbe postoje, bilo da kodificiraju ili detaljno izlažu običajno pravo ili doprinose njegovome stvaranju);“⁶⁴ 4) daljnji zahtjev u ovome slijedu može biti da jurisdikciju za takva djela ima neko međunarodno sudište – takvi su svi međunarodni zločini *stricto sensu*, osim, uvjetno uzevši, zločina agresije, jer su, drži se, „važne države spriječile da se ona predvidi“⁶⁵ u Statutu ICTY-a. M. C. Bassiouni za međunarodne zločine koji dosegnu status kogentne norme s odnosnim pravnom dejstvom utvrđuje sljedeće pravne obaveze koje proistječu iz višega statusa ovakvih zločina: prije svega, za ove međunarodne zločine postoji obaveza da se pojedinci počinitelji kazne ili ekstradiraju, ne postoji zastara za ovakve zločine, nema primjene imuniteta⁶⁶ uključujući i glavara države, primjena ovih obaveza je univerzalna kako za vrijeme mira tako i za vrijeme rata, norme koje određuju ove zločine ne mogu se derogirati u „stanjima nužde“, i, naposljetku, s ovim zločinima korelira primjena univerzalne jurisdikcije.⁶⁷

Međunarodni se zločin otuda može pojmiti kao zločin prema cijeloj međunarodnoj zajednici. No to ipak ne znači da u svakom slučaju povrede međunarodne obaveze svaki član te zajednice ima pravo reagirati. S druge strane, „ima takvih dobara i vrijednosti kojih povreda prema jednom članu zajednice dira interese svakoga člana zajednice u tolikoj mjeri da svakom od njih pripada pravo nastupanja prema povreditelju.“⁶⁸ J. Andrassy je 1976. bio mišljenja da sama međunarodna zajednica nije još „tako organizirana da bi mogla u takvoj prilici pravilno rea-

prava u pravo ugovora (čije će odredbe i dalje predstavljati izraze običajnoga prava, ali i *jus cogensa*). Takva će konvencija zasigurno posjedovati dvostruku funkciju: biti će to kodifikacijski ugovor s elementima progresivnoga razvoja međunarodnoga prava u ovoj oblasti.“ E. Omerović, A. Grande (2022) *Zločini protiv čovječnosti: ka zaštiti humanosti i ljudskoga dostojanstva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 59, br. 2, str. 409.

⁶³ Valja imati na umu da iako svi međunarodni zločini čine *jus cogens*, imperativne norme međunarodnoga prava ne odnose se samo na zabranu međunarodnih zločina. Tako, V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 182; Usp. B. Petrović, D. Jovašević (2010) *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, str. 135.

⁶⁴ A. Cassese (2005) *Međunarodno krivično pravo*, prijevod: O. Račić *et al*, Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, str. 26.

⁶⁵ Prema: V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 182.

⁶⁶ U ovome smislu, a za svrhe komparacije, konsultirati sljedeće izvore: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 99; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 2010*, p. 639; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 12; v. i predmet pred Međunarodnim sudom: *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* (Equatorial Guinea, Application Instituting Proceedings od 13. juna 2016).

⁶⁷ M. C. Bassiouni (1996) *op. cit.*, str. 63.

⁶⁸ J. Andrassy (1976) *op. cit.*, str. 358; J. Andrassy (1978) *Međunarodno pravo*, 7. izd, Zagreb: Školska knjiga, str. 358.

girati. Zato se i stvaraju posebne organizacije sa svrhom da štite određene najviše interese (Ujedinjene nacije).“⁶⁹

Pojam *međunarodni zločin* obuhvata zapravo najteža djela protiv međunarodnoga prava, međunarodnopravnoga poretka, međunarodnopravne zajednice, odn. međunarodne zajednice država i međunarodnih organizacija. Interesantno je istaknuti sljedeću misao da posljedica činjenja međunarodnih zločina predstavlja posredni atak na države i njihove međunarodne odnose. Iz ovoga vidimo da međunarodni zločini ne samo da u većini slučajeva „potječu“ od država⁷⁰, već ih i indirektno napadaju. U tome smislu valja ukazati:

„međunarodni zločin – i u tome je njegova duboka osobenost, time se odlikuje on od zločina u smislu nacionalnoga prava – javlja se kao povreda jednog od najvažnijih dobara ljudskoga društva, kao povreda veza među državama, među nacijama i zemljama. Međunarodni zločin upravljen je na pogoršanje, zategnutost, raskid te veze. [...] Stoga s punom osnovanošću ovdje može biti riječi o internacionalnome, međunarodnome, međudržavnome deliktu (fr. *delicts des gens*). Međunarodni zločin, prema tome, mora se odrediti kao narušenje međunarodnoga općenja. Takva je njegova materijalna karakteristika.“⁷¹

Međunarodni zločin se, kao takav, u međunarodnome pravu afirmirao u praksi Međunarodnoga suda nakon Drugoga svjetskoga rata.⁷² S ovim u vezi se referiramo na Savjetodavno mišljenje iz 1951. o *Rezervama na Konvenciju o genocidu iz 1948*, u kojemu je Sud istaknuo da uskrata prava na opstanak i na život čitavim ljudskim grupama predstavlja genocid kao zločin po međunarodnome pravu.⁷³ Tu je i presuda Suda u predmetu *Barcelona Traction* iz 1970. koja, premda ne spominje međunarodne zločine, utvrđuje da

„treba povući bitnu razliku između obaveza država prema međunarodnoj zajednici u njezinoj cjelini i onih koje nastaju prema nekoj drugoj državi u okviru diplomatske zaštite. One prve, po njihovoj naravi odnose se na sve države. S obzirom na važnost prava o kojima se radi, sve države mogu imati pravni interes u njihovoj zaštiti; to su obaveze *erga omnes*. Takve obaveze deriviraju, naprimjer, u današnjemu međunarodnom pravu, u stavljanju izvan zakona akata agresije i genocida [...]“⁷⁴

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ S ovim u vezi, v. npr. čl. I st. 1. Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida* u kojem se, između ostaloga, govori o *politikama i praksama apartheida*, ali i sličnim *politikama i praksama* rasne segregacije i diskriminacije.

⁷¹ M. D. Marković (1973) Nirnberško suđenje – primjena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 2/1973, Beograd, str. 173-185, prenjeto u: Đ. N. Lopičić (prir.) (2006) *Međunarodno krivično pravo*, Beograd: Službeni glasnik, str. 423.

⁷² V. Đ. Degan (2011) *op. cit.*, str. 386.

⁷³ „Porijeklo Konvencije pokazuje da je namjera Ujedinjenih nacija bila da se osudi i kazni genocid kao „zločin po međunarodnome pravu“ (*Reservations to the Convention on Genocide, Savjetodavno mišljenje: I.C.J. Reports 1951, p. 15* (str. 23)).

⁷⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Presuda, I.C.J. Reports 1970, p. 3.* (str. 32, par. 33, 34). Usp. V. Đ. Degan (2011) *op. cit.*, str. 386.

Pored aktivnosti Međunarodnoga suda, države su same ulazile u međunarodnopravne odnose u kojima su sklapale međunarodne ugovore, koji u svojim tekstovima koriste izraz *međunarodni zločin*. Tako Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949. i Prvi dopunski protokol iz 1977. određuju što se podrazumijeva pod teškim kršenjima ovih međunarodnih ugovora i što predstavlja *ratni zločin* u međunarodnome pravu.⁷⁵ Istina, u ovim ugovorima ne upotrebljava se izraz *međunarodni zločin*, međutim smatramo da je izraz „teška(e) povreda(e)“ (eng. *grave breach(es)*) samo sinonim za međunarodni zločin.⁷⁶ Zapravo, „niti u jednoj se debati od završetka Drugoga svjetskoga rata nije dovedeno u pitanje da teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. formiraju dio *core crimes* koji su kažnjivi od svih država.“⁷⁷ S druge strane, sve do početka 1990tih teško da je postojao ijedan primjer u kojem je primjena odredaba o teškim povredama ovih konvencija bila testirana – tek se s obrazovanjem ICTY-a i ICTR-a raspravlja o primjeni odredaba o teškim povredama i njihovome sadržaju u kontekstu specifičnih predmeta *ratnih zločina*.⁷⁸

Od 1945. države usvajaju i statute međunarodnih sudova i tribunala te internacionaliziranih i mješovitih sudova/tribunala, koji u pogledu nadležnosti *ratione materiae* sude počiniteljima međunarodnih zločina. Međutim, ovi sudovi i tribunali ostvaruju isključivo krivični progon pojedinaca slijedom međunarodnopravnih pravila da činjenje međunarodnih zločina povlači individualnu krivičnu odgovornost. ILC je zastupala tezu da su „zločini po međunarodnome pravu“, kod kojih države *imaju obavezu da kazne* njihovo izvršavanje, jedinstvena kategorija koju čine zločini protiv mira, zločini protiv čovječnosti i ratni zločini u užemu smislu.⁷⁹

Na temelju načela individualne krivične odgovornosti za međunarodne zločine ILC je 1996.⁸⁰ tako usvojila Nacrt Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti

⁷⁵ Opširnije o ovoj skupini međunarodnih zločina u: E. Omerović (2021) Ratni zločini kao sustavno kršenje ljudskih prava i zaštite osoba u uvjetima oružanih sukoba, *Godišnjak Pravnog fakulteta. Tematski broj sa III naučne konferencije „Ljudska prava pred izazovima stvarnosti“*, vol. 5, br. 5, str. 155-192.

⁷⁶ Na ovome tragu je i V. Đ. Degan (2011) *op. cit.*, str. 386; Najznačajniji izvor u aktuelnome sistemu pravila o ratnim zločinima svakako su Ženevske konvencije iz 1949, zajedno s Dopunskim protokolom I iz 1977. te statuti međunarodnih sudskih foruma. Cf. M. Majić (2005) *Ratni zločin u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd: Tehnička knjiga, str. 56.

⁷⁷ H. Fischer (2000) Grave Breaches of the 1949 Geneva Conventions, u: G. Kirk McDonald, O. Swaak-Goldman (eds.) *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, vol. I, Commentary, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, str. 67.

⁷⁸ *Ibid.* Kurziv autora.

⁷⁹ R. Ago, *Fifth Report on State Responsibility, Yearbook of the ILC, 1976*, vol. II, Dio prvi, str. 32. Originalni navodnici, kurziv autora.

⁸⁰ Instrument usvojen na 48. zasjedanju Komisije i predat Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija kao dio Izvještaja Komisije s ovog zasjedanja. Objavljen u: *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Dio drugi.

čovječanstva, s kojim je međunarodnopravna zajednica imala intenciju kodificirati osnovna načela međunarodnog krivičnog prava, kao da se i u jednom pravnom instrumentu obuhvate i odrede svi međunarodni zločini *stricto sensu*. Nacrt Kodeksa je produkt petnaestogodišnjega rada, diskusija i analiza unutar ILC-a i obilježava drugi veliki pokušaj UN-a u proteklih 70 godina „da predstave sveobuhvatni i univerzalni normativni okvir za međunarodno krivično uređenje.“⁸¹ Središnje komponente takvoga režima jesu utemeljenje međunarodnoga krivičnoga suda i usvajanje kodeksa međunarodnih zločina koji povlače individualnu odgovornost.⁸² Međutim, taj je dokument i ostao u formi nacрта⁸³, dok je predmetna kodifikacija ostvarena dvije godine kasnije, usvajanjem Rimskoga statuta 1998, koji predviđa stvarnu nadležnost ICC-a za četiri međunarodna zločina *stricto sensu*.

2.3. Međunarodni zločini u užem smislu (*stricto sensu*)

Međunarodni zločin *stricto sensu* se u teoriji međunarodnoga krivičnoga prava, kao i u praksi međunarodnih sudskih tijela, posebno *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala, određuje na osnovu anglosaksonske koncepcije općega pojma krivičnoga djela, prema kojoj se pojam bića međunarodnoga krivičnoga djela određuje na osnovu dva konstitutivna elementa: 1) onog objektivnog (lat. *actus reus*) i subjektivnog (lat. *mens rea*) elementa.⁸⁴ I definicija međunarodnoga zločina u Rimskome statutu uključuje dva različita aspekta; prvi upućuje na *objektivnu* stranu djela, dok se drugi aspekt odnosi na *subjektivni* dio zločina, tj. „na pretpostavke ili preduvjete koji su u relaciji s mentalnom komponentom određene zabranjene radnje, odnosno ponašanja (*mens rea*), a ta se dualistička priroda reflektira u čl. 30. Rimskoga statuta.“⁸⁵ Objektivni element odnosi se na

⁸¹ T. L. H. McCormack, G. J. Simpson (1994) *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions*, *Criminal Law Forum*, vol. 5, No. 1, str. 2.

⁸² *Ibid.*

⁸³ M. C. Bassiouni je 1996. bio mišljenja da je rad ILC-a u ovome dijelu formuliranja Nacrta Kodeksa nedovoljan, jer je u ovoj oblasti bila potrebna sveobuhvatna međunarodna kodifikacija koja će nastojati prevazići sve do tada detektirane probleme i poteškoće (M. C. Bassiouni (1996) *op. cit.*, str. 74). Tvrdio je da je tadašnja praksa država nedostatna da bi mogla utemeljiti čvrstu pravnu osnovu u cilju argumentiranja da se obaveze koje proistječu iz *jus cogens* zločina zapravo imaju smatrati pravnim obavezama (*Ibid.*). Problemi se u ovome smislu, po nama, mogu još pronaći od pokušaja pravilnoga definiranja međunarodnih zločina pa do toga koja to djela pripadaju zločinima *jus cogens*. Međutim, „nakon usvajanja Rimskoga statuta u 1998. više nema potrebe da se taj nacrt usvoji i da stupi na snagu kao ugovorni instrument.“ (V. Đ. Degan (2011) *Odgovornost za zločin agresije u svim njezinim vidovima, rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Razred za društvene znanosti, vol. No. 48=510, Zagreb, str. 268*).

⁸⁴ Usp. Z. Stojanović (2008) *Međunarodno krivično pravo*, 6. dop. izd, Beograd: Pravna knjiga, str. 67; V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, str. 139.

⁸⁵ M. Škulić (2006) *Oblici učestvovanja u ostvarenju krivičnog djela – (sa)izvršilaštvo i saučesništvo u Rimskom statutu*, u: Đ. N. Lopičić (prir.) (2006) *op. cit.*, str. 167. Također v. H. von Hebel

radnju izvršenja djela, dok subjektivni element označava vinost ili krivnju. Otuda samo definiranjem oba konstitutivna elementa možemo imati cjelovito određenje bića međunarodnoga zločina, odn. isključivo njihovim dokazivanjem izvan svake razumne sumnje (eng. *beyond reasonable doubt*) možemo utvrditi odgovornost počinitelja takvoga djela.

Slijedom prethodnoga dolazimo do određenja međunarodnoga zločina iz ugla međunarodnoga krivičnoga prava, u smislu da oni predstavljaju „kršenja međunarodnih pravila koja povlače individualnu krivičnu odgovornost pojedinaca (za razliku od odgovornosti država [i međunarodnih organizacija] u čije ime pojedinci mogu djelovati kao njihovi organi [ili agenti]).“⁸⁶

Međutim, što ako želimo ispitati međunarodnu odgovornost države i međunarodne organizacije za međunarodne zločine *stricto sensu* (eng. *core crimes*), kojoj skupini pripadaju: 1) zločin genocida; 2) zločini protiv čovječnosti; 3) ratni zločini; i 4) zločin agresije (eng. *crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, crime of aggression*⁸⁷). Ovo su međunarodni zločini *stricto sensu* (u užem smislu), jer se „inkriminacijama navedenih zločina štite vrijednosti koje cijela međunarodna zajednica smatra važnim i čijim se kršenjem ugrožava i sam opstanak te zajednice.“⁸⁸ U grupu međunarodnih zločina *stricto sensu* spadaju ona djela „kod kojih je njihov međunarodni karakter i zainteresiranost međunarodne zajednice posebno izražena“⁸⁹, u smislu sprečavanja i kažnjavanja tih zločina⁹⁰, a kojim se štite najvažnije vrijednosti međunarodnopravnoga poretka (zajednice). Stoga se međunarodni zločin *stricto sensu* može shvatiti da nastaje, tj. da se izvršava teškom povredom međunarodne obaveze koju neka država ili međunarodna organizacija imaju prema cijeloj međunarodnoj zajednici. Prema tome, ovo se djelo izvršava povredom imperativne norme općega međunarodnog prava, koja djeluje ili proizvodi pravno dejstvo *erga omnes per se*.

Dakle, međunarodni zločini *stricto sensu* predstavljaju takve međunarodne zločine, koji su izravno inkriminirani pravilima međunarodnoga krivičnoga prava, „za koje to pravo predviđa i jurisdikciju međunarodnih sudova“⁹¹ i tribunala. I nadležnost ICC-a ograničena je na pomenute *međunarodne zločine*, odnosno na „najteže zločine koji su takvima proglašeni od strane cjelokupne međunarodne zajednice.“⁹² Otuda se, s doktrinalnoga stajališta⁹³, kao osnovne karakteristike ovih

(2001), *Elements of Crimes*, u: R. S. Lee (ur.) *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York: Transnational Publishers, str. 14.

⁸⁶ A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 26.

⁸⁷ Ili *war of aggression* (bos. agresivni rat) temeljem terminologije čl. 5. Dodatka Rezoluciji Opće skupštine UN-a, br. 3314 iz 1974.

⁸⁸ V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 139; A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 26.

⁸⁹ Z. Stojanović (2008) *op. cit.*, str. 121.

⁹⁰ A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 27.

⁹¹ V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević (2011) *op. cit.*, str. 139.

⁹² Čl. 5. st. 1. Rimskoga statuta iz 1998.

⁹³ Cf. V. Đ. Degan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 186.

djela navode sljedeće: 1) ovi međunarodni zločini imaju dvostruku prirodu odgovornosti. Njihovo učinjenje povlači krivičnu odgovornost pojedinca⁹⁴ i pravnu odgovornost države⁹⁵, ali i međunarodnih organizacija⁹⁶; 2) međunarodnim zločinima se teško i sistematski povređuju temeljna ljudska prava i osnovne slobode⁹⁷; 3) međunarodni zločini u pogledu krivičnoga gonjenja i njihova kažnjavanja ne zastarjevaju⁹⁸; 4) međunarodni zločini imaju svoj izvor u kogentnim obavezama *erga omnes per se*⁹⁹; 5) opće međunarodno pravo nameće obavezu državama da ne krše osnovne norme koje zabranjuju njihovo vršenje kao međunarodnu obavezu *erga omnes per se*¹⁰⁰.

Primjera radi, malo je vjerovatno da se piratstvo i *apartheid*, a slijedom navedenoga, mogu svrstati u međunarodne zločine *stricto sensu* (dakle, u istu grupu sa zločinom genocida, zločinima protiv čovječnosti, ratnim zločinima i zločinom agresije)¹⁰¹ ili, pak, u transnacionalna krivična djela¹⁰². A. Cassese, a glede ovo-

⁹⁴ Npr. čl. IV UN Konvencije o genocidu; čl. 7. Statuta ICTY-a; čl. 6. Statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu (ICTR); čl. 25. Rimskoga statuta ICC.

⁹⁵ Prema međunarodnopravnom načelu u pravu o odgovornosti država i međunarodnih organizacija: čl. 1. Nacrta Pravila o odgovornosti država iz 2001.

⁹⁶ Čl. 3. Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija iz 2011.

⁹⁷ U tom smislu, čl. 40. i 41. Nacrta Pravila iz 2001 – ozbiljne povrede obaveza koje proistječu iz kogentnih normi općega međunarodnoga prava; čl. 41. i 42. Nacrta Pravila iz 2011. – istovjetno normiranje u pogledu pravne odgovornosti međunarodnih organizacija.

⁹⁸ Čl. 29. Rimskoga statuta ICC; Konvencija o nezastarjevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti od 26. novembra 1968.

⁹⁹ Usp. radi v. čl. 19 (međunarodni zločini i međunarodni delikti) Nacrta Pravila o odgovornosti države privremeno usvojenim od ILC-a na prvome čitanju 1996.

¹⁰⁰ Usp. čl. I, II, III UN Konvencije o genocidu. U ovome duhu, v. *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; kao i *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) Judgment, I.C.J. Reports 2015*, p. 3. O konvencijskim obavezama, v. E. Omerović (2021) Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida: izvor međunarodnih obaveza, u: *Genocid nad Bošnjacima: Srebrenica 1995-2020: uzroci, razmjere i posljedice*, vol. 1, Sarajevo: Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava, str. 161-217.

¹⁰¹ B. Pavišić zastupa stajalište da se u međunarodne zločine *stricto sensu* ubrajaju gornja četiri zločina. Naime, „imajući u vidu odredbu čl. 5. Rimskoga statuta nema sumnje u to koji su najteži međunarodni zločini [...]. Osim tih *core crimes*, prema međunarodnome pravu postoje i drugi zločini kao što su piratstvo, prijevoz roblja, prijekid ili oštećenje podmorskih kablova i cjevovoda. Neki od tih zločina kao inkriminacija povijesno su nastali mnogo prije (npr. piratstvo u odnosu na genocid), ali se razlikuju od *core crimes* prema težini i po tome postoji li nadnacionalna nadležnost za ta krivična djela ili ne. Imajući u vidu drugonavedenu okolnost, valja zaključiti da se za sada u međunarodnoj zajednici većina međunarodnih zločina (*delicta juris gentium*) tretiraju kao transnacionalna krivična djela. To vrijedi i za neka novija krivična djela (npr. mučenje, terorizam, trgovina ljudima, krijumčarenje droge, krivična djela na štetu okoliša itd).“ Tako, B. Pavišić (2012) Kaznena djela po međunarodnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 10, god. 5, str. 13-14.

¹⁰² Postoje i shvatanja da u međunarodne zločine ne mogu spadati transnacionalna krivična djela. Usp. A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 28. Za šire o potonjim, v. I. Bantekas, S. Nash (2003) *Interna-*

ga, u međunarodne zločine ubraja samo ratne zločine, zločine protiv čovječnosti, genocid, mučenje¹⁰³ „(za razliku od mučenja kao jedne od vrsta ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti), agresiju i neke od ekstremnih oblika terorizma (teška djela međunarodnoga terorizma koja podržava ili tolerira država). Pojam zločina o kojima ovdje govorimo ne obuhvata druge vrste.“¹⁰⁴ Tako piratstvo i *apartheid* nisu ni transnacionalna krivična djela jer se čine na određenome području (na otvorenome moru, dakle izvan jurisdikcije država ili na području jedne države – Južnoafričke Republike). S druge strane, cijenimo da piratstvo i *apartheid*, kao međunarodna krivična djela, ne mogu biti, strogo uzevši, ni međunarodni zločini *stricto sensu*, već držimo da je najispravnije uzeti da pripadaju skupini međunarodnih zločina *lato sensu*, budući da na osnovu osnovnih značajki međunarodnih zločina, *apartheid* još uvijek nema status zločina po običajnome pravu, „po svemu sudeći zbog toga što je prostorno i vremenski ograničeno. [...] Ipak, činjenica da čl. 7 (1) (j) Statuta Međunarodnoga krivičnoga suda daje tom Sudu nadležnost i za *apartheid* [u okviru zločina protiv čovječnosti], i da čl. 7 (2) (h) sadrži definiciju toga zločina, može postupno voditi i ka stvaranju odgovarajućeg običajnog pravnog pravila“¹⁰⁵, jedino ako takvi predmeti dođu pred ovaj Sud. U istome smislu, čl. I. tč. 1. Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida* iz 1973. stipulira da države ugovornice izjavljuju „da je *apartheid* zločin protiv čovječnosti i da su nečovječna djela koja proizilaze iz politike i prakse *apartheida* i druge slične politike i prakse rasne segregacije i diskriminacije [...] zločini koji su protivni načelima međunarodnoga prava, a posebno ciljevima i načelima Povelje UN-a te da predstavljaju ozbiljnu prijetnju međunarodnome miru i sigurnosti.“¹⁰⁶

tional Criminal Law, 2. izd, London: Cavendish Publishing Limited, str. 49-91; S. Softić (2013) Transnacionalno krivično pravo, *Pravna misao*, br. 1-2/2013, Sarajevo, str. 9 *et seq.*

¹⁰³ Mučenje (tortura) je kao takvo pojmovno određeno i definirano u UN Konvenciji protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja iz 1984.

¹⁰⁴ A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 27. Međunarodno krivično djelo piratstvo se po mišljenju ovoga pisca još uvijek ne kažnjava radi zaštite vrijednosti *zajednice* – može se smatrati običnom pljačkom na otvorenome moru, koja vrlo često može uključivati ubistvo ili mučenje. U pogledu *apartheida*, može se tvrditi da se on kao takav po međunarodnome običajnome pravu ne može smatrati zločinom koji povlači krivičnu odgovornost pojedinaca, iako je vjerovatno zabranjen kao *državni delikt* (A. Cassese (2005), *op. cit.*, str. 28). Drugi kurziv naknadno dodan. Usporedbe radi, A. Aust u međunarodne zločine ubraja piratstvo, ropstvo, genocid, zločine protiv čovječnosti, ratne zločine i agresiju (A. Aust (2009) *op. cit.*, str. 269-272). Također, usp. gledište da se, što se tiče pravne kvalifikacije propisa Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*, može ustvrditi „da su njezina pravila u praksi i pravnoj svijesti, osobito članica UN, stekla status pravila općega međunarodnoga prava kogentne naravi.“ (V. Crnić-Grotić (1996) *op. cit.*, str. 351).

¹⁰⁵ A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 28.

¹⁰⁶ „Konstatacija da je *apartheid* rezultat, prije svega, politike i da kao takav predstavlja prijetnju međunarodnome miru i sigurnosti, jasno upućuje na zaključak da takvu politiku samo država može utvrđivati i provoditi. Uostalom, to je potvrđeno i u [istina, 2001. napuštenome] čl. 19. Nacrta pravila o odgovornosti država u međunarodnome pravu, u kome je navedeno (st. 3. tč. c) da međunarodni zločin države predstavlja ozbiljno kršenje široke skale međunarodnih obaveza suštinskoga značaja za obezbjeđenje ljudskoga bića, takve kao što su zabrana ropstva, genocida i *apartheida*.“

2.4. Zajednički imenitelj

U ovome ćemo dijelu, slijedom prezentiranja, predočiti neke osnovne odlike međunarodnih zločina s gledišta pravne doktrine, odn. skupinu karakteristika koje nalazimo u pravnoj literaturi, u učenjima teoretičara. U pitanju su: 1) povreda najviših vrijednosti međunarodne zajednice (supstancijalni sastojak); 2) određenost međunarodnih zločina međunarodnim pravom (formalni sastojak); 3) protivnost međunarodnih zločina međunarodnome pravu;¹⁰⁷ 4) dvostruka priroda međunarodnih zločina;¹⁰⁸ 5) zabrana da se međunarodni zločini koriste kao mjera

(Z. Vučinić (1999) *Krivična odgovornost države u međunarodnome pravu*, Beograd: Službeni list SRJ, str. 67). Također, valja ukazati na činjenicu da su se još u najstarije vrijeme pirati tretirali kao *hostes humani generis* (Đ. Vuković (2006) Prilog pojmu međunarodnog krivičnog djela, u: Đ. N. Lopičić (prir.) *op. cit.*, str. 280) (prenijeto iz: *JRMP*, br. 1-3/1996, str. 159-165). Ovo su prilozima tezi da *apartheid* doseže težinu međunarodnih zločina u međunarodnome pravu.

¹⁰⁷ B. Petrović, D. Jovašević (2010) *op. cit.*, str. 139.

¹⁰⁸ Dualitet odgovornosti kod ovih međunarodnih zločina danas je vrlo aktuelno pitanje. Dualitet se ogleda u tome da u nekim slučajevima činjenje međunarodnoga zločina povlači krivičnu odgovornost pojedinca i međunarodnu odgovornost države. Dualitet odgovornosti, samo ovoga puta države i međunarodne organizacije, uvodi se 2011, usvajanjem Nacrta Pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija. Štaviše, čini se da danas možemo govoriti i o *trialitetu* odgovornosti za međunarodni zločin, kada se za isto djelo utvrđuje krivična odgovornost pojedinca i međunarodna odgovornost države, ali nekada i međunarodna odgovornost međunarodne organizacije, što će izravno ovisiti od slučaja do slučaja. Kada su u pitanju međunarodni zločini *stricto sensu*, pogrešno je „u svim aspektima odjeljivati odgovornost države i osobno krivičnu odgovornost pojedinca. Neki od njih, poput genocida i zločina protiv humanitarnoga prava, zabranjeni su općim konvencijama koje, uz njihovu definiciju, predviđaju oba oblika [pravna režima] odgovornosti.“ (V. Đ. Degan (2008) Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca za zločin genocida – pitanje tereta dokazivanja, u: B. Pavišić (ur.) *Decennium Mostanicense, Zbornik radova, Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta u Rijeci*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 38). Tako se ovi pravni režimi odgovornosti, iako imaju svoje zajedničke osnove, no i bitne razlike, na neki način nekada međusobno prožimaju, u smislu da se ponekada, posebno kod nekih međunarodnih zločina, imajući prvenstveno u vidu postojanje plana, politike i prakse za njihovo učinjenje, ne mogu doslovno mehanički razdvajati. Npr. agresija je općenito priznata kao međunarodni zločin koji kao takav u isto vrijeme povlači krivičnu odgovornost pojedinca i međunarodnu odgovornost države ili skupine njih. Aktuelna je dilema da li se agresija u svome klasičnome značenju i određenju, temeljem čl. 1. Dodatka Rezoluciji Opće skupštine UN-a, br. 3314 iz 1974. može smatrati međunarodnim zločinom koji može biti počinjen od međunarodne organizacije, odn. da li se neka međunarodna organizacija može pojaviti kao subjekt počinjenja agresije i vođenja agresivnoga rata. Prema odredbi iz odnosnoga člana, rekli bismo da ne može, s obzirom na terminologiju i datu definiciju: „agresija je upotreba oružane sile od države protiv suvereniteta, teritorijalnoga integriteta ili političke neovisnosti druge države.“ Prema ovome određenju, međunarodna organizacija se ne bi mogla pojaviti ni kao objekt napada, odn. povrijeđeni međunarodnopravni subjekt, budući da njoj, kao takvoj, nisu inherentne odlike i izrazi poput suvereniteta, teritorijalnoga integriteta (ona nema svoju teritoriju u smislu kako se definira državno područje) ili političke neovisnosti (o ovome bi se dalo diskutirati u kontekstu organizacije i njezine strukture upravljanja u najširem opsegu). U pogledu zločina genocida, pobliže u ovome smislu: V. Đ. Degan (2008) *op. cit.*, str. 35-60. Jednako tako, v. B. I. Bonafè (2009) *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

represalija u slučaju počinjenja istih zločina od druge strane; 6) „opće međunarodno pravo nameće svim državama obavezu da ne krše temeljne norme koje zabranjuju međunarodne zločine, kao obavezu *erga omnes*“¹⁰⁹; 7) nezastarivost međunarodnih zločina. Jednako tako, prema A. Casseseu¹¹⁰, međunarodni zločini *kumulativno* obuhvataju sljedeće: 1) povredu međunarodnih *običajnih* pravila (kao i odredaba međunarodnih ugovora, bilo da kodificiraju ili detaljno izlažu običajno pravo ili doprinose njegovu stvaranju)¹¹¹; 2) pravila čija je svrha da štite *vrijednosti* koje cijela međunarodna zajednica smatra važnima i koja, suglasno tome, obavezuju sve države i međunarodne organizacije. Te vrijednosti pronalazimo izloženima, „mada ne uvijek u mnogo riječi“¹¹², u međunarodnim instrumentima od kojih su za svrhe našega rada najznačajniji Povelja UN iz 1945. i skoro svi univerzalni i regionalni mnogostrani međunarodni ugovori u području ljudskih prava i fundamentalnih sloboda. Tu su još neki mnogostrani međunarodni ugovori koji štite ove vrijednosti, ne na način da ih izravno proklamiraju, nego u smislu da zabranjuju ponašanje koje im je suprotno, poput UN Konvencije o genocidu te Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava oružanih sukoba i Dopunskih protokola¹¹³; 3) postoji univerzalni interes u cilju suzbijanja tih zločina;¹¹⁴ 4) „ako je izvršitelj djelovao u nekom službenom svojstvu (kao državni ili vojni zvaničnik) ne može se pozivati na imunitet od građanske ili krivične jurisdikcije.“¹¹⁵

Zaključno držimo da se međunarodni zločini dijele na dvije grupe: 1) međunarodni zločini *stricto sensu*; i 2) (drugi) međunarodni zločini (u širem smislu (*lato sensu*)). U prvu grupu uputno je ubrojiti samo četiri međunarodna zločina prema

¹⁰⁹ Stoga se propisi iz kodifikacijskih konvencija koje pružaju definiciju nekog međunarodnog zločina (poput genocida) jako brzo transformiraju u opće običajno međunarodno pravo. V. Đ. Deegan, B. Pavišić (2005) *op. cit.*, str. 186.

¹¹⁰ A. Cassese (2005) *op. cit.*, str. 26-27; Također i: D. Jovašević (2010) *Međunarodna krivična dela: odgovornost i kažnjivost*, Niš: Pravni fakultet u Nišu – Centar za publikacije, str. 133-134.

¹¹¹ *Ibid.*, str. 26.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Isto tako, v. Međunarodnu konvenciju o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*, UN Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja, kao i čl. 101. UN Konvencije o pravu mora.

¹¹⁴ S ovim u vezi je opći pojam univerzalne nadležnosti u međunarodnome pravu.

¹¹⁵ D. Jovašević (2010) *op. cit.*, str. 134. Vrlo zanimljiv pogled na ovu problematiku daje N. Vukčević (2010) Predsednički imunitet kao štit od odgovornosti za međunarodne zločine, *Pravni zapisi, god. I, br. 2*, str. 400-410. Usp. s povlasticama i imunitetima međunarodnih organizacija i njihovih međunarodnih službenika, u: D. Lapaš (2008) *op. cit.*, str. 95-109. U ovome duhu su vrlo zanimljivi predmeti pred Međunarodnim sudom, a koje smo ranije već naveli: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12; v. i predmet: *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)* (Equatorial Guinea, Application Instituting Proceedings od 13. juna 2016).

međunarodnome pravu: 1) zločin genocida; 2) zločini protiv čovječnosti¹¹⁶; 3) ratni zločini; i 4) zločin agresije, koji čine tzv. *core international crimes*.¹¹⁷ Skupini drugih međunarodnih zločina pripadaju zločin mučenja (tortura), zločin terorizma, ali i zločin *apartheida* (možda i kroz oblik zločina protiv čovječnosti) te piratstvo.

3. Umjesto zaključka: ka smislenom i razboritom uređenju predmetne materije

U radu smo ustvrdili da međunarodni zločin nema istovjetno značenje s međunarodnim krivičnim djelom i da je, svakako, međunarodno krivično djelo širi pojam od međunarodnoga zločina kao takvoga. S druge strane, određujemo da su međunarodno krivično djelo (ali isključivo u svome užem smislu i značenju!) i međunarodni zločin – sinonimi. Jednako tako, svaka povreda međunarodne obaveze države i međunarodne organizacije koja je njima pripisiva predstavlja međunarodno protupravno djelo za svrhe međunarodne odgovornosti ovih međunarodnopravnih osoba. Međutim, nije svako međunarodno protupravno djelo međunarodno krivično djelo ili međunarodni zločin, dok suprotno, svi međunarodni zločini, ali i međunarodna krivična djela, pod određenim okolnostima, pripadaju međunarodnim protupravnim djelima za potrebe međunarodne odgovornosti međunarodnopravnih subjekata.

Čini se da svi međunarodni zločini predstavljaju zločine *jus cogens*, što se može zaključiti temeljem sljedećih karakteristika: 1. postojanje *opinio juris*, što reflektira priznanje da su ovi zločini dio općega običajnoga prava; 2. jezik preambula ili drugih odredaba ugovora indiciraju da ovi zločini imaju viši status u međunarodnome pravu; 3. veliki broj država je ratificirao međunarodne ugovore koji definiraju ove zločine; i 4. postojale su i postoje *ad hoc* međunarodne istrage u pogledu ovih zločina.¹¹⁸ Sve ovo, po M. C. Bassiouniju, dokazuje pravnu snagu i svojevrsni viši status *jus cogens zločina* (lat/eng. *jus cogens crimes*).¹¹⁹

¹¹⁶ Ovoj skupini pripadaju i *mučenje* i *apartheid*, ne kao neovisni i autonomni zločini po međunarodnome pravu, već kao vrsta zločina protiv čovječnosti. Tako, čl. 7. st. 1. tč. (f) i (j) (mučenje i zločin apartheid) Rimskoga statuta. Također, v. čl. 1 st. 1. Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina *apartheida*, u kojem, između ostaloga, stoji: „Države članice Konvencije izjavljuju da je apartheid zločin protiv čovječnosti [...]” Isto tako, v. Preambulu odnosne Konvencije. U konačnici, v. i UN Konvenciju o nezastarjevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti iz 1968, u kojoj se u čl. 1. st. 1. tč. (b) ukazuje da „nehumane radnje koje rezultiraju iz politike apartheida“ konstituiraju zločin protiv čovječnosti.

¹¹⁷ Čini se da se ovi međunarodni zločini po međunarodnome krivičnome pravu smatraju kažnjivima bez obzira da li su ili nisu zabranjeni nacionalnim krivičnim zakonodavstvom, i bez obzira koliko je vremena prošlo od njihovoga izvršenja, imajući u vidu da je predviđen institut njihove nezastarivosti [ovo sigurno za zločin genocida, zločine protiv čovječnosti i ratne zločine] (M. Majić (2005) *op. cit.*, str. 46).

¹¹⁸ M. C. Bassiouni (1996) *op. cit.*, str. 68.

¹¹⁹ Ovaj pisac smatra da postoji dovoljan pravni osnov da se sljedeća djela podvedu pod *jus cogens* zločine: agresija, genocid, zločini protiv čovječnosti, ratni zločini [dakle, svi međunarodni zločini *stricto sensu*], piratstvo, ropstvo, ropstvu slične prakse i mučenje (*Ibid*).

Na razini država i međunarodnih organizacija, kao izravnih počinitelja međunarodnoga zločina, postoji razmišljanje da sva svojstva *međunarodnoga zločina države*¹²⁰ i/ili međunarodne organizacije jesu potpuno identična sa svojstvom općeg međunarodnog krivičnog djela¹²¹ koji se primjenjuje za svrhe dokazivanja odgovornosti pojedinca, tako da se međunarodni zločin koji učini država ili međunarodna organizacija ne razlikuje od međunarodnoga zločina koji učini pojedinac. Uprošćeno, pojedinac ne čini jedan međunarodni zločin, a država i međunarodna organizacija drugi. Tako se međunarodna definicija zločina genocida temeljem čl. II UN Konvencije o genocidu uzima i kada ga pojedinac učini, ali i u situacijama kada se neka država pojavi kao njegov izravni učinitelj. Definicija toga zločina iz ove međunarodnopravne norme identična je i, kao takva, čini načelo legaliteta, odn. određenosti djela u pravnome propisu ispunjenim u svakome slučaju.

U konačnici donosimo, na osnovu goredatih osnovnih karakteristika i kumulativnih odrednica, a iz ugla pravnoga režima odgovornosti država i međunarodnih organizacija, vlastitu definiciju međunarodnoga zločina, prema kojoj je međunarodni zločin *svaka teška povreda međunarodnih običajnih pravnih pravila čija je svrha da štite najvažnije vrijednosti cijeloga čovječanstva, koju je međunarodnopravna zajednica priznala kao zločin i za koju postoji univerzalni interes za njezino sprečavanje i kažnjavanje*. Međunarodni zločin *stricto sensu* bi se mogao razlikovati od ostalih međunarodnih zločina, priznatih takvima od međunarodne zajednice, jedino u intenzitetu, gradaciji i sveobuhvatnosti povrede najvažnijih međunarodnih obaveza¹²², kao i u težini i doseg protupravne posljedice, pa bi se na osnovu toga međunarodni zločin *stricto sensu* manifestirao u *najtežoj* povredi međunarodnih običajnih pravnih pravila¹²³, odn. kogentnih obaveza *erga omnes per se*.

¹²⁰ O pravnome konceptu zločina države – *crime d'État* – u drugoj studiji.

¹²¹ Z. Vučinić (1999) *op. cit.*, str. 21.

¹²² Svako djelo koje ima status *jus cogens* zločina ima dva elementa koji se ogledaju kroz (1) prijetnju miru i sigurnosti čovječanstva i (2) jer šokiraju savjest čovječanstva. Dakle, svaki se međunarodni zločin, npr. onaj *stricto sensu*, može prepoznati kroz pogađanje jedne od najviših vrijednosti međunarodne zajednice u cjelini: mira i sigurnosti za cijelo čovječanstvo, te u razini reakcije međunarodne zajednice – radnja i posljedica takvoga protupravnoga djela šokiraju čovječanstvo. No, svaki od *jus cogens* zločina ne mora nužno reflektirati koegzistenciju navedenih elemenata. Npr. zločin agresije je u svojoj suštini zločin protiv mira, dakle on će primarno zaprijetiti miru i sigurnosti čovječanstva, međutim, u stvarnosti neće svaki čin agresije načiniti prijetnju svjetskome miru. Dok genocid i zločini protiv čovječnosti svojim posljedicama i razmjerama šokiraju čovječanstvo, specifični primjeri ovih djela neće uvijek predstavljati prijetnju miru i sigurnosti svih ljudi na planeti. S druge strane, ratni zločini mogu zaprijetiti globalnome miru i sigurnosti, no njihovo vršenje predstavlja samo pogoršavajuću ili otežavajuću okolnost već prisutnoga uvjeta koji narušava mir i sigurnost - a to je da se oni čine u toku oružanoga sukoba, međunarodnoga ili nemeđunarodnoga. Jednako tako, a iz ugla stvarnosti i prakse, koliko će svaki ratni zločin šokirati čovječanstvo ovisi o kontekstu njegovog činjenja, o njegovim razmjerama i opsegu, odn. o kvalitativnoj i kvantitativnoj prirodi ovoga zločina (prema: M. C. Bassiouni (1996) *op. cit.*, str. 70).

¹²³ Npr. – „U svakome slučaju, općeprihvaćeno je da su većina odredaba Ženevskih konvencija iz 1949. danas postale dio univerzalno obavezujućega običajnoga prava.“ (G. H. Aldrich (2000) *Violations of the Laws or Customs of War*, u: G. Kirk McDonald, O. Swaak-Goldman (eds.) *op. cit.*, str. 100).

Enis Omerović, Ph.D. associate professor
Prince Sultan University, College of Law, Saudi Arabia

INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT AND INTERNATIONAL CRIME: NORMATIVE REGULATION AS A RESPONSE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY TO CERTAIN ACTS OF STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Abstract: The paper will try to answer many dilemmas and legal (theoretical) constructions, and practical difficulties that are noticeable in the field of international law regarding the correct definition of an internationally wrongful act and possibly its forms. In addition, it should be analyzed whether, according to contemporary international law, international crimes fall within the scope of internationally wrongful acts according to its definition and based on secondary rules on the responsibility of states and international organizations (Draft Articles on Responsibility of States and International Organizations from 2001/2011). In terms of terminological settings, but also differences, the author considers that so far in the legal literature, in order to denote a violation of an international obligation committed by a state or international organization, ordinary and common terms were “international delict”, “delict”, “illegal act”, “international violation”. On the other hand, the United Nations International Law Commission uses internationally wrongful acts. Therefore, this paper will scientifically present its definition and observe it as the basis of the responsibility of states and international organizations. Equally, there is still no single definition of international crime, but it seems that, in theory and practice, it is generally accepted that the term is used for those crimes that concern all states because of their impact on international society and order and because of their particularly terrible nature. In addition, they threaten some typical values of humanity and provoke a strong reaction, such as the examples of organized, systematic or widespread violations of fundamental human rights and freedoms. Therefore, this term encompasses, in fact, the most brutal acts against international law, the international legal order, the international community of states and international organizations. However, by abandoning Article 19 of the final Draft Articles of State Responsibility, it is prudent to ask whether international crime nowadays is synonymous with serious breaches of obligations arising from imperative norms of general international law. It will also be considered whether such acts have more serious consequences than (other) internationally wrongful acts, and does this create a special legal regime of responsibility of the most important international legal entities?

Keywords: internationally wrongful act, international delict, international criminal act, international crime, State responsibility, responsibility of international organization, UN International Law Commission, *jus cogens*

Dr. sc. Semina Ajvaz, vanredna profesorica

Fakultet humanističkih nauka, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Adis Arapović, poslanik

Zastupnički dom Parlamenta Federacije BiH

UČEŠĆE GRAĐANA U PROCESU DONOŠENJA ODLUKA U BOSNI I HERCEGOVINI: PRAVNI OKVIR, PRAKSA I PERSPEKTIVA

Sažetak: Učešće građana u procesu donošenja odluka je važno političko i ljudsko pravo u demokratskim društvima. Osnovni cilj učešća građana u ovom procesu je poboljšanje djelotvornosti i učinkovitosti rada javne vlasti, te legitimizacija donesenih odluka. Bosna i Hercegovina nije daleko od relativno povoljnog zakonodavnog ambijenta za podsticanje i konzumiranje savremenih oblika participativne demokratije. Ustavno-pravni okvir je uglavnom oslonjen na najviše evropske norme zaštite i promocije političkih prava građana, a zakonodavstvo je, izuzev nekoliko slučajeva, uglavnom afirmativno spram građanske participacije, ali su faktori političke i administrativne prakse, te kulturološki i tranzicijski vektori jake preperke za masovnu konzumaciju aktivnog građanstva. U manjku snažnijih institucionalnih mehanizama, te nedovoljno izgrađene građanske političke kulture i tradicije političke participacije, društvene mreže su posljednjih godina omogućile u više navrata masovnu građansku mobilizaciju oko partikularnih slučajeva, što dokazuje vitalnost građanske mase. Ovaj rad daje pregled legislative i prakse građanske participacije u BiH, uzimajući u obzir specifičnu političku i demokratsku historiju, pravni poredak i savremeni kontekst, te konvencionalne institucionalne mehanizme učešća građana, zajedno sa savremenim deliberativnim pristupom i digitalnom demokratijom.

Ključne riječi: građanska participacija, donošenje odluka, Bosna i Hercegovina

1. Uvod

Osnovni cilj učešća građana u procesu donošenja odluka jeste poboljšanje djelotvornosti i učinkovitosti rada javne vlasti, te legitimizacija donesenih odluka. Model predstavničke ili posredne demokratije omogućava učešće građana u donošenju odluka putem izbora i nakon izbora kontrolom rada izabranih predstavnika. Iako su znak garantirane mogućnosti izražavanja demokratske volje građana, sami izbori se ne mogu smatrati isključivom oznakom demokratskih političkih sistema, dok participativna demokratija zahtjeva mnogo širi dijapazon neposredne

involviranosti građana u procese razmatranja, donošenja, provođenja i evaluiranja odluka, te stalnu, transparentnu i odgovornu javnu debatu o svim pitanjima od općeg interesa. Ova studija daje pregled legislative i prakse građanske participacije u Bosni i Hercegovini, uzimajući u obzir specifičnu političku i demokratsku historiju, pravni poredak i savremeni kontekst. Ustavno-pravni okvir, predmetno zakonodavstvo, te konvencionalni institucionalni mehanizmi učešća građana, zajedno sa savremenim delibeativnim pristupom i digitalnom demokratijom teme su koje ova studija propituje.

2. Fenomenologija participativne demokratije

Učešće građana u procesu donošenja odluka temelj je za funkcioniranje i razvoj istinskog demokratskog društva, jer podstiče društveni dijalog o najvažnijim pitanjima. Građani prihvataju odluke izabranih predstavnika i vjeruju im onda kada su svjesni raspoloživih prilika za učešće u javnoj raspravi o važnim temama i odlukama.

Tradicija participativne demokratije seže još u antičku Grčku u kojoj su građani na neposredan način učestvovali u političkom životu *polis*a. "Tadašnja demokratija je bila neposredna (participativna), što znači da je odluke donosio sam narod (u ograničenom broju), a ne njegovi predstavnici kao u savremenim predstavničkim demokratijama. Suverenitet je izvorno pripadao narodu i nije se mogao odvojiti od njega ili prenijeti na nekog drugog, čime je sam narod predstavljao suverenitet u svom aktivnom obliku. Participacijom u artikulaciji zajedničke volje svih građana, građanin kao pojedinac je samostalno učestvovao bez ikakvih predstavnika. Između volje pojedinca i opšte volje u zajednici nije postojao nikakav posrednik. Politički život *polis*a utemeljen u političkoj participaciji njegovih građana imao je za cilj ostvarivanje najviših vrijednosti za polis, a to su sloboda, pravda i opšte dobro."¹

Savremeni koncept građanske participacije (građansku participaciju i neposrednu demokratiju koristićemo kao sinonime) se u velikoj mjeri naslanja na antički period i iz njega crpi svoju snagu. Međutim, savremena građanska participacija nije samo puka refleksija njenog antičkog modela, ona se u velikoj mjeri i razlikuje od antičkog koncepta kao što se na njega i naslanja. Antička politička zajednica je bila organicistička zajednica, koja se temeljila na posebnoj supstancijalnoj običajnosti koja je otkrivala građanima svrhu njihovog djelovanja u zajednici. Prema tome, politička ili, u modernom značenju građanska participacija je bila usmjerena na ispunjavanje već datih običajnosnih normi (moral, religija, vrijednosti, norme...) koje su determinirale političku zajednicu. S druge strane, moderna, odnosno savremena društva se temelje na univerzalnim, apstraktnim i opštim principima prava pojedinaca koji su oslobođeni od supstancijalnog parti-

¹ Pavlović, V. (2011). *Država i društvo*, Čigoja štampa, Beograd, str. 86-87.

kularizma. Građanska participacija nema za cilj ostvarivanje datih običajnih normi, već je prepuštena različitim interesima svojih pripadnika.²

Forme participativne demokratije su se zadržale, ali samo kao dodatak predstavničkoj demokratiji, jer je nemoguće zamisliti cjelokupno stanovništvo jedne države kako neposredno učestvuje u političkom životu. U stvari, takva situacija je moguća preko referenduma i izbora, ali referendume i izbore propisuju politički predstavnici, a participativna demokratija takođe uključuje oblike političke participacije koji potiču nezavisno od političke vlasti. Tako se proširuje polje političke slobode, a garancija za to je postojanje neposrednog djelovanja građana kroz asocijacije civilnog društva,³ sindikate, lokalnu samoupravu, te moderne oblike digitalne i delibertivne demokratije.

Deliberativna⁴ demokratija je vrsta direktne demokratije u kojoj se političke odluke oblikuju i prihvataju od strane naroda kroz debatu koja se odvija u javnoj sferi. Za razliku od tradicionalnih modela demokratije, u kojima je fokus demokratskog procesa primarno usmjeren na mehanizme glasanja, poput izbora, referenduma, plebiscita ili, na kraju, glasanja u parlamentu, mehanizmi savjetovanja i debate zauzimaju centralno mjesto u modelu deliberativne demokratije. Svrha razvoja modela deliberativne demokratije je eliminiranje nedostataka sadržanih u modelima predstavničke demokratije i samim mehanizmima glasanja, poput iskrivljavanja ili čak direktnog zanemarivanja volje naroda (građana), nezabilaznih preglasavanja, relativnih većina itd.

Deliberativna demokratija je oblik neposredne demokratije u kojoj političke odluke oblikuju i prihvataju sami građani, kroz proces razmatranja ili debate koja se odvija u javnom prostoru. Za razliku od tradicionalnih modela demokratije, u kojima je fokus demokratskog procesa fokusiran na mehanizme glasanja, kao što su izbori, referendumi, plebisciti ili glasanje u parlamentu, u modelu deliberativne demokratije centralno mjesto zauzimaju masovni komunikacijski mehanizmi. Svrha razvoja modela deliberativne demokratije je otklanjanje nedostataka sadržanih u modelima predstavničke demokratije i samim mehanizmima glasanja, kao što su narušavanje ili čak direktno zanemarivanje volje naroda, problem preglasavanja, itd.

Deliberativna, kao i drugi oblici participativne (neposredne) demokratije nadopunjuju otuđen način donošenja odluka putem proste reprezentativne (predstavničke, posredne) demokratije, te promoviraju ulogu civilnog društva i naglašavaju ulogu građanina. U tom smislu participativna demokratija je odgovor na „demokratski deficit“, evidentan u klasičnim demokratskim sistemima, a koji je u pravilu praćen izraženim nepovjerenjem u nositelje državne vlasti i politiku kao profesiju. Povećanim učešćem građana u procesu donošenja odluka smanjuje se nepovjerenje u nositelje vlasti, a politički sistem dobija na legitimitetu.

² Vukojević, S. (2015). *Kako građani Bosne i Hercegovine opažaju nevladin sektor*, FES, Sarajevo, 11-12.

³ Ibid.

⁴ Lat. *Deliberativus*: koji savjetuje, savjetodavni

Osnovni cilj učešća građana u procesu donošenja odluka jeste poboljšanje djelotvornosti i učinkovitosti rada javne vlasti. Model predstavničke ili posredne demokratije predstavlja učešće građana u donošenju odluka putem izbora i nakon izbora kontrolom rada izabраних predstavnika. Iako su znak garantirane mogućnosti izražavanja demokratske volje građana, prema njemačkom politologu Dieteru Nohelnu, izbori se ne mogu smatrati isključivom oznakom demokratskih političkih sistema, te ih definira kao „demokratsku metodu uspostave predstavničkih organa naroda”.

U tranzicijskim zemljama uključujući Bosnu i Hercegovinu demokratsko iskustvo je relativno kratkog vijeka, neujednačeno i vrlo često frustrirajuće. Za daljnji razvoj demokratije u tim zemljama potrebna je “dvostuka demokratizacija”, demokratizacija države i civilnog društva, jer oni jedno drugo održavaju, omogućuju, ali i ograničavaju. “Suočene s potpuno novim izazovima u globaliziranom svijetu, vlasti na svim razinama sve više shvaćaju da neće moći provoditi i djelotvorno primjenjivati svoje javne politike, bez obzira na to koliko su dobre, ako ih njihovi građani ne razumiju i ne podržavaju. Stoga se okreću novim ili poboljšanim modelima i pristupima za bolje informiranje i uključivanje građana u proces kreiranja politika.”⁵

Ako građansku političku participaciju odredimo kao skup aktivnosti kojima građani mogu utjecati na politiku i vlasti, svaka bi analiza pokazala kako postoje tri funkcije utjecaja građana: izborna-potporna (konstituirajuća i stabilizirajuća), zahtjevno-potražna i kontrolno-kritička funkciju. Čini se da su u literaturi najviše razrađene prve dvije funkcije i načini aktivnosti kojima građani ostvaruju ove dvije funkcije, dok treća funkcija još uvijek nije tako sistematično operacionalizirana ili empirijski istraživana.⁶

Rezimirajmo, skup planiranih i organiziranih aktivnosti koje imaju za cilj aktivno učešće građana u procesu donošenja odluka zakonodavnih i izvršnih organa vlasti na lokalnom, regionalnom i državnom, a nekad i međunarodnom nivou, nazivamo participativnom demokratijom. Brojne su definicije i tumačenja aktivnosti i učešća građana u odlučivanju. Učešće građana je jedno od sredstava civilnog nadzora nad radom političke vlasti i javne administracije. Oblici učešća građana mogu biti: unutrašnji (učesće u radu političkih institucija i uprave) i vanjski (utjecaj na rad uprave),⁷ ili, u literaturi često pominjana dva osnovna tipa građanske participacije – izborna i izvanizborna uključivanje. Prominentni autori S. Verba i N. H. Nie (vidi tabelu) su razvili teoriju političke participacije koja pokazuje one aktivnosti građana kojima se više ili manje direktno utiče na izbor vladajućeg osoblja i/ili na djelovanje vlasti. Fokus je, dakle, na onim aktivnostima (radnjama), koje imaju za cilj utjecaj na odluke vlasti.⁸

⁵ Ploštajner, Z., Mendeš, I. (2005). Građanska participacija, FES; Zagreb, str 90

⁶ Vujčić, V. (2000). Politička participacija, Polit. misao, Vol XXXVII, (2000.), br. 1, str. 121

⁷ Pusić, E. (2002). *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb, str. 107-153

⁸ Vujčić, V. (2000). Politička participacija, Polit. misao, Vol XXXVII, (2000.), br. 1, str. 130

3. Pravni okvir za učešće građana u procesima donošenja odluka u BiH

a. Evropska povelja o lokalnoj samoupravi i drugi normativi Vijeća Evrope

“Učešće građana je u samom srcu ideje demokratije.”⁹ Djelotvorna demokratija ovisi o tome da građani imaju pravo glasa i da budu saslušani. Posvećenost povećanom učešću javnosti nalazi se u srcu Preporuke Vijeća Evrope (VE) o učešću građana u lokalnom javnom životu iz 2018. godine. Svrha ovih normativa je vidjeti javne konsultacije i učešće građana ugrađene u kulturu svih država članica Vijeća Evrope. S obzirom da je Bosna i Hercegovina punih 20 godina članica Vijeća Evrope, te da je prihvatila i u relevantnim institucijama ratificirala sve normative Vijeće Evrope, isti su postali dio pravnog ambijenta i političke kulture dijelom u deklarativnom, a dijelom u obligatornom smislu. Svi ključni elementi Evropske povelje o lokalnoj samoupravi ugrađeni su u domaće relevantno zakonodavstvo, dok su brojne druge preporuke, posebno one novijeg datuma tek na putu interpolacije u pravne norme i političku praksu.

U uvodnom dijelu Evropske povelje o lokalnoj samoupravi (CETS 122, Strasbourg, 1985), kao prvog široko prihvaćenog supranacionalnog akta o pravima građana i lokalnih uprava, lokalne jedinice se tretiraju kao temelj svakog demokratskog sistema, a pravo građana da učestvuju u upravljanju javnim poslovima je univerzalno načelo zajedničko u svim državama članicama Vijeća Evrope potpisnicama ove Povelje. Pod lokalnom samoupravom¹⁰ se podrazumijeva pravo i mogućnost lokalnih jedinica da, u okvirima određenim zakonom, uređuju i upravljaju, uz vlastitu odgovornost i u interesu lokalnog stanovništva, bitnim dijelom javnih poslova i da će se navedeno pravo provoditi preko vijeća ili skupština sastavljenih od članova izabranih na slobodnim i neposrednim izborima, tajnim glasanjem na temelju općeg i jednakog biračkog prava. Vijeća ili skupštine mogu imati izvršna tijela koja su im odgovorna. Navedena prava i mogućnosti lokalnih jedinica ne mogu se ni na koji način smatrati ograničavajućim u odnosu na primjenu zborova građana, referendumu ili drugog oblika neposrednog učešća građana tamo gdje je to predviđeno statutom. Prema Povelji¹¹ otvorena je mogućnost neposrednog odlučivanja građana referendumom, tamo gdje to zakon omogućuje, kada se radi o promjeni lokalnog područja jedinice lokalne samouprave.

Pored Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, kao prvog međunarodnog ugovora koji je definirao pravo građana na učešće u javnim poslovima u lokalnoj samoupravi, a koju su prihvatile sve članice Vijeća Evrope, vrijedno je istaknuti i slijedeće normative Vijeća Evrope:

- Preporuku [Rec(1996)2] o referendumu i narodnoj inicijativi na nivou lokalnih zajednica;
- Preporuku [Rec(1998)12] o nadzoru akcija lokalnih vlasti;

⁹ Council of Europe, CM [Rec(2018)4]

¹⁰ Član 3. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi

¹¹ Član 5. Evropske povelje o lokalnoj samoupravi

- Preporuku [Rec(2004)11] o pravnim, operativnim i tehničkim normama elektronskog glasanja;
- Preporuku [Rec(2005)1704] o referendumima kao dobrim praksama u Evropi.
- Preporuka [Rec(2017)83] Smjernice za učešće građana u donošenju odluka (*Guidelines for civil participation in political decision making*)
- Konvencija o učešću stranaca u javnom životu na lokalnom nivou (CETS 144) *Convention on the Participation of foreigners in public life at local level (CETS 144)*
- Preporuka [Rec(2009)2] o evaluaciji, reviziji i praćenju politika učešća i učešća na lokalnom i regionalnom nivou

b. Ustavni i zakonski okvir učešća građana u Bosni i Hercegovini
Međunarodni standardi i ustavne odredbe o građanskoj participaciji

U preambuli Ustava Bosne i Hercegovine referira se na **Opću deklaraciju o ljudskim pravima**¹² i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima¹³ (ICCPR). Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (Član 5) definirano je pravo i mogućnost građana da učestvuju u vođenju javnih poslova, direktno ili preko slobodno izabranih predstavnika i da biraju i budu birani na poštenim povremenim izborima s općim i jednakim pravom glasa koji se moraju provoditi tajnim glasanjem, na način, kojim se jamči slobodno izražavanje volje birača.

Prema Općoj deklaraciji (Član 21) o ljudskim pravima svako ima pravo učestvovati u upravljanju svojom zemljom neposredno ili preko slobodno izabranih predstavnika. Volja naroda je temelj državne vlasti, a ta volja se mora izražavati na povremenim i poštenim izborima, koji se provode uz opće i jednako pravo glasa, tajnim glasanjem ili nekim drugim jednako slobodnim glasačkim postupkom.

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁴ (ECHR) je dokument koji se spominje u Ustavu Bosne i Hercegovine (Član 2). Prema Protokolu 1. uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda članom 3. se osiguravaju slobodni izbori, odnosno neposredno učešće građana u odlučivanju uz slobodno izražavanje mišljenja građana pri izboru zakonodavnih tijela vlasti.

U **Ustavu Bosne i Hercegovine**¹⁵ kao najvišem pravnom aktu države nema posebnih poglavlja o učešću građana u procesu odlučivanja. U nekoliko članova Ustava (npr Član 2) spominju se izbori kao konvencionalni oblik političke participacije i posrednog načina učešća građana u odlučivanju. Ustav Bosne i Hercegovine dakle ne tretira posebnim odredbama oblike i mehanizme neposrednog uče-

¹² <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹³ <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁴ https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

¹⁵ https://www.ustavisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf

šća u donošenju odluka. Primjera radi, u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine nije posebno regulirano pitanje raspisivanja referendumu.

U **Ustavu entiteta Federacija Bosne i Hercegovine**¹⁶ (FBiH) takođe se tek na deklarativnom nivou govori o pravima građana na osnivanje i pripadanje političkim partijama, da biraju i budu birani, da imaju jednak pristup službama, te da imaju generalna politička prava (Član 2), dok jedna od odredbi garantira pravo na samoupravu na lokalnom nivou.

Ustavom¹⁷ **drugog bh. entiteta, Republike Srpske (RS)**, propisano je da Narodna skupština RS između ostalog ima nadležnost raspisivanja republičkog referendumu, te je propisano da „Narodna skupština može odlučiti da o pojedinim pitanjima iz svoje nadležnosti odluku donese nakon prethodnog izjašnjavanja građana na referendumu” (Član 5). Ustav Republike Srpske, u njegovom Članu 76. korigiran je Amandmanom XXXVIII kojim je propisano da: „Pravo predlaganja zakona, drugih propisa i općih akata imaju Predsjednik Republike, Vlada, svaki narodni poslanik ili najmanje 3.000 birača.“ Ovim amandmanom je definiran broj građana koji može predložiti Narodnoj skupštini RS donošenje određenog akta iz njene nadležnosti, čime je garantirano ustavno pravo na pokretanje i obavezno razmatranje zakonodavnog prijedloga od strane građana, što možemo smatrati instrumentom neposrednog učešća građana u donošenju odluka.

U ovom entitetu postoji i poseban **Zakon o referendumu i građanskoj inicijativi RS**¹⁸. Ovim zakonom uređuje se raspisivanje i provođenje republičkog referendumu i referendumu u općini/gradu, tijela za provođenje referendumu, način neposrednog izjašnjavanja građana na referendumu, zaštita prava građana u provođenju referendumu i način ostvarivanja građanske inicijative.

Građanska participacija u lokalnoj samoupravi

Bosna i Hercegovina je još 1994. godine ratificirala **Evropsku povelju o lokalnoj samoupravi**¹⁹. Na nivou države, shodno ustavnim nadležnostima, ne postoji generalni zakon o lokalnoj samoupravi, već su ti zakoni donijeti na nivou entiteta, pa čak i kantona u entitetu Federacija Bosne i Hercegovine. Prema **Zakonu o principima lokalne samouprave u FBiH**²⁰ i **Zakonu o lokalnoj samoupravi RS**²¹ lokalna samouprava se ostvaruje u općini i gradu, a izvršavaju je građani i tijela jedinica lokalne samouprave. Prema Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi, a čija načela su implementirana u domaće relevantno zakonodavstvo, pod lokalnom samoupravom podrazumijeva se pravo i mogućnost lokalnih jedinica

¹⁶ <https://www.predstavnickidom-pfbih.gov.ba/bs/page.php?id=103>

¹⁷ <https://www.narodnaskupstinars.net/sites/default/files/upload/dokumenti/ustav/lat/ustav>

¹⁸ <https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/muls/Documents/Zakon>

¹⁹ <https://rm.coe.int/168007a088>

²⁰ <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2006/zakoni/34bos.htm>

²¹ <https://www.narodnaskupstinars.net/?q=la/akti/usvojeni-zakoni/zakon-o-lokalnoj-samoupravi-0>

da, u okvirima određenim zakonom, uređuju i upravljaju, uz vlastitu odgovornost i u interesu lokalnog stanovništva, bitnim dijelom javnih poslova. Na ovom principu, legislativa o djelovanju lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini može biti dobar primjer otvorenih mogućnosti, mada je primjena ovih mogućnosti u praksi dosta reducirana.

Temeljni normativno-pravni akti općina/gradova (kao formalnih oblika lokalne samouprave) su "statuti" kojim se između ostalog uređuju pitanja ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, samoupravni djelokrug općine, međusobni odnos tijela vlasti, mjesna samouprava, direktno učešće građana u odlučivanju u lokalnoj samoupravi, saradnja s drugim jedinicama lokalne samouprave, propisi i drugi akti, javnost rada, kao i druga pitanja važna za ustrojstvo i rad općine/grada. Učešće građana u radu lokalne vlasti u gotovo svim relevantnim istraživanjima smatra se nedovoljnim²². Učešće građana u odlučivanju na lokalnom nivou je dvosmjerni proces. Parcipitatorni procesi zahtijevaju transparentne informacije i učinkovitu komunikaciju, na temelju odgovornog partnerstva. Najdirektniji oblici neposrednog učešća (zborovi građana, aktivne mjesne zajednice, građanske inicijative, itd) nisu standardni obrasci ponašanja, kako lokalne vlasti, tako ni samih stanovnika.

Podaci za period 2010-2016 govore da deklarativno zalaganje bh. vlasti za uključivanje građana i razvijanje tzv. participatorne demokratije, nema svoju projekciju u praktičnom radu vlasti i u stvarnosti građani gotovo da nemaju nikakav uticaj na odlučivanje. Iako se gotovo 80% građana izjasnilo da želi aktivno učestvovati u donošenju javnih politika, i da, kao glavni mehanizam učešća, prepoznaju mjesnu zajednicu (blizu 70% anketiranih), vlasti nisu ništa uradile na reformi mjesne zajednice koja svojom zastarjelom ulogom i koncepcijom postaje dio problema učešća građana, a ne rješenja. Nažalost, preporuke za promjene potrebnih politika ponavljaju se već godinama, ali entitetske vlasti, kao nadležne za oblast lokalne uprave i samouprave, ne čine ništa na promjeni Zakona kako bi mjesne zajednice postale moderan mehanizam uključivanja građana. Čak naprotiv, postoje sve veće tendencije u praksi da se mjesne zajednice učine alatom političkih partija na vlasti što bi bilo pogubno po učešće građana. Uzrok svega opisanog je pomanjkanje svijesti i spremnosti kod političke elite da se otvore prema građanima i svoj rad učine transparentnijim i odgovornijim.²³

Samo 26,5% građana vjeruje u rad lokalnih vlasti, 47,6% građana je zadovoljno radom vlasti, egzistencija je ključna za gotovo 70% građana da bi se uključili u procese odlučivanja. Ovo su procenti koje građani žele promijeniti te izlaze na izbore, ali stanje ostaje nepromjenjeno i čini život ljudi (pre)teškim iako oni glasaju za pojedince i stranke da bi se to stanje poboljšalo.²⁴ Dakle, uloga lokalne samouprave u zaštiti, promociji i potpunoj efektivnosti građanske participacije

²² Izvještaj o stanju učešća građana u procesima odlučivanja u BiH, (2010-2016). CCI, Banjaluka

²³ Ibid, str 4

²⁴ Ibid.

daleko je od zadovoljavajuće, te je osim legislativnih mogućnosti, u praksi svedena na sporadične i ograničene primjere aktivne participativne demokratije.

Zakoni o slobodi pristupa informacijama

Povećani značaj komunikacije u novoj, otvorenoj javnoj upravi, te potreba za transparentnijom i odgovornijom javnom vlašću, iskazani su kroz donošenje **Zakona o slobodi pristupa informacijama (ZOSPI)**²⁵, kako na državnom tako i na nivou entiteta. Zakon eksplicitno propisuje i zahtijeva proaktivnu transparentnost i odgovorno ponašanje javnih organa, njihovih rukovodilaca i službenika, vezano za informiranje i konsultiranje s građanima. Zakonom o slobodi pristupa informacijama uređuje se pristup informacijama koje su u posjedu tijela javne uprave. Bosna i Hercegovina je prva država u regiji koja je 2000. usvojila Zakon o slobodi pristupa informacijama, najprije na državnoj razini, a zatim 2001. godine i u oba entiteta, koji su poslije u nekoliko navrata usavršavani. Prema ovom Zakonu, tijela javne uprave dužna su pomoći građanima pripremiti zahtjev za pristup informaciji, prikupiti informacije kako bi se odgovorilo na traženi zahtjev, poštovati zakonom propisani rok od 15 dana i osigurati pristup traženim informacijama.

Obavezne konsultacije i javne rasprave u procesu donošenja politika

Od ostalih normativno-pravnih akata koji reguliraju učešće građana u odlučivanju treba spomenuti **Pravila za konsultacije u izradi pravnih propisa Vijeća ministara Bosne i Hercegovine** (držvni nivo), kojima se definiraju obaveze institucija u pogledu konsultacija s javnošću. Svi zainteresirani građani i pravne osobe imaju priliku direktno učestvovati u izradi pravnih propisa.

U entitetu Republika Srpska, u **Pravilima normativno-pravne tehnike za izradu zakona i drugih propisa RS**²⁶ iz 2006. godine, pitanje konsultacija se načelno adresira u članu 72, kojim se nadležnim institucijama ostavlja mogućnost da tokom izrade prednacrtu zakona i drugog propisa, po potrebi izvrše konsultacije s drugim relevantnim organima uprave, privrednim subjektima i udruženjima građana. Pored toga, **Pravila za izradu zakona i drugih propisa Republike Srpske** iz 2014. godine, u članu 41 obavezuju institucije da provode konsultacije kada je Vlada predlagatelj zakona, a u članu 99 propisuje se obavezno sprovođenje konsultacija s drugim organima uprave na koje se odnosi zakon, dok se po potrebi konsultacije mogu vršiti sa “zainteresiranim udruženjima građana, privrednim subjektima i drugim zainteresiranim pravnim subjektima“. Smjernice za postupanje resornih ministarstava i drugih organa uprave o učešću javnosti i konsultacijama u izradi zakona²⁷, u Republici Srpskoj detaljnije uređuju način provođenja konsultacija sa javnošću.

²⁵ https://www.parlament.ba/data/dokumenti/pristup-informacijama/zakon_o_slobodi_pristupa_informacijama

²⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13, 2006.

²⁷ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 123/08, 73/12.

Na nivou FBiH, javne konsultacije su propisane **Uredbom o pravilima za učešće zainteresirane javnosti u postupku pripreme federalnih pravnih propisa i drugih akata**²⁸. U skladu s članom 1 ovog dokumenta, uređuju se pravila za osiguranje sudjelovanja zainteresirane javnosti u pripremi prijedloga zakona, strategija, programa i drugih akata u nadležnosti Vlade Federacije, federalnih ministarstava, federalnih uprava i federalnih upravnih organizacija.

Pored toga, predstavnička tijela na nivou države i entiteta u svojim **poslovnima**²⁹ reguliraju parlamentarnu proceduru javne rasprave o nacrtu zakona, ako je riječ o zakonu od posebnog značaja za javnost, ili ako je neophodno konsultirati druge organe uprave, različite organizacije, naučne i stručne institucije i građane.

U principu, prema svim ovim dokumentima, koji imaju umanjenu, podzakonsku pravnu snagu, uz manje razlike, svaka institucija je na datom nivou vlasti dužna ispuniti minimalne obaveze u vezi s konsultacijama o prednacrtima pravnih propisa. To znači da je nadležna institucija dužna postaviti prednacrt pravnog propisa na internet stranicu, uz mogućnost dostavljanja komentara putem interneta, a također je obavezna pozvati na dostavu komentara zainteresovane aktere sa spiska za konsultacije. U slučaju širih konsultacija, kada je riječ o zakonima koji imaju značajan utjecaj na javnost, dodatne konsultacije obuhvataju traženje pisanih i usmenih komentara putem objave pravnog propisa ili drugog akta na internetu ili u medijima, dostavljanje pravnog propisa organizacijama i pojedincima, održavanje javnih sastanaka sa zainteresiranim akterima, te radne grupe koje uključuju stručnjake i predstavnike zainteresiranih grupa.³⁰

4. Uloga organizacija civilnog društva

Po svojoj prirodi, organizacije civilnog društva imaju interes za procese donošenja i implementacije javnih politika. Naime, s obzirom na to da organizacije civilnog društva zastupaju legitimne privatne interese³¹ različitih grupa, ili neki opći javni interes (poput npr. zaštite okoliša), neophodno je da se uključe u procese izrade javnih politika kako bi postigli trajne efekte u oblasti svog djelovanja i zaštitili interese koje zastupaju.³²

²⁸ Službene novine Federacije BiH, broj 51/12.

²⁹ Poslovnik Narodne skupštine RS (Službeni glasnik RS, broj 31.), Član 204-207; Poslovnik Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, član 114-116; Poslovnik o radu Doma naroda Parlamenta FBiH, Službene novine FBiH, br. 27/03, član 165-170; Poslovnik Predstavničkog doma Parlamenta FBiH, Član 173-177.

³⁰ Papić, Ž., Jusić, T. (2015). *Politički dijalog institucija vlasti i organizacija civilnog društva u Bosni i Hercegovini*, CBGI, Sarajevo, str 23.

³¹ Pod legitimnim privatnim interesima podrazumijevaju se svi oni interesi koje zakonodavac nije definirao kao javne i koji nisu izričito zabranjeni ustavom i zakonom.

³² Julius, C., Mendizabal, E., Osborne, D. Young, J. (2006). *Policy Engagement How Civil Society Can be More Effective*, ODI - Overseas Development Institute, str. 4.

Kada je riječ o učešću organizacija civilnog društva u policy dijalogu, posebna pažnja se posvećuje legitimizirajućoj funkciji organizacija civilnog društva u policy procesu.³³ U tom kontekstu, uloga organizacija civilnog društva je važna i zbog toga što one omogućavaju građanima i pravnim licima da se bolje organiziraju i lobiraju za različite interese u procesu formuliranja javnih politika. Stoga se organizacije civilnog društva mogu nazvati i “poduzetnicima” u domenu javnih politika (*policy entrepreneurs*), koji učešćem u političkom dijalogu nastoje ostvariti određene ciljeve i promovirati određene interese, utičući tako na sadržaj i smjer politika u državi.³⁴

Najčešći oblici učešća organizacija civilnog društva u *policy* dijalogu u Bosni i Hercegovini:

- Učešće u zvaničnim javnim konsultacijama za izradu javnih politika;
- Izrada i distribucija analiza i preporuka za izmjene javnih politika;
- Zagovaranje za određene opcije javnih politika putem medija javnih skupova, lobiranja i drugih zagovaračkih kanala;
- Učestvovanje u policy mrežama i interesnim grupama okupljenim oko specifičnih javnih politika;
- Pomaganje ključnim akterima (stakeholders) da razviju vlastite kapacitete za učešće u policy dijalogu;
- Direktno učešće u implementaciji određene javne politike;
- Monitoring sprovedbe javnih politika;
- Evaluacija sprovedbe i efekata javnih politika.

Kao rezultat napora usmjernih na razvoj policy dijaloga u BiH, usvojeni su važni elementi pravnog okvira kojima se uređuje saradnja javnih institucija i organizacija civilnog društva.³⁵ Uspostavljanje *policy* dijaloga, shvacenog kao oblik saradnje između građana i javnih institucija u procesima izrade, donošenja i implementacije javnih politika, važan je aspekt reforme javne uprave i sastavni je dio mnoštva projekata i programa usmjerenih na podršku razvoju organizacija civilnog društva u Bosni i Hercegovini.

Pored toga, snažno je podstaknuto učešće u procesima definiranja, donošenja i implementacije javnih politika³⁶, kroz konkretne projekte saradnje između javnog i civilnog sektora, kao i kroz razvoj kapaciteta javnih institucija i organizacija civilnog društva za učešće u policy dijalogu. Uspostavljanje *policy* dijaloga, danas je posebno aktualno s obzirom na to da je saradnja države i organizacija civilnog društva, s posebnim fokusom na učešće organizacija civilnog društva u procesima

³³ Zimmer, Annette (2010). *Third Sector-Government Partnerships*, u Rupert Taylor (ed.): “Third Sector Research”, Springer: New York - Dordrecht - Heidelberg – London, str. 202.

³⁴ Hall (1987), p. 3, citiran u Najam, A. (2000). *The Four C’s of Government Third Sector-Government Relations*, *Nonprofit Management and Leadership*, Volume 10, Issue 4, str. 380.

³⁵ Golubović, D. et al. (2013). *Keeping up the Momentum: Improving Civil Society Cooperation Between Public Institutions and Civil Society in the Western Balkan and Turkey*, ECNL, str. 6

³⁶ Ibid.

izrade javnih politika, de facto dio političkih uslova za članstvo u Evropskoj uniji, što se potvrđuje i u Strategiji proširenja EU.³⁷ Osim Evropske komisije i drugi donatori i međunarodni akteri u BiH na listu svojih prioriteta stavljaju razvoj institucionalnih mehanizama i kapaciteta za uključivanje organizacija civilnog društva u procese odlučivanja i donošenja javnih politika.

Međutim i pored evidentnih pozitivnih pomaka i dalje postoje određeni problemi i prepreke, koji otežavaju uspostavljanje policy dijaloga. To su prije svega nezainteresiranost i nepovjerenje javnih institucija u organizacije civilnog društva, manjak finansijskih sredstava organizacija civilnog društva, neadekvatan pravni okvir za javne konsultacije, prekratki rokovi za javne konsultacije, nedostupne informacije o konsultacijama i neadekvatni kapaciteti javnih institucija. Značajan problem s kojim se suočavaju i institucije vlasti i organizacije civilnog društva jesu ograničeni resursi i kapaciteti za učešće u policy dijalogu. Kako su pokazala dosadašnja istraživanja, institucije često nemaju osnovne tehničke, ljudske i finansijske resurse, ni znanja neophodna za rad na razvoju i implementaciji javnih politika i za efikasnu koordinaciju i saradnju s organizacijama civilnog društva u tim procesima. Ukratko, kapaciteti za razvoj, implementaciju, monitoring i evaluaciju javnih politika, te koordinaciju aktivnosti s organizacijama civilnog društva i dalje su veoma ograničeni na praktično svim nivoima vlasti.³⁸

S druge strane je pitanje legitimiteta organizacija civilnog društva koje se pokušavaju nametnuti i legitimirati kao artikulanti i zagovarači interesa građana, te podstaći, promovirati i katalizirati participativnu demokratiju. Legitimitet za ovako visoko postavljene ciljeve većina organizacija civilnog društva ne može ni imati, s obzirom da su samo one članske organizacije poput sindikata, veteranskih udruženja, asocijacija poslodavaca, udruženja penzionera, organizacija osoba s invaliditetom isl., rijetke društvene grupe sa dužom tradicijom i relativno homogenim i masovnim članstvom. Izvori finansiranja ovih organizacija uglavnom su hibridni i podrazumjevaju samofinansiranje od članarina, te redovne i garantirane dotacije iz javnih budžeta, što ih čini dovoljno vitalnim za samostalnu i aktivnu participaciju u pitanjima od njihovog interesa, ali i nerjetko višestruko uvezanim sa organima vlasti, pa čak i vladajućim političkim strankama, čime gube na nezavisnosti, ali sporadično dobijaju na uticaju na procese donošenja odluka. U ukupnom javnom imidžu i percepciji javnosti, ove organizacije imaju snagu, ali ograničeni legitimitet interesne grupe koju zaszupaju, pa je svaki oblik njihovog participativnog učešća u javnim poslovima odraz partikulranih interesa.

Drugi dio su uglavnom profesionalizirane "nevladine organizacije" sa širokim spektrima interesovanja (ekologija, socijalna zaštita, antikorupcija, watch-dog, itd) koje nemaju dugu tradiciju djelovanja niti masovno članstvo, ali

³⁷ European Commission (2013). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014, Brussels, 2013 COM(2013) 700.

³⁸ Papić, Ž., Jusić, T. (2015). *Politički dijalog institucija vlasti i organizacija civilnog društva u Bosni i Hercegovini*, CBGI, Sarajevo, str 24.

postiču kreiranje pozitivnog imidža generalnog legitimiteta, tj. zastupanja općih, a ne partikularnih interesa. Izvori finansiranja ovih organizacija su uglavnom međunarodni fondovi (donatori), te sporadično i u manjem obimu projektno finansiranje iz javnih budžeta, što ove organizacije čini uglavnom nezavisnim od javne vlasti i političkih stranaka, ali ograničava njihov domet na javne politike i kapacitet zastupanja interesa šire populacije ili građana. Istovremeno, zbog adresiranja nekih kontroverznih tema, poput korupcijskih afera, neodgovornih nosilaca vlasti, itd., osjetna je tenzija između ovih organizacija civilnog društva i vladajuće elite.

Kao posebnu kategoriju treba izdvojiti organizacije, preciznije koaliciju organizacija civilnog društva koja se bavi građanskim nadglednjem izbornog procesa. Pod različitim imenima, različitim kapacitetom i intenzitetom djelovanja, te s različitim međunarodnim izvorima finansiranja, građanski monitoring izbornog procesa u BiH traje punih 20 godina. Ove koalicije uglavnom uspijevaju dati značajan doprinos podizanju političke kulture angažiranjem hiljada građanskih posmatrača izbornog procesa, agitiranjem za fer i poštene izbore, te aktivno učešće glasača na izborima. Sami izbori kao univerzalni oblik participativne demokratije u značajnoj mjeri bili bi manje demokratski bez domaćih civilnih napora u svrhu monitoringa i mobilizacije birača. Ipak, stope izlaznosti na izbore u posljednjih 10 izbornih ciklusa kreću se u rasponu 50-55%, što nije zavidni nivo i više govori o široko prisutnoj izbornoj apstinenciji i svjesnoj odluci glasača da neglasanjem iskažu politički stav o aktuelnim politikama i kandidatima.

Sve ovo ima utjecaj na agendu i prioritete donosilaca odluka (konceptualni utjecaj), ukupan proces donošenja javnih politika, ali i na sam sadržaj javnih politika (instrumentalni utjecaj). Drugim riječima, na nivou konkretnih javnih politika dolazi do sve značajnijeg utjecaja organizacija civilnog društva na definiranje specifičnih problema i predlaganje mogućih rješenja za njihovo adresiranje kroz javne politike. Iako je ovo u suštini pozitivan trend, on, također, uzrokuje snažne tenzije između institucija i organizacija civilnog društva, s obzirom na to da paralelno dolazi do transformacije i razvoja sektora civilnog društva, koji sada vrši dodatni pritisak na vlade da nastave sa započetim reformskim procesima.³⁹

Imajući u vidu da ne postoji tradicija saradnje između dva sektora, kao i da su njihovi kapaciteti još prilično ograničeni, kada je riječ o policy dijalogu i građanskoj participaciji, postavlja se pitanje prirode i održivosti do sada postignutih reformi u toj oblasti. Pitanje održivosti, posebno je relevantno s obzirom na značajnu ulogu koju su vanjski faktori, odnosno donatori i drugi međunarodni akteri imali i još imaju.

³⁹ Ibid, str 48.

5. Online alati građanske participacije

E-Konsultacije⁴⁰ – platforma za učešće građana u procesu donošenja odluka

Platforma “eKonsultacije” kojom u ime Vijeća ministara BiH upravlja Ministarstvo pravde BiH zamišljena je kao alat proaktivne transparentnosti, te učešća građana i organizacija civilnog društva u procesu donošenja odluka.

Kako sami administratori stranice navode, “saradnja institucija vlasti sa organizacijama civilnog društva i građanima jedna je od temeljnih vrijednosti demokratskih društava. Funkcionalni dijalog sa predstavnicima civilnog društva i učešće građana u procesu kreiranja i provedbi javnih politika važan je element procesa evropskih integracija.”

Ova platforma stoga je kreirana kako bi omogućila zainteresiranoj javnosti, organizacijama civilnog društva i građanima učešće u kreiranju i provedbi javnih politika koje su u nadležnosti institucija BiH, ne samo kroz klasične metode javnih konsultacija, već i putem web-alata. Platforma omogućava potpuno i pravovremeno informiranje građana i organizacija civilnog društva o procesu donošenja određenih pravnih akata, te osigurava pouzdan komunikacijski kanal za njihovo učešće u kreiranju javnih politika.

Platforma omogućava da i niži nivovi vlasti (primarno entiteti) istu koriste za neposrednu komunikaciju i uključivanje građana u procese donošenja odluka, mada je u samom sadržaju vidljivo da se to dešava u vrlo malom broju slučajeva, jer niži nivovi vlasti nemaju obavezu, a građani nemaju mehanizam pritiska koji će rezultirati jednim, centralnim mjestom za eKonsultacije, makar za više nivoe vlasti.

E-Uprava⁴¹ – platforma za korištene usluga javne administracije

Na nivou entiteta Federacija BiH uspostavljena je web-platforma “eUprava” koja, iako još uvijek u nastajanju, daje određeni broj on-line administrativnih usluga građanima. Svrha uspostavljanja i funkcioniranja platforme eUprava jeste da se javno, na jednom mjestu, osigura komunikacija zainteresirane javnosti sa federalnim organima uprave, upravnim organizacijama i institucijama, te tako osigura transparentnost rada u postupku pružanja javnih usluga i kreiranju propisa i drugih akata. Vidljivo je da je namjera i sadržaj ove platforme vrlo sličan platformi “eKonsultacije”, mada su brojne opcije koje platforma nudi prazne, a količina korisnih i svježih informacija zanemariva.

eSrpska⁴² – platforma on-line javne uprave

U drugom entitetu (Republika Srpska), uspostavljen je vrlo sadržajan, funkcionalni efikasan portal cjelokupne javne uprave ovog dijela države, koji na jednom

⁴⁰ <https://ekonsultacije.gov.ba/>

⁴¹ <http://euprava.fbih.gov.ba/>

⁴² <http://www.esrpska.com/>

mjestu omogućava veliki broj javnih usluga elektronskim putem, kako za građane tako i za privredne subjekte. Iako je ovo primarno servisna javna usluga, koja se izmjestila u virtuelnu sferu kakao bi se građanima pojednostavio i pojeftinio postupak ostvarivanja određenih prava ili izdavanje dokumentacije, ovaj oblik neposredne komunikacije javne uprave sa građanima primjer je proaktivne transparentnosti koji može biti primjenjen i u brojnim drugim slučajevima gdje je građanska participacija u procesu donošenja odluka moguća i poželjna elektronskim putem.

JavnaRasprava.ba⁴³ – Platforma za učešće građana u javnim raspravama

Portal jedne od prominentnih organizacija civilnog društva, namjenjen isključivo učešću građana u procesu donošenja odluka nazvan je JavnaRasprava.ba. Ovaj portal nudi izobilje informacija o zakonima i drugim odlukama koje se nalaze u parlamentarnoj proceduri u državnom i entitetskim parlamentima, uz mogućnost da građani dobiju sve bitne informacije kako bi se involvirali u tok razmatranja i donošenja konačnih odluka. Takođe, portal nudi mogućnost građanima da postavljaju direktna pitanja parlamentarima, da dobiju odgovore i da učestvuju u forum debatama. Primjetno je da je dio funkcija i sadržaja ovog portala zastario, što je posljedica ranije pojašnjenog problema organizacija civilnog društva u BiH, a to je privremenost ograničena donatorskim finansiranjem kratkoročnih projekata. Ovaj portal, iako izuzetno korisna i efektivna metoda građanske participacije i neposrednog učešća u pripremi, razmatranju i donošenju ključnih odluka, ima izuzetno skroman domet, kako u smislu broja građana koji se njime koriste, tako i u smislu učešća parlamentaraca u javnoj debati, odgovaranju na pitanja građana itd. S obzirom da je portal kreiran od profesionalne CSO, manjak masovnog učešća građana je fenomen koji je prethodno opisan, a nizak nivo spontane participacije u formiranoj platformi za učešće građana fenomen za sociološke i politološke analize. Suština je da ovim primjerom dokazujemo da i kada postoji relativno funkcionalan i efektivan alat za online masovnu participaciju, ista izostaje, a uzroci se mogu tražiti u lošem imidžu NVO-a, nedovoljno jakim PR aktivnostima kako bi značajno veći broj građana znao i koristio platformu, te, jednako važno, izražena sumnja da ovakve platforme zaista mogu osigurati krajnji rezultat – uticaj građana na donošenje odluka, da su više forma, nego sadržaj, da više služe onima koji se tim poslom bave, nego onima kojima bi trebale donijeti konačnu korist, a to su građani.

Društvene mreže - model građanske mobilizacije

Razvoj digitalne tehnologije otvorio je vrata novim mogućnostima stvaranja i prenošenja informacija u različitim oblicima uz pomoć digitalnih medija. Internetski mediji, posebno društvene mreže, zahvaljujući mogućnosti interaktivne komunikacije na određen način utiču na razvoj političkog aktivizma kod građana. Pomak od konvencionalnih medija (novine, televizija) na nekonvencionalne (internet) omogućava decentralizaciju komunikacije, otežava kontrolu i restrikcije i

⁴³ <https://www.javnarasprava.ba/>

čini informacije te razmjenu mišljenja i stavova široko dostupnima. Tako se građanima putem društvenih mreža pruža prilika da sudjeluju u javnome diskursu, iznose mišljenja i stavove te raspravljaju o političkim i društvenim pitanjima. Nekada viđeni samo kao pasivni konzumenti, gledatelji postaju aktivni sudionici kao građani⁴⁴, što uveliko utiče na interakciju među građanima i razvoj kritičnog mišljenja

U manjku snažnih institucionalnih mehanizama, te nedovoljno izgrađene građanske političke kulture i tradicije političke participacije, društvene mreže su posljednjih godina omogućile u više navrata brzu i masovnu građansku mobilizaciju oko određenih tema, pitanja ili slučajeva, uglavnom negativnog prefiksa. Nekoliko većih afera čiji su akteri uglavnom bili nosioci izvršne vlasti, bile su okidači za snažnu građansku reakciju koja je rezultirala ili masovnijim uličnim protestima, ili snažnim medijskim pritiskom na subjete afera, ili čak ostavkama ili smjenama određenih pojedinaca učesnika afera.

Društvene mreže Facebook i Twitter i dalje su dominantno prisutne i snažan alat u rukama građanskih aktivista, te se danas već može ustvrditi da je mainstream građanskog aktivizma dominantno preseljen u virtuelnu sferu. To ima svoje pozitivne i negativne karakteristike. Pozitivna je priroda brze i masovne online mobilizacije gdje praktično za vrlo kratko vrijeme veliki broj građana, korisnika društvenih mreža može konzimirati predmetnu informaciju, zauzeti određeni stav, te vlastitom akcijom dati doprinos nekom zagovaračkom cilju. Naravno, uvijek ostaje rizik od dezinformacija, lažnih vijesti, instrumentalizacije i manipulacije, ali je široka dostupnost informacija, mnoge mogućnosti provjere, te javne debate o istima dobar recept za provjeru činjenica. S druge strane, virtuelni građanski aktivizam u Bosni i Hercegovini, prečesto ima odlike "bure u čaši vode", jer se građanska reakcija, mobilizacija, pa čak ni masovnost, ne artikulira u konkretne zahtjeve ili adresiranu akciju. Takođe, često vladajuće elite, koristeći dio njima lojalnih medija i naklonjene javnosti oprobanim receptima amortiziraju kritiku osporavajući problem, temu ili legitimitet građanske participacije, istu prebajucujući u sferu visoke politike, stranačke manipulacije i teorija zavjere.

Internet je postao oruđe za komunikaciju između građana i različitih nivoa vlasti ili služi kao mjesto na kojem se građani susreću da bi raspravljali o različitim pitanjima. Odnos između vlasti i građana postaje sve složeniji i raznovrsniji. Razvoj digitalnih tehnologija mijenja kontekst upravljanja. Nove komunikacijske tehnologije omogućuju građanima da nadiđu prepreke fizičke udaljenosti i da se brže i djelotvornije organiziraju. Taj sve veći pristup informacijama ima "demokratizirajući učinak: politizira građane i često ih mobilizira na djelovanje."⁴⁵

Društvene mreže danas u velikoj mjeri utiču na sve oblike društvenog života, pa se shodno tome, u novije vrijeme među populacijom počeo koristiti pojam „digitalni aktivizam“. Digitalni aktivizam pokazao se kao moćno sredstvo političke

⁴⁴ Perišin, T. (2004.) *Profesionalni kriteriji selekcije vijesti i utjecaj javnosti*, Politička misao, 41 (1): str. 86

⁴⁵ Ploštajner, Z., Mendeš, I. (2005). *Građanska participacija*, FES; Zagreb, str 93

mobilizacije u Bosni i Hercegovini i zapravo pruža nove načine za uključivanje građana u procese odlučivanja, konkretne protestne akcije ili javni pritisak.

6. Zaključak

Bosna i Hercegovina nije daleko od relativno povoljnog zakonodavnog ambijenta za podsticanje i konzumiranje savremenih oblika participativne demokratije. Ustavno-pravni okvir je uglavnom oslonjen na najviše evropske norme zaštite i promocije političkih prava građana, zakonodavstvo je, izuzev nekoliko slučajeva, uglavnom afirmativno spram građanske participacije, ali su faktori političke i administrativne prakse, te kulturološki i tranzicijski vektori i dalje najkrupnije prepreke brane za masovnu konzumaciju aktivnog građanstva.

U manjku snažnijih institucionalnih mehanizama, te nedovoljno izgrađene građanske političke kulture i tradicije političke participacije, društvene mreže su posljednjih godina omogućile u više navrata brzu i masovnu građansku mobilizaciju oko partikularnih slučajeva, što dokazuje vitalnost građanske mase.

Brojna istraživanja potvrđuju generalne nalaze ove studije, a to je da je definitivno “došlo do svojevrsnog stabiliziranja razine konvencionalne političke participacije (glasanja na izborima), ali da je došlo i do značajnog porasta nekonvencionalne participacije (peticioniranja, demonstriranja itd.) (digitalne demokratizacije op.a). Pokazano je kako postoje značajne razlike u nivou političke participacije, a naročito u nivou “protestnog potencijala” građana. “Protestni potencijal” tretira se kao značajan indikator moguće političke mobilizacije građana i tretira se kao refleksija njihove demokratske političke kulture.⁴⁶

Za razliku od tradicionalnih modela demokratije, u kojima je fokus demokratskog procesa ili građanskog učešća primarno usmjeren na mehanizme glasanja, poput izbora, referendum, plebiscita ili, na kraju, glasanja u parlamentu, model deliberativne demokratije kroz permanentna savjetovanja i debate, te instrumente digitalne demokratije donosi svježinu i popunjava “jaz legitimiteta”. Svrha daljnijeg razvijanja modela deliberativne demokratije u Bosni i Hercegovini jeste eliminiranje nedostataka, odnosno “participativnog deficita” što je osobina aktuelne hibridne predstavničke demokratije i samim mehanizmima (etničkog) glasanja u BiH. Distorzija ili čak direktno zanemarivanje volje naroda (građana), javne nasuprot tajnim političkim agendama, te istrajavanje na permanetnoj, ali kontroliranoj krizi, te stabilokratiji nasuprot participativne demokratije 21. stoljeća, dilema je koju fiktivno forsira domaća politička elita, a rješenje iste upravo su opisani pozitivni antipodi.

⁴⁶ Vujčić, V. (2000). *Politička participacija*, Politička misao, Vol XXXVII, (2000.), br. 1, str. 139

Literatura:

1. Anheier, H. K., Lisa C. Jeremy K. (2001). Third sector policy at the crossroads: continuity and change in the world of nonprofit organizations, u: Helmut K. Anheier and Jeremy Kendall (ed.): Third Sector Policy at the Crossroads: An international nonprofit analysis, Routledge: London and New York
2. Golubović, D. et al. (2013). *Keeping up the Momentum: Improving Civil Society Cooperation Between Public Institutions and Civil Society in the Western Balkan and Turkey*, ECNL & TACSO, Budapest
3. Hall (1987), p. 3, citiran u Najam, A. (2000). The Four C's of Government Third Sector-Government Relations, Nonprofit Management and Leadership, Volume 10, Issue 4
4. Julius, C., Mendizabal, E., Osborne, D. Young, J. (2006). *Policy Engagement How Civil Society Can be More Effective*, ODI - Overseas Development Institute
5. Papić, Ž., Jusić, T. (2015). *Politički dijalog institucija vlasti i organizacija civilnog društva u Bosni i Hercegovini*, CBGI, Sarajevo
6. Pavlović, V. (2011). *Država i društvo*, Čigoja štampa, Beograd
7. Perišin, T. (2004.). Profesionalni kriteriji selekcije vijesti i utjecaj javnosti, Politička misao, Vol XXXIX, Zagreb
8. Ploštajner, Z., Mendeš, I. (2005). Građanska participacija, FES; Zagreb
9. Pusić, E. (2002). *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb
10. Volkhart Finn H. (2004). Assessing and Strengthening Civil Society Worldwide: A Project Description of the CIVICUS Civil Society Index: A Participatory Needs Assessment & Action-Planning Tool for Civil Society, *CIVICUS Civil Society Index Paper Series 2*
11. Vujčić, V. (2000). *Politička participacija*, Politička misao, Vol XXXVII, Zagreb
12. Vukojević, S. (2015). *Kako građani Bosne i Hercegovine opažaju nevladin sektor*, FES, Sarajevo
13. Zimmer, Annette (2010). Third Sector-Government Partnerships, u Rupert Taylor (ed.): "Third Sector Research", Springer: New York - Dordrecht - Heidelberg – London

Izvještaji i službeni izvori:

1. European Commission (2014). Bosnia and Herzegovina 2014 Progress Report, Brussels
2. Transparency International BH (2012). Materijali sa Radionice društvenog integriteta Institucionalna saradnja i mehanizmi koordinacije, Sarajevo
3. European Commission (2013). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014, Brussels, 2013

4. European Commission, 2001, *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*
5. Evropska povelja o lokalnoj samoupravi
6. Izvještaj o stanju učešća građana u procesima odlučivanja u BiH, (2010-2016). CCI, Banjaluka
7. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13, 2006.
8. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 123/08, 73/12.
9. Službene novine Federacije BiH, broj 51/12.
10. Poslovnik Narodne skupštine RS
11. Poslovnik Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH
12. Poslovnik o radu Doma naroda Parlamenta FBiH
13. Poslovnik Predstavničkog doma Parlamenta FBiH

Internet izvori:

1. <http://euprava.fbih.gov.ba/>
2. <http://www.esrpska.com/>
3. <https://www.javnarasprava.ba/>
4. <https://ekonsultacije.gov.ba/>
5. <https://www.narodnaskupstinars.net>.
6. <https://www.vladars.net>
7. <https://www.ustavnisud.ba>
8. <http://sluzbenilist.ba>
9. <https://rm.coe.int>
10. <http://www.fbihvlada.gov.ba>
11. <https://www.narodnaskupstinars.net>

Semina Ajvaz, Ph.D., associate professor

Faculty of Humanities, University „Džemal Bijedić“ of Mostar

Adis Arapović, Ph.D., representative

Parliament of the Federation of Bosnia and Herzegovina

PARTICIPATION OF CITIZENS IN THE DECISION-MAKING PROCESS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA: LEGAL FRAMEWORK, PRACTICE AND PERSPECTIVE

Executive summary: Citizen participation in the decision-making process is an important political and human right in democratic societies. The main goal of citizens' participation in the decision-making process is to improve the effectiveness and efficiency of the work of the public authorities, and to legitimize the decisions made. Bosnia and Herzegovina is not far from a relatively favorable legislative environment for encouraging and consuming contemporary forms of participatory democracy. The constitutional and legal framework is mainly based on the highest European standards for the protection and promotion of citizens' political rights, the legislation, with the exception of a few cases, is mostly affirmative towards citizen participation, but the factors of political and administrative practice, as well as cultural and transition vectors are the strongest barriers for mass consumption of active citizenship. In the absence of stronger institutional mechanisms, and an insufficiently developed civil political culture and tradition of political participation, social networks have enabled massive civil mobilization around particular cases in recent years, which proves the vitality of the civil mass. This article gives an overview of the legislation and practice of civic participation in B&H, considering the specific political and democratic history, legal order and modern context, conventional institutional mechanisms of citizens' participation, together with the modern deliberate approach and digital democracy.

Key words: citizen's participation, decisions making process, Bosnia and Herzegovina

Dr. sc. Dženana Radončić, docentica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

STRATEŠKI PARNIČNI POSTUPCI PROTIV JAVNOG UČEŠĆA: BALANSIRANJE IZMEĐU PRAVA NA PRISTUP PRAVDI I PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA

Sažetak: Strateški parnični postupci protiv javnog učešća (eng. SLAPP) poseban su oblik uznemiravanja, prvenstveno usmjeren protiv novinara i boraca za ljudska prava, sa ciljem da im se onemogući izražavanje mišljenja o pitanjima od javnog interesa ili da ih se za to kazni. Ovakve prakse ugrožavaju slobodnu i funkcionalnu štampu i predstavljaju miješanje u osnovna prava, kao što su sloboda izražavanja i sloboda primanja informacija. Procesno pravo je instrument zloupotrebe koji omogućava da strateški parnični postupci protiv javnog učešća ostvare svoje ciljeve zastrašivanja i odvracanja od izražavanja mišljenja o pitanjima od javnog interesa, ali je istovremeno i ključno u osiguravanju djelotvorne zaštite ljudskih prava. Pojedina prava trebaju biti stavljena u odnos delikatne ravnoteže, poput prava na pristup pravdi i prava na privatnost, sa jedne, i prava na slobodu izražavanja, sa druge strane, uspostavljanjem procesnih garancija i mehanizama za efikasno sprečavanje procesnih zloupotreba, u svjetlu standarda razvijenih kroz jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: SLAPP, zloupotreba procesnih ovlaštenja, strateške parnice, sloboda izražavanja, kleveta

1. Nekoliko uvodnih napomena o SLAPP-ovima

Strateške tužbe protiv javnog učešća (engl. SLAPP)¹ predstavljaju poseban oblik uznemiravanja, prvenstveno usmjeren protiv novinara i boraca za ljudska prava, sa ciljem da im se onemogući izražavanje mišljenja o pitanjima od javnog interesa ili da ih se za to kazni.² Akronimom SLAPP se označavaju (zlonamjerne)

¹ Izraz je formulisan od strane profesora George W. Pring i Penelope Canan i korišten u nekoliko publikacija: Penelope Canan and George W. Pring, "Strategic Lawsuits Against Public Participation", *Social Problems*, 1988, Vol. 35, No. 5, 506-519; P. Canan, "The SLAPP from a Sociological Perspective", *Pace Environmental Law Review*, 1989, Vol. 7, No. 1, 23-32; G. W. Pring, "SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation", 1989, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 7, No. 1. Također u koautorskoj knjizi "SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out", Temple University Press, 1996.

² Više o strateškoj dimenziji SLAPP-ova, vidi u R. Račić/Dž. Radončić, „Strateški postupci protiv učešća javnosti“, 35. Susret Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović "Sudski postupak – pravda i pravičnost", decembar 2022, u procesu objavljivanja.

*strateške parnične postupke protiv javnog učešća*³, jer predstavljaju *instrument strategije* moćnih subjekata u ostvarivanju određenih ciljeva koji prevazilaze okvire konkretnog parničnog postupka. Daljnja sličnost sa strateškim parnicama, međutim, tu prestaje. Strateški postupci se koriste prvenstveno za postizanje pozitivnih društvenih promjena, podizanje svijesti i unapređenje postojećeg stanja u oblasti ljudskih i drugih prava, dok SLAPP-ovi imaju za cilj stvaranje atmosfere zatrašivanja i ućutkivanja, sa prijetećim sankcijama i/ili troškovima, koja treba odvratiti ciljane subjekte (najčešće novinare, borce za ljudska prava, aktiviste, i sl.) da se koriste slobodom izražavanja.

SLAPP-ovi su često uspješni pred sudovima⁴, a čak i kad nisu uspješne u smislu ishoda postupka, mogu ostvariti željeni efekat - zastrašiti i ućutati tužene i odvratiti ih od daljnjeg djelovanja. To je tako, jer svrha SLAPP-a nije traženje pravde, već zastrašivanje, ućutkavanje i iscrpljivanje finansijskih i fizičkih resursa ciljanih žrtava. Iako je prvobitno fenomen SLAPP-a uglavnom pogađao aktiviste, ekologe i građane koji su podigli svoj glas o pitanjima od društvenog značaja, danas pogađa sve pojedince koji, u ime javnog interesa, osuđuju zloupotrebe raznih vrsta koje su počinili javni i privatni akteri.⁵

Strateški postupci protiv javnog učešća imaju određene zajedničke elemente, utvrđene zakonodavstvom i sudskom praksom u sistemima koji ih formalno prepoznaju, najčešće *common law* sistemi. Upoznatost sa elementima SLAPP-ova je od suštinskog značaja za sudove, kako bi prepoznali da li je konkretna tužba zaista SLAPP tužba.⁶ Nije nužno da svi elementi budu zastupljeni u svakom slučaju, dovoljno će biti da postoji kumulacija nekoliko elemenata. Ovi elementi su da postoji govornik/ica (subjekt koji javno istupa); javni interes za sadržaj (učesće javnosti); odvratajući efekat; namjera zastrašivanja; prekomjerni zahtjevi za naknadu štete i neosnovane tvrdnje.⁷ Značajna neravnoteža moći između tuženog i tužioca u korist tužioca je izuzetno značajna karakteristika SLAPP-ova, koje u najvećem broju slučajeva pokreću političari, poslovni ljudi ili korporacije. Sve tri navedene kategorije tužitelja imaju značajna finansijska sredstva, a podnošenje tužbi je za njih jednostavno trošak poslovanja – bilo da je to komercijalno ili

³ Fenomen strateških parnica nije baziran na pravnoj definiciji, u pitanju je izraz kreiran u pravnoj nauci, na osnovu savremenih razvojnih procesa pred građanskim, upravnim, ustavnim, pa čak i krivičnim sudovima. B. Hess, "Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?", Max Planck Institute for Procedural Law, Research Paper Series, No. 2022 (3), 4.

⁴ J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, „The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society“, European Parliament, juni 2021. godine, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)694782](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)694782), 25.10.2022.

⁵ M. Diaz Crego/M. Del Monte, Strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), Briefing, European Parliament, septembar 2022. Dostupno putem linka: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI\(2022\)733668_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI(2022)733668_EN.pdf), 26.10.2022.

⁶ R. Račić/Dž. Radončić, *op.cit.*

⁷ P. Bárd, J. Bayer, N. Chun Luk, L. Vosyliute, „Ad-Hoc Request. SLAPP in the EU context“, 2020, Academic Network on European Citizenship Rights, European Commission. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf, 25.10.2022.

bavljen je politikom.⁸ U međuvremenu, tuženi su redovno manje grupe nezavisnih medija i novinara, mnogi od njih tuženi u više predmeta istovremeno – ponekad i desetine njih. Slučajevi mogu biti dobijeni, izgubljeni ili riješeni, ali cilj procesa je da ih finansijski i na drugi način iscrpi i zaustavi kritično izvještavanje.⁹

Budući da je krajnji cilj SLAPP-a zastrašujući efekat na javnu raspravu, tužbe ove vrste imaju niz različitih karakteristika, uključujući i različito formulirane tužbene zahtjeve, što doprinosi značajnim pravnim, ličnim i finansijskim troškovima.¹⁰ Budući da u SLAPP slučajevima nije prioritet dokazivanje osnovanosti zahtjeva¹¹, nego uzrokovanje što većeg utroška vremena i novca, kao i straha od neizvjesnosti sudskog postupka, tužbeni zahtjevi se često tiču klevete, ali i narušavanja privatnosti, namjernog nanošenja emocionalnog stresa i širokog spektra ekonomskih delikata.¹² Praksa biranja suda (*forum shopping*) omogućava da se postupak vodi u državi čije procesno prvo ne predviđa mehanizme za sankcionisanje SLAPP slučajeva, što dodatno pogoduje tužiteljima. Vjerodostojnom prijetnjom da će pokrenuti parnični postupak pred sudom u stranoj državi, tužilac čini izvjesnim dodatne troškove koji se odnose na osporavanje nadležnosti suda, utvrđivanje mjerodavnog prava, kao i finansijske i psihološke posljedice odbrane na nepoznatom terenu, pred udaljenim sudom.¹³ Iako se SLAPP-ovima mogu tražiti naknade štete prouzrokovane na različitim dobrima (imovina, prihodi, poslovanje, zdravlje, itd.), na osnovu različitih povreda (neovlašteni ulazak na imovinu, povreda privatnosti, časti, poslovne tajne, itd.), najčešće se odnose na narušavanje ugleda, dotičući se aktivnosti novinara i prava na slobodu izražavanja.¹⁴

2. Sloboda izražavanja vs. pravo na privatnost

Sloboda i pluralizam medija dio su prava sadržanih u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (dalje: EKLJP/Evropska konvencija)¹⁵ i Povelji o osnovnim

⁸ SLAPPs against journalists across Europe, Media Freedom Rapid Response, mart 2022, str. 6. Dostupno putem linka: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>, 30.10.2022.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A. Freeman, "The Future of Anti-SLAPP Laws", *SLU Law Journal*, 2018, 26.

¹¹ T. Anthony, "Quantum of Strategic Litigation – Quashing Public Participation", *Australian Journal of Human Rights* 14(2), 2009, 5.

¹² S. Hartzler, "Protecting Informed Public Participation: Anti-SLAPP Law and the Media Defendant", *Valparaiso University Law Review*, 41, 2007, 1238.

¹³ J. Borg-Barthet, 'Advice concerning the introduction of anti-SLAPP legislation to protect freedom of expression in the European Union' (2020) Centre for Private International Law, School of Law, University of Aberdeen. <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/05/EC-Advice-concerning-the-introduction-of-anti-SLAPP-legislation-to-protect-freedom-of-expression-in-the-European-Union.pdf> (29.10.2022.)

¹⁴ R. Račić/Dž. Radončić, *op.cit.*

¹⁵ Član 10. EKLJP.

pravima Evropske unije¹⁶, zajedno sa slobodom izražavanja i informisanja. Kako često navodi Evropski sud za ljudska prava, te slobode su neodvojive od demokratije, jer štite pluralizam i toleranciju, bez kojih demokratska društva ne mogu napredovati.¹⁷ Međutim, ove slobode su na udaru posljednjih godina, paralelno sa porastom fizičkih i internetskih prijetnji i napada na novinare.¹⁸

Taktike ograničavanja slobode izražavanja su usavršavane vremenom, na inovativne načine, često iskorištavajući pravne praznine ili sive zone između pravnih normi.¹⁹ Fokus ovog rada je na SLAPP-ovima, kao vidu zloupotrebe sudskih postupaka i nepotrebnom opterećenju za sudove, čije su uobičajene mete novinari i borci za ljudska prava.²⁰ To se ne odnosi samo na pojedince, već i na medije i izdavačke kuće, te organizacije civilnog društva, kao što su one uključene u ekološki aktivizam. SLAPP-ovi mogu biti usmjereni i na druge osobe uključene u javno učešće, kao što su istraživači i članovi akademske zajednice. Na taj način se ugrožava slobodna i funkcionalna štampa, posebno istraživačko novinarstvo, kao kamen temeljac svih demokratija.²¹

Procesno pravo je ključno u osiguravanju djelotvorne zaštite ljudskih prava. Međutim, pojedina prava trebaju biti stavljena u odnos delikatne ravnoteže, poput prava na pristup pravdi sa jedne i prava na privatnost i slobodu izražavanja sa druge strane. Jedan način je uspostavljanje procesnih garancija i mehanizama za

¹⁶ Član 11. Povelje.

¹⁷ ESLJP, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 5493/72, presuda od 07.12.1976. god.

¹⁸ Platforma Vijeća Evrope za promovisanje zaštite novinarstva i sigurnosti novinara izvještava o sve većem broju upozorenja o ozbiljnim prijetnjama sigurnosti novinara i slobodi medija u Evropi, uključujući više slučajeva pravosudnog zastrašivanja. <https://www.coe.int/en/web/media-freedom>. U Godišnjem izvještaju partnerskih udruženja Platforme Vijeća Evrope za promociju zaštite novinarstva i sigurnosti novinara za 2021. ističe se znatan porast upozorenja povezanih sa SLAPP-ovima prijavljenih 2020. u odnosu na prethodnu godinu, u smislu broja upozorenja i jurisdikcija predmetnih država članica Vijeća Evrope. Na Platformi za unapređenje zaštite novinarstva i sigurnosti novinara 2021. objavljena su 282 upozorenja, među kojima je nekoliko slučajeva pravosudnog zastrašivanja, tj. oportunističke, proizvoljne ili zlonamjerne primjene zakona, među ostalim zakona o kleveti, borbi protiv terorizma, nacionalnoj sigurnosti, huliganizmu ili antiekstremizmu.

¹⁹ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI\(2022\)733668_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI(2022)733668_EN.pdf)

²⁰ Identifikovani kao rastuća pojava u Sjedinjenim Državama još 1980-ih, SLAPP-ovi su postali prijetnja slobodi izražavanja i informacija u drugim jurisdikcijama, uključujući i EU. Iako je stvarna dimenzija ovog fenomena u EU nepoznata, izvještaj pojedinih nevladinih organizacija iz 2022. godine (<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>), zasnovan na istraživanju SLAPP sudskih sporova protiv novinara u 11 zemalja širom Evrope (Belgija, Bugarska, Hrvatska, Francuska, Mađarska, Irska, Italija, Malta, Poljska, Slovenija i UK) otkrili su sve veći broj SLAPP slučajeva usmjerenih na novinare, nevladine organizacije i aktiviste i naglasili da nijedna od analiziranih zemalja nema specifično domaće zakonodavstvo o SLAPP-ovima. <https://rm.coe.int/platform-protection-of-journalists-annual-report-2022/1680a64fe1>

²¹ P. Bárd, J. Bayer, N. Chun Luk, L. Vosyliute, *op.cit.*

efikasno sprečavanje procesnih zloupotreba. Takvi mehanizmi trebaju biti pažljivo dizajnirani, ostavljajući sudu dovoljno diskrecionog prostora u pojedinačnim slučajevima, kako bi se očuvala osjetljiva ravnoteža između brzog odbacivanja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva i efikasnog pristupa pravosuđu.

Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP/Evropski sud) je kroz svoju dugogodišnju praksu ustanovio nekoliko principa, koji mogu biti pravna osnova za propise protiv SLAPP-a, počevši od predmeta *Handyside protiv UK*²² u kojem se navodi da demokratsko društvo treba da toleriše i one ideje koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju državu ili bilo koji dio stanovništva. Još jedan ključni predmet je *McLibel* slučaj²³, gdje je ESLJP utvrdio povredu slobode izražavanja zbog propusta države da garantuje pravnu pomoć aktivistima – koji su bili pojedinci sa veoma niskim primanjima protiv jedne od najbogatijih kompanija na svijetu – i dosuđivanja nesrazmjerne visine naknade štete protiv tuženih.

Jedan od najpoznatijih SLAPP slučajeva u evropskoj istoriji jeste predmet koji je u konačnici dospio pred ESLJP, a tiče se dosude odštete za klevetu u visini većoj od milion eura protiv izdavača irskih dnevnih novina, Herald.²⁴ Novine su objavile seriju članaka o konsultantu za odnose s javnošću, izvještavajući o glasinama o intimnoj vezi sa ministrom u Vladi. Izdavač je tvrdio da je dosuđena odšteta bila pretjerana i da je povrijedila njegovo pravo na slobodu izražavanja. ESLJP je naveo da *nije neophodno odlučivati o tome da li je sporna naknada štete imala, u stvari, zastrašujući efekat na štampu. U principu, smatra se da nepredvidivo velike naknade štete u slučajevima klevete mogu imati takav učinak i stoga zahtijevaju najpažljivije ispitivanje (...) i vrlo snažno opravdanje*. Štaviše, efikasne zaštitne mjere trebale bi se primjenjivati na tok i provođenje sudskog postupka (proceduralne garancije), ali i na ishod.

Bez obzira na značaj prethodno navedenih predmeta, ESLJP u presudama nije izričito spominjao SLAPP postupke. Po prvi put to čini presudom iz marta 2022. godine u slučaju *OOO Memo protiv Rusije*²⁵. Predmet se odnosi na građansku tužbu za klevetu koju je pokrenulo rusko regionalno državno tijelo protiv medijske kuće, zbog objavljenog članka u kojem se vlast kritikuje zbog obustavljanja transfera subvencijskih sredstava. ESLJP je utvrdio da omogućavanje izvršnim tijelima da pokrenu postupak za klevetu protiv članova medija predstavlja pretjeran i nesrazmjeran teret za medije, što bi moglo imati neizbježan zastrašujući efekat

²² Evropski sud za ljudska prava, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 5493/72, presuda od 07.12.1976. god.

²³ Evropski sud za ljudska prava, *Steel Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 68416/01, presuda od 15.02.2005. god. Slučaj se odnosi na tužbu za klevetu koju je McDonald's Corporation podnijela protiv ekoloških aktivista Helen Steel i Davida Morrisa zbog informativnog lista koji je kritičan prema kompaniji.

²⁴ Evropski sud za ljudska prava, *Independent Newspapers (Ireland) Limited v. Ireland*, predstavka broj 28199/15, presuda od 15.06.2017. god.

²⁵ Evropski sud za ljudska prava, *OOO Memo v. Russia*, predstavka br. 2840/10, presuda od 15.03.2022. god., <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-216179>. Presuda je postala pravosnažna 15.06.2022. god.

na medije u obavljanju njihovog zadatka da prikupljaju informacije i vrše javni nadzor.²⁶ Jednoglasno je, iako ne iz identičnih razloga²⁷, utvrđena povreda prava na izražavanje iz člana 10. EKLJP. U presudi se pravi suštinska razlika između tijela izvršne vlasti koja imaju državne ovlasti i pravnih subjekata, uključujući javna ili državna preduzeća, koja se bave konkurentskim aktivnostima na tržištu, jer se potonja oslanjaju na svoju dobru reputaciju kako bi privukla kupce s ciljem za ostvarivanje profita, a prvi postoje da služe javnosti i finansiraju ih poreski obveznici. Da bi se spriječila zloupotreba vlasti i korupcija javnih funkcionera u demokratskom sistemu, aktivnosti organa javne vlasti svih vrsta moraju biti podvrgnute pomnoj kontroli, ne samo zakonodavnih i sudskih vlasti, već i javnog mnjenja. Stoga se građanski postupak za klevetu, koji u svoje ime pokreće pravno lice koje vrši javnu vlast, ne može, u pravilu, smatrati da je u skladu sa legitimnim ciljem „zaštite ugleda ... drugih ” prema članu 10. stav 2. EKLJP. Ovo, međutim, ne isključuje da pojedini članovi javnog tijela, koji bi mogli biti „lako prepoznatljivi” s obzirom na ograničen broj njegovih članova i prirodu tužbi protiv njih, mogu imati pravo da pokrenu postupak za klevetu u svoje lično ime.

ESLJP je ovom presudom napravio preokret u svojoj dosadašnjoj jurisprudenciji²⁸ u kojoj je u pravilu ocjenjivao dopuštenim miješanje u pravo na slobodu izražavanja uvažavajući legitimne ciljeve²⁹. Takav preokret nije učinio prećutno, nego se pozvao na „rastuću svijest“ o riziku SLAPP-ova za demokratiju³⁰, zauzevši kategoričniji pristup konstatujući da javno tijelo nije imalo legitiman cilj da opravda miješanje u prava medijske kuće. Ovakav rezon ima za vjerovatnu posljedicu isključivanje (sličnih) javnih tijela iz domena prava na ugledu u postupcima za klevetu. Očigledno je da će ovakav pristup ESLJP-a imati utjecaja na buduće

²⁶ Dirk Voorhoof, European Court on Human Rights: *OOO Memo v. Russia*, IRIS Legal Observations, European Audiovisual Observatory, <https://merlin.obs.coe.int/article/9474>, 16.10.2022.

²⁷ Troje sudija je pripremlilo izdvojeno saglasno mišljenje, u kojem ne slažu sa stavom većine članova sudijskog vijeća da je povreda člana 10. EKLJP nastala zbog činjenice da osporeno miješanje u pravo na slobodu izražavanja nije imalo legitiman cilj, nego da je član 10. prekršen po drugom osnovu, koji se odnosi na propust domaćih sudova da pokažu da je miješanje bilo neophodno u demokratskom društvu (nije utvrđena proporcionalnost između miješanja i legitimnog cilja kojem se težilo), u skladu sa dobro utvrđenom sudskom praksom ESLJP.

²⁸ U takvim slučajevima ESLJP je ocjenjivao opravdanost uplitanja pod trećim uslovom člana 10. stav 2., kao test nužnosti (i proporcionalnosti) u demokratskom društvu, primjenjujući u njemu balansiranje prava na ugled kako je zagarantovano članom 8. EKLJP i prava na slobodu izražavanja kako je zagarantovano prema članu 10. EKLJP.

²⁹ Još jedan izuzetak je predmet *Bayev a.o. protiv Rusije*, predstavke broj 67667/09, 44092/12 i 56717/12, presuda od 20.06.2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174422>, 20.10.2022. Za komentar odluke vidi: Kushtrim Istrefi, Emma Irving, „Rights In The Populist Era, A Comment On *Bayev v. Russia* (EctHR): More Didactic Than Persuasive?“, Harvard Human Rights Journal, vol. 31, issue 159, 159-170; Pieter Cannoot, Claire Poppelwell-Scevak, „ECTHR Finds Russia’s Gay Propaganda Law Discriminatory In Strong-Worded Judgment“, Strasbourg Observers, 2017. <https://strasbourgobservers.com/2017/07/11/ecthr-finds-russias-gay-propaganda-law-discriminatory-in-strong-worded-judgment/>, 20.10.2022.

³⁰ Paragraf 43. presude *OOO Memo protiv Rusije*.

rješavanje slučajeva klevete koje pokreću izvršni organi, jer takvi predmeti više neće morati da se ocjenjuju na osnovu njihovih osnova, već će biti odbačeni u ranoj fazi postupka ili kao (očigledno) neprihvatljive zbog činjenice da takvi zahtjevi ne slijede legitiman cilj, kako se zahtijeva prema članu 10. stav 2. EKLJP. Barem utoliko što se izvršni organi ne takmiče na tržištu baveći se direktnim privrednim aktivnostima.

Ukoliko su u pitanju pojedinci/ke na meti javnih istupa ili medijskog izvještavanja, pozicija Evropskog suda je rezervisanija. U jednoj od posljednjih presuda ESLJP relevantnih za temu rada, donesenoj 06.10.2022. godine u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*³¹, Evropski sud se bavio ocjenom povrede slobode izražavanja u slučaju osude novina na odštetu zbog izjava o poznatom visokorangiranom vladinom dužnosniku. Podnositelji predstavke su bile novine Khural kao pravno lice i fizičko lice, Avaz Tapdig oglu Zeynalov, osnivač i glavni urednik iz Khurala, a koji su se žalili na osnovu člana 10. Konvencije, tvrdeći da je zbog građanskog postupka za klevetu protiv novina i kazne koja je uslijedila prekršeno njihovo pravo na slobodu izražavanja. Novine Khural su također tvrdile da je kazna izrečena za nematerijalnu štetu bila neopravdano stroga i pretjerana, te da je dovela do gašenja novina.

Prvostepeni sud je utvrdio da su navodi u članku izjave koje utiču na reputaciju tužitelja (visokog dužnosnika), a kojima nedostaje bilo kakva činjenična osnova, da novine nisu dostavile dokaze u prilog takvih navoda i da je članak predstavljao zloupotrebu prava na slobodu izražavanja. Novinama je naloženo da daju izvinjenje, da opovrgnu date izjave i plate 10.000 azerbejdžanskih manata (AZN)³² na ime nematerijalne štete. Novine su uložile žalbu, tvrdeći da je objavljivanjem članka vršio svoju ulogu javnosti kao “psa čuvara”, izvještavanjem o temama od velikog javnog interesa, da je tužitelj bio dobro poznat visoki državni zvaničnik, zbog čega je trebalo da bude tolerantniji prema kritikama; da izjave iznesene u članku predstavljaju vrijednosne sudove i da im stoga nije bio potreban dokaz; i konačno da je članak samo reprodukovao i komentarisao informacije koje su mjesec dana ranije objavljene u drugim novinama. Žalbeni sud je potvrdio presudu prvostepenog suda, a Vrhovni sud odbio kasaciju kao neosnovanu.

U predmetima koji se tiču sukoba između prava na ugled (pravo na privatnost) i prava na slobodu izražavanja, Evropski sud je ponovio da se od domaćih sudova očekuje da balansiraju između ta dva prava, primjenjujući kriterije utvrđene u relevantnoj sudskoj praksi. Konstatujući da domaći sudovi nisu uspjeli da sprovedu potrebnu ravnotežu između slobode izražavanja novina i prava i interesa tužitelja prema članu 8. EKLJP (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), Evropski sud je to sam učinio u presudi³³, na osnovu kriterijuma koji

³¹ Evropski sud za ljudska prava, *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*, predstavka broj 55069/11, presuda od 06.10.2022. god. Dostupna putem linka: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-219482%22%7D>

³² Iznos koji je, u to vrijeme, bio ekvivalentno približan 10.000 eura.

³³ Vidjeti posebno paragrafe 50-51 i 56-71 presude u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*.

se općenito primjenjuju na objavljivanje izjava koje se tiču privatnog života od strane medija – Sud se bavio pitanjem da li je predmetni članak doprinio raspravi od javnog interesa, uzimajući u obzir stepen poznatosti pogođene osobe, sadržaj i formu datih izjava, način na koji su informacije dobijene i njihovu istinitost, te prirodu i težinu izrečene kazne.

Evropski sud je utvrdio da izjave date u članku doprinose debati od javnog interesa, jer su se odnosile na pitanja kao što su parlamentarni izbori, a dotična osoba, g. Mehdiyev, kao šef ureda predsjednika, bio je dobro poznati visoki državni službenik. S obzirom na to da je bio javna ličnost, granice prihvatljive kritike na njegov račun bile su šire. Dok je Sud priznao da su neke od izjava bile nabijene subjektivnim osjećajima i emocijama i da se mogu smatrati vrijednosnim sudovima, članak se uglavnom odnosio na određene datume, osobe i incidente, koje je Sud smatrao činjeničnim tvrdnjama. Uočeno je da novine nisu pokazale da su provjerile istinitost tih tvrdnji. Vraćajući se na ulogu medija u društvu, Sud je naglasio da, iako novine mogu tvrditi da imaju ulogu “čuvara” javnosti izvještavajući o pitanjima od velikog javnog interesa, to ih ne oslobađa dužnosti djelovanja u dobroj vjeri, kako bi pružile tačne i pouzdane informacije u skladu sa novinarskom etikom. Sud je zaključio da novine nisu izvršile svoje “dužnosti i odgovornosti” prema članu 10. Konvencije. Što se tiče prirode i težine izrečene kazne, novine se nisu žalile na njenu težinu pred domaćim sudovima, niti su osporile mjere poduzete za njeno izvršenje. Štaviše, domaćim sudovima ili Sudu nisu dostavljeni nikakvi dokumenti koji bi detaljno opisali njihovu finansijsku situaciju u to vrijeme. Shodno tome, nije bilo ničega što bi pokazivalo da je kazna u tolikoj mjeri ugrozila finansijsku situaciju novina i dovela do njihovog zatvaranja, kako se tvrdilo u predstavki. Sud je, na osnovu svega navedenog, zaključio da nije došlo do povrede člana 10. Konvencije.

Prilikom datog razmatranja, Evropski sud je podsjetio na standarde razvijene u sopstvenoj praksi, a koje smatramo ključnim za sve slučajeve razmatranja povrede prava na ugled (privatni i porodični život) uslijed navodne klevete zbog javnih i medijskih istupa pojedinaca ili pravnih lica, bilo u formi pojedinačne izjave ili novinskog članka, reportaže i slično. Relevantni principi se mogu svrstati u najmanje četiri kategorije.

U prvu grupu spadaju *principi relevantni za zaštitu ugleda*. Ugled je zaštićen članom 8. EKLJP kao dio prava na poštovanje privatnog života.³⁴ Da bi ispunila svoju pozitivnu obavezu da zaštiti prava jedne osobe iz člana 8. EKLJP, država će možda morati u određenoj mjeri ograničiti prava osigurana članom 10. EKLJP za drugu osobu. Kada ispituje neophodnost tog ograničenja u demokratskom društvu u interesu „zaštite ugleda ili prava drugih“, od Suda se može zahtijevati da provjeri da li su domaće vlasti uspostavile pravičnu ravnotežu kada su štitile dvije

³⁴ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Von Hannover protiv Njemačke* (br. 2), predstavke br. 40660/08 i 60641/08, st. 104-07, ECHR 2012, presuda od 07.02.2012. god. i Evropski sud za ljudska prava, *Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*, predstavka br. 40454/07, paragrafi 90-93, ECHR 2015, presuda od 12.06.2014. god.

vrijednosti zagarantovane EKLJP, koje mogu doći u sukob jedna sa drugom u određenim slučajevima.³⁵ Međutim, da bi član 8. EKLJP stupio na snagu, napad na nečiju reputaciju mora postići određeni nivo *ozbiljnosti*, na način koji dovodi u pitanje lično uživanje prava na poštovanje privatnog života.³⁶ U svojoj sudskoj praksi, Sud je identifikovao niz relevantnih kriterija prema kojima se pravo na slobodu izražavanja balansira sa pravom na poštovanje privatnog života, uključujući da li su osporene izjave doprinijele raspravi od javnog interesa; stepen poznatosti osobe na koju se odnosi i predmet objave; kontekst u kojem su date sporne izjave; sadržaj, oblik i posljedice objave; prethodno ponašanje dotične osobe; način na koji su informacije dobijene i njihova istinitost i priroda i težina izrečene kazne.³⁷ Svakako da se treba napraviti razlika između privatnih osoba i pojedinaca koji djeluju u javnom kontekstu.³⁸ Shodno tome, dok javnosti nepoznati privatnik može tražiti posebnu zaštitu svog prava na privatni život, isto ne vrijedi i za javne ličnosti prema kojima su granice kritičkog komentara šire, jer su one neizbježno i svjesno izložene javnosti i stoga moraju pokazati veći stepen tolerancije.³⁹ Bez sumnje, član 10. EKLJP omogućava da se zaštiti ugled drugih – odnosno svih pojedinaca – a ova zaštita se odnosi i na političare, čak i kada ne djeluju u privatnom svojstvu, ali u takvim slučajevima zahtjevi takve zaštite moraju biti odvagani u odnosu na interese otvorene rasprave o političkim pitanjima.⁴⁰

Drugu kategoriju čine *principi relevantni za sadržaj, formu i posljedice publikacije*. Sud pravi razliku između izjava o činjenicama i vrijednosnih sudova. Postojanje činjenica se može dokazati, dok se istinitost vrijednosnih sudova ne može dokazati. Zahtjev da se dokaže istinitost vrijednosnog suda nemoguće je ispuniti i narušava samu slobodu mišljenja. Međutim, kada izjava predstavlja vrijednosni sud, proporcionalnost miješanja može zavisi od toga da li postoji dovoljna „činjenična osnova“ za osporenu izjavu.⁴¹ Što se tiče vrijednosnih sudova za koje su nacionalni sudovi utvrdili da su klevetničkog karaktera, Sud ocjenjuje nalaze nacionalnog suda o pitanju da li je jezik upotrijebljen u izjavi bio pretjerane ili nepristrasne prirode, da li je otkrivena bilo kakva namjera klevete ili stigmatizaci-

³⁵ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Bédat protiv Švajcarske*, broj 56925/08, paragraf 74, presuda od 29.03.2016. god.

³⁶ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Axel Springer AG protiv Njemačke*, broj 39954/08, paragraf 83, presuda od 07.02.2012. god. i Evropski sud za ljudska prava, *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, broj 17224/11, paragraf 76, presuda od 27.06.2017. god.

³⁷ Paragraf 40. presude u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*.

³⁸ Paragraf 41. presude u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*.

³⁹ Vidjeti, između mnogih drugih, Evropski sud za ljudska prava, *Milislavjević protiv Srbije*, br. 50123/06, paragraf 34, presuda od 04.04.2017. god. i Evropski sud za ljudska prava, *Prunea protiv Rumunije*, br. 47881/11, paragraf 30, presuda od 08.01.2019. god.

⁴⁰ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Lingens v. Austrija*, paragraf 42, serija A br. 103, presuda od 08.07.1986. god.

⁴¹ Paragraf 43. presude u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*.

ranja protivnika i da li je izjava imala dovoljnu činjeničnu osnovu.⁴² Prema članu 10. EKLJP postoji malo prostora za ograničenja političkog govora ili debate o pitanjima od javnog interesa.⁴³

U treću kategoriju se ubrajaju *principi relevantni za način dobijanja informacija i njihovu istinitost*. Član 10. EKLJP ne garantuje potpuno neograničenu slobodu izražavanja, čak ni u pogledu izvještavanja štampe o pitanjima od ozbiljnog javnog interesa. U smislu stava 2. te odredbe, sloboda izražavanja nosi sa sobom dužnosti i odgovornosti, koje se odnose i na medije, čak i u pogledu pitanja od ozbiljnog javnog interesa. Zbog ovih “dužnosti i odgovornosti”, zaštita koju član 10. Konvencije pruža novinarima u vezi sa izvještavanjem o pitanjima od javnog interesa postoji, uz uslov da djeluju u dobroj vjeri, kako bi pružili tačne i pouzdane informacije u skladu sa etikom novinarstva.⁴⁴ Postojanje procesnih garancija u korist tuženog u postupku za klevetu jedan je od faktora koje treba uzeti u obzir pri ocjeni proporcionalnosti uplitanja prema članu 10. EKLJP. Posebno je važno da se tuženom pruži realna šansa da dokaže da je postojala dovoljna činjenična osnova za njegove navode.⁴⁵ Također, treba napraviti razliku prema tome da li izjave potiču od novinara ili su citat drugih, jer bi kažnjavanje novinara za pomaganje u širenju izjava koje je dala druga osoba u intervjuu ozbiljno ugrozilo doprinos štampe raspravama o pitanjima od javnog interesa i ne bi trebalo biti predviđeno, osim ako ne postoje posebno jaki razlozi za to.⁴⁶ Kontekst spornih objava je nezanemariv. Medijsko izvještavanje o “pričama” ili “glasinama” koje potiču od drugih osoba – ili “javnom mnjenju” treba zaštititi tamo gdje nisu potpuno bez osnova.⁴⁷

Konačno, zasebnu kategoriju čine *principi relevantni za prirodu i težinu izrečene kazne*. Priroda i težina izrečene kazne su također faktori koje treba uzeti u obzir prilikom procjene proporcionalnosti uplitanja u slobodu izražavanja zagarantovanu članom 10. EKLJP.⁴⁸ Izrečene kazne ne smiju biti takve da odvrte štampu ili druge koji učestvuju u javnoj debati da učestvuju u raspravi o pitanjima

⁴² Vidjeti, Evropski sud za ljudska prava, *Do Carmo de Portugal e Castro Câmara v. Portugal*, br. 53139/11, paragraf 31, presuda od 04.10.2016. god.

⁴³ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Sürek i Özdemir v. Turska*, br. 23927/94 i 24277/94, paragraf 60, presuda od 08.07.1999. god. i Evropski sud za ljudska prava, *Wingrove v. Ujedinjenog Kraljevstva*, paragraf 58, presuda od 25.11.1996. god.

⁴⁴ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Fressoz i Roire v. Francuske*, br. 29183/95, paragraf 54, ECHR 1999-I, presuda od 21.01.1999. god. i Evropski sud za ljudska prava, *Pedersen i Baadsgaard v. Danske*, br. 49017/99, paragraf 78, ECHR 2004-XI, presuda od 19.06.2003. god.

⁴⁵ Paragraf 46. presude u predmetu *Khural and Zeynalov v. Azerbajdžan*.

⁴⁶ Evropski sud za ljudska prava, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, paragraf 77.

⁴⁷ Evropski sud za ljudska prava, *Timpul Info-Magazin i Anghel v. Moldavija*, predstavka broj 42864/05, paragraf 36, presuda od 27.11.2007. god.

⁴⁸ Vidjeti, između mnogih, Evropski sud za ljudska prava, *Cumpănă i Mazăre v. Rumunija*, br.33348/96, paragraf 111, ECHR 2004-XI, presuda od 17.12.2004. god.

od legitimnog javnog interesa.⁴⁹ Ovaj segment je naročito značajan u kontekstu rasprostranjenog korištenja SLAPP-ova, čiji je jedan od preoznatljivih elemenata prekomjeran zahtjev za naknadu štete zbog navodne klevete.

3. Mehanizmi sprečavanja i suzbijanja SLAPP-ova

Građansko procesno pravo može se, u rukama zlonamjernih stranaka, pretvoriti u opasan instrument za cenzuru, zastrašivanje i utišavanje kritičarskih glasova, kao i za opterećivanje medijskih djelatnika i medijskih kuća troškovima pravne odbrane, dok ne odustanu od izvještavanja i bavljenja određenim temama, poput korupcije, javnih rashoda, onečišćenja okoliša od strane industrije, itd. Budući da je poznato da većina parničnih postupaka pruža manje zaštite tuženim, nego što to čine javnopravni postupci (e.g. krivični postupak), građanske tužbe mogu predstavljati ozbiljan problem. Pravno uznemiravanje putem građanskog procesnog prava obično počinje slanjem prijeteće opomene pred tužbu i može se nastaviti podnošenjem (niza) tužbi, povodom kojih odbrana može koštati mnogo novca i zahtijevati značajne resurse tuženih. Uprkos prepoznatljivim elementima SLAPP-ova, većina država u regionu, pa i šire, nema posebne propise posvećene njihovoj regulaciji i suzbijanju.⁵⁰ Osim toga, postojeći propisi koji uređuju građansku proceduru, uključujući i domaće⁵¹, ne predviđaju dovoljno učinkovite mehanizme koji mogu pružiti *adekvatnu* zaštitu protiv procesnih zloupotreba, obuhvatajući i onu prisutnu u slučaju SLAPP-ova.

Domaćim sudovima ipak nisu u potpunosti vezane ruke. Moguće mjere, poznate i u uporednom pravu⁵², su novčane sankcije za subjekta koji zloupotrebljava procesna ovlaštenja (u vidu naknade štete, podjele troškova parničnog postupka, novčane kazne)⁵³, procesne sankcije/posljedice (poput ništavosti parnične radnje, prekluzija i uskraćivanje prava), ali i sankcionisanje profesionalnog/kvalificira-

⁴⁹ Evropski sud za ljudska prava, *Lewandowska-Malec v. Poljske*, br. 39660/07, paragraf 69, presuda od 18.09.2012. god.

⁵⁰ <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>

⁵¹ Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, „*Službene novine FBiH*”, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015 (dalje: ZPP F BiH); Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, „*Službeni glasnik RS*”, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 - odluka US, 45/2009 - odluka US, 49/2009, 61/2013 i 109/2021 - odluka US (dalje: ZPP RS); Zakon o parničnom postupku Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, „*Sl. glasnik Brčko distrikta BiH*”, br. 28/2018 i 6/2021.

⁵² M. Taruffo, „General Report: Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness“, in M. Taruffo (eds), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Kluwer Law International, 1999.

⁵³ Slične mjere je moguće koristiti i u izvršnom postupku. V. Sanjin Omanović, Anisa Ruhotina, „Mjere za suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku“, *Godišnjak Pravnog Fakulteta u Sarajevu*, 2020, Vol. 63, 487-516.

nog punomoćnika, koji su svojim radnjama teže zloupotrijebili prava priznata ZPP-om, kao vid nepoštivanja suda.⁵⁴ Praktično korištenje navedenih mjera je otežano, zbog poteškoća u dokazivanju da korištenje pravnih ovlaštenja zaista predstavlja zloupotrebu.⁵⁵

Prepoznajući važnost potrebe rješavanja ove zloupotrebe pravosudnog sistema i zaštite ispitanika od ovog oblika pravnog uznemiravanja, u posljednje vrijeme upućeno je nekoliko poziva i inicijativa za donošenje novih propisa (na primjer u Evropskoj uniji⁵⁶ i Vijeću Evrope⁵⁷) i za promjenu postojećih propisa, kako bi se spriječio *forum shopping*⁵⁸.

Bez obzira što je stručna javnosti pretežno upoznata sa ovim fenomenom, manji broj država je usvojio propise za sankcionisanje takve prakse, uglavnom izvan Evrope.⁵⁹ Brojni izvještaji potvrđuju da se SLAPP-ovi pojavljuju u mnogim državama članicama Evropske unije (dalje: EU) i postaju problem na nivou EU. Istovremeno, nijedna država članica trenutno ne predviđa posebne zaštitne mjere protiv SLAPP-ova⁶⁰, a samo nekoliko njih trenutno razmatra uvođenje posebnih zaštitnih mjera. Ne postoje ni pravila za rješavanje SLAPP-ova na nivou EU. Iako se, zavisno od nacionalnog prava, mogu primijeniti neke postojeće opšte zaštitne mjere, one se znatno razlikuju među državama članicama i njihova je djelotvornost ograničena.⁶¹

⁵⁴ Član 406. ZPP F BiH/RS.

⁵⁵ R. Račić/D. Radončić, *op.cit.*

⁵⁶ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your->

⁵⁷ *The need for a Council of Europe Recommendation on measures to deter and remedy the use of SLAPPs*. <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2021/03/The-Need-for-a-Council-of-Europe-Recommendation-Final-1.pdf>

⁵⁸ Izbor nadležnog suda, onda kada norme o nadležnosti to dozvoljavaju, ima uticaja na primjenjiva procesna pravila, pravila o stranačkoj i parničnoj sposobnosti, dostupnosti mehanizma parnica za zaštitu kolektivnih interesa, pravila o prikupljanju dokaza, organizaciju sudova i sl. Za više vidi: H. Duffy, *Strategic Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2018, 254.

⁵⁹ Određeni anti-SLAPP propisi su usvojeni u Australiji (vidjeti: G. Ogle, „Anti-SLAPP law reform in Australia, Review of European Community and International Environmental Law, 2010, https://www.researchgate.net/publication/227957240_Anti-SLAPP_law_reform_in_Australia, 19.10.2022.) i Kanadi (vidjeti: H. Young, „Canadian Anti-SLAPP Laws in Action“, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4136609>, 19.10.2022.).

⁶⁰ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI\(2022\)733668_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI(2022)733668_EN.pdf)

⁶¹ Evropska komisija, Glavna uprava za pravosuđe i zaštitu potrošača, B. Hess, M. Requejo Isidro, F. Gascón Inchausti, P. Oberhammer, E. Storskruub, G. Cuniberti, Kern, K. Weitz, X. Kramer „An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments“, Ured za publikacije Evropske unije, 2017., <https://data.europa.eu/doi/10.2838/38491>, 31.

Zahtjevi i preporuke za djelovanje na nivou EU su dolazili iz više izvora.⁶² Većina zahtjeva je insistirala na tome da zakonodavna intervencija doprinese željenom cilju ekspeditivnog odbacivanja SLAPP tužbi u najranijoj fazi, bez povrede (ljudskih) prava tužitelja na pristup pravdi. Pravilno postavljen anti-SLAPP pravni okvir pruža mogućnost postavljanja legitimnih zahtjeva sudu, uvažavajući uslove koje postavlja čl. 6. Evropske konvencije.⁶³ Međutim, tek je nakon atentata novinarka Daphne Caruana Galizia u oktobru 2017, potreba za uvođenjem anti-SLAPP zakonodavstva u EU počela da zaokuplja javni interes.⁶⁴ Nekoliko dana nakon atentata postalo je jasno da je fizičko nasilje dio šireg fenomena u kojem su povezani subjekti potisnuli preispitivanje pitanja od javnog interesa.⁶⁵ U trenutku ubistva, novinarka Galizia je bila tužena u 43 građanska postupaka⁶⁶ u više država, uključujući Sjedinjene Američke Države i Ujedinjeno Kraljevstvo.⁶⁷

Evropska komisija je krajem aprila 2022. godine donijela *Prijedlog Direktive o zaštiti osoba uključenih u javno sudjelovanje od očito neosnovanih ili zlonamjernih sudskih postupaka* („strateške tužbe protiv javnog sudjelovanja”).⁶⁸ Njome se utvrđuju minimalni standardi i nastoji osigurati usklađenost pravila građanskog postupka koja se primjenjuju u državama članicama protiv SLAPP-ova, u vidu procesnih garancija u predmetima sa prekograničnim implikacijama. Prijedlog Direktive i *Preporuka Komisije o zaštiti novinara i boraca za ljudska prava uključenih u javno učešće od očito neosnovanih ili zlonamjernih sudskih postupaka* („strateške tužbe protiv javnog učešća“)⁶⁹, koji se donose istovremeno,

⁶² U studiji koju je naručilo Odjeljenje za politiku Evropskog parlamenta za građanska prava i ustavna pitanja, na zahtjev JURI komiteta, istraživači sa Univerziteta u Aberdinu preporučili su da EU preduzme zakonodavnu inicijativu u cilju zaustavljanja toka sudskih sporova čiji je cilj da suzbije učešće javnosti u pitanjima od javnog interesa. J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, *op.cit.* Također: zajednički zahtjev 119 nevladinih organizacija pod nazivom „Ending Gag Lawsuits in Europe - Protecting Democracy and Fundamental Rights“, dostupan putem linka: <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/06/Ending-SLAPPs-NGO-Policy-Paper-119-FINAL.pdf>

⁶³ Vidjeti: T. Wahl, „Study Recommends anti-SLAPP Directive“, The European Criminal Law Associations Forum, 2/2021, 102. https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2021-02.pdf#page=50, 28.10.2022.

⁶⁴ <https://assassination.globalinitiative.net/face/daphne-caruana-galizia/>, 28.10.2022.

⁶⁵ J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, *op.cit.*, 14.

⁶⁶ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-maltese-authorities-to-withdraw-posthumous-defamation-lawsuits-against-the-family-of-daphne-caruana-galiz>, 28.10.2022. Broj neriješenih slučajeva za klevetu smanjen je na pet od maja 2021. Tužioci u pet preostalih slučajeva su svi bivši ili sadašnji zvaničnici, Zahvaljujući neumornoj kampanji nevladinih organizacija, članova Dafnine porodice i Fondacije, vlade i javnog sektora. <https://www.daphne.foundation/en/justice/vexatious-libel-cases>, 28.10.2022.

⁶⁷ <https://www.rcmediafreedom.eu/Dossiers/SLAPPs-Strategic-Lawsuits-Against-Public-Participation>, 28.10.2022.

⁶⁸ Evropska komisija, Brisel, 27.04.2022. god. COM (2022) 17. Tekst dostupan putem linka: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0177&from=EN>

⁶⁹ C(2022) 2428, 27.10.2022.

komplementarni su i usklađeni. Smatramo korisnim razmotriti ključna rješenja iz Prijedloga Direktive, koja mogu poslužiti kao inspiracija domaćem zakonodavcu, naročito u perspektivi inoviranja građanskog parničnog zakonodavstva.

Zajednička pravila o procesnim garancijama⁷⁰ određuju koje zahtjeve može podnijeti tuženi u SLAPP parnicama. Tri su osnovna zahtjeva. *Zahtjev za osiguranje* na osnovu kojeg postupajući sud može zatražiti od tužitelja osiguranje za troškove postupka ili troškove postupka i naknadu štete, ako smatra da je takvo osiguranje primjereno u odnosu na elemente koji ukazuju na zlonamjerni sudski postupak. Drugi je zahtjev za rano odbacivanje, u cijelosti ili djelomično, *očito neosnovanih tužbenih zahtjeva*, uz mogućnost da države članice odrede rokove za ostvarivanje ovog zahtjeva. Utvrđena je obaveza država članica da osiguraju prekid postupka do donošenja konačne odluke o zahtjevu tuženog za rano odbacivanje⁷¹, te da se o zahtjevu odlučuje u ubrzanom postupku.⁷² Jedna od važnijih odredbi koja treba doprinijeti olakšanju položaja tuženog, jeste pravilo o teretu dokazivanja, prema kojem tužitelj treba dokazati da tužbeni zahtjev nije očigledno neosnovan⁷³, a odluka o zahtjevu za rano odbacivanje treba biti podložna žalbi.⁷⁴ Treći zahtjev koji tuženi može postaviti može biti neki od predviđenih pravnih lijekova protiv zlonamjernih sudskih postupaka i to zahtjev: za naknadu troškova postupka⁷⁵, naknadu štete⁷⁶ i novčane kazne⁷⁷.

Kao naročito opasne su prepoznate procesne strategije naknadnih izmjena tužbenog zahtjeva ili podnesaka tužitelja koji namjerno povlače ili mijenjaju tužbene zahtjeve ili podneske kako bi izbjegli naknadu troškova postupka stranci koja je dobila spor. Tom se pravnom strategijom sudu može uskratiti mogućnost da proglasi sudski postupak zlonamjernim, a tuženi ostaje bez prilike za povrat troškova postupka. Stoga je u Prijedlogu Direktive predviđeno da naknadne izmjene tužbenih zahtjeva ili podnesaka koje tužitelj izvrši tokom glavnog postupka, uključujući prekid postupka, ne utiču na mogućnost da sud pred kojim se vodi postupak proglasi sudski postupak zlonamjernim i odobri naknadu troškova postupka, naknadu štete ili kazne.⁷⁸ Kao vid dodatne podrške ili zaštite, predviđena je mogućnost učešća nevladinih organizacija koje štite ili promovišu prava osoba uključenih u javno učešće u tim sudskim postupcima, ili kao podrška tuženom ili kao izvor informacija.⁷⁹ Predložena rješenja se čine razumnim i konkretnim, a

⁷⁰ Sadržana u čl. 5. Prijedloga Direktive.

⁷¹ Član 10. Prijedloga Direktive.

⁷² Član 11. Prijedloga Direktive.

⁷³ Član 12. Prijedloga Direktive.

⁷⁴ Član 13. Prijedloga Direktive.

⁷⁵ Član 14. Prijedloga Direktive.

⁷⁶ Član 15. Prijedloga Direktive.

⁷⁷ Član 16. Prijedloga Direktive.

⁷⁸ Član 6. Prijedloga Direktive.

⁷⁹ Član 7. Prijedloga Direktive.

Prijedlog Direktive (i Preporuka) kao ključni prvi koraci u pravom smjeru⁸⁰, ali ostaje da se vidi da li će EU zakonodavac (Evropski parlament i Vijeće) usvojiti.

Iz perspektive domaćeg zakonodavca, usvajanje eksplicitnijih rješenja za sprečavanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja nije lagan zadatak, jer takvi mehanizmi u domaćem sistemu nemaju dugu, dobro utemeljenu pravnu tradiciju, između ostalog, zbog bojazni da je onemogućavanje podnošenja SLAPP tužbi ili njihovo pojednostavljeno i ubrzano odbacivanje i/ili odbijanje, u suprotnosti sa pravom na pristup pravdi i pravičnim suđenjem. Osim toga, inovirani propisi uvijek uključuju rizik od zloupotrebe sami po sebi. Bez obzira na ova razmatranja, rješenja predložena u Prijedlogu Direktive bi mogla poslužiti kao polazna tačka i smjernica za rješavanje slučajeva strateških parnica protiv javnog učešća.

Mogućnost odugovlačenja postupka i uzrokovanje visokih sudskih troškova služe kao glavni zastrašujući efekti koji SLAPP-ovi imaju na tužene, zbog čega jedan od važnijih izazova leži u ranoj identifikaciji takvih tužbi, bez potrebe da se prođe kroz (kompletan) parnični postupak. Uspostavljanje nekog oblika preliminarne ocjene i filtriranja – sistema u kojem se prijedlozi i dokazna sredstva mogu procijeniti i u kojem se šteta od odbacivanja tužbe može uravnotežiti sa štetom zbog dozvoljavanja da se postupak nastavi – moglo bi biti prvi korak naprijed. Tuženim bi se mogao ponuditi neki oblik pomoći protiv takvih tužbi, na primjer kroz finansijska sredstva i kroz pravnu ili psihološku pomoć. Ograničenja su moguća i kroz posebne propise koji uređuju zaštitu od klevete, postavljanjem maksimalnog iznosa vrijednosti zahtjeva za naknadu štete zbog klevete.⁸¹ Propisi bi također mogli da predvide način da se zlonamjerne stranke u parnici drže odgovornim za njihovu zloupotrebu procesnih ovlaštenja. Osim toga, obuka i edukacije o prepoznavanju i rješavanju ovih zlonamjernih tužbi mogla bi se ponuditi različitim učesnicima u parničnom procesu (sudijama, advokatima, civilnom sektoru). Konačno, mogućnost *forum shopping*-a za zlonamjerne tužitelje treba ograničiti što je više moguće.⁸²

4. Zaključak

Procesno pravo je instrument zloupotrebe koji omogućava da strateški parnični postupci protiv javnog učešća ostvare svoj cilj zastrašivanja i odvratanja od izražavanja mišljenja o pitanjima od javnog interesa, ali je istovremeno i ključno u osiguravanju djelotvorne zaštite ljudskih prava. Percepcija procesnog prava kao instrumenta zloupotrebe ili mehanizma zaštite zavisi od konkretnih rješenja uređenih građanskim procesnim i materijalnim pravom, koji trebaju omogućiti

⁸⁰ <https://ipi.media/eu-anti-slapp-directive-a-landmark-step-in-the-right-direction/>, 28.10.2022.

⁸¹ Primjera radi, takvo ograničenje bi se moglo propisati u članu 10. Zakona o zaštiti od klevete F BiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 59/2002, 19/2003 i 73/2005), odnosno članu 11. Zakona o zaštiti od klevete RS (“Službeni glasnik Republike Srpske” broj 37/01).

⁸² https://www.osce.org/files/f/documents/c/f/505075_0.pdf

sudovima delikatno balansiranje između prava na pristup pravdi i prava na privatnost, sa jedne, i prava na slobodu izražavanja, sa druge strane. Jedan način je uspostavljanje procesnih garancija i mehanizama za efikasno sprečavanje procesnih zloupotreba. Takvi mehanizmi trebaju biti pažljivo dizajnirani, ostavljajući sudu dovoljno diskrecionog prostora u pojedinačnim slučajevima, kako bi se očuvala osjetljiva ravnoteža između brzog odbacivanja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva i efikasnog pristupa pravosuđu.

Uvažavajući standarde razvijene kroz jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava, ali i recentne prijedloge unutar Evropske unije, smatramo da postoji potreba da domaći zakonodavac prilikom sljedećih intervencija u građanski (prvenstveno parnični) postupak, ozbiljno razmotri mogućnost uključivanja konkretnih mehanizama za sprečavanje i suzbijanje SLAPP-ova, kroz uvođenje mogućnosti ranog odbacivanja očito neosnovanih tužbenih zahtjeva u ubrzanom postupku, prebacivanjem na tužitelja teret dokazivanja da tužbeni zahtjev nije očigledno neosnovan. Također, predviđanje konkretnih pravnih sredstava protiv zlonamjernih sudskih postupaka ojačalo bi poziciju tuženog i smanjilo efekte zastrašivanja, u vidu zahtjeva za naknadu troškova postupka na način da se tužitelju naloži da snosi sve troškove postupka, uključujući ukupne troškove pravnog zastupanja tuženog, osim ako su ti troškovi pretjerani.

Naknada štete treba biti dodatna mogućnost, tako da fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu zbog zlonamjernog sudskog postupka protiv javnog sudjelovanja može tražiti i dobiti punu naknadu za tu štetu. Dodatno, propisivanjem strožijih novčanih kazni za nepoštivanje suda zbog zloupotrebe procesnih ovlaštenja i uvođenjem izričitog ograničenja iznosa koji se može tražiti na ime obeštećenja u slučajevima klevete, stvorio bi se solidan okvir za sprečavanje i suzbijanje zlonamjernih tužbi. Korištenje predloženih mehanizama pretpostavlja, u svakom konkretnom slučaju, brižljivu ocjenu suda da li predmetna tužba ispunjava više kriterija za njenu identifikaciju kao strateške tužbe protiv javnog učešća, u nastojanju da pravo na pristup pravdi i garancije pravičnog postupka ne bi bile dovedene u pitanje.

Spisak korištene literature

1. „Ending Gag Lawsuits in Europe - Protecting Democracy and Fundamental Rights“, dostupan putem linka: <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/06/Ending-SLAPPs-NGO-Policy-Paper-119-FINAL.pdf>
2. A. Freeman, “The Future of Anti-SLAPP Laws”, *SLU Law Journal*, 2018.
3. B. Hess, “Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?”, *Max Planck Institute for Procedural Law, Research Paper Series*, No. 2022 (3).
4. Burkhard Hess, Marta Requejo Isidro, Fernando Gascón Inchausti, Paul Oberhammer, Eva Storskrubb, Gilles Cuniberti, Kern, Karol Weitz, Xandra Kramer „An evaluation study of national procedural laws and practi-

- ces in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments“, Ured za publikacije Evropske unije, 2017., <https://data.europa.eu/doi/10.2838/38491>
5. D. Voorhoof, European Court on Human Rights: OOO Memo v. Russia, IRIS Legal Observations, European Audiovisual Observatory, <https://merlin.obs.coe.int/article/9474>
 6. ESLJP, *Bayev a.o. protiv Rusije*, predstavke broj 67667/09, 44092/12 i 56717/12, presuda od 20. juna 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/en-g?i=001-174422>
 7. G. Ogle, „Anti-SLAPP law reform in Australia, Review of European Community and International Environmental Law, 2010, https://www.researchgate.net/publication/227957240_Anti-SLAPP_law_reform_in_Australia
 8. G. W. Pring, “SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation”, 1989, Pace Environmental Law Review, Vol. 7, No. 1.
 9. H. Duffy, *Strategic Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2018.
 10. H. Young, „Canadian Anti-SLAPP Laws in Action“, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4136609>
 11. J. Borg-Barthet, ‘Advice concerning the introduction of anti-SLAPP legislation to protect freedom of expression in the European Union’(2020) Centre for Private International Law, School of Law, University of Aberdeen. <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2020/05/EC-Advice-concerning-the-introduction-of-anti-SLAPP-legislation-to-protect-freedom-of-expression-in-the-European-Union.pdf>
 12. J. Borg-Barthet, B. Lobina, M. Zabrocka, „The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society“, European Parliament, juni 2021. godine, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)694782](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)694782)
 13. K. Istrefi/E. Irving, „Rights In The Populist Era, A Comment On *Bayev v. Russia* (EctHR): More Didactic Than Persuasive?“, Harvard Human Rights Journal, vol. 31, issue 159.
 14. M. Diaz Crego/M. Del Monte, Strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), Briefing, European Parliament, septembar 2022. Dostupno putem linka: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI\(2022\)733668_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733668/EPRS_BRI(2022)733668_EN.pdf)
 15. M. Taruffo, „General Report: Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness“, in M. Taruffo (eds), Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, Kluwer Law International, 1999.
 16. P. Bárd, J. Bayer, N. Chun Luk, L. Vosyliute, „Ad-Hoc Request. SLAPP in the EU context“, 2020, Academic Network on European Citizenship Rights, European Commission. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf

17. P. Canan, "The SLAPP from a Sociological Perspective", *Pace Environmental Law Review*, 1989, Vol. 7, No. 1.
18. P. Canan/G. W. Pring, "SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out", Temple University Press, 1996.
19. P. Canan/G. W. Pring, "Strategic Lawsuits Against Public Participation", *Social Problems*, 1988, Vol. 35, No. 5.
20. P. Cannoot, Claire Poppelwell-Scevak, „ECTHR Finds Russia’s Gay Propaganda Law Discriminatory In Strong-Worded Judgment“, *Strasbourg Observers*, 2017. <https://strasbourgobservers.com/2017/07/11/ecthr-finds-russias-gay-propaganda-law-discriminatory-in-strong-worded-judgment/>
21. R. Račić/Dž. Radončić, „Strateški postupci protiv učešća javnosti“, 35. *Susret Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, "Sudski postupak – pravda i pravičnost", decembar 2022.
22. S. Hartzler, "Protecting Informed Public Participation: Anti-SLAPP Law and the Media Defendant", *Valparaiso University Law Review*, 41, 2007.
23. S. Omanović, Anisa Ruhotina, „Mjere za suzbijanje zloupotrebe procesnih ovlaštenja u izvršnom postupku“, *Godišnjak Pravnog Fakulteta u Sarajevu*, 2020, Vol. 63.
24. T. Anthony, "Quantum of Strategic Litigation – Quashing Public Participation", *Australian Journal of Human Rights* 14(2), 2009.
25. T. Wahl, „Study Recommends anti-SLAPP Directive“, *The European Criminal Law Associations Forum*, 2/2021. https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2021-02.pdf#page=50, 20.09.2022.
26. *The need for a Council of Europe Recommendation on measures to deter and remedy the use of SLAPPs*. <https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2021/03/The-Need-for-a-Council-of-Europe-Recommendation-Final-1.pdf>

Sudska praksa:

1. Evropski sud za ljudska prava *Khural and Zeynalov v. Azerbaijan*, predstava broj 55069/11, presuda od 06.10.2022. god.
2. Evropski sud za ljudska prava, *Axel Springer AG protiv Njemačke*, broj 39954/08, presuda od 7.02.2012. god.
3. Evropski sud za ljudska prava, *Bédat protiv Švajcarske*, broj 56925/08, presuda od 29.03.2016. god.
4. Evropski sud za ljudska prava, *Couderc i Hachette Filipacchi Associés protiv Francuske*, br. 40454/07, ECHR 2015, presuda od 12.06.2004. god.
5. Evropski sud za ljudska prava, *Cumpăna i Mazăre v. Rumunija*, br.33348/96, ECHR 2004-XI, presuda od 17.12.2004. god.
6. Evropski sud za ljudska prava, *Do Carmo de Portugal e Castro Câmara v. Portugal*, br. 53139/11, presuda od 4.10.2016. god.
7. Evropski sud za ljudska prava, *Fressoz i Roire protiv Francuske*, br. 29183/95, ECHR 1999-I, presuda od 21.01.1999. god.
8. Evropski sud za ljudska prava, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 5493/72, presuda od 07.12.1976. god.

9. Evropski sud za ljudska prava, *Independent Newspapers (Ireland) Limited v. Ireland*, predstavka broj 28199/15, presuda od 15.06.2017. god.
10. Evropski sud za ljudska prava, *Lewandowska-Malec v. Poljske*, br. 39660/07, presuda od 18.09.2012. god.
11. Evropski sud za ljudska prava, *Lingens v. Austrija*, presuda od 8. 07.1986. god.
12. Evropski sud za ljudska prava, *Medžlis Islamske zajednice Brčko i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, broj 17224/11, presuda od 27.06.2017. god.
13. Evropski sud za ljudska prava, *Milisavljević protiv Srbije*, br. 50123/06, presuda od 04.04.2017. god.
14. Evropski sud za ljudska prava, *OOO Memo v. Russia*, predstavka br. 2840/10, presuda od 15.03.2022. god.
15. Evropski sud za ljudska prava, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, predstavka broj 49017/99, presuda od 19.06.2003. god.
16. Evropski sud za ljudska prava, *Pedersen i Baadsgaard protiv Danske*, br. 49017/99, ECHR 2004-XI.
17. Evropski sud za ljudska prava, *Prunea protiv Rumunije*, br. 47881/11, presuda od 08.01.2019. god.
18. Evropski sud za ljudska prava, *Steel Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 68416/01, presuda od 15.02.2005. god.
19. Evropski sud za ljudska prava, *Sürek i Özdemir v. Turska*, br. 23927/94 i 24277/94, presuda od 08.07.1999. god.
20. Evropski sud za ljudska prava, *Timpul Info-Magazin i Anghel v. Moldavija*, predstavka broj 42864/05, 27.11.2007. god.
21. Evropski sud za ljudska prava, *Von Hannover protiv Njemačke* (br. 2), br. 40660/08 i 60641/08, presuda od 07.02.2012. god.
22. Evropski sud za ljudska prava, *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25.11.1996. god.

Internet izvori:

1. <https://ipi.media/eu-anti-slapp-directive-a-landmark-step-in-the-right-direction/>
2. https://www.osce.org/files/f/documents/c/f/505075_0.pdf
3. <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-on-maltese-authorities-to-withdraw-posthumous-defamation-lawsuits-against-the-family-of-daphne-caruana-galiz>
4. <https://www.daphne.foundation/en/justice/vexatious-libel-cases>
5. <https://www.rcmediafreedom.eu/Dossiers/SLAPPs-Strategic-Lawsuits-Against-Public-Participation>
6. SLAPPs against journalists across Europe, Media Freedom Rapid Response, Mart 2022. <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>

Dženana Radončić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica

**STRATEGIC LITIGATION AGAINST PUBLIC PARTICIPATION:
BALANCING THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AND THE RIGHT
TO FREEDOM OF EXPRESSION**

Abstract: Strategic litigation proceedings against public participation (SLAPP) are a special form of harassment, primarily directed against journalists and human rights activists, with the aim of preventing them from expressing their opinions on matters of public interest or punishing them for it. Such practices threaten a free and functioning press and represent an interference with basic rights, such as freedom of expression and freedom to receive information. Procedural law is an instrument of abuse that enables strategic litigation against public participation to achieve its goals of intimidation and dissuasion from expressing opinions on matters of public interest, but at the same time it is crucial in ensuring the effective protection of human rights. Certain rights should be placed in a relationship of delicate balance, such as the right to access to justice and the right to privacy, on the one hand, and the right to freedom of expression, on the other, by establishing procedural guarantees and mechanisms for the effective prevention of procedural abuses, in light of the standards developed through the jurisprudence of the European Court for human rights.

Key words: SLAPP, abuse of process, strategic litigation, freedom of expression, defamation

Dr. sc. Cvija Jurković, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Jelena Zovko, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Mag. iur. Ivan Tomić, asistent

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

KLAUZULA VJEČNOSTI U USTAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: U radu će autori analizirati normativni okvir, opseg i domet ljudskih prava s obzirom na klauzulu vječnosti u Ustavu Bosne i Hercegovine. Kao prava koja pripadaju svakom čovjeku samom činjenicom da je ljudsko biće, postavlja se pitanje mogućnosti njihovog pozitivnopravnog reguliranja. Katalog ljudskih prava nije i ne može biti konačan budući da se njihov broj povećava, a opseg širi razmjerno porastu pravne kulture društva. S obzirom na njihov univerzalni karakter i visok stupanj internacionalizacije, ljudska prava prelaze tradicionalne okvire unutarnjeg pravnog poretka. U Bosni i Hercegovini ljudska prava zajamčena su na ustavnoj razini uz specifičan pravni položaj Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Ustav Bosne i Hercegovine na poseban način pozicionira ljudska prava propisujući klauzulu vječnosti. Budući da je u Ustavu regulirana procedura njegove izmjene, propisivanjem klauzule vječnosti ustavotvorac je stvorio antinomiju unutar samog akta. Zbog navedenog autori će primjenom pravila ustavnopravnog tumačenja ispitati praktičnu djelotvornost predmetne klauzule te iznijeti zaključke o mogućnosti apsolutnog pozitivnopravnog obuhvata ljudskih prava.

Ključne riječi: ljudska prava, Ustav Bosne i Hercegovine, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, klauzula vječnosti, ustavnopravno tumačenje

1. Uvod

Evolucija ljudskih prava i temeljnih sloboda pokazuje tendenciju progresivnog rasta. Veliki povijesni događaji prethodili su uspostavljanju pravne jednakosti svih ljudskih bića, a borba za neotuđiva prava pojedinca nailazila je na snažne otpore postojećeg sustava vlasti. U razvoju ovog područja vidljiv je trend internacionalizacije iz čega ne proizlazi da su unutarnji pravni poreci država manje značajni. Štoviše, države su još uvijek središte garancije poštivanja prava i sloboda građana.

U aktualnom trenutku povijesnog razvoja ljudska prava i temeljne slobode nalaze se pred ozbiljnim iskušenjima. Donedavno nezamislivi događaji postali su stvarnost, a čovječanstvo se u proteklih nekoliko godina suočilo s nizom ozbiljnih kriza. Pandemija covid-19 je u mnogočemu ograničila ljudska prava i slobode, utjecala na privatnost građanina premještanjem poslovnog, a većim dijelom i privatnog života u online sferu, ograničila slobodu kretanja i otvorila brojna pravna pitanja mogućnosti ograničavanja ljudskih prava i sloboda. Ulazeći u postupnu normalizaciju i povratak ranijem načinu življenja, svijet je uzdrmao oružani sukob na području Europe. Bez namjere ulaženja u ocjenu tog sukoba koji, nažalost, još uvijek traje, može se zaključiti kako je upravo područje ljudskih prava i sloboda aktualnije nego što se moglo predvidjeti. Stoga je i namjera autora rada dati znanstveni doprinos analizi praktične djelotvornosti specifičnog mehanizma zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda – klauzule vječnosti.

Propisivanjem nedopustivosti ustavnih izmjena koje bi umanjile ili eliminirale ljudska prava i slobode iz čl. II Ustava Bosne i Hercegovine, ustavotvorci su domaći ustav svrstali u red ustava koji sadrži eksplicitnu klauzulu vječnosti. U radu će se prikazati povijesni razvoj koji se kretao u pravcu internacionalizacije i univerzalnog karaktera ljudskih prava, ukazati na prirodnopravnu dimenziju ljudskih prava s osvrtom na evoluciju klauzule vječnosti. Autori će analizirati pojam klauzule vječnosti s komparativnim prikazom vrijednosti koje se istom štite. Zaključno, u radu će se primjenom pravila ustavnopravnog tumačenja ispitati praktična djelotvornost klauzule vječnosti u ustavnom sustavu Bosne i Hercegovine.

2. Povijesni razvoj ljudskih prava

Ljudska prava su prava koja pripadaju svakom čovjeku samom činjenicom da je ljudsko biće. Ovakav pravni koncept relativno je nova pojava nastala u poraću Drugog svjetskog rata, a od donošenja Opće deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih naroda (dalje: UN) 1948. godine ubrzano se razvija.¹ Varljivo jednostavna definicija ljudskih prava ne odaje raznovrsnost i interakciju njenih izvora niti složenost nastanka. Spoznaje o ljudskim pravima (i dužnostima) i shvaćanja kakav bi svijet trebao biti, za razliku od onog kakav trenutno nije, plod su brojnih heterogenih faktora. Kako ističe Lauren, dio ih je proizašao „iz vjerskih uvjerenja, suosjećanja ili osjećaja dužnosti i brige za braću i sestre koji pate u nevolji, drugi su izrasli iz filozofskog diskursa o prirodi samog čovječanstva, prirodnim pravima, etičkim ograničenjima kako se trebamo odnositi jedni prema drugima, odgovarajućim ovlastima vlade ili vladavini zakona“, dok su neki pak nastali “iz

¹ Cmiel, K., Recent History of Human Rights u Iriye A., Goedde P., I. Hitchcock, W.I. (ed.), *The Human Rights Revolution An International History*, Oxford University Press, Inc., New York, 2012. str. 27; Clapham, A., *Human Rights, A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Inc., Oxford, 2007. str. 5.

vreline bijesa izazvanog strastvenim osjećajem individualne ili kolektivne savjesti zbog nepravde nanesene nevinim ili bespomoćnim žrtvama“ te „iz nasilja i boli u ratovima, revolucijama, prevratima ili brutalnim zločinima.“² Neka od prava zaštićena suvremenim pojmom ljudskih prava nalazimo u učenjima i vjerskim knjigama mnogih svjetskih religija poput hinduizma, judaizma, budizma, kršćanstva, islama i dr., prisutnih stotinama i tisućama godina, kao i kod shvaćanja, mislilaca, ali i pravnih dokumenata drevnih naroda starog vijeka. No, ni Hamurabijev Babilon ni antička Atenska demokracija, ni Rimaska Republika ni Carstvo nisu uvažavali ideju da sva ljudska bića imaju jednaka prava. Klasnost prava bila je jedna od temeljnih značajki pravnih sustava starog i srednjeg vijeka, pa tako i babilonskog društva. U Ateni, kolijevci misli prirodnog prava, poznavali su pojam *isonomia* – jednake primjene prava, ali samo za atenske građane. Stranci nisu imali politička prava, pravni status žena bio je nezavidan, a činjenica ropstva kao osnove društvoekonomskog sustava bila je svakodnevnica. Pravni i politički poredak rimske države, koji je iznjedrio pojam *ius gentium* – prava zajedničkog svim narodima, je od svojih početaka u 8. stoljeću pr. Kr., pa i nakon podjele rimskog građanstva skoro svim svojim slobodnim stanovnicima, konstitucijom cara Karakale 212. godine, prepoznavao različite pravne kategorije stanovništva. Srednjovjekovna društva u Europi također su bila pravno stratificirana. Načelo personaliteta prava i pravni partikularizam srednjeg vijeka osobito unutar spona feudalnog društvoekonomskog uređenja bili su prepreka bilo kakvom pravnom univerzalizmu. Unatoč univerzalizmu dominantne vjere u srednjovjekovnoj Europi, „duhovni egalitarizam i univerzalnost kršćanstva izražavali su se u duboko neegalitarnim politikama.“³

Suvremeni koncept ljudskih prava svoje porijeklo vuče iz učenja škole prirodnog prava u 17. i 18. stoljeću. Zasnovana na idejama prirodnog prava i vjere u univerzalni poredak stvari u djelima Johna Locka te, u doba Prosvjetiteljstva kod Montesquieua, Voltairea, i Jean-Jacques Rousseaua i dr., učenja škole prirodnog prava preteča su i temelj stvaranja prvih suvremenih dokumenata zaštite ljudskih prava u 17. i 18. stoljeću - od Zakona o pravima iz 1689. godine u Engleskoj, Deklaracije neovisnosti iz 1776. te Ustava Sjedinjenih Američkih Država (dalje: SAD) iz 1787., do Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. u Francuskoj. Ovi dokumenti još su uvijek ugrađeni u pravne temelje država u kojima su nastali, no njihov pravni utjecaj mnogo je širi. Načela ukorijenjena u prvim modernim aktima o ljudskim pravima postala su aksiom djelovanja društvenopolitičkih pokreta 19. i 20. stoljeća, s različitim i često nelinearnim razvojem. Škola prirodnog prava našla se u 19. i prvim desetljećima 20. stoljeća pod oštrom kritikom povijesno-pravne škole, zagovaratelja normativnog pozitivizma i pravnog dogmatizma. Tek nakon Drugog svjetskog rata, ideja da ljudska bića imaju prava samom činjenicom da su ljudska bića, ponovo je zaživjela, prvenstveno u UN-

² Lauren, P. G., *The evolution of international human rights: visions seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2011., str. 2.

³ Donnelly, J., *The Relative Universality of Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, No. 2., 2007., pp. 281. – 306., str. 286., dostupno na: 10.1353/hrq.2007.0016 (19.11.2022.)

ovoj Deklaraciji o ljudskim pravima i dr. Danas se većina zapadnih mislilaca slaže da (bar teoretski)⁴, sva ljudska bića imaju bar neka prava.

I najpovršniji pogled na razvoj ljudskih prava svjedoči o postupnoj evoluciji ideje ljudskih prava i normativnoj gradualnosti njihova suvremenog obujma i u državnom i u međunarodnom smislu. Kako ističe Weston, svaka normativna tradicija ima svoje vrijeme,⁵ pa tako i vrijeme koje dolazi svoju, drugačiju, normativnu tradiciju. Francuski pravnik Karel Vasak sadržaj i legitimni doseg ljudskih prava promatrao je kroz „tri generacije“ prava inspiriran krilaticom i pravnom okosnicom Francuske revolucije *liberté, égalité, fraternité* (sloboda, jednakost i bratstvo). Prvu generaciju čine građanska i politička prava (*liberté*) čiji nastanak vežemo za 17. i 18. stoljeće; drugu generaciju ekonomska, socijalna i kulturna prava (*égalité*), koja zamah doživljavaju u ranom 19. stoljeću; te treću generaciju kolektivna prava (*fraternité*), nastalu polovicom 20. stoljeća. Ovakav pojednostavljen pogled na povijesni razvoj ljudskih prava nije pravocrtan i ne ukazuje da je jedna generacija uvjetovala nastanak sljedeće te prestala postojati, dapače one svoj razvoj nastavljaju kumulativno.⁶

Predanu inspiraciju razvoja ljudskih prava načelima Francuske revolucije potvrdio je i dopunio pojmom dostojanstva francuski pravnik René Cassin tvorac nacrtu (i imena, jer je na njegovu inicijativu UN-ova Opća Deklaracija o pravima čovjeka (dalje: Opća deklaracija) preimenovana iz *General Declaration of Human Rights* u *Universal Declaration of Human Rights*⁷). Cassin je prava ukorijenjena u Općoj deklaraciji usporedio s portikom hrama koji počiva na četiri stupa – dostojanstvu, slobodi, jednakosti i bratstvu. Dostojanstvo se odnosilo na vrijednosti zajedničke svim ljudima neovisno o vjeroispovijesti, etničkoj pripadnosti ili spolu (1. i 2. čl. Opće deklaracije), stup slobode temeljio se na pravu na život, slobodu i osobnu sigurnost (čl. 3 do 19.), jednakost je podrazumijevala prava na sudjelovanje u javnom i političkom životu (čl. 20. do 26.), a bratstvo ekonomska, socijalna i kulturna prava (čl. 27. i 28.). Krov portika čine uvjeti u kojim se prava pojedinca u društvu i državi mogu ostvariti (čl. 28.-30.).⁸ Prilikom izglasavanja Opće deklaracije osam od 58 tadašnjih država članica UN-a nije ju usvojilo u strahu da će ovaj (pravno neobvezujući) dokument dovesti do miješanja u unutarnje stvari pojedinih država i povrede suvereniteta koju je jamčila pravno obvezujuća Povelja UN-a (među njima je bila i Jugoslavija). Vrijeme je potvrdilo njihovu bojazan, jer je dugogodišnja praksa i učestalo pozivanje na Opću deklaraciju istu afirmiralo u poštovano običajno međunarodno pravo.⁹

⁴ Weston, B. H., „Human Rights“, dostupno na: <https://www.britannica.com/topic/human-rights/Defining-human-rights> (8. 11. 2022.)

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015., str. 1.

⁸ Ishay, M. R., *History of Human Rights*, University of California Press, Berkeley i Los Angeles, 2008. str. 222. – 223.

⁹ Ibid.

Intenzivna internacionalizacija ljudskih prava nastupila je u 40-tim godina-
ma 20. stoljeća potaknuta strahotama Drugog svjetskog rata. Opća deklaracija i
deklaracije Ujedinjenih naroda koje su uslijedile, a koje reguliraju posebne pravne
kategorije, prodrle su duboko u tkivo suvremenog društva i utjecale su na širenje
jezika ljudskih prava na društvene pokrete i političku oporbu država članica UN-
a, te na činjenicu da se danas sve više aktualnih društvenopolitičkih tema artikuli-
ra kao problem ljudskih prava.¹⁰ Države koje sustavno krše ljudska prava ne gube
međunarodnopravni legitimitet, ali zaštita međunarodno priznatih ljudskih prava
sve više postaje preduvjet punog pravnog legitimiteta.¹¹

U godinama neposredno po završetku Drugog svjetskog rata, dok je Europa
još uvijek bila u stanju „kolektivnog šoka“ prouzročеног stradanjima i razaranjem
dotada neviđenih razmjera, nastala je Europska konvencija za zaštitu ljudskih pra-
va i temeljnih sloboda (dalje EKLJP) i ustanovljen Europski sud za ljudska prava
(dalje ESLJP). Inicijativa za donošenje konvencije i osnivanje ESLJP potekli su s
međunarodnog kongresa u Hagu održanog u svibnju 1948. godine. Na kongresu
se okupilo blizu 800 istaknutih sudionika političara, intelektualaca, znanstvenika i
dr. iz 16 zemalja, a prisustvovalo je skoro 7000 ljudi. U atmosferi nabijenoj emo-
cijama, optimizmom i entuzijazmom za buduće europsko društvo sudionici kon-
gresu izrazili su odlučnost i predanost vrijednostima kasnije utvrđenim u EKLJP.
Na inicijativu ovog skupa u svibnju sljedeće godine utemeljeno je Vijeće Europe,
unutar čijih je tijela, Savjetodavne skupštine i Odbora ministara, izrađena EKLJP.
Nacrt EKLJP plod je rada Odbora za pravna i administrativna pitanja Savjetodav-
ne skupštine i Odbora stručnjaka imenovanog od strane Odbora Ministara Vijeća
Europe i predstavlja kompromis više različitih pristupa određivanju sadržaja i do-
sega konvencijom zajamčenih prava.¹² UN-ova Deklaracija o ljudskim pravima
snažno je utjecala na sadržaj EKLJP.

2.1. O evoluciji klauzule vječnosti

Zaštita ljudskih prava na razini država najčešće je određena ustavom kao
najvišim pravnim aktom države. U pojedinim ustavima materija ljudskih prava
dodatno je zaštićena tzv. klauzulom vječnosti, koja odredbe o ljudskim pravima
stavlja „izvan dosega revizijske ovlasti ustavotvorca“.¹³ Klauzulom vječnosti štiti-
te se vrijednosti koje su u svakoj državi „jasno vezane uz povijest i duh naroda
i njegova ustava“¹⁴, primjerice o republikanskom obliku vladavine, vladavini
prava, državnoj neovisnosti i jedinstvu, jamstvima temeljnih ljudskih prava i slo-
boda, diobi vlasti, nezavisnosti sudbene vlasti i autonomiji vlasti lokalne samo-

¹⁰ Donnelly, J., op.cit., str. 289.

¹¹ Ibid.

¹² Vidi više: Schabas, W. A., op.cit. str. 4. - 10.

¹³ Horvat Vuković, A., “U ime ustava” – materijalne granice promjene ustava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 65 No. 3-4, 2015., str. 481 – 503; str. 485, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/149397> (19.11.2022.)

¹⁴ Ibid., str. 486.

uprave.¹⁵ Ustav SAD kao prvi moderni ustav predviđa klauzulu vječnosti u čl. 5. koja normira da država članica ne može biti lišena ravnopravnog glasa u Senatu bez svog pristanka. Najstarije klauzulu vječnosti kod europskih ustava nalazimo u Ustavu Helvetske Republike iz 1798. (čl.2) o zabrani izmjene predstavničke demokracije kao oblika vladavine te u Ustavu Norveške iz 1814. godine (čl. 112.) gdje se zabranjuju promjene koje bi proturječile načelima utjelovljenim u ustavu. U pravnoj teoriji i praksi čest predmet analize je klauzula vječnosti Savezne Republike Njemačke (Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke) kojom se utvrđuju „nepromjenjiva strukturalna načela na kojima počiva njemačka ustavna država.“¹⁶ Među tim načelima je i „poštivanje ljudskog dostojanstva“ koje je bitno vezano uz okolnosti nastanka ovog ustava nakon okončanja Drugog svjetskog rata, u smislu odgovora na „izopačenost zakona Trećeg Reicha i masovna ubojstva učinjena u sjeni te nepravde“. ¹⁷ Zaštita ustavnih vrijednosti klauzulom vječnosti u okolnostima nakon ratova, revolucija ili zbacivanja autoritativnih režima nisu rijedak slučaj. Stvaranje ustava SAD-a uslijedilo je nakon Američke revolucije, Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke, nakon Drugog svjetskog rata, Republike Turske nakon političkog i vojnog ustanka Mustafe Kemala – paše, da spomenemo samo neke. Ustav Bosne i Hercegovine nastao nakon višegodišnjeg rata, štoviše kao dio međunarodnog mirovnog sporazuma, također pripada krugu post-konfliktnih ustava koji predviđaju klauzulu vječnosti. Kako ističe Silvia Suteu, uglavljiivanje klauzule vječnosti u ustav nastao nakon sukoba ili pada autoritativnih režima upravljeno je na očuvanje ustavnog projekta kao jamstva političkog sporazuma u osjetljivom povijesnom trenutku. Post-konfliktni ustavi jamstvo su postignutog sporazuma, fokusirani na pomirenje i upravljani, između ostalog, na stvaranje i očuvanje političkog poretka koji će eventualne buduće sukobe rješavati političkim i pravnim sredstvima. U ovom smislu klauzula vječnosti je drugačija od ostalih ustavnopravnih mehanizama slične funkcije, primjerice tzv. *sunset clause* ili utvrđivanje kvalificirane većine za izmjenu određenih odredbi ustava, time što zauvijek eliminira mogućnost izmjene određene ustavne odredbe. Suteu još ističe da ovakva apsolutna zabrana izmjene ustavnih odredbi može postati ozbiljna prepreka normativnom konstitucionalizmu. Ustavotvorci su ograničeni specifičnim okolnostima nastanka ustava (prijetnja obnavljanja sukoba, kratki rokovi za donošenje ustava, polariziranost sukobljenih strana) koje im onemogućuje da sagledaju brojne implikacije koje klauzula vječnosti povlači te da istu uklope u širu ustavnu strukturu.¹⁸

¹⁵ Ibid., str. 487.

¹⁶ Omejec, Jasna, Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda, rukopis, 2016., str. 1, dostupno na: https://bib.irb.hr/datoteka/792156.OMEJEC_-_GRUNDGESETZ_-_Zbornik_PRAVO_I_PRAVDA_2015_PFBgd.pdf (19.11.2022.)

¹⁷ Limbach, J., How a constitution can safeguard Democrac: The German Experience (predavanje), Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law University of Hong Kong; navedeno prema: Omejec, Jasna, cit. u bilj. 16., str. 4.

¹⁸ Vidi više: Suteu, S., Eternity clause in Post-Conflict and Post-Authoritarian Constitution Making: Promise and Limits, Global Constitutionalism, Volume 6, Issue 1, 2017, pp. 63 – 100, dostupno na :<https://doi.org/10.1017/S2045381716000265> (19.11.2022.)

3. Pojam klauzule vječnosti

Iako se ustavi trebaju stvarati s pogledom uprtim u budućnost kako bi nadišli ograničene poglede jedne generacije, ustavna znanost poznaje različite načine izmjene ustava. Unatoč idealu trajnosti ustava, zabrana svake promjene ustava je nerealna i bez obzira na prirodu ovog akta i želju ustavotvoraca da ga učine vječnim, ne upuštaju se u propisivanje opće zabrane promjene. Realnije u odnosu na navedeno je zabrana mijenjanja ustava u cijelosti na određeno vrijeme. Trajna zabrana promjene točno određenih normi je stupanj krutosti koji je prisutan u velikom broju suvremenih ustava.¹⁹ U tom slučaju radi se o tzv. klauzuli vječnosti.

Klauzula vječnosti može se definirati kao nepromjenjivi dio ustava kojim se štite određene kategorije poput temeljnih vrijednosti, ljudskih prava i temeljnih sloboda, oblika državnog uređenja, ljudskog dostojanstva i slično. Semantička formulacija dostatna je da bi se raspoznao cilj ustavotvorca – izdignuti određene dijelove ustava na razinu vječnosti i time ih zaštititi postavljajući ih izvan dosega revizijske vlasti. Prema Brajkoviću donositelj klauzule vječnosti „odlučio je „zamrznuti“ odredbu u danome trenutku smatrajući kako se njome izražava toliko značajna i temeljna vrijednost i nastojeći je sačuvati od proteka vremena, društvenih mijena, smjena generacija, pa čak i vlastite volje. Slikovito rečeno, ta je odredba izolirana u jedan vakuum, u kojem bi morala ostati cijelu vječnost, potpuno imuna i neokrzuta bilo kakvim vanjskim podražajima.“²⁰

Stipuliranje klauzule vječnosti u ustavima pokazuje neke tendencije u razvoju pravnog sustava. Na prvi pogled čini se nelogičnim da ustavotvorac propisuje nemogućnost izmjene određenih dijelova budući da su ustavi često generatori vrijednosti društva koje postoje ili su rezultirale neposredno prethodnim povijesnim zbivanjima. Klauzula vječnosti u određenom smislu predstavlja reaktivnu odredbu u smislu da je njezino nastajanje često rezultat prethodnih događanja koja su poništavala vrijednosti koje se sada žele uzdignuti na pijedestal vječnosti. Klauzula istodobno ima konzervativni karakter budući da konzervira određene vrijednosti postavljajući ih u pravni sustav tako visoko da budu izvan dosega vlasti sadašnje i buduće generacije. U tom smislu generacija ustavotvorca je privilegirana generacija. Upitno je može li ustavotvorac predvidjeti ustavne vrijednosti koje će jednako prihvaćati i s njima se poistovjećivati sadašnja i buduće generacije. Osim toga, nepromjenjivost nije svojstvena pravnom poretku. Prihvaćanje klauzule vječnosti dijelom može predstavljati prihvaćanje supraustavnih vrijednosti koje su postavljene izvan dosega ustavotvorne vlasti naroda.

Obzirom na vrijednosti koje se štite na ovaj način, postavlja se pitanje potrebe egzistiranja ovih normi u ustavima demokratskih društava u kojima su vredno-

¹⁹ O stupnjevanju krutosti ustava detaljnije vidjeti: Sokol, S., Smerdel, B., *Ustavno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 27.-28.

²⁰ Brajković, L., O (ne)postojanju klauzula vječnosti u Ustavu Republike Hrvatske, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 10 No. 3, 2021., str. 269 – 289, str. 271., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/274945> (20.11.2022.)

te kao što je oblik vladavine ili vladavina prava prepoznati kao temelj funkcioniranja i opstanka zajednice. S druge strane, ustav će ako ga vladajuće političke snage smatraju preprekom razvoja u pravcu sukladno vlastitim shvaćanjima, biti srušen nasilno, odnosno izvan predviđenih procedura.²¹

Pri analizi predmetne materije kao primjer klauzule vječnosti često se navodi klauzula sadržana u čl. 79 Temeljnog zakona Savezne Republike Njemačke iz 1949. godine. Temeljni zakon zabranjuje promjenu kojom bi se diralo u podjelu države na savezne zemlje, u načelno sudjelovanje zemalja u postupak donošenja zakona, ili u načela sadržana u čl. 1. i 20. Ustava. Člankom 1. štiti se ljudsko dostojanstvo kao nepovrediva kategorija, a ljudska prava su nepovrediva i neotuđiva i predstavljaju temelj svake ljudske zajednice, mira i pravednosti u svijetu.²² Člankom 20. utvrđuju se temelji državnog uređenja i propisuje pravo na otpor kojim se svi Nijemci imaju pravo oduprijeti svakome tko smjera srušiti ustavni poređak.²³ Zabrana izmjene normi na temelju kojih se izgrađuje demokratsko društvo potvrđuje da su ona prepoznata kao vrijednosti koje je nužno čuvati za buduće generacije, do čega su dovela negativna iskustva koja su prethodila trenutku donošenja Temeljnog zakona 1949. godine.²⁴ Primjena klauzule vječnosti s vremenom je modificirana i proširena i na pitanja vezana uz članstvo Njemačke u Europskoj uniji. Savezni ustavni sud klauzulu vječnosti u okolnostima europskih integracija smatra zaštitnikom ustavnog identiteta i konstitutivne vlasti njemačkog naroda. Ustavna tijela nemaju nadležnost za izmjenu esencijalnih ustavnih načela. Savezni ustavni sud je dužan uzimati u obzir europsko pravo i odluke europskih i međunarodnih sudova kako bi se izbjegli sukobi između obveza Savezne Republike Njemačke prema Uniji i međunarodnom pravu, i nacionalnog prava.²⁵

Osim oblika vladavine u ustavima se klauzulom vječnosti štite i druge vrijednosti. Kako navodi Horvat Vuković iz komparativne prakse vrijednosti koje se štite klauzulom vječnosti obuhvaćaju republikanski oblik vladavine (Francuska, Italija, Portugal, Turska), vladavinu prava (Turska, Njemačka), državnu nezavisnost i jedinstvo (Turska), temeljna ljudska prava i slobode²⁶ (Portugal, Turska,

²¹ Prema: Sokol, S., Smerdel, B., op.cit., str. 27.-28.

²² Basic Law for the Federal Republic of Germany, Art. 1., dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html (19.11.2022.)

²³ Ibid., art. 20.

²⁴ Termin „Osnovni zakon“ odnosno „Temeljni zakon „potrebno je razumjeti u kontekstu okolnosti donošenja. Koristio se kako bi se ukazalo da se njime stvara pravna zajednica kojoj nedostaju opće karakteristike državne zajednice i da ne obuhvaća cijelu državu koju bi morao ponovno uspostaviti. Primjenom je nastao ustav koji normira državnu organizaciju i odnos pojedinca prema državnoj vlasti te Njemačku pozicionira u europskim integracijama. Prema: Šarčević, E., Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke, Kult/B, Sarajevo, 2005., str. 36.

²⁵ Vidjeti: Omejec, Jasna, cit. u bilj. 16., str. 16, 19.

²⁶ Opravdano je pitanje o nužnosti ustavne zabrane mijenjanja odredbi kojima su regulirana ljudska prava i temeljne slobode s obzirom da su ona prestala biti samo unutarnja stvar pojedine države. Pored toga, da bi neko društvo bilo demokratsko, ono mora osigurati mehanizme učinkovite zaštite ovih prava pa je samim time mogućnost ukidanja ili umanjenja obujma zaštite u suprotnosti s konceptom demokratskog društva.

Njemačka, Brazil, Bosna i Hercegovina), diobu vlasti (Portugal, Brazil), nezavisnost sudbene vlasti (Portugal, Turska) i autonomiju lokalne samouprave (Portugal) tj. federalizam (Njemačka, Brazil, Sjedinjene Američke Države, Australija).²⁷

Roznai navodi pet karakteristika nepromjenjivosti ustava: konzervirajuću, transformirajuću, aspirirajuću, konfliktnu i migrirajuću. Konzervirajuća funkcija ima za cilj očuvati temeljne ustavne vrijednosti, transformirajuća ima cilj usmjeriti transformaciju političke zajednice poništavajući nepravde iz prošlosti i pogreške političkih vođa, aspirirajuća koja je svojevrsan stenografski zapis sjećanja i nada ustavotvorca i koja obećava svjetliju budućnost i odražava porođajne muke određenog društva, konfliktna ima za cilj upravljati sukobima ostavljajući određena sporna pitanja izvan dosega promjenjivosti koja bi produbila društvene podjele i negativne sukobe i migrirajuća karakteristika koja pokazuje da je klauzula vječnosti ponekad rezultat ponavljanja, preuzimanja sličnih odredbi iz ustava država koje su utjecala na ustavni dizajn konkretnog društva.²⁸ Preuss navodi da se klauzula vječnosti može koristiti ne samo s preventivnim ciljem nego i kao formalna potvrda novih vrijednosti kada klauzula vječnosti ima transformativnu funkciju kada djeluje, ne u nekoj dalekoj budućnosti, nego praktički u sadašnjosti protiv revizionističkih sila.²⁹

Osim u sadržajnom smislu, o klauzuli vječnosti često se raspravlja u smislu pravne karakterizacije. U tom kontekstu značajno je navesti Preussovu karakterizaciju. Prema Preussu klauzula vječnosti može se promatrati četverostruko: kao politička proklamacija i klasični pravni standard klauzula vječnosti se može mijenjati pravno i nepravno, odnosno ustavnim amandmanima i revolucijom pri čemu je nužna eksplicitna stipulacija klauzule vječnosti u ustavu; kao nadpozitivni pravni standard kod kojeg nije potrebna eksplicitna formulacija klauzule vječnosti te se pravno ne može, a revolucijom može promijeniti te kao prirodnopravni standard kojeg nije potrebno izričito propisati, a ne može se mijenjati niti pravnim putem niti revolucijom.³⁰

Navedena klasifikacija pokazuje da klauzula vječnosti može imati različit pravni status. Kakav će status imati u konkretnom pravnom sustavu ne ovisi samo o načinu propisivanja, nego također i o načinu njezine zaštite. Ukoliko se klauzula vječnosti štiti putem nemogućnosti donošenja ustavnih izmjena koje bi ništile njezin sadržaj, takvu zaštitu najčešće osiguravaju ustavni sudovi. Prema Omejec „ustav određene države naime može sadržavati klauzulu vječnosti, a da ustavnosudska kontrola materijalne ustavnosti ustavnih amandmana i ustavnih zakona ipak ne bude prihvaćena. Na teorijskoj je razini moguća i obrnuta situacija. U sva-

²⁷ Horvat Vuković, A., op.cit., 486 – 487.

²⁸ Vidi više: Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017., str. 26 – 37.

²⁹ Preuss, O., *The Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law*, *Hungarian Journal of Legal Studies* 57, no 3, 2016., str. 289–304, str. 294., dostupno na: <https://doi.org/10.1556/2052.2016.57.3.3> (19.11.2022.)

³⁰ *Ibid.*, str. 292.

kom slučaju, budući da ustavne odredbe ili ustavna načela koja bi bilo zabranjeno mijenjati ne trebaju biti i nisu uvijek „čvrsto pravo“, briga o poštovanju pojedinih ustavnih normi ili ustavnih načela može izvirati - kao i u mnogim drugim ustavno-političkim pitanjima - samo iz interpretacije cjeline ustavnog teksta koju stvara ustavnosudska praksa, a da institucionalna ustavnosudska kontrola istodobno nije izriječkom (formalno) predviđena u ustavu.³¹ Dakle, moguće je da ustav određene države izričito propisuje klauzulu vječnosti, a da istovremeno nije osigurana ustavnosudska zaštita. S druge strane, moguće je i da ustav konkretne države ne sadrži eksplicitnu formulaciju klauzule vječnosti, a da ipak ustavni sudovi tumačenjem ustava utvrde određene ustavne vrijednosti koje su nepromjenjive odnosno klauzulu vječnosti u sadržajnom smislu.

Njemački Ustav je primjer izričitog uvođenja klauzule vječnosti. Međutim, u nekim ustavima u kojima je izostala izričita regulacija, metodama tumačenja dolazi se do zaključka o nepromjenjivosti pojedinih dijelova. „Za razliku od izričitih odredaba o nepromjenljivosti, kada ih kao takve u ustavne tekstove unosi već sam ustavotvorac u trenutku donošenja ustava, u slučaju implicitnih zabrana i ograničenja promjene ustava imamo drugačiju situaciju. Naime ovdje ustavotvorac najčešće nije taj subjekt koji atribuciju „vječnosti“ pridaje određenim dijelovima ustava, nego je u pitanju neko drugo tijelo, najčešće sud. Jednako tako, ta implicitna zabrana promjene najčešće se pojavljuje tek naknadno, dakle u većini slučajeva ne prati ustavni dokument od samog početka njegova postojanja.”³²

Primjer je Ustav Republike Hrvatske, a u prilog prethodno citiranog da se implicitne zabrane pojavljuju naknadno i da su produkt tumačenja od strane drugog tijela govori i promjena u stavu pojedinih autora o postojanju odnosno nepostojanju klauzule vječnosti u hrvatskom ustavu do kojeg je došlo i zbog promjena u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tako Omejec navodi da je do promjene stava o nepostojanju klauzule vječnosti doveo „praktični pravni život, ali i praksa samog ustavnog suda”.³³ Do stava da u hrvatskom Ustavu postoje vrijednosti koje se moraju smatrati klauzulom vječnosti doveo je Ustavni sud preko ovlasti nadzora ustavnosti referendumskih pitanja.³⁴ U jednoj odluci Ustavnog suda navodi se da je „obveza Ustavnog suda da na temelju općih nadzornih ovlasti ne dopusti održavanje bilo kojeg referenduma ‘kad utvrdi takvu formalnu i/ili materijalnu protuustavnost referendumskog pitanja ili tako tešku proceduralnu pogrešku koje prijete narušavanjem strukturalnih obilježja hrvatske ustavne države, to jest njezina ustavnog identiteta, uključujući najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.”³⁵

³¹ Omejec, J., Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona), Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Vol. I No. 1, 2010., str. 1 – 28, str. 3., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/68261> (22.11.2022.)

³² Zlatić, V., Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova ustava, Zagrebačka pravna revija, vol. 9, no. 1, 2019., str. 24 – 44, str. 29., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/229914> (20.11.2022.)

³³ Omejec, J., cit. u bilj. 16., str. 28.

³⁴ Vidi: Ibid., str. 31.

³⁵ USRH, odluka broj: U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015. (Narodne novine broj 43/15.), navedeno prema: Ibid., str. 30.-31.

I drugi teoretičari zaključuju i upućuju na odredbe Ustava Republike Hrvatske koji se mogu smatrati trajnim. Horvat Vuković smatra da Ustav Republike Hrvatske u Izvorišnim osnovama, čl. 3. te čl. 17. st. 3., “krije” apsolutnu zaštitu određenih načela i vrednota.³⁶ Kostadinov navodi da “poštivanje zabrane ograničavanja primjene prava, čak i u stanjima neposredne pogibelji za opstanak države iz članka 17. st. 3. Ustava RH, logički i teleološki nužno uključuje nepovredivu ustavnu zabranu ukidanja tih prava, ustavnog identiteta Republike Hrvatske. Ljudsko dostojanstvo ne može biti relativizirano na način da će prema načelu razmjernosti u sudbenim postupcima biti uspoređeno s državnim interesima održavanja života drugih ljudi ili ukinuto pravnim propisima. Zabrana ograničavanja primjene, a time i ukidanja, obveze poštivanja ljudskog dostojanstva, esencije načela vladavine prava i slobodnog demokratskog poretka nepromjenjiva je norma u našem Ustavu.”³⁷

4. Tumačenje ustava

Ustav je najviši pravni akt koji postavlja temelje državne vlasti te se kao takav razlikuje od zakona i drugih općih pravnih akata ne samo po višoj pravnoj snazi, nego i po značajno većoj razini apstraktnosti pravnih normi. Za razliku od zakona koji reguliraju svekoliku društvenu stvarnost, ustavna materija obuhvaća dvije temeljne skupine normi: norme o organizaciji državne vlasti i ljudska prava i temeljne slobode. Zbog toga je ustavnopravno reguliranje često načelno, a primjena ustavnih odredbi u konkretnom slučaju češće će zahtijevati upotrebu različitih metoda tumačenja kako bi se norma oživotvorila u stvarnosti.

Analogno posebnom položaju ustava u sustavu pravnih normi, pozicija ustavnih sudova koji štite (i pozvani su da tumače) ustav razlikuje se u mnogočemu u odnosu na redovne sudove. Ustavni sudovi nerijetko se klasificiraju kao posebna grana vlasti čime se ukazuje na različit cilj njihovog uspostavljanja. Kriterij za suce ustavnih sudova često su bitno drukčiji u odnosu na kriterije za suce redovnih sudova. Budući da u njima ne sjede karijerni suci, njihove odluke nisu uvijek isključivo pravne, nego nužno i političke odluke.

Tumačenje ustava razlikuje se od tumačenja drugih normi prvenstveno zbog veće razine apstraktnosti ustavnih normi budući da su metode tumačenja slične onima koje se uobičajeno koriste. Kako navodi Bačić „interpreti (op.a.) konzultiraju obično ili historijsko značenje jezika u tekstu; namjeru pisaca glede pojedinih odredaba; strukturu ustava u cjelini; namjere koje nose odredbe određenog dijela

³⁶ Horvat Vuković, A., op.cit., str. 488.

³⁷ Kostadinov, B., Ustavni identitet, u: Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske, Bačić, Arsen (ur.). Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2011., str. 305 – 337, str. 320., dostupno na: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Kostadinov_-_Ustavni_identitet%5B1%5D.pdf (19.11.2022.)

Ustava; prijašnje slučajeve; ili duboko ukorijenjene vrijednosti društvene politike.³⁸ Dakle, pri tumačenju ustava koriste se općepoznate metode: jezično tumačenje, povijesno tumačenje, sistemsko tumačenje, teleološko ili ciljno tumačenje. Osim toga, ustavni interpretatori konzultiraju raniju sudsku praksu te uzimaju u obzir najviše vrijednosti ustavnog poretka kao hijerarhijski viša pravila. Bivši predsjednik Vrhovnog suda Kanade istaknuo je da se „zadatak tumačenja ustava bitno razlikuje od zadatka tumačenja zakona. Zakonom se utvrđuju sadašnja prava i obveze. Lako ga je donijeti i ukinuti. Nasuprot tome, ustav se sastavlja s pogledom uprtim u budućnost. Njegova je funkcija osigurati trajni okvir za legitimno vršenje vladine moći i, kada je spojen s Poveljom o pravima, za trajnu zaštitu individualnih prava i sloboda. Jednom donesene, njegove se odredbe ne mogu lako ukinuti ili izmijeniti. Mora, dakle, biti sposoban za rast i razvoj tijekom vremena kako bi se suočio s novim društvenim, političkim i povijesnim stvarnostima koje njegovi tvorci često nisu mogli zamisliti. Pravosuđe je čuvar Ustava i mora, tumačeći njegove odredbe, imati na umu ove razloge.“³⁹

Prema Ademoviću, pri tumačenju ustava koriste se tri metode: jezična, povijesna i teleološka. Unutar jezičnog tumačenja Ademović razlikuje tri kategorije: leksičko, gramatičko i sistemsko tumačenje pri čemu potonje izdvaja kao važnije u odnosu na leksičko i gramatičko tumačenje budući da je ustavnopravni jezik apstraktan zbog čega je i sam značaj jezičnog tumačenja manji za ustavno pravo u odnosu na ostala područja prava. Važnost sistemskog tumačenja ustavnih odredbi proizlazi iz činjenice da je ustav potrebno analizirati i sagledati kao cjelinu, a ne samo kao pojedinačnu normu.⁴⁰

O metodama tumačenja stav je iskazao i Ustavni sud Bosne i Hercegovine navodeći u jednom predmetu da „prema Ustavu Bosne i Hercegovine, nije nužno da se zakoni uvijek tumače i primjenjuju u svom leksičkom (jezičkom) značenju zbog toga što Ustav Bosne i Hercegovine dopušta i ciljno ili teleološko tumačenje zakona.“⁴¹ Dakle, i sam Ustavni sud BiH prepoznaje važnost teleološkog tumačenja ustava iako navedeni stav nije detaljnije obrazložen.

U komparativnom pravu sudovi su razvili posebne teorije interpretacije ustava. Vrhovni sud SAD-a koristi nekoliko metoda interpretacije: tekstualizam predstavlja način tumačenja koji se fokusira na jasno značenje teksta pravnog dokumenta dajući odredbama Ustava onakvo značenja kakvo su imali u trenutku njihovog usvajanja i uzimajući u obzir kontekst u kojem su usvojeni; originalizam predstavlja metodu utvrđivanja izvornog značenja ustavne odredbe; upotreba sudskih presedana; pragmatizam podrazumijeva sudsko odmjeravanje mogućih praktičnih posljedica različitih ustavnih interpretacija uzimajući u obzir buduće

³⁸ Bačić, A., Hrvatska i izazovi konstitucionalizma, Književni krug, Split, 2001., str. 104.

³⁹ Vidi u: Barak, A., *Purposive interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005., str. 370 – 371.

⁴⁰ Vidi: Ademović, N.; Marko, J.; Marković, G.; *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012., str. 24 – 28.

⁴¹ Odluka AP 979/04 od 23. rujna 2005. godine, para. 40.

prednosti i nedostatke za cijelo društvo kao i konstruktivnu ulogu suda u rješavanju ustavnog pitanja; moralno rasuđivanje kao pristup koji tvrdi da se u pozadini ustavnih izraza nalaze moralni koncepti ili ideali koji mogu pomoći u sudskoj interpretaciji; nacionalni identitet kao način tumačenja ustava koji se oslanja na poseban karakter i vrijednosti američkog nacionalnog identiteta i nacionalne institucije kako bi se razradilo značenje Ustava; strukturalizam jedan od najčešćih načina tumačenja koji se temelji na strukturi Ustava unutar kojega se razlikuju formalizam koji pretpostavlja da Ustav utvrđuje sve načine na koje se federalna vlast može dijeliti, dodjeljivati ili distribuirati te funkcionalizam koji tretira tekst ustava na način da je odnos između tri grane savezne vlasti čvrsto determiniran samo na vrhu, te je ostavio da se u praksi razradi kako se vlast može distribuirati ili dijeliti; povijesne prakse koje prethodne odluke političkih grana vlasti, posebice njihove davno uspostavljene povijesne prakse, smatraju važnim izvorom ustavnog značenja, primjerice povijesne prakse o pitanjima diobe vlasti, federalizma i prava pojedinca, osobito kada tekst ne navodi jasan odgovor.⁴²

Ustavni sud Njemačke posebno je razvio teorije interpretacije temeljnih prava. Prema Bačiću „već je na početku rada suda bio odbijen literarni pristup interpretaciji prava, i to u korist vrijednosno orijentiranog pristupa u interpretiranju.“⁴³ Ovakav pristup interpretaciji prava ne treba čuditi ukoliko se razumije povijesni kontekst nastanka Temelnog zakona koji je uvelike prožet događajima u vrijeme Drugog svjetskog rata kada je pravni pozitivizam zloupotrijebljen na najgori način. Zbog navedenog „ustavni sud je pokušao graditi poredak objektivnih vrijednosti. Pristup suda najbolje ilustrira mišljenje da suci imaju zadaću otkriti i primijeniti vrijednosti koje su inherentne ustavnopravnom poretku.“⁴⁴ Ustavni sud Njemačke u praksi se usmjerio na vrijednosni i funkcionalistički pristup temeljnim pravima odbijajući literarni pristup ustavu zbog već spomenutih razloga.

O ustavnim (temeljnim) vrijednostima pri tumačenju ustava znakovito je istaknuti stav Aharona Baraka, bivšeg predsjednika Vrhovnog suda Izraela. Kako navodi Barak „ustav crpi život iz temeljnih vrijednosti koje su zauzvrat važan alat za određivanje njegove objektivne svrhe. Temeljne vrijednosti odražavaju duboko utemeljena stajališta društva. One izražavaju nacionalni etos društva, njegovo kulturno nasljeđe, njegovu društvenu tradiciju i cjelovito povijesno iskustvo. Temeljne vrijednosti poput slobode, ljudskog dostojanstva, privatnosti i jednakosti prožimaju ustavne tekstove.“⁴⁵ Po Baraku, ustavne vrijednosti trebaju biti tumačene prema njihovom značenju u trenutku tumačenja, trebaju se shvatiti kao temeljni stavovi ukorijenjeni u vrijednostima društva, a ne u prolaznim trendovima te tumač treba uzeti u obzir samo one vrijednosti koje se mogu pronaći u ustavnom

⁴² Vidi: Murrill, B. J., *Modes of Constitutional Interpretation*, Congressional Research Service, 2018., dostupno na: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45129.pdf> (5.11.2022.)

⁴³ Bačić, A., op.cit., str. 111 – 112.

⁴⁴ Ibid., str. 112.

⁴⁵ Barak, A., cit. u bilj. 2., str. 381.

tekstu umjesto popunjavanja ustavnog teksta novim vrijednostima neovisno o njihovoj važnosti.⁴⁶

Iz kratkog prikaza komparativnih rješenja može se zaključiti da ustavnosudska interpretacija nerijetko izlazi iz tradicionalnih granica pravnog pozitivizma. Ovaj prelazak može se razumjeti kao i transformacija klasičnog poimanja pojma demokracije u ustavnu demokraciju. Ustavna demokracija nužno podrazumijeva ograničenje državne vlasti temeljnim pravima i slobodama. Upravo je ova kategorija zaštićena tzv. klauzulom vječnosti u Ustavu BiH. Stoga je nužno odgovoriti na pitanje praktične djelotvornosti ove klauzule.

4.1. Tumačenje klauzule vječnosti u Ustavu Bosne i Hercegovine

Ustav Bosne i Hercegovine spada u kategoriju ustava koji eksplicitno formuliraju klauzulu vječnosti. U dijelu Ustava BiH koji se odnosi na amandmansku proceduru propisano je da se ustav može mijenjati i dopunjavati odlukom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine dvotrećinskom većinom nazočnih i koji su glasovali. Međutim, u istom članku propisano je da se nijednim amandmanom na ustav ne može eliminirati niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz čl. II.

Ustava niti se može izmijeniti ova odredba.⁴⁷ Očigledno je da se ovdje radi o tzv. klauzuli vječnosti. Pri tome, Ustav Bosne i Hercegovine propisuje dvostruku zabranu: zabranu eliminiranja ili umanjivanja prava i sloboda iz članka II. Ustava i zabranu promjene odredbe koja stipulira zabranu. Ovakvom normativnom formulacijom stvorena je potencijalna antinomija između ustavnih pravila.⁴⁸ U nastavku će autori pokušati riješiti sporno pitanje dajući dva moguća odgovora o praktičnoj djelotvornosti klauzule vječnosti u smislu mogućnosti izmjene same klauzule odnosno sankcije u slučaju nepoštivanja klauzule vječnosti usvajanjem sadržajno suprotnog ustavnog amandmana.

Primjenom pravila jezičnog tumačenja predmetnog članka može se zaključiti da postoji antinomija, sukob između ustavnih normi: u prvom stavku propisani su uvjeti i tijelo koje može izmijeniti Ustav, dok je u stavku drugom propisana nemogućnost promjene koja bi umanjila ili eliminirala prava i slobode iz članka II. Ustava kao i nemogućnost promjene samog stavka 2. koji regulira zabranu. Klasična pravna teorija poznaje nekoliko sredstava rješavanja antinomija: *lex superior derogat legi inferiori* (viši pravni akt/viša pravna norma derogira niži prav-

⁴⁶ Ibid., str. 381 – 382.

⁴⁷ Čl. X. toč. 1. i toč.2 Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴⁸ Autori ciljano koriste izraz potencijalna antinomija budući da u pravnoj teoriji postoji stav da antinomije postoje tek ukoliko ih nije moguće eliminirati u procesu interpretacije. Barak navodi da „stvarna suprotnost između pravila postoji jedino na kraju interpretativnog procesa. Prije te faze, suprotnost može biti imaginarna. Pomoću interpretativnih pravila – uključujući presumpciju protiv postojanja suprotnosti – sud uglavnom uspijeva riješiti suprotnost. Pravom proturječju svjedočimo tek nakon što iscrpimo svaku interpretativna mogućnost njegova rješenja.“ Vidi: Barak, A., cit. u bilj. 2, str. 74 – 75.

ni akt/nihu pravnu normu), *lex specialis derogat legi generali* (poseban pravni akt/ posebna pravna norma derogira opći pravni akt/opću pravnu normu), *lex posterior derogat legi priori* (kasniji pravni akt/kasnija pravna norma derogira opći pravni akt/opću pravnu normu). Dakle, u pitanju su kriterij hijerarhija, kriterij specijalnosti i kriterij vremena. Međutim, složenost predmetnog problema proizlazi iz činjenice da niti jedan kriterij nije primjenjiv. Antinomija postoji između pravnih pravila iste pravne snage koja su nastala u istom trenutku.⁴⁹ Također, primjena kriterija specijalnosti nije moguća. Ova pravna situacija može se kvalificirati kao logička greška unutar pravnog sustava.

Zanimljiva je pravna situacija ukoliko se primjeni tumačenja ustava kao cjeline. U čl. II. Ustava BiH pored nabranjanja ljudskih prava i sloboda propisuje se da prava i slobode predviđeni u EKLJP i u njezinim protokolima izravno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.⁵⁰ Paradoksalna pravna situacija nastaje kada se poveže odredba koja zabranjuje umanjivanje ili eliminiranje ljudskih prava i sloboda iz čl. X. Ustava BiH i čl. 15. EKJP koji propisuje mogućnost derogacije od konvencijskih obveza u vrijeme rata ili druge javne opasnosti koja prijete opstanku nacije.⁵¹ Primjena sustavnog tumačenja otkriva dodatni nesklad ustavnopravnih normi i ne može se koristiti pri rješavanju predmetne pravne situacije.

Pored navedenih metoda, u praksi Ustavnog suda BiH izrijeком je još navedena samo teleološka metoda. Primjena ove metode tumačenja po stavu autora članka mogla bi razriješiti pravnu situaciju na sljedeći način:

N1: Ustav može biti mijenjan i dopunjavaо odlukom Parlamentarne skupštine, koja uključuje dvotrećinsku većinu prisutnih i koji su glasali u Predstavničkom domu.

N2: Nijednim amandmanom na ovaj Ustav ne može se eliminirati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz članka II Ustava, niti izmijeniti ova odredba.

N3: Ustav se može mijenjati i dopuniti odlukom Parlamentarne skupštine, koja uključuje dvotrećinsku većinu prisutnih i koji su glasovali u Predstavničkom domu osim prava i sloboda iz članka II. Ustava.

Hipotetska situacija pokazuje moguću način razrješavanja pravne situacije pri čemu se tumačenjem izbjegava stvaranje antinomija između različitih normi, N1 i N2. Pri tome, tumačenjem je ostvarena norma (N3) koja propisuje da se ustav može mijenjati po predviđenoj proceduri osim u dijelu prava i sloboda iz čl. II. Ustava BiH. Međutim, N3 je nova norma u ustavnom sustavu koja je rezultat tumačenja i u stvarnoj situaciji predstavljala bi sudski aktivizam pod kojim se

⁴⁹ Suprotno stajalište zauzima Roznai budući da navodi da se nepromjenjive ustavne odredbe stvaraju hijerarhiju između ustavnih normi. Stoga, prema takvom stavu, sud može primjenom pravila *lex superior derogat legi inferiori* ustavnu izmjenu koja proturiječi klauzuli vječnosti proglasiti nevaljanom. Vidi više: Roznai, Y., op.cit., str. 137 – 138.

⁵⁰ Čl. II. Ustava Bosne i Hercegovine

⁵¹ Čl. 15. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (10.11.2022.)

podrazumijeva „hrabro, ekstenzivno, stvaralačko i dinamičko tumačenje ustavnih odredaba u korist zaštite demokratskog poretka, ustavnih prava i sloboda, te, na koncu, razrješavanje političkih kriza „nametanjem” prijelaznih zakonodavnih rješenja i slično.“⁵² Ovakvo tumačenje Ustava BiH moglo bi se sažeti na sljedeći način: primjenom teleološkog tumačenja utvrđeno je da je cilj ustavotvorca pri unošenju klauzule vječnosti u ustavni sustav pružiti posebnu zaštitu ljudskim pravima i temeljnim slobodama kroz nemogućnost donošenja onih ustavnih izmjena koje bi ih umanjili ili eliminirali.

Međutim, ovakvo tumačenje otvara dva pravna pitanja. S jedne strane, postavlja se pitanje tko će utvrditi neustavnost ustavnih amandmana koji bi pokušali izmijeniti čl. X. Ustava BiH, a s druge strane otvoreno je pitanje mogućnosti utvrđenja neustavnosti ustavnih amandmana. Posljednje pitanje dugo se vremena nije postavljalo s obzirom na činjenicu da ustavni amandmani imaju jednaku pravnu snagu kao i sam ustav. Stoga se sintagma neustavnost ustavnih amandmana može kvalificirati kao *contradictio in adjecto*. Kako navodi Preuss „koncept neustavnih ustavnih amandmana na prvi pogled izgleda čudno. Naša konvencionalna mudrost govori nam da u okviru logike pravne hijerarhije, samo norme koje imaju ispodustavnu snagu mogu biti neustavne.“⁵³ Preuss se pita o mogućnosti neustavnosti normi koje su istog ranga navodeći primjer ustavne garancije o pravu na život i ustavnog amandmana koji bi uveo smrtnu kaznu – neustavnost takvog amandmana poništila bi snagu amandmanske vlasti.⁵⁴ Zbog toga mnogi teoretičari ustavnog prava odbijaju mogućnost postojanja neustavnih ustavnih amandmana. Svaki bi se ustavni amandman koji se ustav mijenja mogao sadržajno karakterizirati kao neustavan čime pravni sustav zapada u poteškoće. Stoga, da bi se izbjegla takva nekoherentnost u pravnom sustavu, klauzula vječnosti označava se kao politička proklamacija koja nema stvarnu pravnu težinu.

U ovom kontekstu zanimljivo je razmotriti i Rossov paradox. Razmatrajući pitanje ustavnih odredbi o izmjeni ustava, Ross navodi da je svako pravilo stvoreno u skladu s drugim pravnim pravilima koja se nazivaju pravilima o nadležnosti.⁵⁵ Međutim, pravni problem nastaje kad se ustanovi najviša norma o kompetenciji koja je prije svega pretpostavljena, a ne postavljene prirode.⁵⁶ U kontekstu klauzule vječnosti i ustavnih amandmana Da Silva navodi da je prema Rossu norma

⁵² Čeman, M., Ustavni sud – između pozitivnog i negativnog zakonodavca, Međunarodna konferencija Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnoga aktivizma, Sarajevo, 2014., str. 158., dostupno na: https://www.ustavnisud.ba/uploads/documents/ustavni-sud-izmedju-negativnog-zakonodavca-i-pozitivnog-aktivizma-ia_1614034695.pdf (19.11.2022.)

⁵³ Preuss, U. K., The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience, *Israel Law Review*, Volume 44, Issue 3, 2011, pp. 429 – 448, str. 431., dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S0021223700018124> (19.11.2022.)

⁵⁴ Ovdje se radi o sukobu ustavotvorne i revizijske vlasti. O terminološkim i sadržajnim razlikama vidi: Ademović, N.; Marko, J.; Marković, G., op.cit., str. 9 – 10.

⁵⁵ Ross, A., On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, *New Series*, Vol. 78, No. 309, 1969, pp. 1-24, str. 1., dostupno na: <https://www.jstor.org/stable/2252308> (19.11.2022.)

⁵⁶ Ross, A., *On Law and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019., str. 95.

koja propisuje način izmjene ustava temeljna norma sustava, a revizijska vlast najviša vlast unutar sustava. Budući da je u pitanju temeljna norma ustava, pitanje je mogućnosti izmjene takve odredbe. Prema Rossu, dva su moguća odgovara: temeljna norma može biti amandmansi izmijenjena po postupku koji je propisan u toj normi te drugi odgovor da ne postoji pravni postupak koji se može koristiti za izmjenu ovog članka, jer valjanost temeljne norme kao izvorne činjenice, ne proizlazi od bilo koje druge norme sustava. To, međutim, ne znači da je ovaj članak nepromjenjiv. Prema Rossu osnovna norma može biti zamijenjena drugom osnovnom normom, ali taj prijelaz nije ishod pravnog postupka.⁵⁷ Iako je odbio prvu soluciju zbog činjenice da je samoreferirajuća za koje Ross drži da su bez značenja, paradoks je pokušao riješiti postavljenjem sljedeće norme kao temeljne norme: Poštujte ovlasti utvrđene čl. 88.(*op.a. – dio ustava koji se odnosi na amandmanske izmjene*), dok sam ovaj autoritet ne istakne nasljednika; tada se pokoravajte ovoj vlasti, dok ona sama ne odredi nasljednika; i tako dalje na neodređeno vrijeme. Tada bi bilo moguće razumjeti izmjene i dopune čl. 88., po postupku propisanom od ovog čl., kao pravnog akta koji vrijedi ne po čl. 88. sama, ali na temelju N0, osnovne norme. Sam N0 ostaje pravno nepromjenjiv temelj sustava.⁵⁸ Ukoliko izvršimo transpoziciju navedene teorije u ustavni sustav BiH, tada možemo zaključiti sljedeće: ukoliko se članak X. Ustava BiH smatra temeljnom normom sustava, ne postoji pravni postupak za izmjenu Ustava budući da bi takav postupak rezultirao poništenjem klauzule vječnosti. Međutim, ukoliko kao temeljnu normu prihvatimo Rossovu formulaciju temeljne norme o imenovanju nasljednika, tada bi se u pravnom postupku mogao promijeniti članak X. Ustava BiH.

Teorije o dvostrukoj ustavnoj reviziji⁵⁹ prema kojima je moguće izmijeniti „nepromjenive dijelove ustava“ s dva uzastopna amandmana – prvim amandmanom kojim se briše zabrana formulirana u klauzuli vječnosti i drugim amandmanom kojim se postiže željena regulacija nije primjenjiv. Iako bi se i primjenom argumenta aspuđnosti mogla isključiti primjena takve metode, u Ustavu Bosne i Hercegovine jasno je stipulirana zabrana promjene odredbe koja sadržava klauzulu vječnosti. Stoga bi već prvi amandman bio nevaljan budući da toč.2. čl. X. Ustava sadrži samozaštitu – ne može se mijenjati dio ustava koji je obuhvaćen klauzulom vječnosti niti se može mijenjati odredba u kojoj je sadržana formulacija klauzule vječnosti.

S druge strane, kako navodi Kostadinov „u suvremenoj doktrini javnog prava slabi tendencija priklanjanja pozitivizmu, prihvaćene su ideje da neki elementi opće političke odluke na kojoj je ustav oblikovan prevladavaju nad izričitim tekstom ustava, primjerice, u Italiji neki drže da ustavne promjene ne mogu izmijeniti pravni sustav preko granica velikog ustavnog kompromisa snaga otpora fašizmu ili da iza Ustava SAD-a stoji volja očeva utemeljitelja koja određuje sadržaj i

⁵⁷ Da Silva, V. A., A Fossilised Constitution?, Ratio Iuris, Volume 17, Issue 4, 2004., p. 454 – 473, dostupno na: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00277.x> (19.11.2022.)

⁵⁸ Ross, A., cit. u bilj. 17, str. 24.

⁵⁹ Vidi, Da Silva, V. A., op.cit., str. 455 – 458.

evoluciju ustava. Slično, neki autori prihvaćaju da evolucija političkog društva određuje sadržaj ustava što god bi, usprkos tomu, ustav o promjenama mogao reći.⁶⁰ U prilog ovakvom stavu Kostadinov navodi odluku Vrhovnog suda Indije Kesavananda Bharati v. State of Kerala, 1973 SC 1461(1973), 1624 u kojoj je poništen ustavni amandman zato što postoje granice izmjene ustava, granice postavljene “njegovom temeljnom strukturom“, njegovim “identitetom“ koji mora ostati nepromjenjiv.⁶¹

Klauzula vječnosti poslužila je za proširenje nadležnosti i Ustavnom sudu Njemačke. Iako je odbio izričito utvrditi neustavnost ustavnih promjena pozivajući na klauzulu vječnosti, „Savezni ustavni sud si je metodom tumačenja ustavnih promjena u skladu sa Ustavom dodijelio nadležnost tumačenja Ustava koju više ne možemo razlikovati od ovlasti davanja novog značenja ustavnom tekstu i stvaranja ustava.“ Iako je zauzeo „stajalište da čak i određena ustavna odredba ili ustavni amandman može biti neustavan ako proturječi sveobuhvatnim načelima i temeljnim odlukama ustavotvorca“⁶², Barak navodi da je u svim slučajevima koje je ispitivao, Savezni ustavni sud odredio da ustavni amandmani ne krše klauzulu vječnosti iz Ustava.⁶³

Ukoliko se analiziraju norme Ustava BiH, zaključuje se da je klauzula vječnosti *nudum ius*. Ustavnim normama niti jednom tijelu nije dana izričita nadležnost kontrole ustavnosti ustavnih amandmana. Budući da je do danas donesen samo jedan amandman na Ustav BiH, zanimljivo bi bilo vidjeti kakvu bi poziciju zauzeo Ustavni sud BiH. Iako mu izrijekom nije dana nadležnost za ocjenu ustavnosti ustavnih amandmana, člankom VI. toč.3. Ustava BiH propisano je da će Ustavni sud podržavati ovaj Ustav. Ostaje otvorenim pitanje kako bi reagirao Ustavni sud u navedenoj hipotetskoj situaciji. Kako zaključuje Barak iz komparativne prakse ustavnih (i vrhovnih sudova) činjenica da u ustavima nije navedena izričita nadležnost kontrole ustavnosti ustavnih amandmana nije tumačena kao negacija te ovlasti. Umjesto toga, suci su uobičajeno određivali ako postoji argument protiv ustavnosti amandmana na ustava, amandmani se ispitati u meritumu.⁶⁴

U izvješću Venecijanske komisije o ustavnim amandmanima navodi se da „svi povijesni dokazi pokazuju da za ustave koji funkcioniraju tijekom bilo kojeg vremenskog razdoblja, apsolutna ukorijenjenost nikada u praksi neće biti apsolutna. Ako se okolnosti dovoljno promijene, ili ako politički pritisak postane prejak, tada će se promijeniti čak i nepromjenjiva pravila – na jedan ili drugi način. U takvim situacijama ustavna neizmjenjivost može imati čak i negativnu stranu tako što uzrokuje neopravdano produžavanje sukoba i time stvaranja pritiska i pove-

⁶⁰ Kostadinov, B., op.cit., str. 312.

⁶¹ Ibid., str. 318.

⁶² Omejec, J., cit. u bilj. 16., str. 27.

⁶³ Barak, A., Unconstitutional Constitutional Amendments, Israel Law Review, Volume 44, Issue 3, 2011, pp. 321 – 341, dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S0021223700018082> (19.11.2022.)

⁶⁴ Ibid., str. 332.

ćanja troškova društvu u kojem postoji potreba eventualno nužne reforme. Na temelju toga Venecijanska komisija bi kao opće načelo zagovarala restriktivnost te pažljiv pristup tumačenju i primjeni nepromjenjivih odredbi.⁶⁵ U pogledu materijalne kontrole ustavnosti amandmana u izvješću se navodi da je u „europskoj ustavnoj tradiciji temeljni model da mnogi ustavi nemaju nepromjenjive odredbe ili načela – a za one koji imaju, često nisu sudivi.“⁶⁶ U tom kontekstu navodi se stav Ustavnog vijeća Francuske koje je odbilo ispitivati ustavnost amandmana zbog suverenosti ustavotvorca.⁶⁷ Ukratko, Venecijanska komisija smatra da je „materijalna sudska kontrola ustavnosti amandmana problematičan instrument koji bi se trebao primjenjivati samo u zemljama u kojima takva kontrola proizlazi iz jasne i utvrđene doktrine, pa i tamo s pažnjom, dopuštajući polje slobodne procjene za ustavotvorca.“⁶⁸

Trenutno, može se sa sigurnošću tvrditi da bi kontrola ustavnosti ustavnih amandmana predstavljala ustavnosudski aktivizam budući da bi taj sud tada stvaralački tumačio Ustav ispisujući novu, dotad nepostojeću normu, o nadležnosti za kontrolu ustavnosti ustavnih amandmana. U ovom trenutku, klauzula vječnosti može se tumačiti na način da se njome otežava svaka inicijativa koja bi smjerala na eliminaciju ljudskih prava. Međutim, ukoliko nadvladaju antidemokratske tendencije u društvu, takva vlast može kreirati potpuno novi ustav koji će uvelike umanjiti značaj ljudskih prava ili ih u potpunosti eliminirati iz pravnog sustava.

5. Zaključak

Povijesni prikaz ljudskih prava pokazuje da njihov razvoj nije bio linearan, a borba za prava pojedinca odvijala se tijekom stotina godina. Kvalificirajući ih kao prava koja pripadaju svakom biću samom činjenicom da su ljudska bića, ona pokazuju svojevrstan prirodopravni karakter. Njihova internacionalizacija i univerzalizacija doprinos su učenju škole prirodnog prava budući da ona više nisu isključivi prerogativ države te da se sve više i sve jače odupiru zagrljaju državne suverenosti. Proizlazi da su ljudska prava, barem neka od njih, toliko ukorijenjena u ljudskoj civilizaciji da više ne ovise o pozitivno pravnom reguliranju unutarnjeg pravnog poretka.

Specifičan pokušaj ovjekovljivanja ljudskih prava i sloboda predstavljaju nepromjenjivi ustavni dijelovi utvrđeni tzv. klauzulama vječnosti. Kao nekarakterističan pravni mehanizam koji ustavne vrijednosti „otima“ od vlasti trenutnog

⁶⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment. Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session, Venice, 11-12 December 2009., toč. 219. i 220., dostupno na: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e) (19.11.2022.)

⁶⁶ Ibid., toč.227.

⁶⁷ Ibid. toč. 229.

⁶⁸ Ibid., toč. 235.

zakonodavaca, on istodobno ukazuje na nužnost priznavanja određenih nadpozitivnih ustavnih vrijednosti. Prethodno navedeno predmet je znanstvenih rasprava, ali s praktičnim posljedicama. Dok je tradicionalna ustavna doktrina odbijala mogućnost postojanja hijerarhije unutar ustavnih odredbi, u modernoj ustavnoj doktrini takav stav nailazi na sve veći broj zagovornika. Pravne posljedice prihvatanja takvog stava očituju se u ovlastima kontrole ustavnosti ustavnih amandmana od strane ustavnih sudova i u materijalnom, a ne samo u formalnom smislu.

Ustav Bosne i Hercegovine spada u skupinu ustava koji propisuju klauzulu vječnosti. Međutim, ustavotvorac nije utvrdio izričitu nadležnost Ustavnog suda da vrši kontrolu ustavnosti ustavnih izmjena. Autori su u radu prikazali dva moguća ishoda sukoba između ustavnih normi koji propisuju amandmansku proceduru i normi koji propisuju klauzulu vječnosti. Zaključno, budući da se u domaćem pravnom poretku klauzulom vječnosti obuhvaćena isključivo ljudska prava i slobode, ovaj spor ne bi trebao niti nastati. U suprotnom, ukoliko bi neka vlast pokušala eliminirati ljudska prava i slobode, ona više ne bi mogla imati epitet demokratske vlasti. U tom slučaju moglo bi se primijeniti rješenje njemačkog ustava koje daje pravo na otpor svim građanima protiv svakog onoga tko smjera uništiti temelje državnog uređenja, a ljudska prava i temeljne slobode predstavljaju temelj ustavnog uređenja Bosne i Hercegovini, njezin ustavni identitet.

Literatura:

1. Ademović, N.; Marko, J.; Marković, G.; Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012.
2. Bačić, A., Hrvatska i izazovi konstitucionalizma, Književni krug, Split, 2001.
3. Barak, A., Purposive interpretation in Law, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005.
4. Barak, A., Unconstitutional Constitutional Amendments, Israel Law Review, Volume 44 , Issue 3, 2011 , pp. 321 – 341, dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S0021223700018082> (19.11.2022.)
5. Basic Law for the Federal Republic of Germany, art. 1., dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html (19.11.2022.)
6. Brajković, L., O (ne)postojanju klauzula vječnosti u Ustavu Republike Hrvatske, Zagrebačka pravna revija, Vol. 10 No. 3, 2021., str. 269 – 289, str. 271., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/274945> (20.11.2022.)
7. Cmiel, K., Recent History of Human Rights u Iriye A., Goedde P., I. Hitchcock, W.I. (ed.), The Human Rights Revolution An International History, Oxford University Press, Inc., New York, 2012. str. 27; Clapham, A., Human Rights, A Very Short Introduction, Oxford University Press, Inc., Oxford, 2007. str. 5.
8. Ćeman, M., Ustavni sud – između pozitivnog i negativnog zakonodavca, Međunarodna konferencija Ustavni sud između negativnog zakonodavca i

- pozitivnoga aktivizma, Sarajevo, 2014., str. 158., dostupno na: https://www.ustavisud.ba/uploads/documents/ustavni-sud-izmedju-negativnog-zakonodavca-i-pozitivnog-aktivizma-ia_1614034695.pdf (19.11.2022.)
9. Da Silva, V. A., A Fossilised Constitution?, *Ratio Iuris*, Volume 17, Issue 4, 2004., p. 454 – 473, dostupno na: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00277.x> (19.11.2022.)
 10. Donnelly, J., The Relative Universality of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, No. 2., 2007., pp. 281. – 306., str. 286., dostupno na: 10.1353/hrq.2007.0016 (19.11.2022.)
 11. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment. Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session, Venice, 11-12 December 2009., toč. 219. i 220., dostupno na: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=-cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=-cdl-ad(2010)001-e) (19.11.2022.)
 12. Europska konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (10.11.2022.)
 13. Horvat Vuković, A., “U ime ustava” – materijalne granice promjene ustava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65 No. 3-4, 2015., str. 481 – 503, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/149397> (19.11.2022.)
Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2011., str. 305 – 337, str. 320., dostupno na: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Kostadinov_-_Ustavni_identitet%5B1%5D.pdf (19.11.2022.)
 14. Ishay, M. R., *History of Human Rights*, University of California Press, Berkeley i Los Angeles, 2008. str. 222. – 223.
 15. Kostadinov, B., *Ustavni identitet*, u: *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, Bačić, Arsen (ur.).
 16. Lauren, P. G., *The evolution of international human rights: visions seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2011.
 17. Limbach, J., *How a constitution can safeguard Democracy: The German Experience (predavanje)*, Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law University of Hong Kong
 18. Murrill, B. J., *Modes of Constitutional Interpretation*, Congressional Research Service, 2018., dostupno na: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45129.pdf> (5.11.2022.)
 19. Odluka AP 979/04 od 23. rujna 2005. godine
 20. Omejec, J., *Kontrola ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona)*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. I No. 1, 2010., str. 1 – 28, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/68261> (22.11.2022.)
 21. Omejec, Jasna, *Veliki njemački ustav i nepromjenjiva ustavna načela u praksi Saveznog ustavnog suda*, rukopis, 2016., str. 1, dostupno na: https://bib.irb.hr/datoteka/792156.OMEJEC_-_GRUNDGESETZ_-_Zbornik_PRAVO_I_PRAVDA_2015_PFBgd.pdf (19.11.2022.)

22. Preuss, O., The Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law, *Hungarian Journal of Legal Studies* 57, no 3, 2016., str. 289–304, str. 294., dostupno na: <https://doi.org/10.1556/2052.2016.57.3.3> (19.11.2022.)
23. Preuss, U. K., The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience, *Israel Law Review*, Volume 44 , Issue 3 , 2011 , pp. 429 – 448, dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S0021223700018124> (19.11.2022.)
24. Ross, A., *On Law and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
25. Ross, A., On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, *New Series*, Vol. 78, No. 309, 1969, pp. 1-24, dostupno na: <https://www.jstor.org/stable/2252308> (19.11.2022.)
26. Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
27. Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
28. Sokol, S., Smerdel, B., *Ustavno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009.
29. Suteu, S., Eternity clause in Post-Conflict and Post-Authoritarian Constitution Making: Promise and Limits, *Global Constitutionalism* , Volume 6 , Issue 1 , 2017, pp. 63 – 100, dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S2045381716000265> (19.11.2022.)
30. Šarčević, E., *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke*, Kult/B, Sarajevo, 2005.
31. USRH, odluka broj: U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015. (Narodne novine broj 43/15.)
32. *Ustav Bosne i Hercegovine*
33. Weston, B. H., „Human Rights“, dostupno na: <https://www.britannica.com/topic/human-rights/Defining-human-rights> (8. 11. 2022.)
34. Zlatić, V., Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova ustava, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 9, no. 1, 2019., str. 24 – 44, str. 29., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/229914> (20.11.2022.)

Cvija Jurković, Ph.D., assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

Jelena Zovko, Ph.D., assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

Ivan Tomić, Ph.M., teaching assistant

Faculty of Law, University of Mostar

THE ETERNITY CLAUSE IN THE CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: In the paper, the authors will analyze the normative framework scope and range of human rights with regard to the eternity clause in the Constitution of Bosnia and Herzegovina. As rights that belong to every man by the very fact that he is a human being, the question arises of the possibility of their positive legal regulation. The catalog of human rights is not and cannot be final, since their number is increasing, and their scope is expanding in proportion to the growth of the legal culture of society. Given their universal character and high degree of internationalization, human rights go beyond the traditional framework of the internal legal order. In Bosnia and Herzegovina, human rights are guaranteed at the constitutional level with the specific legal position of the European Convention on Human Rights. The Constitution of Bosnia and Herzegovina positions human rights in a special way by prescribing the eternity clause. Since the procedure for its amendment is regulated in the Constitution, by prescribing the eternity clause, the framer of the constitution created an antinomy within the act itself. Due to the above, the authors will apply the rules of constitutional interpretation to examine the practical effectiveness of the clause in question and present conclusions on the possibility of absolute positive legal coverage of human rights.

Keywords: human rights, Constitution of Bosnia and Herzegovina, European Convention on Human Rights, eternity clause, constitutional interpretation

Dr. sc. Ivana Grubešić, docentica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

ZAŠTITA SOCIJALNIH DAVANJA U KONTEKSTU ČLANA 1 PROTOKOLA 1 EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I TEMELJNIM SLOBODAMA

Sažetak: Davanja iz polja socijalne sigurnosti država članica Vijeća Evrope, iako nisu nigdje izričito navedena u EKLJP pa ni u pratećim protokolima, već više decenija uživaju zaštitu od strane Evropskog suda za ljudska prava, ali sa značajnom mjerom opreza prilikom donošenja presuda. Ovo je rezultat prije svega što u svom djelovanju ESLJP poštuje široko polje diskrecione ocjene država članica u području socijalne sigurnosti zbog značajnih razlika u konceptualnom poimanju pojma socijalnog osiguranja i socijalne zaštite, uslovljenih i različitim načinima njihovog finansiranja. Ipak, slijedeći doktrinu Konvencije kao „živog instrumenta“, prihvaćeno je kroz praksu ESLJP obezbjeđenje zaštite socijalnih davanja prevashodno po osnovu člana 1 Protokola 1, kao „prava na imovinu“, gdje izmjene sistema socijalne sigurnosti mogu rezultirati ograničenjem ili ukidanjem nekog socijalnog davanja a što se smatra ometanjem prava na imovinu, ili tzv. „legitimnog očekivanja“ stranke u tom kontekstu. Istraživanje će biti usmjereno u pravcu analize relevantne prakse ESLJP koja daje odgovor na koji način se socijalna davanja mogu kvalifikovati kao „imovina“ prema članu 1 Protokola 1 i ulogu principa legitimnih očekivanja i zabrane diskriminacije u tom kontekstu, koja ograničenja istih su prepoznata kroz sudsku praksu, te dokle seže garantovanje zaštite u okviru člana 1 Protokola 1, uzevši obzir odluke Suda u skorašnjim slučajevima *Bèlànè Nagy protiv Mađarske* i *Baczur protiv Mađarske*.

Ključne riječi: socijalna davanja, socijalna sigurnost, pravo na imovinu, Protokol 1, legitimna očekivanja, zabrana diskriminacije

1. Uvod

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine¹ (u nastavku: EKLJP, Konvencija) kao jedan od prvih i sigurno najefikasniji akt za zaštitu ljudskih prava na tlu Evrope, garantuje zaštitu pred Evropskim sudom za ljudska prava (u nastavku: ESLJP, Sud) pravima i slobodama koja su suštinski građanske i političke prirode. Socio-ekonomska komponenta prava i slo-

¹ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

boda nije bila zamišljena kao sastavni dio zaštite kakvu pruža EKLJP uz pomoć ESLJP, te je kasnijim usvajanjem Evropske socijalne povelje od strane Vijeća Evrope 1961. godine, nastojano da se obezbijedi određeni stepen zaštite i za prava socijalnog predznaka, ali ne tako efikasno kao u slučaju građanskih i političkih prava, obzirom da ista ne uživa sudsku zaštitu od strane ESLJP-a, već se sudska zaštita isključivo obezbjeđuje na nacionalnom nivou.

Ovakav pristup je zauzet ne samo radi činjenice da EKLJP nigdje ne pominje izričito prava socio-ekonomskog karaktera, već i radi doktrine „polja diskrecione ocjene“ država članica², a koja se temelji na stavu da su države članice Vijeća Evrope pozvanije u regulisanju i odlučivanju o pitanjima ekonomskog i socijalnog karaktera, a što dalje znači i potencijalno ograničavanje ovih prava u skladu sa načelima zakonitosti, proporcionalnosti i legitimiteta cilja koji se time nastoji postići.³ Prilikom stvaranja sistema socijalne sigurnosti, evropske države su imale vrlo proaktivnu ulogu, a što je rezultiralo raznovrsnošću načina finansiranja socijalne zaštite, vrstama socijalnih beneficija, i često hibridnim oblicima međusobne uslovljenosti uplaćivanja doprinosa i ostvarenih socijalnih beneficija. Radi heteronomnosti sistema i očiglednih razlika u stepenu obezbjeđenja socijalne sigurnosti između država Evrope, ostavljano je široko polje diskrecione ocjene državama da po potrebi ograničavaju neka socijalna prava, bez da se isto propituje od strane ESLJP.

Ipak, slijedeći doktrinu da je EKLJP „živi instrument“, te da se i tumačenja moraju razvijati kako se razvija i sama sudska praksa, uz priznanje pozitivnih obaveza država, značajno se proširilo tumačenje pojedinih odredbi Konvencije, u kontekstu priznanja da pojedini članovi imaju određene socio-ekonomske posljedice, te da se u skladu sa time treba obezbijediti i zaštita od strane Suda u Strazburu, u svjetlu „nedjeljivosti“ ljudskih prava.⁴ Tako socijalna prava, odnosno, socijalna davanja *in concreto*, nalaze svoje mjesto u vezi sa članovima 6(1) EKLJP (pravo na pravično suđenje), članom 1 Protokola 1 (pravo na imovinu), članom 14 (zabrana diskriminacije), članom 2 (pravo na život), članom 3 (zabrana mučenja i nehumanog ili degradirajućeg tretmana).

Najznačajniji doprinos ESLJP-a u pogledu definisanja stepena zaštite koji socijalna davanja uživaju u okviru Konvencije, dala je bogata sudska praksa po osnovu primjene člana 1 Protokola 1 (pravo na imovinu) na slučajeve ograničenih i ukinutih socijalnih davanja u okviru javnog sistema socijalnog osiguranja

² O posljedicama primjene polja diskrecione ocjene država u kontekstu pojedinih članova EKLJP pogledati više u: Greer Steven, „The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on human rights“, *Human rights files No. 17*, Council of Europe Publishing, 2000.

³ Gómez Heredero Ana, „Social security as a human right“, *Human rights files, No. 23*, Council of Europe Publishing, 2007, 8.

⁴ Leijten Ingrid, „Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and NonDiscrimination under the ECHR“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV 73* (2013) (dostupno na: https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_2_a_177_208.pdf, 05.11.2022.), 180.

i socijalne zaštite. Na širenje primjene prava na imovinu i na slučajeve socijalnih davanja značajno su utjecali i primjena člana 14 (zabrana diskriminacije) i koncept legitimnih očekivanja, a čija je primjena u kontekstu člana 1 Protokola 1 rezultirala slučajevima koji su prekretnica u tumačenju prava na imovinu, ali sa značajnim oprezom, i vrlo često idući i korak unatrag, odnosno, ne priznajući primjenu Konvencije u činjenično sličnim slučajevima, ukoliko Sud smatra da bi time narušio polje diskrecione ocjene države. Stoga će se u nastavku rada definirati stepen primjene člana 1 Protokola 1 na socijalna davanja zavisno od toga da li se ista temelje na nekom vidu uplaćenih doprinosa ili ne, uzevši u obzir i primjenu člana 14 i principa legitimnih očekivanja u skorijoj sudskoj praksi.

2. Socijalna davanja kao dio imovine lica

Prilikom primjene člana 1 Protokola 1, ESLJP slijedi autonomno tumačenje pojma imovine. Naime, u postupanju po aplikacijama ESLJP ne uzima u obzir nacionalne definicije pojma imovine, koje u najvećem broju slučajeva predviđaju uži koncept samog „imanja“, tj imovine kao takve, već, samostalno tumačeći pojedinačne slučajeve, postepeno je uobličio autonoman koncept pojma imovine, koji i u značajnoj mjeri zavisi od okolnosti samog slučaja. Tako pojam imovine, pored „*postojeće imovine*“ a koja uključuje pokretne i nepokretne stvari i „*imovinska prava*“ lica, također uključuje i potraživanja za koja lice dokaže da ima „*legitimno očekivanje*“.⁵ Vremenom se koncept imovine proširio i na dionice, prava iz intelektualne svojine poput patenta, arbitražnu odluku kojom se potvrđuje neko potraživanje, klijentelu stečenu u okviru profesionalne djelatnosti, socijalna davanja itd.⁶

Po pitanju primjene člana 1 Protokola 1 na socijalna davanja, potrebno je istaći da se nikada nije pravo na socijalna davanja priznalo samo po sebi u okviru prakse ESLJP. To je bilo predmet razmatranja već u najranijoj sudskoj praksi, u slučaju *Müller v. Austria*⁷, gdje je istaknuto da se penzija kao socijalno davanje može tretirati kao pravo na imovinu samo ukoliko postoji direktna veza između uplaćenih doprinosa i prava koje se ostvaruje (pravo na starosnu penziju).⁸ Stoga, lice mora ispuniti sve zakonske pretpostavke da bi se smatralo da ima pravo na starosnu penziju (uplata doprinosa određeni vremenski period), bez obzira da li se radi o obaveznoj ili dobrovoljnoj shemi uplate doprinosa. Veza između uplaćivanja doprinosa i ostvarivanja neke vrste penzije ili drugog socijalnog davanja,

⁵ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property, Updated on 31 August 2022, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022, 7.

⁶ Beširović V. i dr., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, JP „Službeni glasnik“, 2017, 639.

⁷ *Müller v. Austria*, Application no. 5849/72, 1 October 1975, Decisions and Reports (DR) 3.

⁸ *Müller v. Austria*, str. 53.

potvrđena je nakon toga u nizu slučajeva. U slučaju *Gaygusuz v. Austria*⁹, zauzet je stav da je pravo na hitnu pomoć za nezaposlena lica u Austriji, a koja se temeljila na uplati doprinosa fondu za osiguranje nezaposlenih, imovinsko pravo u kontekstu člana 1 Protokola 1. Aplikantu, licu iranskog državljanstva, uskraćeno je pravo na ovu naknadu jer nije imao austrijsko državljanstvo, iako je cijelo vrijeme radio i uplaćivao doprinose u Austriji. Istaknuto je da je veza između uplaćenih doprinosa u fond i ostvarenog prava neprikosnovena, i utvrđena je povreda prava na imovinu prema Konvenciji. Slučaj je imao dodatni značaj radi utvrđenog diskriminatornog tretmana radnika migranta, a što je pokrenulo i različite analize u kontekstu položaja radnika migranata u sistemima socijalne zaštite u državama članicama EU.¹⁰

Jednak stav zauzet je i u kasnijem slučaju *Klein v. Austria*¹¹, gdje je postupajući aplikant, advokat koji je cijelu svoju karijeru uplaćivao doprinose u obaveznu advokatsku penzionu shemu, uskraćen za ostvarenje starosne penzije od strane advokatske komore zato što je godinu dana ranije brisan sa liste advokata radi bankrota uz nemogućnost da se dalje bavi istom profesijom. Specifičnost ovog slučaja se ogleda i u činjenici da je advokatska penziona shema imala elemente obaveznog penzionog osiguranja i osiguranja radi štete, a što Sud u konkretnom slučaju nije smatrao relevantnim u pogledu procjene da li je došlo do povrede prava na imovinu.¹² Zauzet je stav da je povrijeđen član 1 Protokola 1. Sud je dodatno istakao da u konkretnom slučaju sami doprinosi čine imovinsko pravo u kontekstu člana 1 Protokola 1, da je brisanje sa liste avokata radi ličnog bankrota nema svrhu kažnjavanja, te se pravo na penziju u konkretnom slučaju ne može uskratiti.¹³

Značajno je i to da je ESLJP u više navrata kroz svoju praksu istakao da se članom 1 Protokola 1 ne garantuje određena visina penzije koja se ostvaruje.¹⁴ U ovom pogledu, Sud ne smatra problematičnim niti postojanje različitog tretmana po pitanju ostvarivanja penzija između privatnog i javnog sektora, ili različitih kategorija osiguranih lica, sve dok se iste temelje na strukturalnim razlikama između penzionih shema. Ilustrativan je slučaj *Ackermann and Fuhrmann v. Germany*¹⁵, gdje se aplikant poziva na diskriminatoran tretman obzirom da je prinuđen u okviru obavezne penziona sheme finansirati i neke dodatne beneficije (npr. po osnovu

⁹ *Gaygusuz v. Austria*, Application no. 17371/90, 16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

¹⁰ Detaljnije o ovom aspektu presude pogledati više u: Dembour Marie-Benedicte, „Gaygusuz Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda“, *Human Rights Law Review* 12:4, 2012, doi:10.1093/hrlr/ngs025.

¹¹ *Klein v. Austria*, Application no. 57028/00, 3 March 2011.

¹² *Klein v. Austria*, §54.

¹³ *Klein v. Austria*, §52

¹⁴ *Ryszard Skórkiewicz v. Poland* (Application no. 39860/98), *Kuna v. Germany* (Application no. 52449/99) i dr. (vidjeti više u: *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property*, 60).

¹⁵ *Ackermann and Fuhrmann v. Germany*, Application no. 71477/01, 8 September 2005.

djece), a koje aplikant ne uživa, te da je visina njegove očekivane penzije manja u odnosu na penzije koje mogu ostvariti državni službenici i samozaposlene osobe u odvojenim penzijskim shemama.¹⁶ Sud je u konkretnom slučaju utvrdio da doprinosi plaćeni od strane aplikanta ne predstavljaju nemjerljivi teret za istoga, te da prihvata široko polje diskrecione ocjene države za uvođenjem različitih penzionih shema temeljenih na različitim statusima lica koja uplaćuju doprinose a koja slijede zakoniti cilj te su objektivno i razumno opravdana.¹⁷

Sudska praksa se po pitanju uplaćenih doprinosa kao osnova za sticanje prava na imovinu razvijala kroz nekoliko decenija. Tako je istaknuto kroz praksu da doprinosi za penziona osiguranje uplaćeni u visini od 19% primanja osiguranika ne predstavljaju pretjerani teret po osiguranika.¹⁸ Suzdržan stav Suda vidljiv je i u slučajevima gdje je traženo da se utvrdi adekvatnost visine penzije ili drugog socijalnog davanja u kontekstu obezbjeđenja socijalnog minimuma i odgovarajućeg životnog standarda. U *Larioshina v. Russia*¹⁹, aplikantica je tvrdila da je penzija koju je primala niz godina nedovoljna za dostojan život, čime je tako prema njoj postupano na neljudski i ponižavajući način, prema članu 3 Konvencije, uz povredu člana 1 Protokola 1. Sud je u konkretnom slučaju utvrdio da je aplikantici pravilno obračunata visina penzije u skladu sa zakonskim odredbama, da je ista isplaćivana redovno bez kašnjenja, te da ne može, umjesto nacionalnih nadležnih organa, da odredi ili izmijeni visinu penzije prema pravilima postojećeg socijalnog sistema.²⁰ Sud smatra da visina socijalnih davanja treba biti u okviru polja diskrecione ocjene države, a koja ocjenjuje u svakom slučaju socijalni minimum dostupan u okviru nacionalnog socijalnog sistema, ali u ekstremnim slučajevima lice se može pozvati na član 3, u vezi sa članom 1 Protokola 1, „kao početni osnov za ostvarenje socijalnog minimuma, iako Konvencija ne uključuje pozitivnu obavezu podržavanja izabranog stila života pojedinca po osnovu fondova kao čimbenika javnog blagostanja“.²¹ Član 3 u kombinaciji sa članom 1 Protokola 1 je moguće primijeniti ukoliko je jasno da je lice u potpunosti ovisno od pomoći države, a njegovo fizično i mentalno zdravlje je ugroženo radi nedostatnosti primanja.²²

Dakle, ESLJP je dosta oprezno pristupao i slučajevima gdje se socijalno davanje temelji očigledno na uplaćenim doprinosima. Načelno priznajući povredu člana 1 Protokola 1, ali samo u slučajevima kada je u pitanju priznavanje prava kao takvog ili ne, istovremeno nastojeći da ne pređe granicu diskrecione ocjene

¹⁶ *Ackermann and Fuhrmann v. Germany*, str. 8.

¹⁷ *Ackermann and Fuhrmann v. Germany*, str. 10.

¹⁸ *Ackermann and Fuhrmann v. Germany*, str. 11.

¹⁹ *Larioshina v. Russia*, Application no. 56869/00, 23 April 2002 (dec.).

²⁰ *Larioshina v. Russia*, str. 4.

²¹ Leijten Ingrid, “The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?”, *European Journal of Social Security*, Vol. 21(4), 2019, 324.

²² Hnitidou Ekaterini Katerina, *Beyond the Right to Life: The Right to Live in Dignity in the European Convention on Human Rights*, JAMM04 Master Thesis, Faculty Of Law, Lund University, 49.

država po pitanju načina uspostavljanja sistema socijalne zaštite, visine doprinosa, ili utvrđivanja visine socijalnih davanja ukoliko su ista obračunata u skladu sa postojećim nacionalnim propisima.

3. Utjecaj člana 14 na širenje domena člana 1 Protokola 1 u kontekstu socijalnih davanja

Do prevazilaženja razlike između socijalnih davanja po osnovu njihovog utemeljenja na doprinosima u kontekstu primjene člana 1 Protokola 1 došlo je tek poslije 2000. godine. Trebalo je nekoliko decenija da se prelomnom odlukom *Stec and Others v. United Kingdom*²³ iz 2005. godine, prihvati stav da se Konvencijom trebaju štititi i socijalna davanja koja nisu temeljena na doprinosima, već se finansiraju drugim izvorima javnih prihoda. U tome je značajnu ulogu odigrao član 14 Konvencije, a koji predviđa zabranu diskriminacije, tako da na ovom mjestu nije riječ o slučajevima koji su isključivo pitanje imovine, već i pitanje diskriminatorsnog postupanja. Značajno je napomenuti da je ESLJP u slučajevima diskriminatorsnog tretmana voljan tumačiti područje primjene nekog člana (u ovom slučaju člana 1 Protokola 1) daleko šire u odnosu na uobičajeno poimanje ukoliko se dovodi u vezu sa članom 14, pa je dovoljno da slučaj potpada u šire područje konvencijskog prava.²⁴

U konkretnom slučaju, gđa Stec i druge aplikantice pozivale su se na diskriminaciju temeljenu na spolu u pogledu ostvarivanja prava na naknadu za smanjena primanja („reduced earning allowance – REA“) i naknadu za penzionisanje („retirement allowance – RA“). Dok se naknada za smanjenje primanja obično ostvarivala u slučaju da lice nije u mogućnosti da obavlja posao (gđa Stec je povrijedila leđa radi čega nije više mogla da radi), naknada za penzionisanje (koja je niža u odnosu na prethodnu naknadu) bi se počela ostvarivati kao zamjena za prethodnu naknadu kada bi lice doseglo dob za penzionisanje. U Velikoj Britaniji dob za penzionisanje žena je u to vrijeme bila 60 godina, a za muškarce 65 godina. Obe navedene socijalne naknade nisu se temeljile na uplati doprinosa već su finansirane od strane države iz poreskih izvora. Gđa Stec i druge aplikantice su smatrale diskriminatorsnim da nižu naknadu počinju primati već u 60-toj godini u odnosu na muškarce, koji su u istoj situaciji primali naknadu za smanjena primanja sve do 65 godine. U svojoj odluci o dopustivosti, Sud je zaključio da „član 1 Protokola 1 ne predviđa pravo na sticanje imovine. U savremenoj, demokratskoj Državi, preživljavanje mnogih pojedinca je, cijeli ili dio njihovog života, u potpunosti ovisno o socijalnoj sigurnosti i socijalnim beneficijama. Mnogi domaći pravni sistemi prepoznaju da takvi pojedinci iziskuju stepen izvjesnosti i sigurnosti, i omogućavaju

²³ *Stec and Others vs the United Kingdom* (Grand Chamber), Application Nos. 65731/01 and 65900/01, 12 April 2006.

²⁴ Leitner Ingrid, „Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and NonDiscrimination under the ECHR“, 190.

*isplatu naknada – podložno ispunjavanju uslova podobnosti – kao prava*²⁵. Sud smatra da „država i dalje ima prostor da odluči da li će uspostaviti određenu socijalnu naknadu ili ne, te na koji način će ista biti finansirana, ali, ukoliko država odluči da uvede određenu shemu naknada, bez obzira da li su temeljene na doprinosima ili ne, to mora učiniti u skladu sa članom 14“²⁶. Istovremeno, Sud ističe da države i dalje imaju široko polje diskrecione ocjene po pitanju općih mjera u okviru ekonomske i socijalne strategije.²⁷ Iako je Sud u konačnici utvrdio da nije došlo do povrede člana 14 Konvencije, te da je diskriminatoran tretman u konkretnom slučaju opravdan ekonomskim i socijalnim statusom žena²⁸, ovo je bio ujedno i prvi slučaj u kojem se izričito ističe da se u području primjene člana 1 Protokola 1 trebaju uključiti i socijalna davanja koja nisu temeljena na doprinosima. Ipak, samo proširenje primjene prava na imovinu na ovakve slučajeve ograničeno je na pitanja diskriminatornog tretmana, odnosno, primjene člana 14 Konvencije.

Ovaj stav potvrđen je i u nešto kasnijem slučaju *Carson and Others v. UK*²⁹, u kojem se razmatrala opravdanost različitog tretmana britanskih državljana primaoca penzije koji nisu imali prebivalište u V.B. spram penzionera sa prebivalištem u V.B., a kojima su penzije rasle u skladu sa troškovima života u V.B. (vezane posebnim indeksom), dok su penzije nerezidenata ostajale iste kao na dan napuštanja V.B. Aplikanti nerezidenti su smatrali da se radi o diskriminatornom tretmanu po osnovu prebivališta, obzirom da su doprinose uplaćivali cijeli radni vijek radeći u V.B. jednako kao i penzioneri rezidenti. Značajno je istaknuti da je ovom presudom Sud potvrdio stav da je „neosporno da tamo, gdje je Država odlučila da usvoji zakonodavstvo koje predviđa naknadu kao pravo iz socijalne zaštite ili penzije, to zakonodavstvo se mora cijeniti kao da stvara imovinski interes koji je obuhvaćen područjem primjene člana 1 Protokola 1 za osobe koje ispunjavaju uslove“. Time je potvrđeno da je imovinski interes proizašao iz socijalnih davanja neovisno od toga da li je temeljen na doprinosima ili drugom načinu finansiranja, obuhvaćen područjem primjene prava na imovinu kao konvencijskog prava. Iako ni ovaj slučaj nije riješen povoljno po aplikante³⁰, ukazuje na dosljednost u pogledu proširenja primjene člana 1 Protokola 1 na socijalna davanja.

Dalje širenje dosega primjene prava na imovinu i interesantno tumačenje imovinskog interesa prema članu 1 Protokola 1 u pogledu socijalnih davanja pru-

²⁵ *Stec and Others vs the United Kingdom*, §51.

²⁶ *Stec and Others vs the United Kingdom*, §53.

²⁷ *Ibid.*, §52.

²⁸ O primjeni člana 14 i zabrani diskriminacije po osnovu spola u slučaju *Stec i dr. protiv UK*, pogledati više u: McCrudden Christopher and Prechal Sacha, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

²⁹ *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], Application no. 42184/05, 16 March 2010.

³⁰ Sud je smatrao da aplikanti u konkretnom slučaju nisu u istoj ili sličnom položaju kao rezidenti penzioneri u V.B., i da se indeks rekalkulacije penzija mogao primijeniti samo na rezidente (detajniju analizu vidjeti u: O’Connell, R., „Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR“, *Legal Studies*, 2009).

ža slučaj *Moskal v. Poland*.³¹ Aplikantica gđa Moskal je stekla pravo na „njegovateljsku penziju“, obzirom da je njen sin bolovao od više teških bolesti (iako nije izvršena procjena invaliditeta a što je obaveza tek kada dijete napuni 16 godina), i imala je dovoljno ostvarenog penzionog staža prije toga. Nakon što je primala istu 10 mjeseci, odluka o penziji je poništena (nadležni organ nije tražio refudaciju primljenih penzija) radi utvrđene greške nadležnog organa, te je tako gđa Moskal ostala bez ikakvih primanja sa troje djece. U konkretnom slučaju aplikantica se pozvala na povredu člana 1 Protokola 1 i člana 14, u smislu diskriminatornog tretmana po osnovu njenog prebivališta. Značajno da donošenje konačne odluke u ovom slučaju je da je Sud uzeo u obzir i princip „dobre vjere“, obzirom da je aplikantica ispunila sve zakonske pretpostavke za ostvarivanje prava, i princip „dobre (javne) uprave“ (odgovornost javnih organa da postupaju sa krajnjom savjesnošću) koja je istaknuta u slučajevima vitalnog interesa pojedinaca kao što su socijalna davanja i imovinska prava.³² Iako je Sud utvrdio da je nadležni organ u pogledu poništenja odluke o njegovateljskoj penziji postupao u skladu sa zakonom (lice nije imalo ispunjenu jednu od zakonskih pretpostavki) i legitimnim ciljem (ispravljanje administrativne greške), zbog činjenice da je time gđa Moskal ostavljena bez ikakvih primanja duži vremenski period, čime se ugrozila dobrobit njene porodice, Sud je zaključio da nije ostvarena „pravična ravnoteža“ između zahtjeva javnog interesa i zahtjeva zaštite fundamentalnih prava pojedinca, te da je preveliki teret bio na strani aplikantice.³³ Sud je u ovom slučaju pokazao u kojoj mjeri može da odluči da interveniše u pitanjima koja su inače prepuštena diskrecionoj ocjeni nacionalnih organa, ukoliko smatra da je pojedinac izložen prevelikom teretu zbog ograničenja njihovih konvencijskih prava, i da opravdanje Države neće biti lako prihvatljivo u svjetlu konvencijskih prava.³⁴

Slučaj *Ramaer and Van Willigen v. the Netherlands*³⁵ pokazuje kako ipak opseg primjene člana 1 Protokola 1 na slučajeve socijalnih davanja ima svoje granice, čak i ukoliko se povlači i primjena člana 14, kao člana kojim se aktivira šire polje primjene prava na imovinu, kao u prethodno navedenim slučajevima. Aplikanti g. Ramaer i g. Van Willigen, holandski državljani koji trenutno žive u Španiji i Belgiji, bili su osiguranici privatnog zdravstvenog osiguranja u Holandiji (koje je postojalo paralelno sa sistemom javnog zdravstvenog osiguranja), sve do 2006 godine, kada se usvaja novi zakon kojim se na jedinstven način uređuje zdravstveno osiguranje u javnom domenu, i ukidaju dotadašnja dva paralelna sistema osiguranja (privatno i javno). Nakon usvajanja novog zakona, aplikanti postaju osiguranici u javnom zdravstvenom sistemu, a po osnovu ugovora Holandije sa Španijom i Belgijom, korisnici su usluga osnovnog zdravstvenog osiguranja u državi prebivališta. Apli-

³¹ *Moskal v. Poland*, Application no. 10373/05, 01 March 2010.

³² *Moskal v. Poland*, §68 i §72.

³³ *Moskal v. Poland*, §76.

³⁴ Leitner Ingrid, „Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and NonDiscrimination under the ECHR”, 192.

³⁵ *Ramaer and Van Willigen v. the Netherlands*, Application no. 34880/12, 23.10.2012 (dec.)

kanti smatraju da su dovedeni u nepovoljan položaj obzirom da su cijeli radni vijek uplaćivali više doprinose za privatno zdravstveno osiguranje, i da sada, ukoliko žele ostvariti dodatne zdravstvene usluge, moraju plaćati dodatno privatno zdravstveno osiguranje, a što nije povoljna opcija za iste.³⁶ Aplikanti su smatrali da uplaćene premije osiguranja po prethodnim ugovorima koje su imali sklopljene u okviru privatnog zdravstvenog osiguranja, predstavljaju stečeno „pravo na imovinu“ prema članu 1 Protokola 1, i da je novim propisom narušeno „mirno uživanje imovine“. Međutim, za razliku od stava zauzetog u prethodnim slučajevima, Sud je bio stanožišta da očekivanja aplikanta nisu bila temeljena na odredbi ili zakonu, već na nadi da će njihovi osiguravateljski ugovori biti produženi ili obnovljeni pod jednako povoljnim uslovima. U konkretnom slučaju, Sud nije mogao zaključiti da se radi o legitimnom očekivanju temeljenom na prethodnim uplatama, konkretnije prirode i zasnovano na propisima i aktima države. Stoga je Sud odbio ovu aplikaciju kao nedopuštenu, smatrajući da ne postoji „imovina“ prema članu 1 Protokola 1.³⁷

Upoređujući slučajeve *Stec* i *Moskal* sa jedne strane, *Ramaer* sa druge, može se zaključiti da autonomno tumačenje pojma imovine od strane Suda prije svega zavisi od toga da li konkretna socijalna beneficija/davanje ima funkciju obezbjeđenja najhitnijih životnih potreba (naknada za penzionisanje u slučaju *Stec*, njegovateljska penzija u slučaju *Moskal*), ili ne kao slučaju *Ramaer*³⁸, gdje je riječ o pružanju dodatnih zdravstvenih usluga koje ne predstavljaju ispunjenje egzistencijalnih potreba u trenutku podnošenja aplikacije.

4. Koncept „legitimnih očekivanja“ i socijalna davanja

Obzirom na autonomno definisanje pojma „imovine“ u praksi ESLJP-a, isti ne uključuje samo postojeću imovinu, već se pod određenim okolnostima i „potraživanja“ mogu definisati kao „imovina“ a prema članu 1 Protokola 1. „Potraživanje“ može biti definisano kao imovina samo ukoliko postoji tzv. „legitimno očekivanje“ da će se ono i ostvariti, odnosno, da se opravdano smatra da će se realizirati u praksi.³⁹ Koncept legitimnih očekivanja uveden je kroz sudsku praksu slučajem *Pine Valley v. Ireland*⁴⁰ još 1991. godine, kada je Sud zauzeo stav da „sve dok (dozvola) nije bila poništena, aplikanti su imali bar legitimno očekivanje da će moći izvršiti planirani razvoj (nekretnine) i to se mora smatrati, u svjetlu člana 1 Protokola 1, kao sastavni dio imovine koja je u pitanju“.⁴¹

³⁶ *Ramaer and Van Willigen v. the Netherlands*, §18 – 23.

³⁷ *Ramaer and Van Willing v. the Netherlands*, §80 – 82.

³⁸ Leitner Ingrid, op.cit., 196.

³⁹ Grgić Aida, Mataga Zvonimir, Longar Matija, Vilfan Ana, “The right to property under the European Convention on Human Rights”, *Human rights handbooks*, No. 10, Council of Europe, 2007, 7.

⁴⁰ *Pine Valley v. Ireland*, Application No. 12742/87, 29. November 1991.

⁴¹ *Pine Valley v. Ireland*, §51.

Već su prethodno navedeni slučajevi ukazali na to da postoji volja ESLJP-a da se član 1 Protokola 1 primjenjuje kako na socijalna davanja koja se temelje na doprinosima (gdje je daleko jednostavnije utvrditi vezu između interesa osobe koja godinama uplaćuje doprinose i budućeg socijalnog davanja) i socijalnih davanja koja su finansirana na druge načine. Činjenica je da lica i plaćanjem poreza državi u kojoj žive, imaju očekivanje da će ista putem svog socijalnog zakonodavstva, koje je prevashodno zaštitnog karaktera, obezbijediti socijalna davanja u slučaju socijalne nužde. Primjenom koncepta legitimnih očekivanja i na slučajeve socijalnih davanja napravljen je naredni korak u širenju polja primjene člana 1 Protokola 1 i na slučajeve kada postoji određeni pravni interes lica prema nadležnim organima sistema socijalne zaštite ali se isti ne temelji izričito na postojećem propisu ili aktu.⁴² U sudskoj praksi je i ranije istaknuto da se u slučaju dokazivanja postojanja legitimnog očekivanja mora imati više od „potencijalnog imovinskog prava“. U nizu slučajeva koji se odnose na socijalna davanja, nije uspješno dokazano postojanje legitimnog očekivanja iz različitih razloga. Ukoliko lice ne ispunjava zakonske pretpostavke za ostvarivanje određenog socijalnog prava, smatrat će se da nema legitiman interes i samim time da se član 1 Protokola 1 ne može primijeniti, ukoliko je došlo do promjene u zakonskim pretpostavkama prije nego je lice postalo kvalificirano za određeno socijalno pravo, također će se smatrati da nema legitimno očekivanje da će i ostvariti isto, jednako kao i u slučaju upitnih potraživanja.⁴³

Primjena koncepta legitimnih očekivanja na polju socijalnih davanja dobila je vjetar u leđa skorijim slučajem pred Sudom, *Bélané Nagy v. Hungary*⁴⁴, gdje je uslijed više izmjena zakonskih propisa u pogledu određenja stepena invaliditeta (2010) i dužine trajanja perioda osiguranja (2012) aplikantima bila onemogućena da od 2010. godine ostvaruje invalidsku penziju.⁴⁵ Obzirom da su njeni zahtjevi

⁴² Cousins Mel, “Legitimate expectation and social security law under the European Convention of Human Rights”, *European Journal of Social Security*, vol. 23(1), 2021, 25.

⁴³ *Rasmussen v. Poland*, Application no. 38886/05, 28 April 2009, *Bellet, Huertas and Vialatte v. France*, (dec.) Application no. 40832/98 27 April 1999, *Richardson v The United Kingdom*, 26252/08, [2010] ECHR 1816, [2012] ECHR 766, *Kopecký v. Slovakia*, Application no. 44912/98, 7 January 2003.

⁴⁴ *Bélané Nagy v. Hungary*, Application no. 53080/13, 10 February 2015.

⁴⁵ Aplikantica, gđa Bélané Nagy, mađarska državljanka, ostvarila je invalidsku penziju 2001. godine, koju je primala sve do 2010. godine, kada je rješenje o istoj poništeno, obzirom da je izmjenama zakonodavstva u međuvremenu uvedena nova metodologija utvrđivanja stepena invaliditeta. Izvršena je reevaluacija njenog stepena invaliditeta i utvrđeno je da aplikantica više nije ispunjavala uslove u vezi sa invaliditeta i ostvarivanja prava na invalidsku penziju. Ona je u međuvremenu ponovno pokrenula postupak utvrđivanja stepena invaliditeta, nakon čega je ipak utvrđeno da ispunjava uslove u pogledu stepena istog. Za to vrijeme nije radila niti je uplaćivala penziono osiguranje. U 2012. godini uveden je novi zakonski uslov za ostvarenje invalidske penzije u vezi sa dužinom pokrivenosti socijalnim osiguranjem, a koji ona više nije ispunjavala, iako je u međuvremenu postigla odgovarajući stepen invaliditeta po osnovu medicinske procjene (Information Note on the Court’s case-law 182, February 2015, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-10372%22%7D>) (09.11.2022.).

za invalidskom penzijom odbijeni, aplikantica je smatrala da je time povrijeđeno njeno pravo na imovinu, tačnije član 1 Protokola 1. U konkretnom slučaju, Sud je pošao od činjenice da se samo činjenično stanje na strani aplikantice nije promijenilo – njeno medicinsko stanje je ostalo nepromijenjeno, te, iako joj je rekalkulacijom utvrđen niži stepen invaliditeta, novom analizom je utvrđeno da ispunjava taj preduslov za ostvarivanje „naknade“ po novom zakonu. Činjenica je da je u konačnici pravo na „invalidsku naknadu“ onemogućeno jer aplikantica nije imala dovoljno staža pokrivenog socijalnim osiguranjem prema novom zakonu, a obzirom da nije više bila sposobna raditi radi utvrđenog invaliditeta, faktički je bila onemogućena da uopšte i ostvari dodatni period pokrivenosti osiguranjem. Sud je u konkretnom slučaju smatrao da „za vrijeme njenog zaposlenja, aplikantica je doprinosila sistemu socijalne zaštite, na način predviđen zakonom. Ti doprinosi su rezultirali legitimnim očekivanjem da će ona primiti davanje za invaliditet, a koja su (očekivanja) formalno priznata i ispoštovana od strane nadležnih organa kada je aplikantica ostvarila invalidsku penziju 2001. godine.“⁴⁶ Kako nadalje Sud ističe, takvo legitimno očekivanje koje je bilo kontinuirano po svojoj pravnoj prirodi, nije se moglo smatrati da je prestalo postojati zbog činjenice uvođenja nove metodologije evaluacije invaliditeta, i gubitkom njenog prava na invalidsku penziju 2010. godine, nastalo je njeno legitimno očekivanje da će se pravo ponovno uspostaviti.⁴⁷ Konkretno, invalidsku penziju koju je aplikantica ostvarivala punih 10 godina, Sud je prihvatio kao „postojeću imovinu“ aplikantice po osnovu koje je ona imala legitimno očekivanje da će istu kontinuirano u budućnosti ostvarivati na osnovu nepromijenjenog medicinskog stanja. Međutim, podijeljeno mišljenje sudija izazvala je dilema da li je legitimno očekivanje postojalo i 2012. godine obzirom da je 2 godine prije utvrđeno da ne ispunjava odgovarajući stepen invaliditeta, i time se izgubio značajan element postojanja legitimnih očekivanja (zasnovanost očekivanja na ispunjenim uslovima prema pravnom aktu), a novi zahtjev je aplikantica uputila po osnovu ponovno utvrđene invalidnosti kao nove činjenice. Prevagu u pogledu toga da li je u periodu 2010 -2012 godine postojalo kontinuirano legitimno očekivanje aplikantice donijele su činjenice da je aplikantica u periodu od 2 godine tokom kojih nije primala penziju išla na redovna periodična vrednovanja medicinskog stanja, i za to vrijeme je ispunjavala uslov minimalnog perioda osiguranja.⁴⁸ Dakle, njen zahtjev 2012. godine, temeljio se na postojećem legitimnom očekivanju da ispunjava oba zakonom predviđena uslova. Dodatno, novim zakonom 2012. godine aplikantici su u potpunosti uskraćena bilo kakva penziona prava, ne ostavljajući mogućnost za nekim vidom „prelazne naknade“.⁴⁹ Po osnovu svih navedenih činjenica i izvedenih zaključaka, Sud je u konačnici zaključio da je aplikantica cijelo vrijeme imala legitimno očekivanje da će ostvariti pravo

⁴⁶ *Bélané Nagy v. Hungary*, §48.

⁴⁷ *Bélané Nagy v. Hungary*, §50.

⁴⁸ *Bélané Nagy v. Hungary*, §102.

⁴⁹ *Bélané Nagy v. Hungary*, §109.

na invalidsku penziju, čime je potvrđena primjena člana 1 Protokola 1, te utvrđena povreda istog zbog neproporcionalne mjere koja je poduzeta prema aplikantici (onemogućavanje ostvarivanja bilo kakvog prava po osnovu invaliditeta).⁵⁰

Iako Sud u navedenom slučaju nije dao jasnu definiciju legitimnog očekivanja a koja bi se mogla primijeniti na sve slučajeve socijalnih davanja u kontekstu člana 1 Protokola 1, da se zaključiti da, da bi se neki interes smatrao legitimnim očekivanjem (a ne samo nadom u pozitivno razrješenje situacije), mora na neki način biti povezan sa imovinom na način kako se tumači prema članu 1 Protokola 1.⁵¹ Konkretno, u situaciji kada dođe do promjene zakonodavnih rješenja po osnovu kojih lice gubi određeno socijalno davanje, u svrhu postojanja legitimnog očekivanja, trebali bi se ispuniti slijedeći uslovi:

- a) da li je lice prethodno bilo uživatelj socijalnog davanja
- b) da li lice uplaćivalo doprinose u okviru socijalnog sistema,
- c) da je licu nužna kontinuirana podrška zbog gubitka sposobnosti za rad.⁵²

Nakon ovog slučaja, pitanje legitimnih očekivanja u kontekstu socijalnih davanja je često bilo predmetom razmatranja.⁵³ Tako je u slučaju *Baczúr v. Hungary*⁵⁴, Sud slijedio jednak način odlučivanja kao i u *Bélané Nagy v. Hungary*, obzirom da je i na ovom mjestu predmetom odlučivanja bilo smanjenje utvrđene visine invaliditeta aplikanta radi promjene propisa, a što je rezultiralo isplatom, umjesto dotadašnje invalidske penzije, rehabilitacione naknade ograničenog vremenskog trajanja, koja je bila za 2/3 manja u odnosu na prethodno socijalno davanje. U konkretnom slučaju, Sud nije smatrao relevantnim što se radi o dva socijalna davanja različite prirode (invalidska penzija nije vremenski ograničena, dok je rehabilitaciona naknada bila vremenski ograničena, sa svrhom da obezbijedi minimalna sredstva dok traje rehabilitacija lica), već činjenicu da se medicinsko stanje aplikanta nije promijenilo (nije došlo do faktičkog poboljšanja zdravlja), aplikant je cijelo vrijeme postupao u dobroj vjeri i surađivao sa nadležnim tijelima u svrhu reevaluacije medicinskog stanja i rehabilitacionog postupka.⁵⁵ Sud je zaključio da i u ovom slučaju aplikant ima legitimno očekivanje, obzirom da je kontinuirano primao redovna socijalna davanja, te da je povrijeđen član 1 Protokola 1. Prilikom provođenja testa „pravične ravnoteže“, odnosno toga da li je mjera koju je poduzeo nadležni organ proporcionalna cilju koji se nastoji postići, istaknuto je da je došlo do značajnijeg smanjenja socijalnog davanja, i da sama svrha postojanja-

⁵⁰ *Bélané Nagy v. Hungary*, §125.

⁵¹ Cousins Mel, op.cit., 38.

⁵² Preuzeto iz: Cousins Mel, „Disability pensions, property rights and legitimate expectations: *Bélané Nagy v. Hungary*“, *European Journal of Social Security* (2015), dostupno na: https://works.bepress.com/mel_cousins/91/, 10.

⁵³ Detaljniju analizu sličnih slučajeva po pitanju tumačenja koncepta legitimnih očekivanja i ishoda slučajeva pogledati u: Cousins Mel, “Legitimate expectation and social security law under the European Convention of Human Rights”, 42 – 43.

⁵⁴ *Baczúr v. Hungary*, Application no. 8263/15, 7 March 2017.

⁵⁵ *Baczúr v. Hungary*, §23 – 24.

nja socijalne sheme je pomaganje najranjivijim licima u društvu, da se ista temelji na solidarnosti⁵⁶, i da je smanjenje od 2/3 davanja predstavlja oštećenje same suštine penzionog davanja. Usprkos širokom polju diskrecione ocjene koje uživaju države u polju socijalne sigurnosti, zauzet je stav da je aplikant pretrpio preveliko opterećenje u periodu primanja smanjenje socijalne naknade.⁵⁷

Iako nije riječ o socijalnom davanju temeljenom na doprinosima, već obezbjeđenju nenovčanih davanja u okviru zdravstvenog osiguranja, Sud je i u slučaju *Fedulov v. Russia*⁵⁸ slijedio stav da je od značaja svrha socijalnog davanja u kontekstu egzistencijalnih potreba aplikanta. Aplikant g. Fedulov je obolio od raka te je po osnovu teškog zdravstvenog stanja ostvario status onesposobljene osobe koja ima pravo na besplatne lijekove. Međutim, pravo na besplatne lijekove je ostvario samo jednom, nakon čega je odbijen, sa obrazloženjem da nadležni fond nije izdvojio sredstva za finansiranje istih. Sud je utvrdio da je aplikant ispunio sve zakonske pretpostavke za ostvarenje ovog prava, a što je stvorilo i legitimno očekivanje aplikanta da će isto biti ostvareno, te je kontinuirano korištenje ovog prava bilo nužno za sam život aplikanta.⁵⁹ U konačnici, utvrđena je povreda prava na imovinu prema članu 1 Protokola 1, obzirom da se onemogućavanje ostvarivanja prava na besplatne lijekove temeljilo na arbitrarnoj odluci o nedostatku sredstava koja se nije temeljila na zakonu.

Može se zaključiti da je primjenom koncepta legitimnog očekivanja značajno proširena primjena člana 1 Protokola 1 na slučajeve socijalnih davanja. Također, sam koncept legitimnih očekivanja je u prethodno navedenim slučajevima vrlo ekstenzivno tumačen, a u cilju podvođenja činjeničnog stanja pod područje primjene Konvencije.⁶⁰ Konkretno, Sud je prije svega bio vođen ozbiljnošću socijalne situacije aplikanta, prvenstveno ukoliko je dovedeno u pitanje suština samog osnovnog prava (poput prava na penziju). Ipak, Sud je u navedenim slučajevima propustio da detaljnije definiše pojam legitimnog očekivanja u kontekstu socijalnih davanja, tako da i dalje ostaje ovaj aspekt nedovoljno jasan, i otvoren za različito tumačenje zavisno od konkretnih okolnosti slučaja.

5. Povrede člana 1 Protokola 1 u slučaju socijalnih davanja

U konačnici je nužno ukazati na načine povreda člana 1 Protokola 1 i u kojoj mjeri se takve povrede mogu smatrati opravdanim od strane nadležnih organa. Već je prethodno istaknuto da ESLJP smatra da države uživaju široko polje diskrecione ocjene kada su u pitanju mjere socijalne politike, odnosno način uređivanja

⁵⁶ *Baczúr v. Hungary*, §29.

⁵⁷ *Baczúr v. Hungary*, §32.

⁵⁸ *Fedulov v. Russia*, Application no. 53068/08, 8 October 2019.

⁵⁹ *Fedulov v. Russia*, §71.

⁶⁰ Mickonytė Aistė, "The Right to (Acquire?) Property: Social Security Rights before the ECtHR", *Graz Law Working Paper Series*, Working Paper No 09-2020, 23.

sistema socijalnog osiguranja i socijalne zaštite.⁶¹ To podrazumijeva i izmjene postojećeg zakonodavnog okvira kao i poduzimanje mjera socio-ekonomskog značaja a koje nužno imaju i posljedice po socijalne statuse pojedinaca. Promjene unutar sistema socijalne zaštite same po sebi nisu protivne pravu na imovinu tj. članu 1 Protokola 1, a i u slučaju kada dovedu do povrede, nužno je ispitati i proporcionalnost mjere/akta države, da bi se mogao usvojiti konačni zaključak o povredi prava pojedinca.

Ukoliko se sagledaju mnogobrojni slučajevi iz oblasti socijalnih davanja pred ESLJP-om, u kojima se aplikanti pozivaju na povredu prava na imovinu u kontekstu člana 1 Protokola 1, iste bi se mogle klasifikovati na potencijalne povrede izazvane aktom/mjerom države, odnosno nadležnih organa, i one izazvane određenim faktorom na strani samog aplikanta kao korisnika socijalne beneficije.

Kao razlozi za smanjenje, ukidanje ili nepriznavanje određenog socijalnog davanja na strani države, najčešće se navode slijedeći:

- izmjena zakonodavstva
- uvođenje vanrednih mjera (npr. u slučaju finansijske krize)
- greška administrativnog organa prilikom primjene propisa

Najveći broj aplikacija usmjeren je u pravcu izmjena sistema socijalnog osiguranja i socijalne zaštite a koje su u konačnici rezultirale time da se licu smanjuje ili potpuno ukida određeno socijalno davanje. Obzirom na široko polje diskrecione ocjene države da vrši promjene unutar sistema socijalnog osiguranja, i Sud u svom postupanju po aplikacijama uzima u obzir različite okolnosti prilikom utvrđivanja da li je došlo do povrede prava na imovinu, i da li je takva povreda opravdana. Tako je od značaja sam cilj smanjenja/ukidanja socijalnog davanja, nastojanje da se mjerom ograniče gubici kojima je izložen socijalni sistem, da li su aplikanti nastavili primati starosnu penziju, da li je izvršena diskriminacija ili da li su stavljeni u nepovoljniji položaj spram korisnika penzija iz opće sheme socijalnog osiguranja, da li mjera ima retroaktivni efekat, da li se uzelo u obzir i dužina trajanja uplate doprinosa od strane aplikanta u sistem socijalnog osiguranja.⁶² U pogledu provođenja testa pravične ravnoteže, od utjecaja će sigurno biti da li je zakonodavac predvidio i neki prelazni period za lica kojima se naknada smanjuje ili ukida u potpunosti, a u svrhu prilagođavanja pojedinca novim okolnostima (u slučaju *Moskal v. Poland* nije dat prelazni period radi čega je aplikantica u potpunosti ostala bez ikakvih primanja). Prethodno analizirani slučajevi ukazuju i na faktor „dobre vjere“ aplikanta, odnosno, da li je aplikant učinio sve što je u njihovoj moći da bi obezbijedio ispunjenje traženih uslova predviđenih zakonom (*Bélané Nagy v. Hungary*, *Baczúr v. Hungary*).

Pitanje retroaktivnog dejstva promjene socijalnog sistema je od velikog značaja u praksi ESLJP-a. Naime, zahtjev nadležnog organa, nakon ponovnog izračuna nekog socijalnog davanja, da se izvrši povrat isplaćenih razlika je podložan

⁶¹ *Rasmussen v. Denmark*, Application No. 8777/79, 28 November 1984.

⁶² Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property, 2022, 61.

procjeni testa „pravične ravnoteže“ gdje Sud uzima u obzir i lične okolnosti korisnika socijalnog davanja i da li je korisnik nastupao prevarno ili ne.⁶³ Ipak, praksa pokazuje da je Sud u slučaju retroaktivne promjene uslova za penzionisanje i smanjenje penzija, a koje su privilegovane po svojoj prirodi, u značajnom broju slučajeva zauzeo stav da se ne radi o povredi prava na imovinu. Ovo je obično slučaj privilegovanih penzija koje uživaju određene grupe radnika u javnom sektoru (*Arras and Others v. Italy*)⁶⁴, gdje Sud smatra da „zbog svog neposrednog znanja o svome društvu i njegovim potrebama, nacionalna tijela su u principu u boljem položaju spram međunarodnog sudije da odluče šta je „u javnom interesu“, pa zaključuje da su nadležni organi slijedili javni interes u konkretnom slučaju (*harmonizacija penzijskog sistema kroz jednak tretman penzionera*).⁶⁵ Sličan pristup Sud zauzima i kada su u pitanju privilegovane penzije stečene po osnovu povlaštenog položaja koje su u prošlosti uživali pripadnici komunističke elite, policije ili oružanih snaga u postkomunističkim zemljama, a koje su se novim zakonodavnim rješenjima smanjivale do nivoa penzija općeg obaveznog penzionog sistema.⁶⁶ Ukoliko bi zakonodavne izmjene lica ovog statusa ostavila bez ikakvog socijalnog davanja, kao jedan vid kažnjavanja za političku uključenost, tada je ovakva mjera mogla biti nedopuštena.

Uvođenje mjera štednje kroz smanjenje visine socijalnih davanja u cilju ograničavanja negativnih efekata finansijske krize često su predmetom razmatranja u aplikacijama pred ESLJP-om. One kao takve ne mijenjaju zakonske uslove za sticanje prava, niti imaju retroaktivno dejstvo na uslove ili visinu prethodno priznatih prava, već su vrlo često vremenski ograničenog trajanja. I u ovom pogledu, Sud priznaje široko polje diskrecione procjene države u kontekstu njene finansijske situacije i zaštite javnog interesa, kao i u slučaju značajnijih gospodarskih promjena.⁶⁷ Ipak, same mjere moraju biti opravdane javnim interesom, dosljedno primijenjene i zakonite. Arbitrarne odluke da se određena socijalna davanja uskraćuju jer nema dovoljno finansijskih sredstava, ne mogu biti prihvaćene kao opravdano ograničenje socijalnog davanja (*Fedulov v. Russia*).

⁶³ Tako je u slučaju *Bulgakova v. Russia*, gdje je izvršena retroaktivni ponovni obračun penzija koje su već isplaćene u korist aplikantice, gdje je aplikantica trebala izvršiti povrat istog, utvrđeno da to predstavlja prekomjerno opterećenje za aplikanticu I time I povredu člana 1 Protokola 1 (*Bulgakova v. Russia*, Application no. 69524/01, 18 January 2007).

⁶⁴ Tako je Sud u slučaju *Arras and Others v. Italy* (Application no. 17972/07) razmatrao smanjenje privilegovanih penzija penzionera koji su bili zaposlenici Napuljske banke (javna ustanova) i čije su se penzije obračunavale prema povoljnijim uslovima na nivo penzija prema općem obaveznom osiguranju. Pogledati dalje i: *Khoniakina v. Georgia*, Application no. 17767/08.

⁶⁵ *Arras and Others v. Italy*, §81.

⁶⁶ *Janković v. Croatia* (Application no. 43440/98), *Schwengel v. Germany* (Application no. 52442/99), *Goretzki v. Germany*, (Application no. 52447/99) – za detaljniji pregled sudske prakse pogledati više u: Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property, 2022, 62; Grgić Aida et. al., *The right to property under the European Convention on Human Rights*, 40.

⁶⁷ Detaljnije vidjeti u: Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property, 2022, 79 – 81.

Značajan broj alikacija odnosi se na smanjenje ili poništenje odluka o dodjeli socijalnih davanja, često sa retroaktivnim dejstvom, radi pogrešnog obračuna visine davanja, pogrešne procjene ispunjenosti uslova za ostvarenje naknade, pogrešno utvrđenog zdravstvenog stanja korisnika socijalnog davanja. Dakle, ne radi se o promjenama unutar samog socijalnog sistema, niti o promjenama statusa ili stanja korisnika socijalnog davanja, već administrativnoj greški koja se na ovaj način treba ispraviti, a čiji legitimitet Sud ne spori. Ukoliko procijeni da je ponašanje aplikanta bilo „u dobroj vjeri“, savjesno, Sud je stava da zahtjev za retroaktivnim isplaćivanjem razlika u davanjima predstavlja povredu člana 1 Protokola 1 (*Romeva v. North Macedonia*)⁶⁸, kao i onemogućavanje daljeg ostvarenja ovog prava (*Moskal v. Poland*).

Do ograničenja ili potpunog poništenja prethodno ostvarenog socijalnog davanja može doći i u slučaju promijenjenih okolnosti na strani samog korisnika socijalnog davanja. Promjena životnih okolnosti, npr. zdravlja korisnika beneficije svakodnevna je pojava i sama po sebi može rezultirati i promjenama u pogledu socijalnih davanja. To je naročito slučaj u pogledu socijalnih davanja po osnovu nesposobnosti za rad, gdje periodičnim procjenama zdravstvenog stanja korisnika može biti utvrđeno da je došlo do poboljšanja zdravstvenog stanja u dovoljnoj mjeri da isti ne ispunjava više uslove za određenu socijalno pravo. Same periodične procjene se ne smatraju kao takve neprihvatljivim, a ukoliko rezultiraju zaključkom da lice više ne ispunjava uslove za ostvarivanje socijalnog davanja, neće predstavljati povredu prava na imovinu u kontekstu člana 1 Protokola 1.⁶⁹ Interesantno je napomenuti da i drugačije okolnosti na strani korisnika mogu dovesti do ukidanja ili smanjenja socijalnog davanja a da su bile predmetom razmatranja od strane ESLJP-a. Osuđivanje za krivično djelo na kaznu zatvora u nekim državama ima za rezultat ukidanje isplata nekih socijalnih davanja. Potpuno ukidanje isplata penzije Sud je u dosadašnjoj praksi smatrao povredom člana 1 Protokola 1, dok djelimično smanjenje visine davanja dotadašnjih primanja nije smatrao povredom u kontekstu prava na imovinu.⁷⁰

⁶⁸ *Romeva v. North Macedonia*, Application no. 32141/10 - Zbog pogrešne procjene ispunjenosti uslova za odlazak u starosnu penziju, nadležni fond je aplikantici uputio zahtjev za povratom svih primjeljih penzija, uz poništenje rješenja o penziji, čime je aplikantica ostala bez ikakvih davaja.

⁶⁹ *Wieczorek v. Poland*, Application no. 18176/05, 8 December 2009.

⁷⁰ *Banfield v. United Kingdom*, Application no. 6223/04 – policijski službenik koji je počinio više seksualnih delikata protiv žena, uključujući i silovanje, dok je bio na službenoj dužnosti, osuđen na 18 godina zatvora, prilikom čega mu se smanjio iznos uplaćenih doprinosa za 65%, a koliko je iznosio udio uplaćen od strane samog poslodavca (75% koji su smanjeni na 65%), što se smatralo kaznenom mjerom protiv službenih osoba koje počine naročito teške zločine i narušile ugled javne vlasti i povjerenja u državu. Sud je ovakvu mjeru smatrao proporcionalnom, obzirom da je ista bila predviđena ranije propisima i aplikant je ranije bio upoznat sa potencijalnim posljedicama.

6. Zaključak

Istraživanje je pokazalo da su socijalna davanja predmetom zaštite Konvencije u posljednjih pedeset godina, a posljednjih dvadeset godina, pod utjecajem teorije Konvencije kao „živog instrumenta“, ukazuje na kontinuiran trend širenja područja primjene člana 1 Protokola 1 po pitanju prava iz oblasti socijalne zaštite.

Prvi značajan iskorak u širenju pojma imovine i na socijalna prava učinjen je 2005. godine presudom *Stec*, gdje Sud, paralelno razmatrajući i potencijalni diskriminatorni tretman prema članu 14 Konvencije, proširuje polje primjene i na socijalna davanja koja nisu temeljena na doprinosima. Pa, iako je većina razmatranih slučajeva u konačnici riješena nepovoljno po aplikante (nije dokazan diskriminatoran tretman), značaj se ogleda upravo u priznanju da su socijalna davanja, neovisno o načinu finansiranja, obuhvaćena područjem primjene člana 1 Protokola 1, ali, prvenstveno u kontesktu takvih davanja koja su ključna za egzistenciju osobe. Nekoliko godina kasnije, primjenom koncepta legitimnih očekivanja, znatno je prošireno područje primjene člana 1 Protokola 1 na socijalna davanja bilo koje vrste, neovisno o potencijalnom diskriminatornom tretmanu, čime se dao vjetar u leđa korisnicima socijalnih davanja da u većoj mjeri potraže zaštitu pred ESLJP-om. Značajna otežavajuća okolnost u ovom slučaju je nedostatak definicije pojam legitimnih očekivanja u kontekstu socijalnih davanja, što znatno čini buduće aplikacije neizvjesnim.

Usprkos činjenici da se područje primjene znatno proširilo u posljednjih dvadeset godina, može se primijetiti znatan oprez prilikom donošenja konačnih odluka, gdje Sud nastoji da ne pređe granicu širokog polja diskrecione ocjene država u pitanjima iz oblasti socijalne politike. To se naročito primijeti u pitanjima odlučivanja o adekvatnosti visine i smanjenja socijalnih davanja, uslova za ostvarenje socijalnog davanja, visine doprinosa. Međutim, i u takvim pitanjima, Sud nastoji kroz test „pravičke ravnoteže“ da procijeni proporcionalnost mjere kroz njen utjecaj na konačni socijalni status, postojanja „dobre vjere“ aplikanta sa jedne strane, i javnog interesa i finansijske opstojnosti cjelokupnog socijalnog sistema države sa druge.

Literatura:

1. Beširović V., Đerić V., Korljan E., Carić S., Draškić M., P. Ilić G., Janković I., Krstić I., Marinković T., Papić T., Popović D., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, JP „Službeni glasnik“, 2017
2. Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5
3. Cousins Mel, “Legitimate expectation and social security law under the European Convention of Human Rights”, *European Journal of Social Security*, vol. 23(1), 2021

4. Cousins Mel, „Disability pensions, property rights and legitimate expectations: *Bélané Nagy v. Hungary*“, *European Journal of Social Security* (2015), dostupno na: https://works.bepress.com/mel_cousins/91/
5. Dembour Marie-Benedicte, „Gaygusuz Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda“, *Human Rights Law Review* 12:4, 2012, doi:10.1093/hrlr/ngs025.
6. Gómez Heredero Ana, “Social security as a human right”, *Human rights files*, No. 23, Council of Europe Publishing, 2007
7. Greer Steven, „The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on human rights“, *Human rights files* No. 17, Council of Europe Publishing, 2000
8. Grgić Aida, Mataga Zvonimir, Longar Matija, Vilfan Ana, “The right to property under the European Convention on Human Rights”, *Human rights handbooks*, No. 10, Council of Europe, 2007
9. *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property*, Updated on 31 August 2022, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022
10. Hnitidou Ekaterini Katerina, *Beyond the Right to Life: The Right to Live in Dignity in the European Convention on Human Rights*, JAMM04 Master Thesis, Faculty Of Law, Lund University
11. Information Note on the Court’s case-law 182, February 2015, dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-10372%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-10372%22]}) (09.11.2022.)
12. Leijten Ingrid, “The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?” *European Journal of Social Security*, Vol. 21(4), 2019
13. Leijten Ingrid, „Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and NonDiscrimination under the ECHR“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV* 73 (2013) (dostupno na: https://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_2_a_177_208.pdf , 05.11.2022.)
14. Mickonytė Aistė, “The Right to (Acquire?) Property: Social Security Rights before the ECtHR”, *Graz Law Working Paper Series*, Working Paper No 09-2020
15. O’Connell, R., „Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR“, *Legal Studies*, 2009

Sudska praksa

1. Ackermann and Fuhrmann v. Germany, Application no. 71477/01, 8 September 2005.
2. Arras and Others v. Italy, Application no. 17972/07, 14 February 2012
3. Baczúr v. Hungary, Application no. 8263/15, 7 March 2017.
4. Banfield v. United Kingdom, Application no. 6223/04, 18 October 2005

5. Béláné Nagy v. Hungary, Application no. 53080/13, 10 February 2015
6. Bulgakova v. Russia, Application no. 69524/01, 18 January 2007
7. Carson and Others v. the United Kingdom [GC], Application no. 42184/05, 16 March 2010
8. Fedulov v. Russia, Application no. 53068/08, 8 October 2019
9. Gaygusuz v. Austria, Application no. 17371/90, 16 September 1996
10. Klein v. Austria, Application no. 57028/00, 3 March 2011
11. Larioshina v. Russia, Application no. 56869/00, 23 April 2002
12. Moskal v. Poland, Application no. 10373/05, 01 March 2010.
13. Müller v. Austria, Application no. 5849/72, 1 October 1975
14. Pine Valley v. Ireland, Application No. 12742/87, 29. November 1991
15. Ramaer and Van Willineg v. the Netherlands, Application no. 34880/12, 23 October 2012
16. Rasmussen v. Denmark, Application No. 8777/79, 28 November 1984.
17. Romeva v. North Macedonia, Application no. 32141/10, 12 December 2019
18. Stec and Others vs the United Kingdom (Grand Chamber), Application Nos. 65731/01 and 65900/01, 12 April 2006

Ivana Grubešić, Ph.D., assistant professor
Faculty of Law, University of Zenica

**PROTECTION OF SOCIAL BENEFITS IN THE CONTEXT OF
ARTICLE 1 OF PROTOCOL 1 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS**

Summary: Social security benefits of the member states of the Council of Europe, even though not explicitly stated anywhere in the ECHR nor the accompanying protocols, have enjoyed the protection of the European Court of Human Rights for several decades, which has nonetheless exercised significant precaution when adopting decisions. This is first and foremost the result of the respect that the ECtHR has in its operation for the wide margin of appreciation of member states in the area of social security due to significant differences in the conceptual understanding of the concept of social insurance and social protection, conditioned by the different ways financing them. Nevertheless, treating the doctrine of the Convention as a “living instrument”, the protection of social benefits has been accepted through the practice of the ECtHR, primarily based on Article 1 of the Protocol 1, as a “protection of property“, seeing that changes to the social security system may result in the limitation or cancellation of some social benefit, which is considered to interfere with the right to property, or the so-called “legitimate expectation” of the party in that context. The research will be directed towards the analysis of the relevant practice of the ECtHR, which answers how social benefits can be qualified as “property” according to Article 1 of Protocol 1 and what is the role of the principle of legitimate expectations and the prohibition of discrimination in that context, which limitations are recognized through judicial practice, and how far the guarantee of protection under Article 1 of Protocol 1 extends, taking into account the decisions of the Court in the recent cases of *Bèlànè Nagy v. Hungary* and *Baczur v. Hungary*.

Key words: social benefits, social security, right to property, Protocol 1, legitimate expectations, non-discrimination

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Suad Kurtćehajić, redovni profesor
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

BOSNA I HERCEGOVINA IZMEĐU GRADANSKE I ETNIČKE DRŽAVE

Sažetak: Ako pogledamo ustavnost Bosne i Hercegovine u AVNOJ-evskoj Jugoslaviji Ustav Narodne Republike Bosne i Hercegovine od 1946. godine Bosnu i Hercegovinu definira kao narodnu državu republikanskog oblika. Ustavni zakon Narodne Republike Bosne i Hercegovine od 1953. godine istu određuje kao državu radnog naroda. Ustav Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine od 1963. godine daje sljedeću definiciju: „Socijalistička Republika Bosna i Hercegovina je državna socijalistička zajednica zasnovana na vlasti radnog naroda i samoupravljanju“. Ustav od 1974. godine Socijalističku Republiku Bosnu i Hercegovinu definira kao socijalističku demokratsku državu i socijalističku samoupravnu demokratsku zajednicu radnih ljudi i građana, naroda Bosne i Hercegovine Muslimana, Srba, Hrvata i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive, koja je zasnovana na vlasti i samoupravljanju radničke klase i svih radnih ljudi i na suverenosti i ravnopravnosti naroda Bosne i Hercegovine i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive.

Dejtonski Ustav u Preambuli daje sljedeću definiciju: Bošnjaci, Hrvati i Srbi kao konstitutentni narodi (u mnogim prevodima stoji konstitutivni), zajedno sa ostalima i građani Bosne i Hercegovine ovim utvrđuju Ustav Bosne i Hercegovine.

Ako pogledamo sve pomenute ustave da se zapaziti da su ustavi Republike Bosne i Hercegovine na prvom mjestu stavljali ili narode u neodređenom smislu ili građane a da je Dejtonski Ustav na prvom mjestu označio tri naroda poimenično ih nabrojivši pa tek onda ostali narodi i građani Bosne i Hercegovine čime je ustavnost Bosne i Hercegovine doživjela ustavnu involuciju.

Ključne riječi: Republika Bosna i Hercegovina, Bosna i Hercegovina, ustav, konstituent, konstitutivni, involucija

Ako napravimo osvrt hroz historiju Bosne, a od berlinskog kongresa Bosne i Hercegovine¹ možemo zapaziti da je u na ovim prostorima dugo postojao

¹ Naime 930 godina od prvog pominjanja Bosne 948. godine u djelu *De administrando imperio* vizantijskog cara i pisca Konstantina Porfirogeneta naziv za bosanskohercegovački prostor bio je Bosna da bi tek članom 25. Berlinskog ugovora koji je utvrđen 04. jula 1878 godine na Berlinskom kongresu koji je trajao mjesec dana (od 13 juna do 13 jula 1878. godine) rečeno da se provincije Bosna i Hercegovina imaju dati na upravu Austro-Ugarskoj čime je postavljena nova

jedinstven etnički identitet. U srednjem vijeku to su bili Bošnjani. Pripadali su različitim religijama: bosanskim kristjanima, katolicima i pravoslavicima ali im je pripadnost Bosni i bošnjačkom identitetu bila jedinstvena. Pred kraj bosanske srednjevjekovne države početkom XV stoljeća bosanski kralj Tvrtko II Tvrtković u Povelji Dubrovniku koristi prvi put termin Bošnjak za stanovnika Bosne. Dolaskom Osmanlija, padom Jajca i pogubljenjem poslednjeg bosanskog kralja Stjepana Tomaševića 1463. godine pada i srednjevjekovna bosanska država.

Osmanlijama je naziv Bošnjak više odgovarao njihovoj lingvistici tako da polako iščezava srednjevjekovni termin Bošnjani za bosanskog čovjeka i zamjenjuje ga termin Bošnjak. U isto vrijeme najveći dio bosanskih kristjana dolaskom Osmanlija prima islam što je bio njihov odgovor na uporna papina nastojanja da se silom katoliciziraju. Jedan dio bosanskih kristjana su se odselili prema Italiji i Francuskoj i oformili sektu katarata.²

Termin Bošnjak bio je odrednica za sve stanovnike Bosne odnosno bosanskog pašaluka oformljenog 1580. godine te Bosanskog vilajeta oformljenog 1865. godine. Tome u prilog govori i prvi broj Letopisa Matice srpske “Bošnjaci žive između Save, Dalmacije i Hema, čislom 450.000; ispovedaju ili Islam; ili su Rimokatolici, ili pravoslavni.”³

Drugi važan izvor da je na prostoru Bosne za vrijeme Osmanlija postojao jedinstven identitet je Načertanije⁴ u kojem njegov autor Ilija Garašanin govori da u Bosni žive Bošnjaci mohamedanske vjere, rimokatoličke i pravoslavne. Da je pojam Srbin u korišten u bilo kom obliku za pravoslavni narod u Bosni Garašanin nikada ne bi upotrijebio termin Bošnjaci pravoslavci. Njegova ideja je bila Srbizirati Bosnu kako bi se ona kasnije mogla pripojiti Srbiji.

Na osnovama Garašaninovih ideja u Bosnu dolazi pravoslavni sveštenik Bogoljub (Teofil) Petranović 1862. godine u misiji da populariše srpsko ime. To mu uspijeva sa Bošnjacima pravoslavicima u misiji koja traje oko sedam godina do 1869. godine tako da se pravoslavci u Bosni nakon Petranovićeve misije sve više počinju osjećati Srbima a sve manje Bošnjacima. Iste 1862. godine kad i Petranović u Bosnu dolazi Klement Božić koji opazivši šta Srbi i Srbija rade, prepade se da će Bosnu Srbi osvojiti obišao je sve rimokatoličke manastire i parohije u Bosni šireći ideju o hrvatsvu među Bošnjacima katolicima a hrvatskom novinarstvu dokazivati da je Bosna hrvatska zemlja. Jedan od najvećih dokaza da su katolici u Bosni imali bošnjački identitet jeste i natpis “Katolici Bošnjaci Grada Sarajeva 1887” koji stoji u Katedrali srca Isusova u Sarajevu“.

osnova u pogledu naziva zemlje koji je učvršćen donošenjem Zakona o upravljanju Bosnom i Hercegovinom od 1880. godine.

² Postoji mišljenje među švedskim historičarima da je vatra protestantizma zapaljena u Bosni odnosno da su potomci bosanskih kristjana, u znak sjećanja šta im je katolička crkva radila stoljećima u nastojanju da ih natjeraju da ispovijedaju katoličku vjeru, ustali uz protestantiizam a protiv katoličke crkve.

³ Letopis Matice srpske, Prvi broj 1825. godine.

⁴ Načertanije je program nacionalne politike Srpske kneževine tadašnjeg ministra unutrašnjih poslova Srbije Ilije Garašanina izdan kao tajni državni document 1844. godine.

Dolaskom Austro-Ugarske kada je na čelo vojnog upravitelja nad Bosnom i Hercegovinom postavljen Benjamin Kalaj 1882. godine on se do svoje smrti 1903. godine zalagao za afirmaciju integralnog bošnjaštva kao zajedničke odrednice za sve stanovnike Bosne i Hercegovine. Od 1880. godine u Bosni i Hercegovini je ozvaničen bosanski jezik umjesto zemaljskog jezika. Časopis Bošnjak je pokrenut 1891. godine na zahtjev gradonačelnika Sarajeva Mehmed-bega Kapetanovića Ljubušaka koji je bio i njegov vlasnik. U prvom broju jedan od najznamenitijih bošnjačkih intelektualaca Safvet beg Bašagić piše pjesmu Bošnjaku "Znaš Bošnjače nije bilo davno, sveg mi svijeta nema petnaest ljeta, kad u našoj Bosni ponositelj i junačkoj zemlji Hercegovoj, od Trebinja do Brodskih vrata nije bilo Srba ni Hrvata, a danas se kroz svoje hire, oba stranca ko u svoje šire.. Oba su nas gosta saletila da nam uzmu najmilije blago naše ime ponosno i drago".

I ova pjesma Bašagića je jedan od dokaza da su stanovnici Bosne i Hercegovine imali jedinstven bošnjački identitet ali je agresivna politika koja je dolazila od naših susjeda iz Beograda i Zagreba, ali i inertnost bošnjačkih begova i aga koji su najviše bili zainteresovani da se ne pravi agrarna reform i da sačuvaju svoje posjede, dovela do toga da se nakon smrti Mehmed-bega Ljubušaka ali i Benjamina Kalaja početkom XX vijeka gasi časopis Bošnjak a sa time pada u zaborav bošnjačko ime, da bi 1907. godine bio ukinut bosanski jezik i zamijenjen srpsko-hrvatskim jezikom.

Nakon Prvog svjetskog rata raspada se Austro-Ugarska, a na Balkanu se stvara jedna nova država osnovana 01. decembra 1918. godine pod nazivom Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca kojoj je na osnovu Zakona od 03. oktobra 1929. godine promijenjen naziv u Kraljevinu Jugoslaviju.

U Kraljevini Jugoslaviji je proveden popis stanovništva 1931. godine. Prema tom popisu broj stanovnika u Bosni i Hercegovini je bio 2.323.555. Od toga srpski pravoslavci su brojali 1.028.947 stanovnika ili 44,45%, muslimani 718.079 ili 30,905%, rimokatolici 547.949 ili 23,58% , protestanti 7.094 i ostali 22,294 ili 0,96%⁵. Iz ovoga se vidi da te 1931. godine još uvijek na prostoru Bosne i Hercegovine nisu zaživjeli nazivi Srbin i Hrvat ali je naziv Bošnjak potpuno nestao iz upotrebe. Bošnjaci su upali u amneziju u pogledu identiteta koja je trajala skoro devet decenija.

Na prvom zasjedanju AVNOJ-a održanom 26 i 27 novembra 1942. godine u Bihaću pored ostalih odluka AVNOJ donosi i Proglas narodima Jugoslavije i u tom proglasu su pozivi poimenično upućeni: Hrvatima, Slovincima, Muslimanima, Crnogorcima, Makedoncima i Srbima. Interesantno je da su Muslimani označeni sa velikim „M“ čime im se htelo dati do znanja da se radi o posebnom narodu.

Na istom fonu je i bilo odlučivanje na Prvom zasjedanju ZAVNOBiH-a⁷

Pri tome treba imati u vidu da je ZAVNOBiH oformljen na jedan demokratski način, odnosno da su o sudbini Bosne i Hercegovine odlučivali vijećnici ZAVNOBiH-a njih 173, koji su izabrani istina ne neposredno od strane naroda nego preko

⁵ Izvod iz popisa stanovništva BiH 1931, godine, Wikipedia,

⁶ Antifašističko vijeće narodnog oslobođenja Jugoslavije

⁷ Zemaljsko antifašističko vijeće naroda Bosne i Hercegovine

prisutnih delegata, dakle, na posredan način što se itekako može opravdati okolnostima da je ovo zasjedanje održano u ratnim okolnostima. U ovome leži i legitimitet i valjanost odluka koje su donijete na Prvom zasjedanju ZAVNOBiH-a. Vijećnici ZAVNOBiH-a usvojili su rezoluciju ZAVNOBiH-a formuliranu u šest zaključaka.

Pod tačkom 5 izražena je volja naroda u Bosni i Hercegovini da njihova zemlja koja nije ni srpska, ni hrvatska, ni muslimanska nego i srpska, i hrvatska, i muslimanska bude slobodna i zbratimljena Bosna i Hercegovina, u kojoj će biti osigurana puna ravnopravnost i jednakost Srba, Muslimana i Hrvata.

Ovdje također zapažamo da se Muslimani označavaju sa velikim slovom „M“. Isto je i u Proglasu narodima Bosne i Hercegovine što je također usvojeno na ovom skupu.

Paradoksalno je da četiri dana kasnije na Drugom zasjedanju AVNOJ-a održanom 29 i 30 novembra 1943. godine AVNOJ donosi odluku o stvaranju Jugoslavije sa šest federalnih jedinica i pet naroda. Muslimani su tretirani kao vjerska skupina.

Dakle s jedne strane odlukama ZAVNOBiH-a Muslimani su narod a s druge strane odlukama AVNOJ-a to nisu.

Nakon bezuspješnog pokušaja da se Muslimani asimiliraju među Srbe ili Hrvate 1968. godine CK SKBiH⁸ je donio odluku da su Muslimani poseban i ravnopravan narod u jugoslovenskoj federaciji a u jugoslovenski grb unosi se šesta baklja.

Deklaracijom o pravima građana usvojenom na Drugom zasjedanju ZAVNOBiH-a održanom u Sanskom Mostu od 30. juna do 02. jula 1944. godine potvrđuje se ravnopravnost Srba, Muslimana i Hrvata Bosne i Hercegovine koja je njihova zajednička i nedjeljiva domovina. Ovdje vidimo da se ponovo koristi veliko slovo “M” za označavanje Muslimana čime im se reći da se radi o posebnom i ravnopravnom narodu a ne vjerskoj skupini. Unatoč tome dalja dešavanja sve do odluke CKSK Bosne i Hercegovine od 1968. godine bila su usmjerena da se Muslimani opredijele prema drugim narodima a uglavnom Srbima i Hrvatima.

I na Trećem zasjedanju ZAVNOBiH.a koje je održano u oslobođenom Sarajevu od 26-28. aprila 1945. godine podvučena je ravnopravnost Srba, Muslimana i Hrvata u Bosni i Hercegovini da bi 14. februara 1946.godine Federalna Bosna i Hercegovina postala Narodna Republika Bosna i Hercegovina⁹ i pristupilo se izradi i donošenju prvog Ustava Narodne Republike Bosne i Hercegovine što je uslijedilo 31. januara 1946. godine. Sve ustavne definicije Bosne i Hercegovine do proglašenja njene nezavisnosti 1992. godine Bosnu i Hercegovinu određuju kao državu.

S druge strane u ustavnim definicijama i ustavnim promjenama kako Ustava NRBiH¹⁰ od 1946. godine tako i Ustava SRBiH¹¹ od 1963. godine sve do Ustava Bosne i Hercegovine od 1974. godine nemamo nabranje njenih naroda.

⁸ Centralni komitet Saveza komunista Bosne i Hercegovine

⁹ Zakon o imenu Narodne Republike Bosne i Hercegovine, „Službeni list“ NR BiH, br. 8 od 20. februara 1946.godine

¹⁰ Narodna Republika Bosna i Hercegovina

¹¹ Socijalistička Republika Bosna i Hercegovina

Ustav Narodne Republike Bosne i Hercegovine od 1946. godine Bosnu i Hercegovinu definira kao narodnu državu republikanskog oblika.¹² Ustavni zakon Narodne Republike Bosne i Hercegovine od 1953. godine istu određuje kao državu radnog naroda.¹³ Ustav Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine od 1963. godine daje sljedeću definiciju: „Socijalistička Republika Bosna i Hercegovina je državna socijalistička zajednica zasnovana na vlasti radnog naroda i samoupravljanju“.¹⁴

Tek Ustav od 1974. godine Socijalističku Republiku Bosnu i Hercegovinu definira kao socijalističku demokratsku državu i socijalističku samoupravnu demokratsku zajednicu radnih ljudi i građana, naroda Bosne i Hercegovine Muslimana, Srba, Hrvata i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive, koja je zasnovana na vlasti i samoupravljanju radničke klase i svih radnih ljudi i na suverenosti i ravnopravnosti naroda Bosne i Hercegovine i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive.¹⁵ Ustavnim amandmanom LX od 1990. godine na nov način je u odnosu na definiciju od 1974. godine definirao Bosnu i Hercegovinu. Tako u ovom amandmanu stoji: „Socijalistička Republika Bosna i Hercegovina je demokratska suverena država ravnopravnih građana, naroda Bosne i Hercegovine- Muslimana, Srba i Hrvata i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive zasnovana na vlasti i samoupravljanju radničke klase i svih radnih ljudi, i na suverenosti i ravnopravnosti naroda Bosne i Hercegovine i pripadnika drugih naroda i narodnosti koji u njoj žive“.¹⁶

Ono što se da zapaziti kad su u pitanju definicije države Bosne i Hercegovine prema Ustavu od 1974. godine i amandmanske promjene od 1990. godine je da unatoč nabranju tri naroda koji su definirani dokumentima sva tri ZAVNOBiH-a jeste da su prije naroda u definiciji navedeni građani i u tome se ogleda ustavna involucija koja nam je data Dejtonskim ustavom gdje su na prvom mjestu stavljani narodi a tek onda građani.

U Aneksu 4. koji je Ustav Bosne i Hercegovine u njegovoj preambuli narodi su dati prije građana i na engleskom jeziku piše:

„Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is as follows“...

Kako vidimo stoji constituent (sastavni) a ne constitutive (konstitutivni). Podvala je napravljena u prevodu gdje stoji: „Bošnjaci, Hrvati i Srbi kao konstitutivni narodi (zajedno sa drugima) i građani Bosne i Hercegovine ovdje određuju da je Ustav Bosne i Hercegovine kako slijedi“...

¹² Ustav NRBiH, „Službeni list“ Narodne Republike Bosne i Hercegovine, broj 1/47, str.2

¹³ Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja Narodne Republike Bosne i Hercegovine i republičkim organima vlasti, Službeni list Narodne Republike Bosne i Hercegovine, broj 3 od 5. februara 1953.

¹⁴ Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije s ustavima socijalističkih republika i statutima autonomnih pokrajina, Novinske ustanove Službeni list SFRJ, Beograd, 1963., str. 102.

¹⁵ Ustav Bosne i Hercegovine s amandmanima I-LVIII, Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1989., citiran član 1. Ustava SRBiH, str. 28.

¹⁶ Amandmani su objavljeni u Službenom listu SRBiH broj 21/90.

Sa krivim prevodom hoće se reći da su tri konstitutivna ili državotvorna naroda konstituirala Bosnu i Hercegovinu, i pritom se u stalnoj kako usmenoj tako i pismenoj komunikaciji nažalost gotovo svih bosanskohercegovačkih političara ne pominju drugi narodi i građani iako ih Ustav BiH navodi u istoj rečenici i nivou ko određuje Ustav BiH, a istina koja se želi sakriti je da je u stvari Bosna i Hercegovina iznjedrila postojanje ta tri ali i druge narode i građane Bosne i Hercegovine.

Zbog toga bi trebalo tri pomenuta naroda koji su i dokumentima ZAVNO-BiH-a nabrojani, s tim što je naziv Musliman od 1993. godine na Svebošnjačkom kongresu održanom u Sarajevu 28. septembra 1993. godine zamijenjen historijski utemeljenom nazivu Bošnjak, dovesti u istu ravan sa drugim narodima i građanima koji žive u Bosni i Hercegovini.

Zaključak

U svom historijskom postojanju Bosna je imala dugo vremena jedinstven identitet gdje je naziv za njene stanovnike u srednjevjekovnoj bosanskoj državi bio Bošnjanim, sa dolaskom Osmanlijama termin Bošnjak koji se počeo koristiti početkom XV stoljeća prevladava, da bi se od polovine XIX stoljeća desio proces u kojem su učestvovali emisari iz Beograda i Zagreba sa zadatkom da izvrše promidžbu srpskog i hrvatskog imena među Bošnjacima pravoslacima i katolicima, dok Bošnjaci muslimani dopuštaju da im se početkom XX stoljeća oduzme identitet i jezik i identificiraju se sa muslimanima kao panislamskom kategorijom. Međutim porazima i povlačenjem Otomanske imperije nakon završetka Prvog balkanskog rata muslimani u Bosni i Hercegovini postaju neka vrsta oaze i na njih se sve više gleda kao na vjersku skupinu. Ta nepravda je djelimično ispravljena odlukama ZAVNOBiH-a ali u isto vrijeme AVNOJ kao najviši zakonodavni i izvršni organ Demokratske Federativne Jugoslavije na svom Drugom zasjedanju bosanske muslimane ne dovodi u istu ravan sa drugim narodima. CKSK BiH 1968. godine ispravlja tu nepravdu dajući Muslimanima status ravnopravnog naroda da bi se taj historijski proces izlaska iz amnezije za Bošnjake desio 1993. godine na Svebošnjačkom saboru kada je bosanskim muslimanima vraćen identitet Bošnjak.

Iako sva tri zasjedanja ZAVNOBiH-a nabrajaju narode u Bosni i Hercegovini Ustav Narodne Republike Bosne i Hercegovine od 1946. godine, Ustavni zakon NRBiH od 1953. godine i Ustav Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine od 1963. godine ne nabrajaju narode već govore o narodnoj državi ili zajednici naroda. Ustav od 1974. godine ponovo nabraja tri ravnopravna naroda i ostale ali tek nakon što prvo pominje građane. Dejtonski ustav to obrće stavljajući na prvom mjestu narode. Perspektiva Bosne i Hercegovine u tom klatnu nikako ne može biti preferiranje etničkog jer to nije priroda Bosne i Hercegovine. Kroz vrijeme treba jačati instituciju apstraktnog građanina kojem je dostupno da pod jednakim uslovima može dobiti bilo koju poziciju u državi. To je na kraju krajeva i tekovina evropskog zakonodavstva. U početnom periodu je možda potrebno zaštititi etnička prava da princip građanskog ne bi doveo do supremacije jednog naroda nad drugima. I u tom procesu ogleđa se perspektiva Bosne i Hercegovine.

LITERATURA

Knjige:

1. BiH od 1878-1914, 2. izdanje, Sarajevo, "Bosanski kulturni centar", 1997.
2. Čaušević, Dženana: Pravno-politički razvitak Bosne i Hercegovine, Sarajevo: Magistrat, 2005.
3. Ibrahimagić, Omer: Državnost i nezavisnost Bosne i Hercegovine. Sarajevo: „Vijeće Kongresa bošnjačkih intelektualaca“, 1997.
4. Ibrahimagić, Omer: Politički sistem Bosne i Hercegovine. Sarajevo: "Magistrat", 1999.
5. Imamović, Mustafa: Historija države i prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, "Magistrat", 2014.
6. Imamović, Mustafa: Historija Bošnjaka, Sarajevo, "Preporod", 1997.
7. Imamović, Mustafa: Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak
8. Kurtćehajić, Suad i Ibrahimagić, Omer: Politički sistem Bosne i Hercegovine 3. Sarajevo: „autori“, 2007.
9. Kurtćehajić, Suad: Prilozi za politički sistem BiH, Sarajevo, Futur art, 2017.
10. Malkolm, Noel: Povijest Bosne, Zagreb/Sarajevo, "Erasmus", 1995.
11. Sućeska, Avdo: Državno-pravni razvitak Bosne i Hercegovine. Sarajevo: „Fakultet kriminalističkih nauka“. 1995.
12. Trnka, Kasim: Konstitutivnost naroda. Sarajevo: "Vijeće kongresa bošnjačkih intelektualaca", 2000.
13. Zulfikarpašić, Adil: Bošnjak. Cirihi: "Bošnjački institut", 1995.

Ustavi i Zakoni:

1. Amandmani od 1990 na Ustav SRBiH-a su objavljeni u Službenom listu SRBiH broj 21/90.
2. i Hercegovine i republičkim organima vlasti, Službeni list Narodne Republike Bosne i Hercegovine, broj 3 od 5. februara 1953.
3. Ustav Bosne i Hercegovine od 1974. godine s amandmanima I-LVIII, Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1989.,
4. Ustav NRBiH, „Službeni list“ Narodne Republike Bosne i Hercegovine, broj 1/47
5. Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije s ustavima socijalističkih republika i statutima autonomnih pokrajina, Novinske ustanove Službeni list SFRJ, Beograd, 1963.,
6. Ustavi - Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Kantona-Županija Federacije Bosne i Hercegovine sa amandmanima, na jezicima: bosanskom, hrvatskom, srpskom, engleskom, "Federalno ministarstvo pravde", Sarajevo, 1997.
7. Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja Narodne Republike Bosne
8. Zakon o imenu Narodne Republike Bosne i Hercegovine, „Službeni list“ NR BiH, br.8 od 20. februara 1946. godine

Suad Kurtćehajić, Ph.D., full time professor
Faculty of political sciences, University of Sarajevo

BOSNIA AND HERZEGOVINA BETWEEN CIVIL AND ETHNIC STATE

Summary: When we talk about constitutionality of Bosnia and Herzegovina in AVNOJ's Yugoslavia (The Anti-Fascist Council for the National Liberation of Yugoslavia), the Constitution of the National Republic of Bosnia and Herzegovina from 1946 has defined Bosnia and Herzegovina as national state of a republican form. Constitutional law of the National Republic of Bosnia and Herzegovina from 1953 has defined it as a state of working nation. The Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina from 1963 gives the following definition: "Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina is socialist community based on authority of working people and self-government". The Constitution from 1974 defines Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina as a socialist democratic state and socialist self-government democratic community of working class and citizens, nations of Bosnia and Herzegovina: Muslim, Serbs and Croats, as well as other nations and nationalities living in it, based on government and self-government of working class and all working nations, and on sovereignty and equality of all nations in Bosnia and Herzegovina and also members of other nations and nationalities living in it.

The Dayton Constitution in the Preamble gives the following definition: Bosniaks, Croats and Serbs as constituent nations (in many translations stands for constitutive), along with others and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

If we look at all the mentioned Constitutions, it is obvious that the Constitutions of the Republic of Bosnia and Herzegovina in the first place put either nations in an indefinite sense or citizens and that the Dayton Constitution marked three nations in the first place, listing them by name, and only then other nations and citizens of Bosnia and Herzegovina. In this sense, the constitutionality of Bosnia and Herzegovina has experienced constitutional involution.

Keywords: Republic of Bosnia and Herzegovina, Bosnia and Herzegovina, Constitution, constituent, constitutive, involution

Dr. sc. Marija Boban, izvanredna profesorica

Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

MEDIJSKA PISMENOST, DEZINFORMIRANJE I SLOBODA IZRAŽAVANJA NA INTERNETU I DRUŠTVENIM MREŽAMA U DIGITALNOM DOBU

Sažetak: Sloboda izražavanja osnovno je načelo Europske unije utvrđeno u Povelji Europske unije o temeljnim pravima i u ustavima država članica. Otvorena europska demokratska društva ovise o sposobnosti građana da pristupe raznim provjerljivim informacijama kako bi mogli izgraditi svoje stajalište o različitim političkim pitanjima. Na taj način građani mogu sudjelovati u javnim raspravama i u okviru slobodnih i pravednih političkih procesa izraziti svoje mišljenje. S pojavom i progresivnim razvojem interneta kao globalne komunikacijske mreže komunikacija se uvelike premjestila iz realnog svijeta u virtualni svijet formirajući virtualnu stvarnost. U kontekstu novih i sveobuhvatnih društvenih promjena koje su između ostalog uvjetovane i pojavom i primjenom novih tehnoloških dostignuća kroz medijske fenomene poput digitalizacije, konvergencije i multimedijalnosti autorica u ovom radu analizira promjene koje su se dogodile i značajno utječu na medijsku pismenost i slobodu izražavanja u digitalnom dobu. Demokratski procesi sve više ugroženi pojavom lažnih vijesti (tzv. *fake news*) i namjernim, opsežnim i sustavnim širenjem dezinformacija. Zaključno, u radu je dan i osvrt na strateški okvir EU u borbi protiv dezinformiranja u medijima s ciljem zaštite slobode izražavanja u medijima kao temeljnog ljudskog prava.

Ključne riječi: dezinformiranje, digitalno doba, društvene mreže, Europska unija, informacijske tehnologije, Internet, lažne vijesti, medijska pismenost, sloboda izražavanja

1. UVOD

Informacijske tehnologije utječu na sve dijelove društvenog i privatnog života. Prema definiciji predstavljaju skup računala, telekomunikacija, i softvera koji omogućuju unos, obradu i protok informacija.¹ Tehnologija je ukupnost znanja, metoda i tehnika koje se koristi u procesu rada, upravljanja i međusobne komunikacije. U današnje vrijeme razvoja tehnike, proizvodnih i društvenih razvoja, tehnologija je interdisciplinarna budući da proučava postupke, procese i metode

¹ Tako i šire Varga, M., Čurko, K., Panian, Ž., Čerić, V., Bosilj - Vukšić, V., Srića, V., ... & Jaković, B. (2007). *Informatika u poslovanju*. Element, Zagreb, str. 97.;

u tehničkom znanstvenom području.² Definicija informacijske tehnologije koja se odnosi na fizičke karakteristike uključuje pojmove kao što su hardver, softver, računalo, tv, kamera, internet, satelit i ostali pojmovi koji su dio našeg života. Druga definicija odnosi se na poslovne svrhe i primjenu tehnologije u poslovanju kroz informacije i znanje koje koriste menadžeri koji odlučuju.³ Informacijska tehnologija omogućila je primjenu paradoksa u poslovanju, a to je upotreba induktivne logike u razvoju procesa. Klasična ekonomija prolazi od deduktivnog razmišljanja, prvo se utvrdi problem, a zatim se biraju najbolja moguća rješenja. Informacijska tehnologija omogućuje suprotan način sagledavanja poslovnog problema. Najprije se stvara nova tehnologija, a naknadno se traži primjena u rješavanju postojećih poslovnih problema. Takav način razmišljanja i primjene logike krivac je za snažnu ekspanziju informacijske tehnologije i stvaranje novih potreba na tržištu.⁴

Razvoj informacijske tehnologije posljednjih 15-tak godina uvjetovao je njezin utjecaj na razvoj gospodarstva. Stvorene su nove mogućnosti obrade tržišta, stvorena je potreba za novim proizvodima i uslugama, smanjeni su troškovi, povećana je učinkovitost i kvaliteta proizvoda i usluga.⁵ Razvojem informacijske tehnologije rasla je i važnost novog komunikacijskog medija Interneta. Poslovanje organizacije počinje se mijenjati, i to u sljedećim segmentima: mijenja se priroda poslovnih procesa, pronalazak i razmjena informacija postaje brža i učinkovitija, organizacija poduzeća postaje hijerarhijski slojevita (mrežna i projektna organizacija). Pojedini poslovni postupci unutar organizacije razvojem interneta, postaju dinamičniji, brži i točniji. Primjer B2B povezivanja uvelike je ubrzao proces nabave i koristeći intranet koji je povezan na internet, stvaraju se ekstraneti koji povezuju zainteresirane organizacije i procese koji se odvijaju među njima čini efikasnijim. Proces prodaje proizvoda i usluga putem elektroničkog poslovanja je ubrzan, a komunikacija s kupcima i potrošačima kvalitetnija.⁶ Informacijska tehnologija je relativno mlada tehnologija vrlo dinamičnog razvoja tako da sva starija znanja zastarijevaju vrlo brzo. Razvoj informacijske tehnologije utjecao je na razvoj poslovnih trendova i bez tog razvoja koje nam IT danas pruža ne bi bilo moguće zamisliti suvremene poslovne trendove i funkcioniranje poslovnih sustava. Informacijska tehnologija danas je neodvojiv dio poslovanja. Toga su i svjesni današnji menadžeri pa gotovo svako poduzeće koristi informacijsku tehnologiju

² Prema Bahtijarević - Šiber, F. (1992). *Utjecaj tehnologije na organizaciju*. Ekonomski pregled, Hrvatsko društvo ekonomista, Zagreb, 1-2, str. 65.;

³ Vidi Kolaković, M., Kovačević, B., Sisek, B. (2002) *Utjecaj teorija poduzeća na suvremene pristupe organizaciji poduzeća*, Ekonomski pregled [online], Vol 53., No 9-10, str. 936. Dostupno na: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=44551 (10.11.2022.);

⁴ Tako Šuber, B. (2005). „Unapređenje poslovnih procesa pomoć informacijske tehnologije“. Ekonomski vjesnik br. 1 i 2 (18), str. 97-99. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/199766> (10.11.2022.);

⁵ *Ibidem*;

⁶ *Ibid.*;

kao osnovu svoga poslovanja. Sve se više ulaže u informacijsku tehnologiju što povećava potrebu za kvalitetnim upravljanjem IT-om i informatičkim projektima stoga poduzeća zahtijevaju od svojih zaposlenika informatičku pismenost jer u današnjem svijetu poznavanje informacijskih tehnologija predstavlja preduvjet uspješnog poslovanja.⁷ Tradicionalne metode razvoja poslovne strategije nisu prepoznavale velike prednosti IT-a, pa se tehnologija, a s time i IT uglavnom smatrala troškom i nije se uočavala mogućnost stvaranja tj. dodavanja vrijednosti.⁸

2. MEDIJSKA PISMENOST I SLOBODA IZRAŽAVANJA U INFORMACIJSKOM DRUŠTVU

Pojam medijske pismenosti definiran je na konferenciji o medijskoj pismenosti 1992. godine kao “*sposobnost pristupa, analize, vrednovanja i odašiljanja poruka posredstvom medija*”. Ta je definicija usmjerena na koncept medijske pismenosti koji polazi od medija kao pozitivnih izvora informacija i zabave, a za njih treba usvojiti ili osvijestiti mnoga različita znanja i vještine. Razvijena društva ne ostavljaju pojedincima samostalnu brigu i nesustavno snalaženje u stjecanju samog znanja, nego pokreću različite društvene strategije medijskog opismenjavanja, uz to imamo i pozitivne međunarodne primjere i preporuke. UNESCO je već 70-ih godina prošloga stoljeća potaknuo pitanje obrazovanja za medije. Temelje i ideju na važnosti koju mediji imaju u životu pojedinaca i obitelji, zatražili su da se na međunarodnoj razini sastanu znanstvenici kako bi istražili načine uključivanja medijskog odgoja u obrazovne sustave svih razvijenih, pa i manje razvijenih, zemalja.⁹

Dolaskom novih tehnologija medijska pismenost se mora obnavljati, odnosno ljudi se moraju prilagoditi novim načinima medijske komunikacije. Nedovoljno je učiti o pojedinim medijima nego o svim vrstama istog (npr. tisak, radio, televizija). Pod pojam glavnih funkcija medija ubrajaju se:

- 1 Društvena odgovornost;
- 2 Djelovanje u interesu javnosti, odnosno pojedinca;
- 3 Djelovanje u korist društva u cjelini, posebice manjih i slabijih skupina – djeca.

Mediji imaju i dobre i loše strane. Možemo zaključiti kako se javnost više bavi onom lošom stranom (nasilje). Ipak, ima i korisnih informativnih kao i za-

⁷ O tome vidi Boban M., Babić A. (2014.) *Utjecaj internetskih tehnologija na gospodarski rast, poslovni rezultat i stopu rasta profita poduzeća u republici hrvatskoj*. Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, Vol.,1-2, str.66-67. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/199766> (10.11.2022.);

⁸ Usp. Skoko, B., Hrvatski medijski trendovi 1991. – 2011. // *Diacovensia* 30, 3 (2011), str. 367., dostupno na http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=111447 (11.11.2022.)

⁹ Preuzeto sa Media Centar Sarajevo, https://www.media.ba/sites/default/files/media_literacy.pdf (10.10.2022.);

bavnih sadržaja. Oba načina prezentiranja sadržaja oblikuju mnijenje. „Rasprave o utjecaju medija na ljude stare su koliko i mediji. Bilo da su one zdravorazumske ili znanstvene - svrha im je razumjeti i protumačiti ljudsku komunikaciju.

Ukoliko zanemarimo “medije” u starim civilizacijama i te vrste rasprava znanstvene su se paradigme o utjecaju medija mijenjale, a ni rezultati se u okvirima istih paradigmi nisu potvrđivali, pa tako među znanstvenicima različitih smjerova ne postoji izričita usklađenost o tome jesu li utjecaji medija pozitivni ili negativni“.¹⁰

Deklaracija o medijskom odgoju (*Declaration of Media Education*)¹¹ je potpisana 1982. godine u Grünwaldu u Njemačkoj, a teze koje su obuhvaćene u ovom dokumentu, mogu se sažeti u nekoliko tema, kao što su:

1. medijski odgoj teži obuhvatiti sve medije i simboličke jezike javne komunikacije,
2. medijski odgoj ima za cilj razvijati kritičke sposobnosti za izražavanje pomoću medija i u medijima,
3. medijski odgoj teži učenju o medijima i njihovoj prirodi te o medijima kao pomoćnim sredstvima u nastavi,
4. države trebaju pružiti potporu uključivanju odgoja za medije u sve razine obrazovanja,
5. medijski odgoj mora koristiti međunarodna iskustva razmjenom znanja i rezultata istraživanja.¹²

Nakon 1982. donijete su još brojne deklaracije, preporuke i nadopune sukladno razvoju medija i medijskih trendova, a kao odgovor na razvoj medijske tehnologije 1999. godine u Beču su donijete UNESCO-ove Preporuke o edukaciji za medije i digitalno doba (*Educating for the Media and the Digital Age*).¹³

Prava na informaciju, njenu dostupnost i neometano korištenje i izražavanje vlastitih mišljenja, ideja i stavova proistječu i iz osnovnih ljudskih prava koja su definirana u Poveljom Ujedinjenih naroda o ljudskim pravima (1945.)¹⁴ i Europ-

¹⁰ *Ibidem*;

¹¹ O Deklaraciji o medijskom odgoju vidi više na: <https://www.unesco.org/archives/multimedia/document-4333> (11.11.2022.)

¹² Usp. Mediji, kultura i civilno društvo / uredila Zrinjka Peruško. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk; Hrvatsko sociološko društvo, 2008, str. 48-49.

¹³ *Ibid.* str. 49

¹⁴ Povelja Ujedinjenih naroda potpisana je 26. lipnja 1945. na konferenciji u San Franciscu od strane 50 zemalja. Stupila je na snagu 24. listopada 1945. godine. Povelja sadrži 19 poglavlja plus Statut međunarodnog suda od čega je najbitnije prvo poglavlje u kojem su definirani ciljevi (prvi član) i načela organizacije (drugi član). Ciljevi organizacije UN-a su: očuvanje međunarodnog mira i sigurnosti te miroljubivo rješavanje međudržavnih sporova u skladu s načelima međunarodnog prava. Razvijanje prijateljskih odnosa među narodima koje temelji na načelu jednakosti svih naroda, poticanje međunarodnog ekonomskog, kulturnog te socijalnog djelovanja s ciljem stvaranja zajedničkih interesa zbog čega će teže dolaziti do konflikata. Vidi više na Odluka o objavljivanju Povelje ujedinjenih naroda, NN 15/1993, dostupno na https://narodne-novine.nn.hr/clanci/međunarodni/1993_12_15_35.html (15. 11. 2022.)

skom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/1) donesenoj 1950. godine.¹⁵ Temeljna čovjekova prava postala su neizostavan segment medijske pismenosti jer upravo ona pretpostavljaju slobode i dostojanstva koja su izričito naglašena zbog otvorenog karaktera suvremenih medija.

2.1. Informacijsko društvo

Nemali broj puta se može čuti izjava „znanje je moć“ a sama informacija kao izvor znanja je najvažniji faktor koji određuje većinu svakodnevnih procesa bez obzira iz koje sfere se promatra. Kao interdisciplinarni fenomen zaslužna je za kreiranje pojmova „informacijsko društvo“, „informacijska pismenost“ i „internet kultura“. Svi ti pojmovi imaju preklopna zajednička područja te jedni bez drugih ne mogu postojati. Stoga ćemo kroz raspravu o „informacijskom društvu“ približiti i ostale spomenute pojmove.

Nije slučajna poveznica između informacije i tehnologije. U svom radu Carsten Stahl navodi: „Razlog zbog kojeg smo trenutno zainteresirani za informaciju je ta da nam tehnologija omogućuje prikupljanje informacija u prethodno nezamislivoj količini. Mogu se automatski procesuirati i obrađivati te provjeravati njene više razine uzoraka koji se ne bi mogli percipirati bez tehnologije.“¹⁶ Dok Grbavac navodi da „današnji globalni komunikacijski sustavi brišu granice i udaljenosti između država i naroda, kao i njihovih civilizacija. Zapravo, mi danas već svjedočimo o pojavi novog društvenog procesa koji možemo nazvati informacionalizmom. On gradi novi sustav društvenih vrednota što se može svesti pod zajednički naziv informacijsko društvo.“¹⁷ U prošlosti je bilo potrebno mnogo vremena da bi se određena informacija prenijela do željenog odredišta, za to su nekad bili trebali dani, mjeseci ali i godine. Danas je moguće poslati nekome poruku na drugi kraj svijeta ili s tom osobom komunicirati u realnom vremenu, što je nekoć bilo nezamislivo. Također je moguće objaviti vijest preko društvenih mreža koja će biti dostupna svima na toj društvenoj mreži, ali i šire.

¹⁵ U članku 10. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda jasno se definira Sloboda izražavanja i to kao slijedi: „Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprječava države da zahtijevaju dozvole za rad) od radio, televizijskih i filmskih kompanija. Ostvarivanje ovih sloboda, budući da uključuje obaveze i odgovornosti, može podlijegati takvim formalnostima, uvjetima, ograničenjima ili sankcijama predviđenim zakonom i koje neophodne 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 nepristrasnosti sudstva.“ (čl. 10.1 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, (MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17)

¹⁶ Prema Stahl, B. (2006). On the Difference or Equality of Information, Misinformation, and Disinformation: A Critical Research Perspective. *Informing Science Journal*, vol. 9, str. 43. Dostupno na <https://www.informingscience.org/Publications/473> (12.11.2022).

¹⁷ Tako i šire Grbavac, V. (2010). *Informatika: kompjutori i primjena*. Zagreb: Školska knjiga. vol. 4.

2.2. Informacijska pismenost i medijska pismenost

Poseban naglasak je na pojmovima informacijske i medijske pismenosti te internetske kulture. *Informacijska pismenost* je razina kompetencije informiranja u današnjem informacijskom društvu. Prije računalne revolucije, glavni izvor informacija su bile knjige ili osobe za koje se pretpostavljalo da o određenoj temi imaju dovoljno saznanja. U današnjem vremenu se sve više pokušava zamijeniti „staromodno“ zapisivanje i pohranjivanje podataka u papirnatom obliku te se uvode digitalne baze podataka, zbog puno brža i efikasnije obrade. Traženje informacija u današnjici je usko vezano uz tehnološku pismenost. Za pretraživanje interneta potrebno je osnovna razina znanja o tehnološkim napravama (mobitel, laptop itd.) i korištenja interneta. Američko knjižničarsko društvo (1989) objavljuje u svom izvješću „*Informacijski pismeni ljudi su oni koji su naučili učiti. Znaju kao učiti jer znaju kako je znanje organizirano, kako pronaći informaciju i kako koristiti informaciju na način da drugi mogu iz njih učiti. Ti ljudi su spremni na cjeloživotno učenje jer mogu uvijek naći informaciju koju trebaju za bilo koji zadatak ili odluku.*“¹⁸

Razliku između informacijske i medijske pismenosti je teško strogo definirati kad se međusobno nadopunjuju. *Medijska pismenost* je sposobnost korištenja medija, ne samo kao pasivni promatrač nego i sudjelovanje u njihovom kreiranju, analiziranju i nadopunjavaju. Kako navodi Hobbs (2010: 11) „*bitno je za građane pluralističku demokraciju koja je privržena slobodi i raznolikosti razviti iduće sposobnosti:*

- Čitanje ili gledanje vijesti
- Pisanje pisma uredniku
- Razgovaranje s obitelji, suradnicima i prijateljima o aktualnim događanjima
- Komentiranje online vijesti
- Dati svoj doprinos online društvenoj mreži
- Pozvati lokalnu radio postaju i izreći vlastito mišljenje
- Ispunjanje ankete o osobnom mišljenju
- Traženje informacija o temama i pitanjima posebnog interesa
- Vrednovanje kvalitete pronađenih informacija
- Dijeljenje i razmatranje ideja
- Biti aktivan dio zajednice.¹⁹

Osim informacijske i medijske pismenosti potrebno je objasniti pojam „*Internetska kultura*“. U svom radu Svenningson Elm navodi „*Internetska kultura su zajedničke vrijednosti i perspektive koje su kreirane i održavane u različitim*

¹⁸ Vidi ALA Presidential Committee (1989). Presidential Committee on Information Literacy: Final Report. Dostupno na <http://www.ala.org/acrl/publications/whitepapers/presidential> (13.11.2022)

¹⁹ Prema Hobbs, R. (2010) Digital and media literacy: A plan of action. Aspen Institute, str. 10. dostupno na <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED523244.pdf> (13.11.2022).

*virtualnim okruženjima, perspektive koje upućuju na norme i ideale za postupanje i interakciju s drugima.*²⁰

Trendovi ponašanja na internetu nisu bili isti prije 10 godina i neće biti isti nekad u budućnosti. Dostupnošću i razvojem tehnologije neprekidno se mijenja se način na koji se koristi internet, a samim time i internetska kultura.²¹ Kada se priča o prijetnjama na internetu, pojedinci mogu čak i u današnjim vremenima zamisliti asocijalnog hakera s kapuljačom u koji u mračnoj prostoriji ispred računala dolazi ilegalnim načinima do tuđih podataka a pritom i do osobne koristi. Pritom se zaboravlja da korisnici sami i to potpuno svojevoljno otkrivaju svoje osobne podatke na svakodnevnoj razini, a svaki pojedinac koji nema dovoljno znanja o mogućim sigurnosnim prijetnjama kao i o pravu na privatnost može sam sebi postati najveći neprijatelj.²²

2.3. Društvene mreže

Televizija, radio i papirnato izdanje novina i dalje su važni izvori vijesti, ali njihov utjecaj se s porastom broja korisnika interneta smanjio. Ne čudi da su svi ozbiljni mediji odlučili biti „u koraku s vremenom“ te imaju svoje web stranice gdje također objavljuju sadržaje kako bi bili u doticaju sa što većim brojem ljudi te tako imati što veći utjecaj u društvu. Paralelno s porastom broja korisnika laptopa, tableta ali ponajviše mobilnih telefona, društvene mreže postale su bitan dio ljudske svakodnevnice. One omogućuju pojedincu da čita objavljene sadržaje drugih, ali i da sam postane kreator novih sadržaja u bilo kojem trenutku koje mogu imati veliki odjek u javnosti.²³ Razlika između društvene mreže i izvora vijesti ovisi o načinu korištenja samih društvenih mreža, ali njihova područja se u velikom dijelu preklapaju. Uz kameru te mogućnost spajanja na internet, svaki pametni telefon je u mogućnosti objaviti određenu vijest i/ili mišljenje. U svakodnevnom govoru se može čuti „ako nije na Facebook-u kao da ne postoji“, dajući do znanja koliko je u današnjici bitna prisutnost na društvenim mrežama što ima svoje pozitivne i negativne strane. Zbog sličnih fenomena na društvenim mrežama se često može čuti riječ „oversharing“ tj. dijeljenje tolike količine informacija koja se smatra prekoračenjem društveno prihvaćene mjere, ali je podložno subjektivnoj procjeni

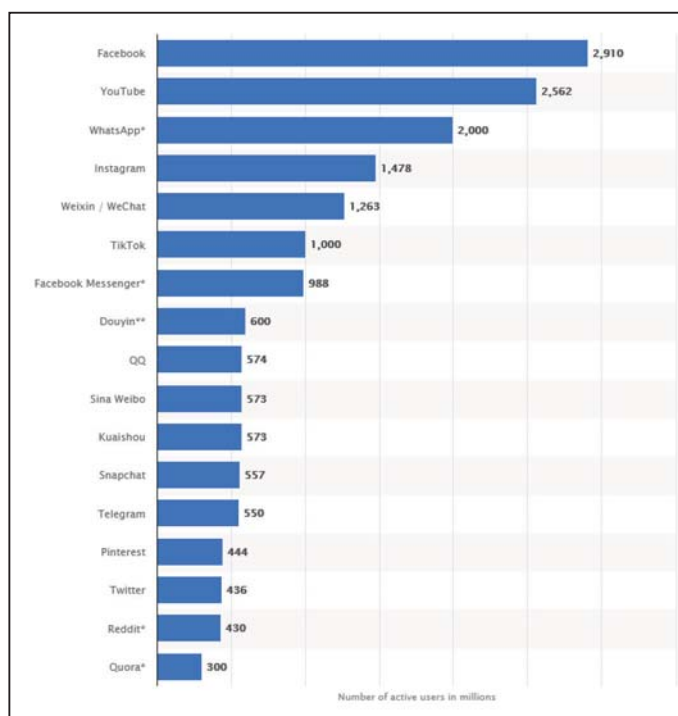
²⁰ Tako Sveningsson Elm, M. (2008) Understanding and Studying Internet Culture(s): Hybridity and Interdisciplinarity. Nordicom Review. str. 87., dostupno na http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/kapitel-pdf/270_sveningsson%20elm.pdf (13.11.2022)

²¹

²² O zaštiti privatnosti vidi više u Boban, M., Zaštita podataka i pravo na privatnost u informacijskom društvu. Gospić: Veleučilište “Nikola Tesla” u Gospiću, 2019., str. 4-7. Vidi i Boban, M., Cinotti Mujan, I., Informacijska sigurnost i zaštita prava na privatnost kao temeljno ljudsko pravo // Zbornik radova 18. Međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar: Sveučilište u Mostaru Pravni fakultet, 2021. str. 193-232

²³ Usp. Šundalić, A; Heteši, I., Mediji i nove vrijednosti društva slobodnog tržišta. // Informatologija 39, 4 (2006), str. 273., dostupno na: http://hrcaak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=14161 (2012-10-06)

same mjere. Facebook, Instagram, Twitter, TikTok, samo su neke od društvenih mreža koje se danas koriste. No, nisu svi korisnici upoznati sa svim mogućnostima društvenih mreža a neke od njih su tu da bi zaštitili njihovu privatnost. Osim objave vijesti, mobiteli su postali glavni uređaji za međusobnu komunikaciju. Mnoge društvene mreže imaju integriranu mogućnost slanja poruka među svojim korisnicima, kao što to imaju najveće društvene mreže Facebook, Instagram, TikTok, ali postoje i zasebni servisi za komunikaciju kao što su WhatsApp, Viber, Telegram, WeChat, QQ, itd. Prema The Statistics Portal u siječnju 2022. godine ovo su bile najpopularnije društvene mreže i aplikacije za komunikaciju (aplikacije za brzo slanje poruka te poziva/videopoziva) prema broju aktivnih korisnika izraženima u milijunima:



Grafikon 1: Grafički prikaz najpopularnijih društvenih mreža i aplikacija za komunikaciju
 Izvor: *statista.com* (2022), *Most popular social networks worldwide as of January 2022, ranked by number of monthly active users (in millions)* (19.11.2022)

Premda društvene mreže imaju mnogo pozitivnih strana, također mogu predstavljati opasnost. Prema Ivanković, Schatten i Bača opasnosti društvenih mreža koje navodi Joan Goodchild su:

- Podaci korisnika se dijele trećim stranama,
- Postavke privatnosti se mogu vratiti na početne nakon svakog redizajna sustava,
- Oglasi mogu sadržavati zlonamjeran softver,

- „prijatelji“ mogu jedni druge učiniti ranjivima,
- Spameri mogu kreirati lažne profile.²⁴

Virtualni profili govore korisnicima onoliko koliko im sami dopuste te oni mogu nekad biti sami kreatori sadržaja koji ugrožavaju njihovu sigurnost i privatnost. Npr. objavljivanjem sadržaja (fotografije, videa i ostalih osobnih podataka) djece za koju ne postoji dozvola roditelja (skrbnika) ili objavljivanje sadržaja pomoću kojih se da naslutiti imovinsko stanje (fotografije interijera mjesta stanovanja, marka auta, odjeće i obuće itd.) mogu postati interesantni lopovima kao i objavljivanja fotografija s putovanja može biti dodatan poziv da je stan ili kuća ‘bez nadzora’.

Zbog navedenih razloga bi svakako trebalo više obratiti pozornost na sigurnosne aspekte društvenih mreža, kako bi privatnost samih korisnika bila što zaštićenija, a osobni podaci u što manjoj mjeri podložni prijetnjama.

2.4. Pojedinac na mreži

Kao nastavak na dio o društvenim mrežama potrebno je uvidjeti i problematiku pojedinca na mreži općenito. Ovisno o razini znanja o mogućim prijetnjama, pojedinac može sebe zaštititi od mogućih ugroza, ali može također svoje podatke dovesti u opasnost. Osim društvenih mreža na kojima se objavljuju razni detalji života, fotografije, video sadržaji, trenutne lokacije, interesi itd. što može predstaviti sigurnosni problem, njihovi privatni podaci prestaju biti privatni već se javno otkrivaju i bivaju skladišteni određeno vrijeme na raznim serverima bez znanja samog korisnika što se s njegovim podacima u pozadini događa. No, postoje mnogi drugi načini ugrožavanja, dobrim dijelom zbog nedovoljnog opreza te nedovoljnog znanja samog o načinima na kojima je potrebno zaštititi svoje podatke.²⁵

Prema istraživanju Hrvatske Udruge Banaka o utvrđivanju stupnja osjećaja ugroženosti i razinu osviještenosti o sigurnosnoj zaštiti prilikom korištenja interneta na 1000 ispitanika, zabrinjavajućim se pokazalo što 56% ispitanika smatra da nisu ugroženi na internetu, dok njih 40% uopće ne razmišlja o tome. Nemaju naviku mijenjanja lozinki, 59% ih mijenja jednom godišnje ili rjeđe. Na otvorene mreže se 37% ispitanika se spaja u svakoj prilici. O autentičnosti i pouzdanosti stranice uopće ne razmišlja 34% ispitanika. Pozitivno je da 93% ignorira ili briše nepoznate poruke ili e-mailove s nepoznatim „linkovima“.²⁶ Spajanjem na otvo-

²⁴ Tako i šire Bača, M; Ivanković, M; Schatten, M. (2010). Privatnost na Facebook-u i drugim socijalnim mrežama. Dostupno na <http://bib.irb.hr/datoteka/493687.CZBtemplate.pdf> (14.11.2022.)

²⁵ O zaštiti privatnosti i osobnih podataka na društvenim mrežama vidi više u Boban, M., Zaštita privatnosti i osobnih podataka kao temeljnih ljudskih prava u digitalnom dobu // Ljudska prava u doba digitalnog građanstva / Luatti, Lorenzo (ur.). Vodnjan: Istarska županija, 2017. str. 24-44

²⁶ Hrvatska udruga banaka (2017). U Europskom mjesecu kibernetičke sigurnosti istraživanje HUB-a pokazuje: Hrvati ležerno koriste Internet, no većina je oprezna. URL: <http://hub.hr/hr/u-europskom-mjesecu-kiberneti%C4%8Dke-sigurnosti-istra%C5%BEivanje-hub-pokazuje-hrvati-le%C5%BEerno-koriste> (10. 11.2022)

renu nepoznatu mrežu korisnici ne mogu znati prati li netko njihove radnje i spremaju li se njihovi podaci u pozadini, a posebno je ugrožavajuće ako pritom koriste aplikacije za mobilno bankarstvo ili obavljaju kupovinu upisujući podatke sa svojih bankovnih kartica. Nepažnja prilikom spremanja lozinki ili dijeljenja lozinki svojih računa s drugima dovodi osobne podatke u opasnost. Posjećivanje stranica koje nemaju certifikate sigurnosti (SSL/TLS) mogu dovesti do zaraze računala s virusima te onemogućiti rad računala te kompromitirati podatke na njemu. Također nije preporučljivo da se na takvim stranicama obavljaju novčane transakcije.

2.5. Djeca na mreži

Najranjiviju skupinu čine djeca. „Dijete je osoba koja nije navršila 18 godina života.“ (Kazneni zakon, Narodne novine 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 gl. VIII. čl. 87. st. 7.)²⁷ Internet je u relativno kratkom razdoblju postao najpopularniji medij među djecom i mladima. Suvremena „digitalna generacija“ u okruženju digitalnih tehnologija od najranije dobi je informatički pismena i stoga je podložna utjecaju novog medija, što se i jasno vidi kroz porast broja kaznenih djela i kibernetičkog kriminala na štetu djece kao i u porastu maloljetničke delikvencije.²⁸ Također, prema Konvenciji o pravima djeteta iz 1989. god. (čl. 1.) „Dijete označava svaku osobu mlađu od 18 godina, osim ako se zakonom koji se primjenjuje na dijete granica punoljetnosti ne odredi ranije.“²⁹ Ona danas imaju pristup modernoj tehnologiji, pametnim telefonima, tabletima, računalima i igračim konzolama, preko njih mogu obavljati školske zadatke, igrati se, konzumirati multimedijalni sadržaj, komunicirati s obitelji, svojim vršnjacima ali i potpunim strancima te mogu biti izloženi raznovrsnim neprimjerenim sadržajima ali, nažalost, mogu biti i žrtve kaznenih djela. Istraživanje „Pristup i korištenje, rizik i mogućnosti interneta za djecu u Italiji“ pokazuje da 84% djece u dobi od 9 do 17 godina koristi pametne telefone za pristup internetu bar jednom dnevno. Postotak djece koji je pri tome doživio neku vrstu neugode (uzrujanosti, uplašenosti, uznemirenosti) je 13%. Samo 10% djece je promijenilo svoje postavke privatnosti nakon neugodnog iskustva, svako treće dijete je reagiralo zatvarajući aplikaciju („prozor“) ili je problem ignoriralo dok svako četvrto dijete nije nikome ispričalo za taj događaj. (Mascheroni i Olafsson, 2017)³⁰ Istraživanje „Rizici i sigurnost na internetu: perspektiva djece Europe“ gdje su ispitanici djeca

²⁷

²⁸ Vidi McCABE, K., The Role of Internet Service Providers in Cases of Child Pornography and Child Prostitution, *Social Science Computer Review*, 26 (2008) 2, 248, <http://ssc.sagepub.com/cgi/content/refs/26/2/247> (15. 11. 2022)

²⁹ UNICEF (s.a) Konvencija o pravima djeteta (1989), dostupno na https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf (14.11.2022).

³⁰ Prema Mascheroni, G; Olafsson, K. (2017) Access and use, risks and opportunities of the internet for Italian children. Preliminary findings. dostupno na <http://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/eu-kids-online/reports/Executive-summary-Italy.pdf> (14.11.2022).

od 9-16 godina u 25 država pokazuje da je zlouporabu osobnih podataka doživjelo 9% djece od 11 do 16 godina u obliku zlouporabe lozinke (7%), njihovih privatnih podataka (4%) ili novčane prevare (1%). (Livingstone et al., 2012)³¹ Što više djece koristi Internet i što duže borave na njemu to je veća šansa da će biti u doticaju s mogućim prijetnjama. Djeca nemaju dovoljno saznanja o svim mogućim opasnostima na koje mogu naići boraveći „na mreži“ niti ih mogu razumjeti kao odrasli, zbog toga je njihova zaštita posebno bitna kao i podizanje svijesti društva za tu najranjiviju skupinu. Zakonodavni okvir Republike Hrvatske predstavlja temeljni mehanizam u smislu zaštite prava djece na digitalnom okruženju ali se sam po sebi ne može smatrati dovoljnim. Na prvom mjestu ističe se edukacija, medijska pismenost i uloga obrazovanja koji u ovom trenutku u Hrvatskoj prevladava kroz reforme sustava odgoja i obrazovanja u cijelosti.³²

3. DEZINFORMIRANJE NA INTERNETU I DRUŠTVENIM MREŽAMA

Posvećenost načelu istinitosti predstavlja jedno od najstarijih i najcjenjenijih civilizacijskih fenomena koje je, prije svega, prisutno u filozofiji morala, proučavanju prava i religije. Drevni i suvremeni filozofi najviše su se bavili pojmom istine i njezinom ulogom u odnosima među ljudima. “Sokrat je osuđen na smrt zbog kritičkog ispitivanja i tako je postao prvi mučenik slobode govora”.³³ Kant je vrlo cijenio istinu kao univerzalnu vrijednost koja vrijedi u svim okolnostima bez obzira na posljedice. Kasnije su i drugi mislioci poput Johna Milтона i Johna

³¹ Vidi Livingstone et al. (2012). Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries. LSE Research Online, dostupno na <http://eprints.lse.ac.uk/33731/1/Risks%20and%20safety%20on%20the%20internet%28lsero%29.pdf> (15.11.2022.)

³² Vidi Splitski dnevnik RTL: “Sve ono što se ranije događalo u realnom prostoru, sada se prebacilo u virtualnu stvarnost u kojoj je puno teže reagirati. Novi zakoni su doneseni, novi uvjete, a sve se treba uskladiti s GDPR-om, te donijeti preporuke kako ćemo to primijeniti u praksi. Ono čime su djeca najviše ugrožena je pravo na privatnost, ali i izloženost raznim sadržajima kojima dijete ima pristup. Nisu bitne zabrane, već edukacija, jednako kako smo djecu nekada upozoravali da ne ulaze u automobile s nepoznatim osobama sada ih upozoravamo da ne razgovaraju s nepoznatima preko društvenih mreža. Treba ih naučiti o opasnostima, a ne im nametati zabrane” Sigurnost i zaštita djece na internetu i poglavito u okruženju novih tehnologija koje predstavljaju svakodnevnicu, ključna je tema u trenutku svih akademskih i stručnih rasprava na europskoj i globalnoj razini. Prema izjavi iz intervjua Boban. M. u okviru stručnog seminara “Zaštita prava djece u digitalnom okruženju” u organizaciji Hrvatske udruge ravnatelja osnovnih škola – ogranka Splitsko-dalmatinske županije, dostupno na Splitski dnevnik, <https://splitskidnevnik.rtl.hr/vijesti/grad/nekada-se-djecu-upozoravalo-da-ne-ulaze-u-automobile-s-nepoznatima-a-sada-da-ne-razgovaraju-s-njima-preko-drustvenih-mreza/> (17. 11. 2022.) Vidi i A&S Adria online izdanje časopisa, Važnost zaštite privatnih podataka djece na internetu, objavljeno 7. 3. 2019, dostupno na <https://www.asadria.com/vaznost-zastite-privatnih-podataka-djece-na-internetu/> (17. 11. 2022.)

³³ *Ibidem*;

Stuarta Milla promišljali o intelektualnom značaju istine i filozofije morala. Iz tog razloga se postavljaju pitanja zašto iskrenost prva strada ako je istina toliko bitna i sveta. Odgovor je najčešće u činjenici da je sklonost prema neiskrenosti jednako dio ljudske prirode kao i potreba za istinom i iskrenim odgovorom. Zabluda, manipulacija i laž u povijesti veoma su ukorijenjeni i imaju dugu tradiciju proučavanja. Stoga i ne čudi činjenica da se filozofija, etika i moral bave istinom i njezinom vrijednosti u društvenom kontekstu općenito, ali i u kontekstu javne komunikacije, javnoga mnijenja i dostupnih informacija. Europska Konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (članak 10.) zagovara da “svatko ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu mišljenja i slobodu primanja i prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice” (*European Court of human rights*, 1953). U tom je smjeru obveza medija da služe pojedincu u svrhu pružanja i primanja informacija koje su od javnoga interesa.³⁴

3.1. Virtualna stvarnost

Virtualna stvarnost ili virtualna realnost kao ideja odavno je predmet ljudske mašte. Ukoliko se virtualnu stvarnost gleda isključivo kao stvaranje iluzije da se nalazimo na nekom drugom mjestu, dobar primjer za to su panoramske slike i murali, posebno popularni u Europi krajem 18. i početkom 19. stoljeća. Te slike su napravljene na način da osobi u potpunosti ispune vidno polje, tako da se postigne osjećaj uronjenosti u scenu, javlja se osjećaj prisutnosti u prikazanim događajima. Godine 1935. S. Weinbaum je objavio priču Pygmalionove naočale³⁵, u kojoj je zamislio uređaj, točnije naočale koje će proizvoditi holograme, ali i stimulirati osjete okusa, mirisa i dodira, u svrhu što potpunijeg doživljaja korisnika. Ovom pričom je Stanley Weinbaum na cjelovit način anticipirao ono što danas poimamo pod virtualnom stvarnošću.³⁶

Sam pojam virtualne stvarnosti proizlazi iz spajanja dva različita svijeta, odnosno iz spajanja virtualnosti i stvarnosti. Virtualno je koncept koji ima široku primjenu, riječ virtualno u kolokvijalnom jeziku, ima slično značenje kao skoro ili kvazi. Filozofski, virtualno označava nešto što nije stvarno, mada može posjedovati obilježja stvarnog i postoji samo u ljudskom umu. Virtualnost predstavlja pojam nečega što nije realno, odnosno nije prisutno u fizičkom smislu, ali prikazuje realnu ili imaginarnu stvarnost koja se može iskusiti ljudskim osjetilima uključujući vid, dodir, sluh i njih.³⁷ Tehnologija je izrazito napredovala u području

³⁴ *Ibid.*;

³⁵ Vidi Poelman, R. (2010). A Survey of Augmented Reality Technologies, Applications and Limitations. Dostupno na <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.454.8190andrep1&typepdf> (11.11.2022.);

³⁶ Usp. Psihologis. (n.d.). Dostupno na <https://psihologis.com/virtualna-stvarnost-tipoviprimjena/> (11.11.2022.);

³⁷ Prema Rheingold, H. (1992). *Virtual Reality: The Revolutionary Technology of Computer Generated Artificial Worlds - and How It Promises to Transform Society*;

virtualne stvarnosti od njezinih početaka sve do danas. Virtualna stvarno ne koristi se samo u svrhu zabave, već i u raznim drugim oblicima ljudske svakodnevnice. Virtualna stvarnost našla je svoju primjenu u medicini, obrazovanju, kulturi, sportu, vojsci.³⁸ Današnjica donosi i novu definiciju virtualne stvarnosti koju donose novi mediji – poglavito Internet i društvene mreže koje uz realni svijet donose i novu domenu – virtualni svijet.

3.2. Dezinformiranje, lažne vijesti (*fake news*) i novi mediji

U razdoblju od samo stotinu godina u svijetu se pojavilo i mijenjalo više različitih oblika masovnih medija preko kojih se dolazilo do informacija, a svakim novim oblikom medija broj informacija bi rastao.³⁹ U početku su to bili novinski listovi od nekoliko stranica na kojima su bile ispisane samo najbitnije informacije. Nakon čega se pojavio radio koji je početkom dvadesetih godina 20. stoljeća ušao u kućanstva, a tom promjenom porastao je i broj informacija koje su dolazile do stanovništva. Nakon radija pojavljuje se televizija koja je dovela do još većeg porasta u količini prikazivanja informacija, pogotovo u posljednjih nekoliko desetljeća kada su jedan ili dva osnovna televizijska kanala u ponudi zamijenjeni s njih više stotina ili čak tisuća. U navedenom razdoblju dolazi do velike krize istinitoga izvještavanja, budući da je gotovo svaka obitelj koja posjeduje televizor bila opčinjena sa slikom događaja iz svijeta. Svaka osoba neovisno o svom imovinskom stanju mogla je „pristupiti“ boji, raznolikosti i uzbuđenju koje je proizlazilo iz malih ekrana. Tijekom 1962. godine prvi je put ostvaren prijenos televizijskog programa iz jednoga dijela svijeta u drugi. Tim događajem započinje i globalizacija informiranja pa televizijski gledatelji mogu pristupiti događajima, politici, problemima i kulturi država koje se nalaze na drugom kraju svijeta. Uvođenjem takvog načina prijenosa, globalizacija i komercijalizacija medija započela je punom snagom, a televizijski programi bili su prekidani reklamama i prikazivani po cijelom svijetu. Dolaskom kućnih računala, mobitela i prijenosnih računala (laptopa) te razvojem interneta, pojavljuje se i kriza istinitoga izvještavanja. Uz pomoć navedenih uređaja svaka osoba ima pristup internetskom sadržaju na kojem se svakodnevno nalazi nezamisliv broj informacija. Takav je sadržaj često ispunjen različitim oglasima i informacijama koje su neprovjerene ili neistinite, kao i senzacionalističkim naslovima preko kojih medijske kuće ostvaruju financijsku dobit.⁴⁰

Istraživanje *Eurobarometra* (European Commission, 2018) provedeno je telefonskim intervjuima početkom veljače 2018. godine u svim državama članicama Europske unije. Anketirano je više od 26.000 građanki i građana. Tema su bile

³⁸ *Ibidem*;

³⁹ O novim medijima i društvenim mrežama vidi više u Quartararo, E., “A Generation Zer’s Take on the Social Media Age.” *New York Times*, 2018., dostupno na <https://www.nytimes.com/2018/05/24/learning/a-generation-zers-take-on-the-social-media-age.html> (14.11.2022.)

⁴⁰ Vidi .Berridge, Geoff. R., »*Diplomacija*«, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, str. 24.;

lažne vijesti,⁴¹ povjerenje u izvore vijesti i dezinformacije. Rezultati provedenoga istraživanja pokazuju zabrinutost javnosti kada je riječ o širenju dezinformacija i lažnih vijesti u cijeloj Europi.

Temeljem studije koja je provedena 2016. godine, o sposobnosti mladih da procjenjuju poruke i informacije preko interneta, zaključeno je da demokracija može biti ugrožena lakoćom kojom se dezinformacije o građanskim pitanjima mogu širiti.⁴²

Stručna grupa Europske komisije za pitanja lažnih vijesti i dezinformacija ističe da su lažne vijesti novi fenomen koji zahtijeva alate za borbu protiv njih i značajnu promjenu svijesti. Internet i društvene mreže ne mogu se više promatrati preko sfere zabave jer su moć i utjecaj mnogo značajniji. Potrebno je otkriti razloge pojave lažnih vijesti i funkciju.

Dezinformacije se mogu širiti zbog različitih motiva, a među njima su satira, humor i zabava. Zato, postoji i sadržaj koji namjerno manipulira recipijentima. Možemo imati sadržaj koji se dogodio, ali izvor manipulira lažnim kontekstom i subjektivnim pristupom. Širenje lažnih vijesti ozbiljan je problem koji pogađa društvo na globalnoj razini, a utječe na društveni, politički, ekonomski, međunarodni, nacionalni i lokalni razvoj.⁴³

Razvoj tehnologije sa sobom je donio problem veće mogućnosti dezinformiranja, zbog bržeg protoka informacija, što je velika prijetnja profesionalnom novinarstvu. Najveći broj lažnih vijesti širi se upravo društvenim mrežama. Problem nastaje kada svaki pojedinac ima mogućnost podijeliti informaciju koja ne mora biti točna. Iz toga razloga u posljednje vrijeme vrši se pritisak na društvene mreže kako bi ograničile i filtrirale takav sadržaj. Na ozbiljnost ovoga problema ukazuje nam UNESCO koji je priručnik „*Journalism, Fake News and Disinformation*.“ Priručnik je posvećen boljem obrazovanju novinara, ali i studenata te pojedinaca koji i sami sudjeluju u stvaranju vijesti. Neprofesionalni novinar ili osoba koja nije obučena za tu vrstu posla, teško da može razaznati koji sadržaj je točan i vrijedan širenja. Priručnik upravo objašnjava kako su dezinformacije i lažne vijesti jedan od glavnih načina manipulacije današnjice. On je skup istraživanja jednih od najboljih predavača i intelektualaca, napravljen u svrhu boljeg obrazovanja novinara. Dezinformacije nemaju uvijek svrhu da uvjere javnost u nešto, već da nam skrenu pozornost s prave istine. Spas dezinformiranja također se ogleda u etičkom novinarstvu. Novinari trebaju štiti interes javnosti te otkriti sve informacije koje mogu dovesti do sukoba interesa.⁴⁴ Profesorica Emily Bell,

⁴¹ Engl. *Fake news* – lažne vijesti, čija je namjera dezinformacija ili prijevara širenjem lažnih vijesti preko tradicionalnih, novih medija i društvenih mreža.

⁴² Tako i šire Spratt, Hannah E. and Denise E. Agosto. “Fighting Fake News: Because We All Deserve the Truth: Programming Ideas for Teaching Teens Media Literacy.” *Young Adult Library Services* 15 (4), 2017.

⁴³ *Ibidem*;

⁴⁴ O tome vidi i Posetti, Julie, Ireton, Cherilyn, Wardle, Claire, Derakhshan, Hossein, Matthews, Alice, Abu-Fadil, Magda, et al.. 2018. “Journalism, Fake News and Disinformation.” UNESCO. <https://en.unesco.org/sites/default/files> (15. 11. 2022.)

koja radi na *University of Columbia*, ukazuje za vrijednosti novinarstva te tvrdi kako novinar uvijek treba stajati iza svojih objava, bez obzira na to jesu li one točne ili ne. Iako sam pojam ima svoja mjesta u povijesti, predložene su nove definicije lažnih vijesti kako bi se bolje odrazili izazovi koje predstavljaju nove komunikacijske tehnologije. U posljednje vrijeme pojam se koristio kako bi opisao širok raspon slučajno ili namjerno proširenih dezinformacija te zlonamjernih informacija koje obuhvaćaju laži, teorije zavjere, propagandu, slučajne pogreške i sl.⁴⁵, dok Marwick i Lewis daju sličnu definiciju koja glasi da su „lažne vijesti pojam koji se odnosi na slučajne ili namjerne dezinformacije koje se pojavljuju online i u medijima.“⁴⁶

Iz navedenih definicija lažnih vijesti, odnosno dezinformacija, jasno je da se u njima uvijek javljaju tri elementa:

- Oblik vijesti – lažna informacija, pokazana kao vijest;
- Stupanj netočnosti – informacija može biti samo dijelomično iskrivljena ili u potpunosti;
- Namjera – obmanuti čitatelje i korisnike za političke ili ekonomske svrhe i korist.

Stvarne definicije uglavnom u prvi plan stavljaju oblik vijesti, kao što je „lažne vijesti su neistinite priče koje se čine vijestima, šire se internetom ili preko drugih medija sa namjerom utjecaja na političke stavove ili su postavljeni u svrhu šale“.⁴⁷ Slično tome, Allcott i Gentzkow objašnjavaju ih kao „članke iz vijesti koji su namjerom i povjerljivo lažni i mogu obmanuti čitatelja“.⁴⁸ Tandoc, Lim i Ling otkrili su 6 oblika lažnih vijesti koji su opisani u istraživačkoj literaturi, a dvije, od njih, - vijesti satire i vijesti parodije – posebno su povezane s formatom određenih vijesti. Ostale četiri vrste su izmišljenje vijesti, lažiranje fotografija, oglašavanje i propaganda.⁴⁹

Vijesti satire su objašnjene kao izrugivanje informacijskih izvora i programa koje koriste obični ljudi, odnosno pratitelji medija, ili pretraživanje kako bi javnosti bila predstavljena vijest o novostima, za razliku od običnog predstavljanja vijesti, vijesti ‘satire’ prikazuju se, prije svega, kao zabava, a ne informacija. Njihovi nositelji, koji ih donose, nazivaju se komičari, a ne novinari.

Slično, prethodno opisanom, vijesti parodije karakteriziraju i donose određene vijesti na šaljiv način, ali glavna i temeljna razlika se nalazi u tom što su vijesti parodije potpuno izmišljenje, te samim tim nisu prave ili stvarne.⁵⁰

⁴⁵ Usp.. Kalsnes, B. Fake News. // Oxford Research Encyclopedia of Communication, 2018. Dostupno na: https://www.oxfordre.com/communication/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613_001.0001/acrefore-9780190228613e809 (11.10.2022.);

⁴⁶ *Ibidem*;

⁴⁷ Prema Fake News. // Cambridge Dictionary, 2022. Dostupno na: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fake-news> (11.10.2022.);

⁴⁸ Prema Kalsnes, B. Fake News. 2018.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Prema Kalsnes, B. Fake News. 2018.

3.3. Borba protiv dezinformiranja na društvenim mrežama i internetu

U tradicionalnim medijima urednici su bili glavni i odgovorni za objavljen sadržaj i zaštita od objave lažnih vijesti, ali današnje društvene mreže predstavljaju se kao internetske platforme te na taj način izbjegavaju medijsku odgovornost. Problem lažnih vijesti nije nastao zbog brzine protoka informacija ili činjenice da u distribuciji sudjeluje sve više medijski (ne)pismenog građanstva, nego u namjeri da se diskreditira i smanji kredibilitet u ozbiljne medije i objektivno novinarstvo. Kako bi se spriječila pojava lažnih vijesti koja postaje sveobuhvatna nije dovoljno samo nastojanje internetskih platformi da poslože izvore na tražilicama prema onim medijima koji imaju najtočnije informacije, a ne prema najpopularnijim izborima. Potreban je aktivan strateški pristup i angažman s ciljem osvješćivanja građana i povećanja znanja na polju medijske pismenosti te povećanja aktivnih kampanja s ciljem razotkrivanja, sprečavanja i širenja lažnih vijesti. Medijska pismenost, u tom pravcu, može se steći kao dio kontinuiranog procesa koji zahtijeva angažiranu svijest pojedinca o korištenju medija i kontrole nad njim. Temelji se na slobodi izražavanja i kritičkom promišljanju sadržaja, pri čemu uključujemo visokokvalitetnu saznavnu reakciju, a to znači da građani formiraju svoj jasan stav (bilo da se ne slažu s nekom medijskom temom, sadržajem ili da navedeno prihvaćaju kao činjenicu). Prema tome, ključno je povećanje razine medijsko pismenosti kako bi pojedinac mogao tragati za prepoznati nerelevantne izvore i lažne i manipulativne sadržaje, te su potrebni profesionalni i obrazovani novinari koji će svoje izvještavanje temeljiti na objektivnosti i profesionalnim standardima koje struka zahtijeva.⁵¹

Društvene mreže su postale važno sredstvo širenja dezinformacija, koje su u pojedinim slučajevima, kao što je bio onaj društva Cambridge Analytica, usmjerene na određene korisnike koji se identificiraju neovlaštenim pristupom i korištenjem osobnim podacima, a krajnji je cilj utjecati na rezultate izbora. Nedavni dokazi pokazuju da se usluge slanja privatnih poruka sve više upotrebljavaju za širenje dezinformacija. Tehnike uključuju manipulaciju videozapisa (engl. „*deep-fakes*”) i krivotvorenje službenih dokumenata; uporabu automatiziranog internetskog softvera (botova) za širenje i umnožavanje razdornog sadržaja i rasprava na društvenim mrežama; trolovske napade na profile na društvenim mrežama i krađu informacija. Istodobno u mnogim regijama važnu ulogu i dalje imaju tradicionalne metode kao što su televizija, novine, internetske stranice i lančane poruke e-pošte. Budući da se upotrebljavani alati i tehnike brzo mijenjaju, istom se brzinom mora prilagođavati odgovor.⁵² Uz poduzimanje mjera u državama čla-

⁵¹ Usp. Hromadžić, H.; Popović, H., Aktivne medijske publike: razvoj koncepta i suvremeni trendovi njegovih manifestacija. // Medijska istraživanja 16, 1 (2010), str. 98. dostupno na http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=88476 (17.11.202.)

⁵² Vidi šire u Đukić, M., Odgovor Europske Unije na problem lažnih vijesti- regulativni okvir u nastanku. Vjerodostojnost medija: doba lažnih informacija, Zbornik radova devete regionalne konferencije Vjerodostojnost medija, Tuzla: Filozofski fakultet Univerziteta u Tuzli, 2019.

nicama i na razini Unije, Unija ima znatan interes za suradnju s partnerima u tri prioriteta područja – u svojem istočnom i južnom susjedstvu i na zapadnom Balkanu. Otkrivanje dezinformacija u susjednim zemljama Unije nadopunjuje rješavanje problema u Uniji.⁵³

4. UMJESTO ZAKLJUČKA: DEZINFORMIRANJE NA INTERNETU I DRUŠTVENIM MREŽAMA KAO OZBILJNA PRIJETNJA SLOBODI IZRAŽAVANJA U DIGITALNOM DOBU I ODLUKE EUROPSKE UNIJE – OSVRT NA AKTUALNO STANJE

Dezinformacije predstavljaju prijetnju slobodi izražavanja u digitalnom dobu koja stalno poprima nove oblike te stoga zahtijeva stalne napore radi suzbijanja relevantnih aktera, vektora, alata, metoda, prioriteta ciljeva i učinka. Jedinica EU-a za otkrivanje hibridnih prijetnji analizira neke oblike dezinformiranja, posebno dezinformiranje koje provodi država, u suradnji s radnim skupinama za stratešku komunikaciju Europske službe za vanjsko djelovanje i uz potporu službi država članica. Akteri koji šire dezinformacije mogu biti unutarnji, u državama članicama, ili vanjski, uključujući državne (ili državno sponzorirane) i nedržavne aktere. Prema izvješćima⁵⁴, više od 30 zemalja koristi se dezinformiranjem i utječe na aktivnosti u različitim oblicima, među ostalim u svojim zemljama. Dezinformacije koje šire akteri u državama članicama sve su veći razlog za zabrinutost u cijeloj Uniji. U Uniji su zabilježeni i slučajevi dezinformiranja koje su provodili nedržavni akteri, primjerice u vezi s cijepljenjem⁵⁵. Kada je riječ o vanjskim akterima, u slučaju Ruske Federacije postoje jaki dokazi. Međutim, brzo učeći na metodama Ruske Federacije, strategije dezinformiranja provode i druge treće zemlje.

Prema informacijama jedinice EU-a za otkrivanje hibridnih prijetnji, dezinformacije koje širi Ruska Federacija⁵⁶ najveća su prijetnja EU-u jer su sustavne, adekvatno financirane i na drukčijoj razini od ostalih zemalja. Kad je riječ o koordinaciji, vrstama meta i strateškom utjecaju, dezinformacije iz Rusije dio su šire hibridne prijetnje koja se koristi brojnim alatima, polugama i nedržavnim akterima.

Nakon napada kemijskim oružjem u Salisburyju i povezanih zaključaka Europskog vijeća⁵⁷ Komisija i visoka predstavnica predstavili su Zajedničku komu-

⁵³ Tako i šire Akcijski plan za borbu protiv dezinformiranja, Zajednička komunikacija Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, JOIN/2018/36 final, str. 4 dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036> (19. 11.2022.)

⁵⁴ Preuzeto sa <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2017> (13.11.2022.)

⁵⁵ Vidi COM(2018) 245 i COM(2018) 244

⁵⁶ Ruska vojna doktrina izričito priznaje da je informacijsko ratovanje jedna od njezinih domena: <https://www.rusemb.org.uk/press/2029> (14. 1.2022.)

⁵⁷ Zaključci Europskog vijeća od 22. ožujka 2018.

nikaciju o jačanju otpornosti na hibridne prijetnje⁵⁸ u kojoj je strateška komunikacija istaknuta kao prioritetno područje za daljnji rad. Europsko vijeće tada je pozvalo „visoku predstavnicu i Komisiju da do prosinca 2018., u suradnji s državama članicama i u skladu sa Zaključcima Europskog vijeća iz ožujka 2015., predstavite akcijski plan s konkretnim prijedlozima za koordinirani odgovor EU-a na izazov dezinformiranja, uključujući prikladne mandate i dostatne resurse za relevantne timove ESVD-a za stratešku komunikaciju”⁵⁹. Prema Akcijskom planu za suzbijanje dezinformacija⁶⁰, kojega je 2018. godine sastavila i objavila Europska komisija, sloboda izražavanja temeljna je vrijednost Europske unije. Njezina otvorena demokratska društva ovise o sposobnosti građana da pristupe raznim informacijama kako bi mogli formirati svoja mišljenja o raznim temama, a najviše o političkim pitanjima u vrijeme važnih odluka. Dezinformacije se definiraju kao provjerljivo lažne ili zavaravajuće informacije koje se stvaraju, iznose i šire radi ekonomske koristi ili namjernog obmanjivanja javnosti te koje mogu prouzročiti javnu štetu⁶¹. Javna šteta uključuje prijetnje demokratskim procesima i javnim dobrima kao što su zdravlje, okoliš ili sigurnost građana Unije. Dezinformacije ne uključuju nenamjerne pogreške, satiru i parodiju ni jasno naznačene stranačke vijesti i komentare. Mjere iz ovog akcijskog plana odnose se samo na sadržaj dezinformacija koji je zakonit na temelju prava Unije ili nacionalnog prava. Njima se ne dovodi u pitanje zakonodavstvo Unije ili bilo koje države članice koje može biti primjenjivo, uključujući propise o nezakonitom sadržaju⁶².

Prema podacima Eurostat istraživanja (2019.) u razdoblju od 2013. godine do 2018. godine, u Republici Hrvatskoj, broj kućanstava s pristupom internetu narastao je za 17%. Pomoću pravilnoga informiranja, svaki građanin može sudjelovati u javnim raspravama te izražavati svoju volju za slobodnim i pravednim političkim postupcima.⁶³

Europska unija do sada je pokrenula veći broj akcija i planova za borbu protiv dezinformacija i lažnih vijesti, a ovaj Plan osmišljen je s ciljem da se takva

⁵⁸ Vidi JOIN(2018) 16.

⁵⁹ Zaključci Europskog vijeća od 28. lipnja 2018.

⁶⁰ Vidi Akcijski plan za borbu protiv dezinformiranja, ZAJEDNIČKA KOMUNIKACIJA EUROPSKOM PARLAMENTU, EUROPSKOM VIJEĆU, VIJEĆU, EUROPSKOM GOSPODARSKOM I SOCIJALNOM ODBORU I ODBORU REGIJA, JOIN/2018/36 final, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036> (19. 11.2022.)

⁶¹ Komunikacija o suzbijanju dezinformacija na internetu, COM(2018) 236.

⁶² Komisija je predložila ciljane mjere za rješavanje problema širenja nezakonitog sadržaja na internetu, uključujući Preporuku o mjerama za suzbijanje nezakonitih internetskih sadržaja (C(2018) 1177). Vidjeti i prijedlog Uredbe o sprečavanju širenja terorističkih sadržaja na internetu COM(2018) 640 i revidiranu Direktivu o audiovizualnim medijskim uslugama dogovorenu 6. studenoga 2018.

⁶³ Eurostat, Archive: Statistički podaci o digitalnom gospodarstvu i društvu – kućanstva i pojedinci, dostupno na https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Statisti%C4%8Dki_podaci_o_digitalnom_gospodarstvu_i_dru%C5%A1tvu_%E2%80%93_ku%C4%87anstva_i_pojedinci&oldid=510153 (19. 11. 2022.)

sloboda izražavanja i informiranja omogućiti svima, što je u današnje vrijeme vrlo izazovno zbog sve jačeg namjernog i sustavnog širenja dezinformacija. U konačnici to ostavlja velik prostor za širenje lažnih vijesti putem online medijskih portala i društvenih mreža. Šteta koja se stvori takvim načinom širenja dezinformacija predstavlja prijetnju demokratskim procesima vezanima za javno dobro, zdravlje, okoliš i sigurnost.⁶⁴ Dezinformacija je prijetnja koja se sve više širi i razvija. Zbog toga su potrebni veliki napori za rješavanje problema aktera, vektora, alata, metoda i utjecaja koji uzrokuju širenje lažnih vijesti. Sudionici koji stoje iza širenja dezinformacija mogu biti unutarnji, unutar članica Europske unije i vanjski, uključujući i državne ili nedržavne aktere koje sponzorira vlada. Korištenje dezinformacija u državama-članicama Europske unije predstavlja sve veći razlog za zabrinutost. Društvene mreže postale su najveći izvor širenja dezinformacija, a njihov je cilj preusmjeriti određeni sadržaj izravno do specifičnih korisnika koji su identificirani zahvaljujući neovlaštenom pristupu bazi podataka.⁶⁵

Prema istom planu Europske komisije se zahtijeva politička ujedinjenost i kooperacija svih vlasti kako bi se omogućila kibernetičku sigurnost, pravodobna strateška komunikacija, kvalitetna zaštita podataka, provođenje zakona i sloboda medija. Planirana radnja Europske komisije zasniva se na:

- poboljšanju sposobnosti institucija Europske unije za otkrivanje, analizu i izlaganje informacija,
- jačanju usklađenih i zajedničkih reakcija na dezinformiranje,
- mobilizaciji privatnog sektora u borbi protiv dezinformiranja
- podizanju svijesti o problemu dezinformiranja te poboljšanju društvene otpornosti na isti problem⁶⁶

Jačanje otpornosti uključuje i održavanje specijaliziranih treninga, konferencija i rasprava u svrhu učenja i obrazovanja medijskih organizacija, a plan se posebno odnosi i na medijsko opismenjavanje javnosti. U provedbi plana o jačanju otpornosti na dezinformativni sadržaj, Europska komisija pozvala je sve članice Europske unije da aktivno sudjeluju i prate angažman medija, društvenih mreža i informacijskih tehnologija u njihovim aktivnostima, kako bi se omogućili slobodni i poštenu politički procesi na razini EU.⁶⁷

⁶⁴ *Komunikacija*, 2018., str. 1.;

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibid.* str. 6

⁶⁷ *Postupci u vezi s provedbom politike tržišnog natjecanja- Europska komisija, Prethodna prijava koncentracije (Predmet M.9753 – Hexcel/Woodward) Predmet primjeren za primjenu pojednostavnjenog postupka (Tekst značajan za EGP) (2020/C 115/025.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020M9753&from=EN> (12.11.2022.);*

LITERATURA

1. A&S Adria online izdanje časopisa, Važnost zaštite privatnih podataka djece na internetu, objavljeno 7. 3. 2019, dostupno na <https://www.asadria.com/vaznost-zastite-privatnih-podataka-djece-na-internetu/> (17. 11. 2022.)
2. Akcijski plan za borbu protiv dezinformiranja, Zajednička komunikacija Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, JOIN/2018/36 final, str. 4 dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:52018JC0036> (19. 11.2022.)
3. ALA Presidential Committee (1989). Presidential Committee on Information Literacy: Final Report. Dostupno na <http://www.ala.org/acrl/publications/whitepapers/presidential> (13.11.2022)
4. Bača, M; Ivanković, M; Schatten, M. (2010). Privatnost na Facebook-u i drugim socijalnim mrežama. Dostupno na <http://bib.irb.hr/datoteka/493687.CZBtemplate.pdf> (14.11.2022.)
5. Bahtijarević - Šiber, F. (1992). *Utjecaj tehnologije na organizaciju*. Ekonomski pregled, Hrvatsko društvo ekonomista, Zagreb, 1-2, str. 65.;
6. Berridge, Geoff. R., »Diplomacija«, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, str. 24.;
7. Boban M., Babić A. (2014.) *Utjecaj internetskih tehnologija na gospodarski rast, poslovni rezultat i stopu rasta profita poduzeća u republici hrvatskoj*. Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, Vol.,1-2, str,66-67. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/199766> (10.11.2022.);
8. Boban, M., Zaštita podataka i pravo na privatnost u informacijskom društvu. Gospić: Veleučilište "Nikola Tesla" u Gospiću, 2019., str. 4-7. Vidi i Boban, M., Cinotti Mujan, I., Informacijska sigurnost i zaštita prava na privatnost kao temeljno ljudsko pravo // Zbornik radova 18. Međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar: Sveučilište u Mostaru Pravni fakultet, 2021. str. 193-232
9. Boban, M., Zaštita privatnosti i osobnih podataka kao temeljnih ljudskih prava u digitalnom dobu // Ljudska prava u doba digitalnog građanstva / Luatti, Lorenzo (ur.). Vodnjan: Istarska županija, 2017. str. 24-44
10. Cambridge Dictionary, 2022. Dostupno na: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fake-news> (11.10.2022.);
11. Deklaracija o medijskom odgoju: <https://www.unesco.org/archives/multi-media/document-4333> (11.11.2022.)
12. Đukić, M., Odgovor Europske Unije na problem lažnih vijesti- regulativni okvir u nastanku. Vjerodostojnost medija: doba lažnih informacija, Zbornik radova devete regionalne konferencije Vjerodostojnost medija, Tuzla: Filozofski fakultet Univerziteta u Tuzli, 2019.
13. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, (MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17)

14. Eurostat, Archive: Statistički podaci o digitalnom gospodarstvu i društvu – kućanstva i pojedinci, dostupno na
15. Freedom house, Po <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2017> (13.11.2022.)
16. Grbavac, V. (2010). Informatika: kompjutori i primjena. Zagreb: Školska knjiga. vol. 4.
17. Hobbs, R. (2010) Digital and media literacy: A plan of action. Aspen Institute, str. 10. URL: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED523244.pdf> (13.11.2022).
18. Hromadžić, H.; Popović, H., Aktivne medijske publike: razvoj koncepta i suvremeni trendovi njegovih manifestacija. // Medijska istraživanja 16, 1 (2010), str. 98. dostupno na http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=88476 (17.11.202.)
19. Hrvatska udruga banaka (2017). U Europskom mjesecu kibernetičke sigurnosti istraživanje HUB-a pokazuje: Hrvati ležerno koriste Internet, no većina je oprezna. URL: <http://hub.hr/hr/u-europskom-mjesecu-kiberneti%C4%8Dke-sigurnosti-istra%C5%BEivanje-hub-pokazuje-hrvati-le%C5%BEerno-koriste> (10. 11.2022)
20. Kalsnes, B. Fake News. // Oxford Research Encyclopedia of Communication, 2018. Dostupno na: <https://oxfordre.com/communication/communication/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-809> (11.10.2022.);
21. Kolaković, M., Kovačević, B., Sisek, B. (2002) *Utjecaj teorija poduzeća na suvremene pristupe organizaciji poduzeća*, Ekonomski pregled [online], Vol 53., No 9-10, str. 936. Dostupno na: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=44551 (10.11.2022.);
22. Komunikacija o suzbijanju dezinformacija na internetu, COM(2018) 236.
23. Livingstone et al. (2012). Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries. LSE Research Online, dostupno na <http://eprints.lse.ac.uk/33731/1/Risks%20and%20safety%20on%20the%20internet%28lsero%29.pdf> (15.11.2022).
24. Mascheroni, G; Olafsson, K. (2017) Access and use, risks and opportunities of the internet for Italian children. Preliminary findings. dostupno na <http://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/eu-kids-online/reports/Executive-summary-Italy.pdf> (14.11.2022).
25. McCabe, K., The Role of Internet Service Providers in Cases of Child Pornography and Child Prostitution, *Social Science Computer Review*, 26 (2008) 2, 248, <http://ssc.sagepub.com/cgi/content/refs/26/2/247> (15. 11. 2022)
26. Media Centar Sarajevo, https://www.media.ba/sites/default/files/media_literacy.pdf (10.10.2022.);
27. Mediji, kultura i civilno društvo / uredila Zrinjka Peruško. Zagreb: Naklada Jesenski i Turk; Hrvatsko sociološko društvo, 2008, str. 48-49.

28. Odluka o objavljivanju Povelje ujedinjenih naroda, NN 15/1993, dostupno na https://narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/1993_12_15_35.html (15. 11. 2022.)
29. Podaci o digitalnom gospodarstvu i društvu (Europska komisija), dostupno na https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Arhive:Statisti%C4%8Dki_podaci_o_digitalnom_gospodarstvu_i_dru%C5%A1tvu_%E2%80%93_ku%C4%87anstva_i_pojedinci&oldid=510153 (19. 11. 2022.)
30. Poelman, R. (2010). A Survey of Augmented Reality Technologies, Applications and Limitations. Dostupno na <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.454.8190andrep1&typepdf> (11.11.2022.);
31. Posetti, Julie, Ireton, Cherilyn, Wardle, Claire, Derakhshan, Hossein, Matthews, Alice, Abu-Fadil, Magda, et al.. 2018. "Journalism, Fake News and Disinformation." UNESCO. <https://en.unesco.org/sites/default/files> (15. 11. 2022.)
32. Postupci u vezi s provedbom politike tržišnog natjecanja- Europska komisija, Prethodna prijava koncentracije (Predmet M.9753 – Hexcel/Woodward) Predmet primjeren za primjenu pojednostavnjenog postupka (Tekst značajan za EGP) (2020/C 115/025.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020M9753&from=EN> (12.11.2022.);
33. Preporuka o mjerama za suzbijanje nezakonitih internetskih sadržaja (C(2018) 1177).
34. Psihologis. (n.d.). Dostupno na <https://psihologis.com/virtualna-stvarnost-tipoviprimjena/> (11.11.2022.);
35. Quartararo, E., "A Generation Zer's Take on the Social Media Age." New York Times, 2018., dostupno na <https://www.nytimes.com/2018/05/24/learning/a-generation-zers-take-on-the-social-media-age.html> (14.11.2022.)
36. Rheingold, H. (1992). *Virtual Reality: The Revolutionary Technology of ComputerGenerated Artificial Worlds - and How It Promises to Transform Society*;
37. Skoko, B., Hrvatski medijski trendovi 1991. – 2011. // *Diacovensia* 30, 3 (2011), str. 367., dostupno na http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=111447 (11.11.2022.)
38. Splitski dnevnik RTI, Boban. M., izjava u okviru stručnog seminara "Zaštita prava djece u digitalnom okruženju" u organizaciji Hrvatske udruge ravnatelja osnovnih škola – ogranka Splitsko-dalmatinske županije, dostupno na Splitski dnevnik, <https://splitskidnevnik.rtl.hr/vijesti/grad/nekada-se-djecu-upozoravalo-da-ne-ulaze-u-automobile-s-nepoznatima-a-sada-da-ne-razgovaraju-s-njima-preko-drustvenih-mreza/> (17. 11. 2022.)
39. Spratt, Hannah E. and Denise E. Agosto. "Fighting Fake News: Because We All Deserve the Truth: Programming Ideas for Teaching Teens Media Literacy." *Young Adult Library Services* 15 (4), 2017.

40. Stahl, B. (2006). On the Difference or Equality of Information, Misinformation, and Disinformation: A Critical Research Perspective. *Informing Science Journal*, vol. 9, str. 43. Dostupno na <https://www.informingscience.org/Publications/473> (12.11.2022).
41. Sveningsson Elm, M. (2008) Understanding and Studying Internet Culture(s): Hybridity and Interdisciplinarity. *Nordicom Review*. str. 87. URL: http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/kapitel-pdf/270_sveningsson%20elm.pdf (13.11.2022)
42. Šuber, B. (2005). „Unapređenje poslovnih procesa pomoć informacijske tehnologije“. *Ekonomski vjesnik* br. 1 i 2 (18), str. 97-99. Dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/199766> (10.11.2022.);
43. Šundalić, A; Heteši, I., Mediji i nove vrijednosti društva slobodnog tržišta. // *Informatologija* 39, 4 (2006), str. 273., dostupno na:
44. UNICEF (s.a) Konvencija o pravima djeteta (1989), dostupno na https://www.unicef.hr/wp-content/uploads/2017/05/Konvencija_20o_20pravima_20djeteta_full.pdf (14.11.2022].
45. Varga, M., Ćurko, K., Panian, Ž., Čerić, V., Bosilj - Vukšić, V., Srića, V., ... & Jaković, B. (2007). *Informatika u poslovanju*. Element, Zagreb, str. 97.

Marija Boban, Ph.D., associate professor
Faculty of Law, University of Split

MEDIA LITERACY, DISINFORMATION AND FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET AND SOCIAL NETWORKS IN THE DIGITAL AGE

Summary: Freedom of expression is a basic principle of the European Union established in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and in the constitutions of the member states. Open European democratic societies depend on the ability of citizens to access a variety of verifiable information to form their views on various political issues. In this way, citizens can participate in public debates and express their opinion within the framework of free and fair political processes. With the progressive development of the Internet as a global communication network, communication has largely moved from the real world to the virtual world, forming virtual reality. In the context of new and comprehensive social changes which, among other things, are conditioned by the emergence and application of new technological achievements through media phenomena such as digitization, convergence and multimedia, the author of this paper analyzes the changes that have taken place and significantly affect media literacy and freedom of expression in the digital age. Democratic processes are increasingly threatened by the emergence of fake news and the deliberate, extensive, and systematic spread of disinformation. In conclusion, the paper also reviews the strategic framework of the EU in the fight against disinformation in the media with the aim of protecting freedom of expression in the media as the fundamental human right.

Keywords: disinformation, digital age, social networks, European Union, information technologies, Internet, fake news, media literacy, freedom of expression

Dr. sc. Ana Dujmović, izvanredna profesorica

Pravni fakultet, Sveučilište u Mostaru

Mag. Iur. Doris Popović, asistentica

Pravni fakultet, Sveučilište u Mostaru

LJUDSKA PRAVA KAO ELEMENT UJEDNAČENE ZAŠTITE PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Posljednja tri desetljeća mnogo je postignuto na prepoznavanju i priznavanju prava poreznih obveznika. Napredak je rezultiralo i jasnim utvrđivanjem veze između ljudskih prava i oporezivanja. Primjena međunarodnih i nacionalnih instrumenata i standarda zaštite ljudskih prava na porezna pitanja pridonijela je njihovom boljem shvaćanju i daljnjoj afirmaciji. Potvrđeno je to kako kroz teoriju, tako i praksu, nizom presuda Europskog suda za ljudska prava. Usprkos širokoj slobodi prosudbe koju države ugovornice imaju u kreiranju vlastitih poreznih politika, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, na način na koji je tumači Europski sud u svojim presudama, unaprijedila je okvir unutar kojeg države mogu realizirati svoj fiskalnih suverenitet. On danas sadrži niz jamstava koja omogućuju podnositelju zahtjeva pred Sudom osporavanje pravila i postupaka država ugovornica u poreznim stvarima, kao i metoda koje koriste porezne vlasti u realizaciji fiskalnih ovlaštenja.

Cilj je rada ispitati primjenu odredbi Europske konvencije na pitanje zaštite prava poreznih obveznika, te analizom presuda Europskog suda utvrditi ostvareni stupanj zaštite. S obzirom na poseban položaj Europske konvencije u ustavnom poretku BiH, u drugom dijelu rada će se temeljem analize presuda Ustavnog suda BiH ispitati uloga ljudskih prava i prakse Europskog suda, u zaštiti prava poreznih obveznika te utvrditi mogu li ljudska prava kao i praksa Europskog suda poslužiti kao element ostvarivanja koherentnije zaštite prava poreznih obveznika u BiH.

Ključne riječi: ljudska prava, prava poreznih obveznika, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, Europski sud za ljudska prava.

1. UVOD

Oporezivanje danas predstavlja neophodan element opstanka suvremenih država i društava. Bez javnih prihoda, prikupljenih, primarno posredstvom poreza, ostvarivanje funkcija države, u svim njenim fiskalnim ali i socioekonomskim aspektima, bilo bi nezamislivo. Štoviše, s obzirom na tragove koje je oporezivanje,

tijekom povijesti, ostavilo na mnogim civilizacijama¹ ono se više ne smatra njihovom cijenom,² nego neophodnim elementom njihova opstanka.

Istodobno, u mjeri u kojoj je postojanje demokratske države uvjetovano postojanjem poreza,³ toliko je i valjano djelovanje poreznog sustava uvjetovano postojanje demokracije i njenih postignuća. Porezna država mora u punom opsegu i u svakom pogledu biti pravna država⁴ u kojoj su ostvareni kako formalni tako i materijalni elementi.⁵ Zaštita ljudskog dostojanstva i ljudskih prava i sloboda temelj su na kojem treba počivati čitav pravni sustav. To osobito vrijedi za porezno-pravni sustav.⁶

Ljudska prava danas čine fundamentalni aspekt oporezivanja koji utječe na pravno oblikovanje i način primjene poreza. Kao univerzalne vrijednosti ona su najčešći oblik ustavnih jamstava koja svima pa tako i poreznim obveznicima pružaju određenu razinu zaštite. Iako su jamstva podložna, općim i posebnim ograničenjima, ona služe kao barijera u zaštiti prava pojedinca pred ovlastima države uključujući tu i ovlasti za oporezivanje.

Usprkos širokoj slobodi prosudbe koju države imaju u kreiranju vlastitih poreznih politika, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (dalje: Konvencija ili EK), na način na koji je tumači Europski sud za ljudska prava (dalje: Sud ili Europski sud) u svojim presudama, unaprijedila je posljednjih 60-tak godina⁷ okvir unutar kojeg države mogu realizirati svoj fiskalni suverenitet. On danas sadrži niz jamstava koja omogućuju podnositelju zahtjeva pred Sudom osporavanje pravila i postupaka država ugovornica u poreznim stvarima, kao i metoda koje koriste porezne vlasti u realizaciji fiskalnih ovlaštenja. Iako nije pisana s namjerom zaštite prava poreznih obveznika niti se oporezivanje spominje u osnovnom tekstu Konvencije, u njoj je ugrađeno traganje za ravnotežom između općih interesa i interesa pojedinca što je zapravo biti odnosa države i poreznog obveznika.

¹ Vidi više u: Adams, Charles, (2006.), *Za dobro i zlo: utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb.

² Izreka da su porezi cijena koju plaćamo za ostvareni stupanj civilizacije iznesena je u Izdvojenom mišljenju suca Oliver Wendell Holmes na presudu Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Compania General de Tabacos v. Collecto* iz 1927. Vidi više: U.S. Supreme Court *Compania General de Tabacos v. Collector*, 275 U.S. 87 (1927).

³ Suvremena država danas se može kvalificirati i kao porezna država (*njem. Steuerstaat*) s obzirom na značaj koji porezi imaju u financiranju rashoda većine država.

⁴ Pravna i porezna država nisu u suprotnosti, nego uvjetuju jedna drugu. K.H. Friauf, *StbJb.*, 1977/78. Citirano prema: Popović, Dejan, (2018.) *Poresko pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 30.

⁵ Formalni elementi pravne države su: ograničavanje državne samovolje zakonima i trioba vlasti, dok su materijalni: 1. porezna i socijalna pravednost, 2. pravna sigurnost i 3. ustavna ograničenja.

⁶ Horvat-Lončarić, Olivera, *Oporezivanje u skladu s načelima pravne države*, 231., u: Jelčić, Božidar, Lončarić-Horvat, Olivera, Šimović, Jure, Arbutina, Hrvoje, (2002.), *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb

⁷ Baker, Philip, (2021.), *60 years of the European Convention on Human Rights and Taxation*, *European taxation*, 12/2021.

Osnovicu okvira koji ograničava način realizacije fiskalnog suvereniteta čine tri članka koja jamče pravo na mirno uživanje vlasništva (čl.1 Protokola 1), pravo na pravično suđenje (čl.6.) i zabranu od diskriminacije (čl.14.). Uslijed značajnih promjena u međunarodnoj gospodarskoj, pravnoj i poreznoj sferi, navedeni okvir sve više obuhvaća i druga prava poput prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života, doma i korespondencije (čl.8.) koje u kontekstu zahtjeva porezne transparentnosti i intenzivne razmjene informacija u porezne svrhe, postaje sve aktualnije, te pravo ne biti suđen ili kažnjen dva puta po istoj stvari (čl.4. Protokola 7). Praksa Europskog suda pokazuje da se zahtjevi podnositelja u predmetima koji se tiču oporezivanje i kojima se nastoje osporiti odluke visokih ugovornih stranaka u poreznim postupcima i njihovih poreznih tijela najčešće temelje na povredi prava vlasništva odnosno postupovnih prava unutar prava na pravično suđenje iz čl. 6. Konvencije. Analizom prakse Europskog suda utvrdit će ostvareni opseg zaštite prava poreznih obveznika temeljem navedenih prava Konvencije te utjecaj koji je praksa imala na nacionalne porezne sustave država ugovornica u kontekstu zaštite prava poreznih obveznika.

U kontekstu nove i šire perspektive koje Konvencija i praksa Europskog suda otvaraju u drugom dijelu rada ispitat će se odnos oporezivanja i ljudskih prava u Bosni i Hercegovini (BiH). Uslijed fragmentiranosti poreznog sustava BiH i različitog stupnja zaštite prava poreznih obveznika, analizom presuda Ustavnog suda utvrdit će se mogu li ljudska prava kao i praksa Europskog suda poslužiti kao element ostvarivanja koherentnije zaštite prava poreznih obveznika u BiH.

2. LJUDSKA PRAVA I OPOREZIVANJE

2.1. Oporezivanje kao sukob interesa pojedinca i države

Povijest oporezivanja zapravo je povijest pomirbe interesa zajednice i pojedinaca. Porezi čine mogućom pristojnu egzistenciju u ljudskom društvu ali u isto vrijeme predstavljaju povredu ljudskih sloboda. Ne postoji prava sloboda bez poreza ali sami porezi jesu zadiranje u slobodu građana.⁸ Zbog same definicije poreza, koja pretpostavlja zadiranje države u ekonomsku snagu poreznih obveznika s ciljem financiranja javnih potreba, odnos pojedinca i države označen je stalnim sukobom interesa. S obzirom da se uporište ovog sukoba nalazi unutar samog odnosa pojedinca i države, on je zapravo neizbježan. Sukobljavanje generiraju tri karakteristike odnosa: ograničavanje slobode, nejednak omjer snaga sudionika i podređenost pojedinca.⁹ Iako se oporezivanje smatra žrtvom pojedinca u ko-

⁸ Gribnau, Hans, General Introduction, u: Gerard T.K. Messer (ed.), (1999.), *The Principle of Equality in European Taxation* Kluwer, London, 1., citirano prema: Popović, Poresko ..., bilj. 126.

⁹ Stebbing, Chantal, (2009.), *The Victorian Taxpayer and Law - A Study in Constitutional Conflict*, Cambridge University Press, 2.

rist zajednice, zapravo je riječ o djelovanju države koje zadire u osnovna prava pojedinca, prije svega pravo vlasništva. Zadiranjem se posljedično ograničavaju osnovne slobode koje pojedinac uživa. Pod prijetnjom sankcije on više nije slobodan ne udovoljiti obvezi plaćanja. Nejednak omjer snaga unutar odnosa pojedinca i države drugi je generator sukoba. Oporezivanje je najočitiiji primjer nadmoći države nad pojedincem. Položaj pojedinca, koji je u temeljnim postavkama subordiniran, s jačanjem ovlasti sve više slabi. Sve navedene karakteristike poreznog odnosa pojedinca i države potaknule su pojedinca na potragu za jamstvima koja će osigurati da države ne zloupotrebjavala nejednakost ovog odnosa te da se oporezivanje stavi u određene okvire. Ostvareni oblik sustava oporezivanja se stoga može shvatiti kao i barometar razvoja ravnoteže između države i prava pojedinca.¹⁰ Oporezivanje kao proces trebalo bi zapravo služiti poreznom obvezniku, kao čovjeku i građaninu jer su porezni obveznici ti koji održavaju porezni sustava.¹¹

2.2. Veza oporezivanja i ljudskih prava

Ljudska prava izraz su fundamentalnih vrijednosti zajednički svim pravnim sustavima. Ona predstavljaju mjerilo uz pomoć kojeg se prosuđuje jesu li pravna pravila usklađena s višim standardima pravičnosti i pravednosti. Iako suvremena evolucija ljudskih prava i njihova pozitivizacija predstavljaju fenomen javnog prava suvremene ustavno demokratske države i društva, intelektualni izvori ljudskih prava nalaze se u prosvjetiteljstvu.¹² Preokret ka internacionalizaciji ljudskih prava dogodio se nakon II. svjetskog rata kada se pitanje ljudskih prava, s razine države i ustavnog prava, podiže na razinu međunarodnog odnosa i međunarodnog prava. Konsenzus koji je sredinom 20. st. stoljeća postojao u pogledu sprječavanja budući ratnih strahota rezultirao je nizom međunarodnih dokumenata kojima se ljudska prava proklamiraju kao temelj slobode, pravde i mira u svijetu. Glavni poticaj takvom razvoju dat je usvajanjem Opće deklaracije o pravima čovjeka Ujedinjenih naroda (1948.) koja prvi put proklamira katalog ljudskih prava kao međunarodni standard. Ona je neposredno utjecala i na sadržaj i usvajanje Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda, koja je potpisana dvije godine kasnije (1950.) te niza drugih međunarodnih dokumenata koja detaljnije razrađuju pojedina ljudska prava.¹³

Paralelno s prepoznavanjem važnosti ljudskih prava kao međunarodnih standarda počinje se propitivati njihova veza s procesom oporezivanje. S obzirom na

¹⁰ Bentley, Duncan, (2007.), *Taxpayers' Right: Theory, Origin and Implementation*, Kluwer Law International, 15.

¹¹ Valente, Piergiorgio, (2017.), *A European Taxpayers' Code*, INTERTAX, Vol.45, Iss.12., Kluwer Law International, 809.

¹² *Ljudska prava*, Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslava Krleže, Zagreb, 63.

¹³ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Američke deklaracije o pravima čovjeka, Afričke konvencije o pravima čovjeka i naroda.

dvojaki karakter poreza, kao sredstva pribavljanja prihoda neophodnih za podmirivanje javnih potreba, odnosno kao sredstva za ostvarivanja općih pravnih i društvenih vrijednosti, koje objedinjuju i ljudska prava, u početku je prevladavalo stajališta da je, u odnosu na ljudska prava, riječ o konfliktnim i kontradiktornim pojmovima.¹⁴ Međutim ovakvo određenje može se dati samo u kontekstu prve generacije ljudskih prava, gdje su porezi smatrani isključivo instrumentom prikupljanja javnih prihoda, bez ikakvih dodatnih funkcija. S obzirom da su ljudska prava tada, prije svega, bila usmjerena na postizanje moralnog integriteta, veza ljudskih prava i poreza nikako se nije mogla naći. Danas je ta veza višestruka i osim prava javlja se na nekoliko područja (javnih politika, društvenog razvoja). Iako je zaštita javnih prihoda i dalje primarna, ona danas nije jedini interes koji je potrebno zaštititi. Prava poreznih obveznika na drugom su kraju tog odnosa te je stoga neophodno pronaći balans između ova dva interesa. Porezni obveznici, kao građani, nositelji su ljudskih prava naspram države koja ih oporezuje. Njihova ljudska prava predstavljat će krajnju granicu u zaštiti njihovih prava pred ovlastima države, uključujući tu i ovlast za oporezivanje. Moderni standard zaštite prava poreznih obveznika pretpostavljaju porezni sustav koji je transparenta i pravičan, unutar kojega su prava poreznih obveznika poštovana, a njihova legitimna očekivanja zaštićena. U takvom sustavu apsolutna priroda porezne vlasti bit će ublažena zaštitom njihovih temeljnih prava.

3. EUROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA

3.1. Uvodno

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda međunarodni je ugovor Vijeća Europe i do sada njegov najveći uspjeh.¹⁵ Učinci njene neprekidne primjene na europskom kontinentu u posljednjih 60-tak godina priskrbili su joj atribut ustavnog instrumenta europskog javnog poretka u području ljudskih prava.¹⁶ Konvenciji je prethodila Opća deklaracija Ujedinjenih naroda o ljudskim pravima na koju se Konvencija i poziva u svojoj preambuli. Tekst Konvencije iz 1950. godine sadrži većinu temeljnih prava pojedinaca prepoznatih u poslijeratnom razdoblju. Kako bi se odgovorilo na društvene, gospodarske ili pravne iza-

¹⁴ Kofler, George, Pistone, Pasquale, General Report, 11, u: Kofler, George, Poiars Maduro, Miguéle, Pistone, Pasquale, (ed.), (2011.), Human Rights and Taxation in Europe and the World, IBFD, Amsterdam.

¹⁵ Konvencija je stupila na snagu 3. rujna 1953. godine, a trenutno je 47 država članica Vijeća Europe njenih potpisnica.

¹⁶ Omejec, Jasna, (2014.), Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava - Strasbourški *acquis*, drugo dopunjeno izdanje, Novi informator, 5. (dalje Omejec, Konvencija)

zove sadržaj Konvencije mijenjan je, putem protokola, kojima su priznata mnoga danas relevantna prava koja svoje mjesto nisu našla u izvornom tekstu Konvencije poput prava vlasništva (Protokol 1) ili sloboda kretanja (Protokol 4).¹⁷ Bosna i Hercegovina je strankom Konvencije postala 12. srpnja 2002. godine. Međutim iako je opće pravilo da stranke Konvencije mogu biti samo države članice Vijeća Europe, Ustavom BiH (1995.),¹⁸ Konvenciji je priznata efektivna pravna snaga unutar domaćeg pravnog poretka 7 godina prije nego što je ona postala stranka Konvencije. Odredba Ustava BiH¹⁹ tako propisuje da se prava i slobode utvrđene u Konvenciji izravno primjenjuju u BiH i da imaju prvenstvo pred svakim drugim zakonodavstvom.

3.2. Europska konvencija kao instrument zaštite ljudskih prava poreznih obveznika

Sve veći broj predmeta vezanih uz proces oporezivanja koji se posljednjih godina javljaju pred Europskim sudom jasno ukazuju na rastući značaj koji Konvencija ima u zaštiti ljudskih prava poreznih obveznika. Iako Konvencija nije pisana s namjerom zaštite prava poreznih obveznika, s vremenom je ona primjenjena u nizu poreznih predmeta. Prvim objavljenim poreznim predmetom o kojem je odlučivao Europski sud smatra se *X protiv Njemačke*²⁰ iz 1959. godine kojim se ispitala povreda prava vlasništva konfiskatornim nametom koji je dobit od određenih špekulativnih obveznica oporezivo stopom od 100%.²¹ Sve do 1968. godine porezni obveznici nisu bili uspješni u utvrđivanju povreda svojih prava pred Sudom. Od tada je primjetan trenda rasta poreznih predmeta, koji se posebno intenzivirao nakon 2000. godine.²² Posljednjih godina Europski sud odlučuje u prosjeku od 10 do 20 poreznih predmeta godišnjeg. Oni su različiti u pogledu podnositelja zahtjeva, vrste poreza ali i prava koji se smatraju povrijeđenim. Sve to potvrđuje stajalište prema kojem je Konvencija postala važan instrument kontroliranja ovlasti države, kako u materijalnom tako i postupovnom smislu. U Konvenciji je

¹⁷ Kroz protokole 11. i 14. je značajno izmijenjen i konvencijski nadzorni sustav jer je stvoren jedinstveni sud u stalnom zasjedanju, kojem se pojedinci imaju pravo neposredno obraćati svojim zahtjevima.

¹⁸ Ustav BiH nikad nije objavljen u Sl. glasniku BiH. Autentični tekst Općeg mirovnog sporazuma za mir u BiH, čije je aneks 4. Ustav BiH, parafriran 21. studenog 1995., godine a potpisan 14. prosinca 1995. godine u Parizu, je na engleskom jeziku. Kopija izvornika objavljena je u International Legal Materials br.35. iz 1996. godine. Ured visokog predstavnika je 1996. godine objavio neslužbeni prijevod na 3 službena jezika u BiH.

¹⁹ Čl.II/2 Ustava BiH

²⁰ *X protiv Njemačke*, br. 551/59, ECHR, 31.5.1959.

²¹ Baker, Philip, 60 years of the European Convention on human Rights and Taxation, European taxation, 12/2021, 526.

²² U razdoblju od 1954. do 2000. godine samo je 240 poreznih predmeta raspravljano pred Europskim suda odnosno Komisijom, sukladno ranijoj institucionalnoj strukturi. Baker, Philips, (2000.), Taxation and European Convention on Human Rights, British Tax Review (BTR), 213.

ugrađeno traganje za ravnotežom između općih interesa i interesa pojedinca što je zapravo i bit odnosa države i poreznog obveznika. Prava koja se mogu ograničiti ali samo do mjere koja je nužna te ograničenje razmjerno svrsi i cilju stvaraju savršene temelje ostvarivanja prava poreznih obveznika. Iako odredbe Konvencije prava država stranaka da osiguraju plaćanje poreza ubraju u široko područje njihove slobodne procjene, te su one slobodne iznaći različita pravila u području porezne politike, porezne mjere je neophodno podvoditi pod zahtjev razmjernosti (proporcionalnosti). Na taj način će se diskrecijske ovlasti, koje uživa država u kreiranju ekonomskih i socijalnih politika, primjenom odredbi Konvencije, staviti u okvir koji ograničava način na koji se te ovlasti izvršavaju. Ona bi trebala činiti važan dio standarda moderne zaštite prava poreznih obveznika koji bi obuhvaćao pravni okvir gdje je apsolutna priroda porezne vlasti ublažena temeljnim pravima.²³ Potencijal ljudskih prava kao mjerilo učinaka poreznih politika ali kao i temelja parničenja protiv države do sada su u velikoj mjeri bili podcijenjeni.²⁴

3.3. Konvencijska prava relevantna za zaštitu prava poreznih obveznika

Europski sud je kroz svoju dosadašnju praksu priznao primjenu niza ljudskih prava u poreznim predmetima. Članke Konvenciji koji se mogu primijeniti na oporezivanje i koji stoga utječu na ostvarivanje zaštite prava poreznih obveznika moguće je podijeliti na dvije skupine. Prvu skupinu čine pravo vlasništva (čl.1. Protokola 1), pravo na pravično suđenje (čl.6.) i zabrana diskriminacije (čl.14.). Drugu skupinu čine nešto manje zastupljena prava u kontekstu oporezivanja, ali ipak i dalje primjenjiva: pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja (čl.8.),²⁵ sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti (čl.9.),²⁶ sloboda izražavanja (čl.10.)²⁷ te zabrana odlučivanja o istom predmetu dva puta (čl.4. Protokol 7.).²⁸ Uslijed sve većih zahtjeva standarda porezne transparentnosti i s njom

²³ Fortsakis, Theodore Fortsakis, Will the “Europeanization” of tax law through individual rights influence the content of the concept of law? Will it influence our perception of the taxpayer? Will it gradually bring about changes in our current perception of tax law?, 103., u: Kofler, Maduro, Pistone, Human ...

²⁴ Gutman, Daniel, (2001.), Taking Human Rights Seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the EU, 105., u: Kofler, Maduro, Pistone, Human ...

²⁵ *Othymnia Investment VB protiv Nizozemske*, presuda, br. 75292/10, 16.6.2015., *Brito Ferrinho Bexiga Villa Nova protiv Portugala*, presuda, br. 69436/10, 1.12.2015.

²⁶ *Sivananda de Yoga Vedanta protiv Francuske*, br. 17522/90, odluka, 11.1.1992. D.R.72, *E i GR protiv Austrije*, br. 9781/82., 37 D.R. 42., *Association Les Tremoins De Jehovah protiv Francuske*, presuda, br. 8916/05, 30.6. 2011. Ova presuda jedina je u praksi Suda u kojoj je utvrđena povreda sloboda iz čl.9. Konvencije

²⁷ *Barford protiv Nizozemske*, br. 11508/85, 22.2.1989., *Satakunnan Markkinapörssi OY i Satamedia protiv Finske*, presuda VV, br. 931/13, 27.6.2017.

²⁸ Do 2016. godine praksa Suda u pogledu zabrane dvostrukog kažnjavanja ili suđenja išla je u korist podnositelja i pružala je visoku razinu zaštite. Povrede su utvrđene u različitim predmetima: *Ruotsalainen protiv Finske* (presuda, br. 13079/03, 16.6.2009) ili *Lucky Dev protiv Švedske*

povezane razmjene informacija, potaknutih globalnim nastojanjima sprječavanja izbjegavanja plaćanja poreza, pranja novca, čl.8. Konvencije sve se češće javlja kao temelj povrede prava poreznih obveznika pred Europskim sudom tako da se može očekivati uključivanje u prvu skupinu prava. Nadalje, u dosadašnjoj primjeni odredbi Konvenciji u zaštiti prava poreznih obveznik Baker²⁹ primjećuje i nekoliko velikih nedostataka odnosno ugroza koji dovode u pitanje i samu učinkovitost ovoga sustava zaštite. Među najvećim nedostacima svakako se izdvaja nemogućnost primjene čl.6. Konvencije u svom građanskom aspektu na redovne porezne postupke. Kako je Sud zaključio u presudi Velikog Vijeća u predmetu *Ferrazzini protiv Italije* da priroda obveze na plaćanje poreza, unatoč svojim imovinskim učincima za porezne obveznike, izlazi van okvira građanskih prava i obveza³⁰ čime najvažnija postupovna jamstva ostaju nedostupna poreznim obveznicima. Nadalje, aktualna nastojanja u sprječavanju poreznih utaja i izbjegavanja plaćanja poreza rezultirala su velikim ovlastima koje su dodijeljene poreznim vlastima, posebice u pogledu istraga i poreznih nadzora. Korištenje invazivnih tehnika u istrazi poput prisluškivanja ili presjecanja telekomunikacijskih kanala, te pristupa elektroničkim podacima nisu istodobno popraćeni odgovarajućim jamstvima na strani poreznih obveznika. Dodatne izazove u zaštiti prava poreznih obveznika stvaraju i nove tehnologije koje nisu bile poznate u vrijeme nastanka Konvencije, poput Velikih Podataka (*Big Data*) ili umjetne inteligencije (*AI*). Osim što su poreznim vlastima sada lako dostupne velike količine informacija, pravo na privatnost, kao jedino konvencijsko pravo koje preostaje poreznim obveznicima u ovim slučajevima ugroženo je mogućnošću zlouporabe prikupljenih podataka kao i njihovom slučajnom odnosno namjernom objavom u javnosti.³¹ Sve to govori u prilog ranijem stajalištu da će pravo na privatnost odnosno čl.8. Konvencije postati jedno od relevantnih prava poreznih obveznika.

(presuda, br. 7356/10, 27.11.2014). Do promjene u praksi Suda dolazi presudom u predmetu *A i B protiv Norveške* (presuda, br. 24130/11 i br. 29758/11, 15.11.2016.) kojim je značajno smanjen opseg zaštite koji pruža čl.4. Pr.7.u pogledu tzv. dvostrukog sustava provedbe. Vidi: Lasagni, Giulia, Mirandola, Sofia, (2019.), *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law EuCrim, Iss.2., 126 -135.*, Dujmović, Ana, (2021.), *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda i prava poreznih obveznika*, Mostar, 35-36., Wattel, Peter Jacob, (2016.), “*Ne bis in idem and tax offences*”, u: van Bockel, Bas, (ed.), *Ne Bis In Idem In Eu Law*, Cambridge University Press, 167 -217.

²⁹ Baker, 60 years ..., 531 - 532.

³⁰ , st.29.

³¹ Baker, 60 years ..., 532.

4. KONVENCIJSKO PRAVO VLASNIŠTVA I ZAŠTITA PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA

4.1. Uvodno

Oporezivanje povlači mnoga pitanja u pogledu konvencijskog prava privatnog vlasništva. Ono u načelu predstavlja miješanje u pravo zajamčeno prvim stavkom čl.1. Pr.1. jer lišava osobu vlasništva odnosno novca koji treba platiti.³² Iako je mogućnost zaštite prava poreznih obveznika temeljem ovog prava dugo bila podcijenjena, dinamički pristup Europskog suda u tumačenju odredbi Konvencije, doprinio je da se i pravo vlasništva transformira u važan izvor i temelj zaštite prava poreznih obveznika.

Pravo vlasništva sadržano u čl.1.Pr.1.³³ sadržava tri jasno određena pravila koja je Europski sud po prvi put utvrdio u presudi *Sporrong i Lönnrth protiv Švedske*³⁴ te kasnije sažeo u presudi *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.³⁵ Ona obuhvaćaju: načelo mirnog uživanja vlasništva, oduzimanje imovine i kontrolu imovine. Sam koncept vlasništva sukladno Konvenciji ima autonomno značenje, neovisno o službenoj kategorizaciji u nacionalnom pravu i u kontekstu oporezivanja odnosi se na postojeće vlasništvo (kamate na neplaćene poreze, porezne dugove ili kazne za porezne prekršaje) i legitimna očekivanja u obliku prava na povrat/odbitak poreza, kompenzacije ili kamate za preplaćene poreze.

Oporezivanje odnosno različite porezne i devizne mjere, pristojbe ili kazne smatraju se kontrolom korištenja imovine u smislu st.2. čl.1. Pr.1., dok se pravo država stranaka da osiguraju plaćanje poreza i drugih doprinosa i kazni (u okviru st.3. čl.1.Pr.1.) ubraja u široko područje njihove slobodne procjene (prosudbe).³⁶ Vodeći se pretpostavkom da nacionalne vlasti najbolje znaju, u skladu sa svojim gospodarskim, političkim i socijalnim uvjetima urediti svoj porezni sustav, Konvencija ali i Europski sud, poštuju nacionalne zakonodavne mjere. Međutim, da bi one ostale izvan obuhvata zahtjeva prava vlasništva neophodno je da mjere imaju opravdanu i valjanu utemeljenost i da nemaju arbitrarno djelovanje. Objektivno i razumno opravdanje će postojati ako je ono bilo u skladu s načelima vladavine prava i zakonitosti, postoji legitimni cilj djelovanja ili je u javnom interesu i proporcionalan (razmjeran) odnos između cilja koji se želio postići i sredstava koja su pri tome upotrijebljena. Djelovanje nejasnih i nepredvidljivih zakonskih odredbi

³² *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda VV, br. 13378/05, 29.4. 2008., st. 59. ili Špaček s.r.o. protiv Češke Republike, presuda, br. 26449/98, 9.11.1999., st. 39.

³³ *Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svog vlasništva (1). Nitko se ne smije lišiti svog vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava (2). Prethodne mjere, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primjeni zakone koje smatra potrebnim da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.(3)*

³⁴ *Sporrong i Lönnrth protiv Švedske*, presuda, br. 71571/75, 71527/75, 23.9.1982.

³⁵ *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, br. 8793/79, 21.2. 1986.

³⁶ Omejec, Konvencija ..., 987.

koje narušavaju pravnu sigurnost poreznih obveznika jedan su od najčešćih uzroka povrede prava vlasništva u poreznim predmetima. Najčešći javni interes koji opravdava miješanje kad su porezni predmeti u pitanju su osiguravanje plaćanja poreza i očuvanje financijske stabilnosti cjelokupnog ili dijela poreznog sustava.³⁷ Kao javni interesi koji opravdavaju miješanje mogu se javiti i pojmovi poput ostvarivanja ciljeva socijalne politike ili jednake raspodjele poreznog opterećenja, a samo ostvarivanje fiskalnih interesa ne mora *a priori* predstavljati opravdani interes.³⁸ Povreda čl.1.Pr.1. u poreznim predmetima najčešće uključuje:

1. PDV slučajeve koji se odnose na povrat ili odbitak PDV,³⁹
2. povrede koje se odnose na kvalitetu fiskalnog sustava (*quality of fiscal system*);
3. porezne mjere koje stvaraju pretjerano, individualno porezno opterećenje pojedinim poreznim obveznicima (konfiskatorno oporezivanje);
4. porezno zakonodavstvo s povratnim djelovanjem (retroaktivnim) djelovanjem;
5. postupovna jamstva zaštite (*procedural safeguards*) i
6. mjere štednje (*austerity measures*).

4.2. PDV slučajevi povrede prava vlasništva

Najpoznatiji porezni predmeti koji su se odnosi na porez na dodanu vrijednost (PDV) a ispitivali su postojanje povrede prava vlasništva su *Intersplav protiv Ukrajine*⁴⁰ i *Bulves AD protiv Bugarske*. Riječ je o tzv. landmark presudama kojima se postavio obrazac za daljnja djelovanja Europskog suda u ovom području.⁴¹

Objekt zaštite kod ispitivanje povrede prava vlasništva u PDV predmetima je isključivo legitimno očekivanje. U praksi je njega iznimno teško utvrditi jer Sud treba istražiti je li, sukladno nacionalnom zakonodavstvu, porezni obveznik imao vlasnički interes prepoznat nacionalnim pravom.⁴² U ovim predmetima javljaju se

³⁷ *Bulves AD protiv Bugarske*, presuda, br. 29991/03., 12.1.2009., st. 65.

³⁸ U *Jourbet protiv Francuske* Sud je kao opravdani javni interes osporio stvaranje uvjeta koji bi doprinijeli smanjenju broja žalbi na porezna rješenja. *Jourbet protiv Francuske*, br. 30345/05, 23. 7. 2009. st. 62.-65.

³⁹ U radu će se detaljnije obraditi PDV slučajeve i porezno zakonodavstvo s retroaktivnim djelovanjem. Za ostale oblike vidi: Dujmović, *Europska*, 50 - 65.

⁴⁰ *Intersplav protiv Ukrajine*, presuda, br. 803/02, 9.1.2007.

⁴¹ Ove presude, kao i druge koje su uslijedile nakon njih (*ATEV protiv Bugarske*, (odl.), br. 39689/05, 18.3.2014. *Euromak Metal DOO protiv Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije*, presuda, br. 168039/14, 14.6. 2018.), upućuju da je Sud prethodna dva desetljeća utvrđivao povredu prava vlasništva u PDV slučajevima uglavnom kod zemalja srednje i istočne Europe, odnosno onih koji su tijekom 1990-tih godina prošle tranziciju iz socijalističkog ka tržišnom gospodarstvu i u kojima tek dolazi do uspostave sustava PDV-a.

⁴² Iako Sud općenito ne ispituje odluke nacionalnih sudova, u PDV slučajevima, se on osvrće na te presude kako bi utvrdio daju li tumačenja nacionalnih temelj legitimnim očekivanjima da će podnositelj ostvariti određeno vlasništvo u budućnosti. Dujmović, *Europska*, 46.

dvije vrste legitimnih očekivanja: ona vezana za odbitak ulaznog PDV-a, odnosno ona koja se odnose na prava povrata plaćenog PDV.

Prvi oblik je uveden presudom u slučaju *Bulves protiv Bugarske*. Dioničkom društvu *Bulves iz Plovida*, bilo je uskraćeno pravo na povrat ulaznog PDV-a, zašto što njegov dobavljač robe nije na vrijeme ispunio svoju obvezu prijave PDV-a.⁴³ Europski sud je u presudi utvrdio da je *Bulves AD* u potpunosti ispunio svoje obveze vezan za odbitak ulaznog PDV-a, da nije djelovao prijeverno te da nije imao mogućnost kontroliranja dobavljača koji nije na vrijeme ispunio svoje obveze.⁴⁴ Činjenicu da nije bilo negativnih učinaka na državni proračun Sud će uzeti kao relevantnu za utvrđivanje povrede prava vlasništva te je utvrdio da *Bulves AD* u konkretnom slučaju ima legitimno očekivanje ostvarivanja odbitka ulaznog PDV-a. Ova odluka Suda bit će osporena dvije godine kasnije predmetom *Nazarev i drugi protiv Bugarske*⁴⁵, gdje nije utvrđeno postojanje legitimnog očekivanja jer podnositelj zahtjeva nije djelovao s posebnom pažnjom koja se traži od PDV registriranih korisnika u pogledu ispitivanja valjanosti PDV registracije dobavljača te dostavljanja računa, koji su bili propisani nacionalnim zakonodavstvom. Dodatna objašnjenja u pogledu pažnje koja se traži od PDV obveznika u pogledu ostvarivanja prava na odbitak ulaznog PDV -a, Europski sud je sažeo u presudi *Euromak Metal d.o.o. protiv BJR Makedonije*. Podnositelj zahtjeva je napravio niz pogrešaka u svom obračunu PDV-a jer neki od njegovih dobavljača nisu prijavili niti platili PDV. Sukladno rješenju porezne uprave podnositelj nije ostvario pravo na odbitak, te mu je naloženo da isti plati uz dodatne kamate. U zahtjevu pred Sudom podnositelj se žalio da je na vrijeme i u potpunosti ispunio svoje PDV obveze sukladno zakonskim odredbama, a da su djelovanja dobavljača bila izvan njegove kontrole. S obzirom da podnositelj nije mogao znati jesu li njegovi dobavljači ispunili svoju obvezu, te da je on ispunio sve zakonske preduvjete za ostvarivanje odbitka, te nije sudjelovao u nikakvim zloporabnim radnjama, Europski sud je utvrdio da podnositelj ne treba u potpunosti snositi posljedice djelovanja svojih dobavljača. Time je prema stajalištu Suda za podnositelja nastalo pretjerano pojedinačno porezno opterećenje koje narušava načelo poštene ravnoteže između zahtjeva javnog interesa i zahtjeva zaštite prava vlasništva. Osim legitimnih očekivanja, drugo važno pitanje kad su PDV slučajevi u pitanju je ono proporcionalnosti (razmjernosti). Još je presudom *Bulves protiv Bugarske* Sud uveo 3 kriterija:

1. je li podnositelj odstupio od svojih obveza prijave PDV obveze;
2. je li podnositelj mogao osigurati ili kontrolirati djelovanje druge strane (dobavljača) u skladu s PDV obvezama prijavljivanja i

⁴³ Problem je nastao jer je *Bulves AD* plaćeni PDV prijavio u kolovozu, a njegov dobavljač, po istoj transakciji tek u listopadu.

⁴⁴ Ovaj kriterij Sud je uveo po uzoru na praksu Suda EU u spojenim predmetima *Optigen Ltd (354/03)*, *Fulcrum Electronics Ltd. (355/03)*, i *Bond House System Ltd (348/03) protiv Komisije za carine i trošarine*, ECLI:EU:C:2006:16.

⁴⁵ *Nazarev i drugi protiv Bugarske*, (odl.), br. 26653/05. i dalje, 25.1. 2011.

3. je li podnositelj ima saznanja o prijevarama u sustavu PDV-a ili je mogao znati.⁴⁶

Dok su u *Bulves protiv Bugarske* sva 3 kriterija bila zadovoljena, prijava je u predmetu *Atev protiv Bugarske* proglašena nedopuštenom jer je u potpunosti izostalo plaćanje PDV-a, uslijed gubitka dokumentacije dobavljača. Sud je utvrdio da je podnositelj mogao osigurati svoje pravo na odbitak podnošenjem tužbe protiv dobavljača unutar parničnog postupka, za što je u nacionalnom sustavu postojala opcija, što se na kraju utjecalo na odluku o razmjernosti miješanja u pravo vlasništva.⁴⁷

Treći oblik PDV slučajeva koji se javljaju pred Europskim sudom su oni koji uključuju zlouporabu PDV sustava. Očuvanje financijske stabilnosti PDV sustava, sa svom složenošću njegovih pravila, smatra se općim interesom zajednice. Stoga, Sud prihvaća da svaki pokušaj zlouporabe treba biti spriječen i da je stoga razumno da nacionalne vlasti traže posebnu pažnju u djelovanju registriranih PDV obveznika.⁴⁸ Stajalište je Suda da ako nacionalne vlasti mogu dokazati zlouporabu sustava PDV, imaju pravo odbiti odbitak/povrat PDV bez obzira jesu li takve mjere predviđene nacionalnim pravom ili ne. U suprotnom, ako nacionalne vlasti u nedostatku bilo kakvih indicija o zlouporabi, bez obzira na stupanj saznanja poreznog obveznika o njoj, odbiju povrat poreza, ona time narušavaju poštenu ravnotežu između javnog i privatnog interesa, čime se otvara put utvrđenja povrede prava vlasništva.⁴⁹

4.3. Slučajevi retroaktivne primjene poreznih propisa

Načelo pravne sigurnosti jedno je od osnovnih načela prava.⁵⁰ Uz legitimno očekivanje ono predstavlja najvažniju refleksiju vladavine prava. Porezni obveznici trebali bi se moći osloniti na rješenja postojećeg zakonodavstva kako bi sukladno njemu planirali svoje djelovanje. Zbog toga je povratno djelovanje poreznog zakonodavstva⁵¹ nespojivo s povratnim djelovanjem poreznih propisa u svjetlu njihova učinka na porezne obveznike.

⁴⁶ *Bulves protiv Bugarske*, st. 67- 70.

⁴⁷ *Atev protiv Bugarske*, str. 34. - 37.

⁴⁸ *Finkelberg protiv Latvije*, (odl.), br. 55091/00, 18. 10. 2001.

⁴⁹ Varychuck, Elena, (2001.), Case Law of the European Court of Human Rights on VAT Refund and its Importance for the Russian Judicial System, 277. u: Kofler, Maduro, Pistone, Human...,

⁵⁰ Gribnau, Hans, (2013.), Legal certainty: a matter of principle, 69. -73., u: Gribnau, Hans, Pauwels, Melvin (eds.), *Retroactivity of Tax Legislation*, Amsterdam, EALTP/IBFD.

⁵¹ Primjena poreznog zakonodavstva s povratnim djelovanjem može imati dva oblika: retroaktivno i retrospektivno. U: Pauwels, Melvin, *Retroactive and Retrospective Tax Legislation: A Principle Based Approach*, : Theory of 'Priority Principles of Transitional Law and The Method of Catalogue of Circumstances', 95. - 116., u: Gribnau, Pauwels, *Retroactivity*; V. Dujmović, *Europska*, 56.

Nacionalni pravni okvir i prakse, u pogledu retroaktivne primjene poreznih propisa zauzimaju različita stajališta. Dok pojedine zemlje poput Rusije ili Portugala u potpunosti brane retroaktivnu primjenu, druge dopuštaju njihovu primjenu samo u iznimnim slučajevima poput sprječavanja izbjegavanja poreza (Mađarska, Poljska) ili kad za takvo djelovanje postoji valjan interes (Francuska).⁵²

Propisivanje retroaktivne primjene pojedinih odredbi poreznih propisa iznimka je koja bitno narušava sigurnost, u području oporezivanja posebno važnu u svjetlu izgradnje poreznog morala i unapređenja koncepta dobrovoljnog ispunjenja poreznih obveza (*voluntary tax compliance*).⁵³ Europski sud ima dosta opsežnu praksu u pogledu retroaktivne primjene poreznih propisa. Ona sama po sebi nije nekompatibilna sa zahtjevima čl. 1.Pr.1. niti je ona njime zabranjena.⁵⁴ Razlozi za to leže u činjenici da javni interes u pojedinim situacijama može nadjačati interes pojedinca sadržan u prethodnom poznavanju porezne pozicije. Međutim da bi takvo djelovanje države bilo u skladu sa zahtjevima čl. 1.Pr.1., ono se mora temeljiti na načelu zakonitosti, biti neophodno u određenom društvu, imati konkretnu svrhu donošenja, te ne smije stvarati dodatno porezno opterećenje pojedincu.

Jedna od najčešćih valjanih svrha retroaktivne primjene poreznih propisa je postojanje pravnih praznina koje se na ovaj način nastoje ukloniti.⁵⁵ Međutim da bi se utvrdilo narušavanje poštene ravnoteže između javnog interesa i interesa poreznog obveznika potrebno je ispitati jesu li postojali uvjerljivi razlozi zbog koji se donose retroaktivni propisi, kakav je njihov utjecaj na poreznog obveznika. Tako je Sud u predmetu *Arnaud i drugi protiv Francuske*⁵⁶ kao valjan interes usvoji sprječavanje porezne evazije,⁵⁷ te utvrdio da ovom obvezom nije za konkretne porezne obveznike⁵⁸ nastalo pretjerano porezno opterećenje. Kao dodatni razlog ne narušavanja ravnoteže Sud je istakao postojanje prijelaznog razdoblja unutar kojeg su porezni obveznici mogli prilagoditi svoje djelovanje, osigurati pravnu sigurnost i izbjeći pretjerano porezno opterećenje. Pitanje razdoblja, ali u drugom kontekstu bilo je relevantno i u predmetu *Di Belmonte pro-*

⁵² Baker, Philip, (2012.), *Retroactive Tax Legislation*, International Taxation, vol. 6/12., 50.

⁵³ Gadžo, Stjepan, Žunić Kovačević, Nataša, (2020.), *Retroaktivna primjena pravila o probouju pravne osobnosti u poreznim stvarima: analiza upravnosudske i ustavnosudske prakse*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, sv. 40., izd. 1., 11/2020., 373.

⁵⁴ *M. A. i 34 drugih protiv Finske*, (odl.), br. 27793/98, 10.6.2003.

⁵⁵ Jedan od prvih slučajeva pred Sudom koji se odnosio na popunjavanje pravnih praznina bio je *National Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society protiv Velike Britanije*, presuda, br. 21393/93, 21449/93 i 21675/93, 23. 10. 1997.

⁵⁶ *Arnaud i drugi protiv Francuske*, br. 23918/11, 36963/11, 36967/11, 369689/11, 36969/11 i 36971/11, 15. 1. 2015.

⁵⁷ Ovaj interes za primjenu retroaktivnog poreznog zakonodavstva javio se i u predmetu *Huitson protiv Velike Britanije (odl., br. 50131/12, 13.1.2015.)*, u kojem Sud također nije utvrdio povredu prava vlasništva.

⁵⁸ Porezni obveznici u konkretnom slučaju bili su 8 francuskih državljana koji su radi izbjegavanja statusa fiskalnog rezidenta i plaćanja poreza u Francuskoj, 1989. godine preselilo u Monako.

*tiv Italije*⁵⁹ gdje Europski sud utvrdio povredu prava vlasništva jer je povodom retroaktivne primjene poreznih propisa kojim je zbog propusta vlasti u obliku odgode izvršenja naloga suda od 7 mjeseci,⁶⁰ kompenzacijski iznos za izvlašteno zemljište postao oporeziv stopom od 20%. U slučaju da je presuda bila izvršena na vrijeme, podnositelj zahtjeva ne bi pretrpio dodatno pojedinačno porezno opterećenje.

5. PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE (čl. 6. KONVENCIJE) I ZAŠTITA PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA

5.1. Uvodno

Pravo na pravično (pošteno, fair), suđenje najvažnije je procesno ljudsko pravo. Ono je sadržano u st.1. čl.6. Konvencije i kroz praksu se razvijalo postupno. Navedeno pravo utjelovljuje načelo vladavine prava na kojima su izrađena suvremena demokratska društva, te nezaobilaznu ulogu koju pravosuđe ima u provođenju pravde, odražavajući time zajedničko nasljeđe zemalja ugovornica.⁶¹ Riječ je o najsloženijem članku Konvencije kako sa stajališta primjene, stajališta mnogobrojnih pitanja koja se u vezi s njime otvaraju, tako i široke lepeze tumačenja koja mu u svojoj praksi daje Europski sud.⁶²

Tijekom posljednjih 50-tak godina i više, koliko je prošlo od usvajanja Konvencije, odnos pojedinca i države razvio se u mnogim područjima, pri čemu je državna intervencija pojačano intervenirala u privatnopravne odnose. To je dovelo do toga da su pod domašaj prava na pravično suđenje provedeni i mnogi postupci javnopravnog karaktera, čime se domašaj zaštite koju pruža čl.6. značajno proširio. Nažalost, to još uvijek nije slučaj sa redovnim poreznim postupcima. Kako je zaključio Sud u presudi *Ferrazzini protiv Italije*,⁶³ razvoj o kojem se ovdje govori nije utjecao na temeljnu prirodu obveze fizičke ili pravne, da plati porez i stoga porezni sporovi izlaze izvan okvira građanskih prava i obveza, unatoč svojim imovinskim učincima. Iako kontroverzna,⁶⁴ navedena presuda nije spriječila

⁵⁹ *Di Belmonte protiv Italije (1)*, presuda, br. 72638/01, 16. 3. 2010.

⁶⁰ U slučaju *Di Belmonte protiv Italije (2)* Sud je ocijenio da rok do 20 dana od kad je presuda kojom se dodjeljuje kompenzacijski iznos postala pravomoćna, nije dovoljno dugo razdoblje da bi se narušila ravnoteža javnog i privatnog interesa. *Di Belmonte protiv Italije (2)*, (odl.), br. 72665/01, 3.6.2004.

⁶¹ Vitkauskas, D., Dikov, G., (2018.), Zaštita prava na pravično suđenje po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Priručnik za praktičare, Drugo izdanje, Strasbourg, Vijeće Europe, 25.

⁶² Vitkauskas, Dikov, Zaštita ..., 8.

⁶³ *Ferrazzini protiv Italije*, st.29.

⁶⁴ Presuda u *Ferrazzini protiv Italije* donesena je sa 11 naprema 6 glasa, a 6 sudaca Velikog vijeća je dalo izdvojeno mišljenje među kojima se posebice isticalo ono malteškog suca Bonella. Baker također ističe da nema očitog razloga zbog kojeg je došlo do podjele među sucima. Baker, *The Decision*, 36., bilj.2.

nastojanja⁶⁵ da postupovna prava, od kojih se posebice izdvajaju pravo na pristup sudu, pravo na javnu raspravu i zabranu arbitrarnosti omogućiu i poreznim obveznicima.

5.2. Opća pravila primjenjivosti čl. 6. st.1. Konvencije (građanski aspekt) i porezni postupci

Kad su porezni predmeti u pitanju, a u kontekstu općih pravila primjenjivosti čl. 6. Konvencije,⁶⁶ prijepori postoje samo u pogledu trećeg mjerila - utvrđivanja je li riječ o građanskom pravu u smislu Konvencije. Još od presude *König protiv Njemačke*,⁶⁷ Sud je stajališta da bez obzira na klasifikaciju prava u domaćem sustavu, njegov građanskopravni aspekt, u smislu Konvencije, procjenjuje se temeljem njegova materijalna sadržaja i učinka koji proizvodi. U postupku testa imovinskog interesa ispituju se novčane (financijske, imovinske) implikacije odluka javnopravnih tijela na privatna, imovinska prava pojedinca. Ako se utvrdi imovinski utjecaj odnosno posljedice, pravo će se smatrati građanski sukladno Konvenciji. Međutim Sud je kroz svoju praksu pokazao da ovo stajalište nije apsolutno, te da samo utvrđivanje implikacija na prava pojedinac nije dovoljno. Prvi od slučajeva u kojima je utvrđena nemogućnost primjene čl.6. u svom građanskom aspektu na porezne sporove je *X protiv Belgije*, da bi se izneseno stajalište kasnije implicitno potvrdilo presudom u predmetu *Schouten i Meldrum protiv Nizozemske*⁶⁸ od koje je Sud konstantno odbijao primjenu građanskog aspekta čl.6.st.1 na porezne predmete⁶⁹ smatrajući ih *ratione materiae* nesuglasnim s odredbama Konvencije.⁷⁰ Do potpune unifikacije prakse dolazi već spomenutom presudom *Ferrazzini protiv Italije*. Činjenično stanje slično je mnogima već obrađenima a odnosilo se na porezni postupak koji je trajao više od 10 godina. Gosp. Ferrazzini je podnio zahtjev Sudu tvrdeći da su njegova prava na pravično suđenje povrijeđena uslijed nerazu-

⁶⁵ Najveći kritičar Ferrazzini presude i nemogućnosti primjene čl.6. u redovnim poreznim sporovima je prof. Baker. Baker, Philip, (2001.), Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings, *Intertax*, Vol.29., Iss. 6-7., ili Baker, Philip, (2001.), The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters, *Intertax*, Vol.29., Iss. 11.

⁶⁶ Da bi konkretan predmet došao po domašaj građanskog aspekta čl.6. neophodno je utvrditi postojanje, spora, zatim prava a potom i građanskog karaktera samog prava.

⁶⁷ *König protiv Njemačke*, presuda, br. 6232/73, Serija A, br.27., 28.6.1978., st. 89.

⁶⁸ Predmet se odnosi na doprinose, a ne poreze, koji su ovom presudom potvrđeni da potpadaju pod građanska prava i obveze. *Schouten i Meldrum protiv Nizozemske*, presuda, Serija A, br. 304., 9.12.1994.

⁶⁹ Nekoliko je slučajeva u praksi Suda koji pokazuju odmak od ustaljene prakse neprimjenjivosti građanskog aspekta čl.6.st.1. na porezne predmete. To su *Éditions Périscope protiv Francuske* (presuda, br. 11760/85, Serie A, br. 234-B, 26.3.1992.), *Hentrich protiv Francuske* (presuda, br. 13616/88, 22. 9. 1994.), *D.C. protiv Italije* (presuda, br. 13120/87, 20.10.1992.) i dr.

⁷⁰ *Vidar S. A. i Opergrup protiv Španjolske*, presuda, br. 4160/98 i 41775/98 ECHR, 1999-V; *Chalambos protiv Francuske*, presuda, br. 49210/99, 8.2.2000.

mno dugog postupka. Sud je utvrdio da povrede nije bilo, te da porezna pitanja još uvijek čine dio čvrste jezgre prerogativa javne vlasti, u kojima prevladava javna priroda odnosa između poreznog obveznika i zajednice.⁷¹ U slučaju eventualnog nedostatka nacionalnih ustavnih i zakonskih jamstava porezni obveznici u redovnim poreznim postupcima ostaju bez prava na pristup sudu, javno saslušanje ili prava na suđenje u razumnom roku. U današnjem demokratskom društvu, oporezivanje (njegova osnova, plaćanje i prikupljanje) zasnovano je na primjeni pravnih pravila, a ne diskrecijskih ovlasti države, gdje postupovna jamstva iz čl.6.st.1. ne ograničavaju državu u kreiranju i provođenju bilo kakve politike porezne politike.⁷² Iako se tradicionalno porezni obveznici smatraju podređenim u odnosu spram državom, te tretirani kao korisnici fiskalne politike, nova vizija procesa oporezivanja naglašava potrebu dijaloga, unutar kojeg bi i javni i privatni interesi bili naglašeni. Time bi se plaćanje poreza iz obvezu nametnute temeljem fiskalnog suvereniteta transformiralo u doprinos obveznika cjelokupnom financiranju društvenih potreba.⁷³

5.3. Primjena kaznenog aspekta čl. 6. st. 1. Konvencije na porezne predmete

Nemogućnost primjene građanskog aspekta čl. 6.st.1. dovela je do širenja domašaja njegova kaznenog aspekta na porezne predmete. Iako Ferrazzinijev dictum pretpostavlja restriktivnu primjenu ljudskih prava na porezne postupke, to ne znači da se ona ne mogu primijeniti na bilo koji postupak koji uključuje porezne elemente. Priroda spora odnosno postupka bit će ta koja će odlučiti o obliku primjene ljudskih prava.⁷⁴

Pravom na pravično suđenje u kaznenom aspektu čl.6. st.1. štite se prava pojedinca u slučaju podizanja kaznene optužbe (*criminal charge*) odnosno prava koje ima pojedinac optužen za kazneno djelo (*charged with criminal offence*).⁷⁵ Navedeni pojmovi imaju autonomno značenje i primjenjuju se neovisno o određenjima koje prihvaćaju nacionalni pravni sustavi. Europski sud od presude u slučaju *Bendenoun protiv Francuske* smatra da se kazneni aspekt čl.6.st.1. Konvencije može primijeniti na porezne postupke koji uključuju naplatu poreznih globa odnosno dodatnih plaćanja kojima se sankcionira ponašanje poreznih obveznika. Kumulacija različitih aspekata, od kojih se izdvaja činjenica da je Sud o zahtjevu raspravljao tek osam godina kasnije (1994.) sugerira da je slučaj odabran kako bi

⁷¹ Ferrazzini protiv Italije, st. 29. - 30.

⁷² V. Izdvojeno mišljenje suca Lorenzena na presude Velikog vijeća u slučaju Ferrazzini protiv Italije, st.7.

⁷³ De Flora, M.G., (2011.), A New Vision on Exercising Powers and the Right to Fair Trial in Judicial Tax Proceedings under Art.6. ECHR, 411. - 414.,u: Maduro, Kofler, Pistone, Human ...

⁷⁴ Attard, Richard, (2011.), Classification of Tax Disputes, Human Rights Implication, 410. -411., u Maduro, Kofler, Pistone, Human ..

⁷⁵ čl.6. st. 2. i 3. Konvencije

se njime postavio presedan za sve buduće slučajeve.⁷⁶ Protiv gospodina Bendenouna, koji se bavio prodajom starih novčića, umjetnina i dragog kamenja pokrenuta su tri postupka (carinski, porezni i kazneni) koji su se odvijali paralelno i koji su rezultirali dodatno utvrđenom poreznom obvezom kao kaznom koja je iznosila više od 50% novoutvrđenog poreza. Podnositelj se žalio da mu je pravo na pravično suđenje bilo povrijeđeno, jer mu tijekom postupka, nije bio dopušten uvid u spis unutar carinskog postupka. Nakon utvrđivanja da su porezni obveznici dužni postupati u dobroj vjeri, te da je država ovlaštena ih sankcionirati ako djeluju suprotno, Europski sud se upustio u ispitivanje postojanja Engelovih kriterija⁷⁷ odnosno mjerila koje je Sud razvio u istoimenom predmetu⁷⁸ kako bi se temeljem njih procijenilo da li konkretni slučaj potpada pod kazneni aspekt čl.6. st.1. Ta su mjerila sve do danas (od 1976.) ostala nepromijenjena i predstavljaju temeljno polazište za propitivanje primjenjivosti. U *Bendenoun protiv Francuske* Europski sud je utvrdio da se zakonska odredba kojom se propisuje porezna globa odnosi na sve građane u svojstvu poreznih obveznika, da svrha naplate porezne globe nije novčana naknada štete, već je svrha kažnjavanje koje služi odvraćanju od ponavljanja djela, da su porezne globe nametnute općim pravnom pravilom i da je iznos globe značajan pri čemu njeno neplaćanje može dovesti do kazne zatvora.⁷⁹ Nijedna od navedenih karakteristika nije bila odlučujuća da bi se porezne globe podvele pod kazneni aspekt čl.6.st.1. međutim zajedno i kumulativno dovele su do toga da se globe karakteriziraju kao kazne, a sam postupak u kojem su izrečene podvede pod navedeni čl.6. st.1. (*Bendenoun test*).

Iako je nakon presude u predmetu *Bendenoun protiv Francuske* Sud u nekoliko predmeta⁸⁰ potvrdio ovo stajalište, razdoblje koje je uslijedilo označila je šarolika sudska praksa povodom utvrđivanja kaznene prirode porezne globe. Kumulativni pristup za koji se Sud odlučio u *Bendenoun protiv Francuske* napušten je u predmetu *Janosevic protiv Švedske*,⁸¹ u kojem se povreda utvrđivala putem Engelovih mjerila. Presuda sadrži detaljnu analizu klasifikacije dodatnih poreznih plaćanja, koju je dao švedski Vrhovni upravni sud nakon čega se Sud upustio u ispitivanje poreznih globa u svjetlu drugog i trećeg Engelova kriterija, prirode djela i težine sankcije. Nedostatak određenog oblika krivnje ne otklanja neophodno kaznenu prirodu sankcije. Ona je bila izrečena sa svrhom kažnjavanja i sprječavanja sličnih ponašanja u budućnost, a ne nadoknade štete državi, čime

⁷⁶ Vorobyeva, Natalia, (2019.), *Protection of Taxpayers in European Convention of Human Rights*, Keyeditore, 24.

⁷⁷ Prvo Engelovo mjerilo odnosi se na klasifikaciju djela, drugo na prirodu djela a treće na prirodu i težinu kazne.

⁷⁸ *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, br. 5100/71, 5101/71, 5334/72, 5370/72, 8.6.1976.

⁷⁹ *Bendenoun protiv Francuske*, st. 47.

⁸⁰ *A.P., M.P., T.P. protiv Švedske*, presuda, br. 19958/92, 29.8.1997., E.L., R.L., i J.O.L. protiv Švicarske, br. 201919/92, 29.8. 1997., J.B. protiv Švicarske, presuda, br. 31827/96, 3.5.2001.

⁸¹ *Janosevic protiv Švedske*, presuda, br. 34619/97, 23.7. 2002.

je drugo Engelovo mjerilo bilo zadovoljeno.⁸² Kaznena priroda sankcije također je bila utvrđena temeljem ozbiljnosti (prirode i visine) izrečenih sankcija. Iako nije postojala mogućnost izricanja kazne zatvora, Europski sud je utvrdio da taj element nije bio odlučujući kako bi se utvrdila kaznena priroda. Iako se činilo da će presuda u *Janosevic protiv Švedske* postaviti pravac daljnjeg razvoja prakse u pogledu kaznenopravne prirode sankcije u poreznim predmetima sukladno Konvenciji,⁸³ to se dogodilo tek presudom *Jussila protiv Finske*,⁸⁴ koja je u potpunosti podvukla crtu nedoumicama.

Činjenična pozadina slična je onoj u *Janosevic protiv Švedske*, jer je podnositelju zahtjeva tijekom poreznog nadzora utvrđena greška u vođenju računovodstvenih knjiga te mu je utvrđen novi iznos PDV obveze ali i dodatno plaćanje sankcija koje su iznosile 10% novoutvrđene porezne obveze. Podnositelj se žalio da u postupku nije ostvario pravo na pravično suđenje jer mu nije omogućeno pravo na javno saslušanje (*public hearing*). Suglasno sa stajalištima iznesenim u *Janosevic protiv Švedske*, Europski sud je i u ovom predmetu potvrdio stajalište da ozbiljnost sankcije nije relevantan kriterij koji je neophodno ispuniti kako bi sankcija imala kaznenopravnu prirodu.⁸⁵ Primjenjujući Englelova mjerila Sud je utvrdio: (1) da činjenica da su navedene sankcije u nacionalnom pravnom sustavu klasificirane kao dio fiskalnog sustava, ne otklanja njihovu kaznenopravnu prirodu sukladno Konvenciji i da to nije odlučujući kriterij za primjenu Konvencije, da su sankcije imale svrhu kažnjavanja i odvracanja poreznih obveznika od sličnih ponašanja u budućnosti, te da blaža priroda sankcije nije uklonila primjenu Konvencije.⁸⁶ Važnost stajališta iznesenih u ovoj presudi ogleda se u nekoliko čimbenika. Iako sva Engelova mjerila nisu bila zadovoljena, činjenica da je sankcija uspostavljena temeljem opće pravne norme, i ima svrhu kažnjavanja i odvracanja, čini je kaznenom u smislu čl.6.st.1. Konvencije. Ovim stajalištem Sud je iskoristio izricanje dodatnih poreznih plaćanja u poreznom postupku kao važan element kojim je djelomično oborio stajalište presude *Ferrazzini protiv Italije*. Ako porezni postupci uključuju određeni oblik sankcije, u vidu dodatnog plaćanja, specifična jamstva kaznenog aspekta⁸⁷ čl.6. st.1. će se moći primijeniti.

Klasifikacija poreznih globa kao sankcija kaznenopravne prirode predstavljalo je veliki iskorak u praksi Suda, pri čemu njen značaj nije bio ograničen samo na daljnje urušavanje Ferrazzinijeva diktuma nego i na područja⁸⁸ koja su bila

⁸² *Janosevic protiv Švedske*, st. 68.

⁸³ U presudi *Morel protiv Francuske* (presuda, br. 34130/96, 6.6.2000.), Sud je primijenio Bendenoun test, da bi nakon toga u presudi *Västberg Taxi Aktiebolag i Vulic protiv Švedske* (presuda, br. 36985/97, 23.7. 2002.) vratio se na nadograđene kriterije iz *Janosevic protiv Švedske*.

⁸⁴ *Jussila protiv Finske*, presuda, br. 73053/01, 23.11.2006.

⁸⁵ *Jussila protiv Finske*, st. 36.

⁸⁶ *Jussila protiv Finske*, st. 36. - 38.

⁸⁷ Više o postupovnim jamstvima iz kaznenog aspekta čl.6.st.1. Konvencije vidi u Dujmović, *Europska*, 95. - 115.

⁸⁸ Klasifikacija poreznih globa kao kaznenih sankcija utjecala je na utvrđivanje povrede čl. 4. Pr.7. Vidi više: *Ruotsalainen protiv Finske*, presuda, br. 13079/03, 16. 6. 2009.

izvan strogih parametara poreznih kontroverzi. Široko tumačenje kaznene sankcije sukladno Konvenciji materijalno je erodiralo nepovoljno tumačenje dano u *Ferrazzini protiv Italije*, te uspjelo zaobići neprimjenjivost čl.6. u poreznim predmetima.⁸⁹ Time su porezni obveznici dobili još jedno snažno sredstvo u ostvarenju svojih prava.

6. LJUDSKA PRAVA KAO ELEMENT ZAŠTITE PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA U BOSNI I HERCEGOVINI

6.1. Uvodno

Ljudska prava i njihova zaštita čine važan dio ustavnog poretka BiH. Pošćenost ljudskim pravima u ustavnom tekstu vidljiva je još u Preambuli gdje se navode načela i ostale moralne vrijednosti, koje se izravno odnose na ljudska prava: poštivanje ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti, pozivanja na mir, tolerancija i pomirenje.⁹⁰ Oblik i opseg njihove zaštite definirani su čl.II Ustava BiH, ali je njima zapravo prožet cijeli sadržaj Ustava. Ističući da će BiH i njeni entitetu osigurati najvišu razinu međunarodno priznatih prava, Ustav propisuje da se Konvencija, zajedno sa svojim protokolima, izravno primjenjuje u BiH, te da kao takva, ima primat nad svakim drugim pravom (zakonom).⁹¹ ⁹² S obzirom na činjenicu da promjena Ustava BiH nije dopuštena u dijelu koji se odnosi na umanjenje zajamčenih prava, može se reći da je Ustav BiH jedan od rijetkih u suvremenoj ustavnoj praksi na najvišoj razini interakcije s međunarodnim dokumentima u oblasti ljudskih prava, pa štoviše i izuzetak kad je primjena međunarodnih dokumenata, prije svega Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, u pitanju.⁹³

Uz neosporan ustavni položaj Konvencije, kao posljedica njen izravne primjenjivosti, njene odredbe su samoizvršive, uslijed čega se pojedinci mogu pred nacionalnim sudovima izravno pozvati na njih bez potrebe daljnjih mjera od nacionalnih vlasti. Ustavni sud BiH predstavlja najviši institucijski jamac zaštite prava

⁸⁹ Attard, *The Classification ...*, 409.

⁹⁰ Nadaždin Defterdarević, Mirjana, (2019.), *Ljudska prava u kontekstu bosanskohercegovačke stvarnosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru - tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, god. 3., br. III., 9

⁹¹ Čl. II/2 Ustava BiH

⁹² Više o položaju Konvencije unutar pravnog poretka BiH vidi: Vehabović, (2006.), *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, ACIPS, 62-64, Ademović, Nedim, Marko Joseph, Marković, Goran (2012.), *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija Konrad Adenauer, 15

⁹³ Knežević, Zlatko, (2016.), *Odluke Evropskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih ustavnih sudova - praksa Bosne i Hercegovine*, 80, u: *Zbornik radova Regionalne konferencije ustavnih sudova Odluke Evropskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih sudova*, Ustavni sud BiH.

i sloboda zajamčenih kako Ustavom tako i Konvencijom. On je nadležan donositi konačne i obvezujuće odluke u pogledu primjene Konvencije i to čini kroz tzv. apelacijsku nadležnost. Ona postoji za sva pitanja, iz Ustava, koja se pojave na temelju presude bilo kojeg suda u BiH, odnosno sukladno odluci Ustavnog suda BiH⁹⁴, koja se odnose na ljudska prava i slobode utvrđene Ustavom ili Konvencijom.⁹⁵ Određivanje samog predmeta apelacije dosta je složeno, a trenutno izvan njenog dosega su samo odluke ustavnih sudova entiteta i opći akti. Široko se oslanjajući na praksu Europskog suda, ali primjenjujući ekstenzivno tumačenje, Ustavni sud BiH, uspio je svoj apelacijsku nadležnost proširiti i izvan okvira postavljenog konkretnom odredbom. Time je zaštititi ljudskih prava i temeljnih sloboda, sukladno Ustavu BiH ali i Konvenciji, osigurana sveobuhvatnija zaštita.

6.2. Posebnost poreznog sustava BiH i zaštita prava poreznog obveznika

Specifičnosti višerazinske organizacije vlasti u Bosni i Hercegovini, kako u političkom tako i u fiskalnom smislu,⁹⁶ izravno se odražavaju i na njen porezni sustav. Podijeljena nadležnost između entiteta i državne razine u pogledu oporezivanja, kao i složenost samog poreznog sustava u velikoj mjeri utječu na položaj poreznog obveznika, kao i na zaštitu njegovih prava u BiH. Navedena podjela nadležnosti stvara prepreke ujednačenoj zaštiti prava poreznih obveznika. Imajući u vidu da je nadležnost za neizravnim oporezivanjem dana državnoj razini,⁹⁷ dok za izravno oporezivanje nadležnost imaju entiteti, porezni obveznik se u praksi često nalazi u situaciji u kojoj njegova prava ovise o vrsti poreza odnosno razini koja ima nadležnost za oporezivanje. Tako su prava poreznih obveznika u pogledu PDV-a definirana Zakonom o PDV-u⁹⁸ i Zakonom o sustavu neizravnog oporezivanja,⁹⁹ uz primjenu Zakona o upravnom postupku BiH.¹⁰⁰ S druge strane, prava

⁹⁴ Odluka Ustavnog suda BiH U-62/01.

⁹⁵ Ako se ovo pitanje ne bi ograničilo samo na to, opravdano bi se moglo smatrati da Ustavni sud BiH, ovom nadležnošću prelazi okvire osnovnih ciljeva postojanja Ustavnog suda i da se svrstava u red redovnih sudova opće nadležnosti. Prema: Jašarbegović, Amra, (2019.), Predmet apelacije pred Ustavnim sudom BiH - normativni okvir i praksa Ustavnog suda BiH, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru - tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, God. 3., br. III., 132.

⁹⁶ V. Antić, Dinka, (2013.), Multi-level fiscal system in Bosnia and Herzegovina: evolution and coping with crisis, *Financial Theory and Practice*, 37(3), <http://www.fintp.hr/upload/files/ftp/2013/3/antic.pdf>

⁹⁷ Porezna reforma neizravnog oporezivanja započeta 2003. godine rezultirala je usvajanjem Zakona o sustavu neizravnog oporezivanja (ZSNO), Zakona o PDV-u (ZPDV) i Zakona o upravi za neizravno oporezivanje (ZUNO), čime su nadležnosti u pogledu PDV, carina i trošarina dodeljene državnoj razini.

⁹⁸ Zakon o PDV-u BiH, Sl.glasnik BiH, br.9/2005, 35/2005, 100/2008, 33/2017.

⁹⁹ Zakon o sustavu neizravnog oporezivanja BiH, Sl. glasnik BiH, br. 44/2003, 52/2004, 34/2007, 4/2008, 50/2008 i dr., 49/2009, 32/2013 i 91/2017.

¹⁰⁰ Zakon o upravnom postupku BiH, Sl. glasnik BiH, br. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 i 53/2016.

poreznih obveznika izravnih poreza, proizlaze iz entitetskih zakona o pojedinim oblicima poreza te zakona kojima su uređeni upravni postupci. Ovakvo uređenje u konačnici rezultira paralelizmom upravnih i upravnosudskih postupaka u kojima porezni obveznici nastoje zaštititi svoja prava pred različitim tijelima ovisno o vrsti porezne obveze u pitanju. Pri tome je neophodno istaknuti da Ustav BiH, osim proklamiranih ljudskih prava i sloboda, unutar čl.II ne sadrži odredbe koje se izravno ili neizravno mogle primjeniti na sustav oporezivanja, i koje bi poslužile Ustavnom sudu BiH kao temelj zaštite prava poreznih obveznika. Uloga ljudskih prava kao denominatora koherentije zaštite prava poreznih obveznika u BiH, kroz postojeću praksu Europskog suda ali i Ustavnog suda BiH mogle bi stvoriti pretpostavke za sveobuhvatniju, ujednačenu i učinkovitu zaštitu prava poreznih obveznika u BiH.

6.3. Porezni predmeti i zaštita ljudskih prava u praksi Ustavnog suda BiH

Ustavni sud BiH posljednja je instanca supsidijarne zaštite prava i sloboda ustanovljenih Ustavom. Kao institucija koja ima apelacijsku nadležnost u pogledu prava i sloboda zajamčenih Ustavom BiH, mora ukazati na povredu prava zajamčenih Europskom konvencijom, a samim tim i Ustavom. Istodobno, u obrazloženju svojih presuda, Ustavni sud BiH se poziva na svoja ranija stajališta ali i stajališta Europskog suda utvrđena kroz dosadašnju praksu.

Iako je posljednjih 20-tak godina Europski sud, kroz svoje presude, utvrdio niz prava poreznih obveznika, i time izravno utjecao na nacionalne sustave zaštite, djelovanje Ustavnog suda BiH u pogledu ljudskih prava u poreznim predmetima sve do nedavno bilo je skromno. Kad su u pitanju porezni predmeti o kojima je Ustavni sud BiH raspravljao povodom apelacije, baza odluka Ustavnog suda otkriva njih 309.¹⁰¹ Prava koja su u apelacijama bila navedena kao povrijeđena su: pravo na imovinu, pravo na pravično suđenje i pravo na učinkovit pravni lijek, što je i u skladu s praksom Europskog suda navedenom ranije. Meritornom odlučivanju Ustavni sud BiH je pristupio u svega 67 predmeta, dok je u 256 predmeta utvrđeno da do povrede ljudskih prava nije došlo. Kad je riječ o utvrđenim povredama na imovinu, kao najčešćem temelju, preokret u praksi Ustavnog suda BiH dogodio se u predmetu *Swietelsky Baugesellschaft m.b.H.*¹⁰² u kojoj je utvrđena povreda apelantovog prava na imovinu kad su tijela uprave i sudove odbili njegov zahtjev za isplatu zateznih kamata za nepravodobno izvršene povrate PDV-a, primjenjujući proizvoljno relevantne propise, zbog čega se ne može zaključiti da je miješanje bilo zakonito. U konkretnom slučaju radilo se o proizvoljnom miješanju u pravo na imovinu, zbog primjene roka od 6 mjeseci iz Zakona o postupku neizravnog oporezivanja u situaciji kada je Zakonom o PDV-u propisan drukčiji

¹⁰¹ Bazi podatak je pristupljeno 21.11.2022. godine, a ključna riječ bila je “porez”

¹⁰² AP -3548/18, 4.6.2020.

rok i za povrat i za kamatu. Prilikom razmatranja je li došlo do povrede Ustavni sud BiH referirao na relevantnu praksu Europskog suda u pogledu utvrđivanja legitimnih očekivanja¹⁰³ kao i praksu sudu u predmetu *Eko-Elda AVEE protiv Grčke* u kojem je zauzet stav da odbijanje države da podnositelju zahtjeva - trgovačkom društvu, plati kamatu kako bi nadoknadila kašnjenje u refundiranju poreza, koji je neispravno plaćen, u skladu sa čl.1. Pr.1.¹⁰⁴ Presuda u predmetu *Swietelsky Baugesellschaft m.b.H.* otvorila je nove mogućnosti zaštite prava poreznih obveznika utemeljene na postojećoj praksi Europskog suda, čime su i u BiH stvorene nove perspektive zaštite prava poreznih obveznika. Međutim iako su temeljem navedene presude Ustavnog suda BiH još u četiri predmeta¹⁰⁵ utvrđene povrede prava na imovinu zbog proizvoljne primjene propisa kod povrata plaćenih kamata, u praksi koja se uslijedila nakon toga, a koja se odnosila na povredu prava na imovinu, kao i ostalih ljudskih prava, i o kojoj je Ustavni sud BiH meritorno odlučivao, nije utvrđena nijedna povreda.¹⁰⁶ Štoviše, kad su u pitanju povrede prava na pravično suđenje, sukladno Ustav BiH, tako i Konvencije, Ustavni sud BiH prati stajalište Europskog suda da su porezi prerogativ javne vlasti i da su izvan domašaja čl.6.st.1. Konvencije. Međutim, navodeći relevantnu praksu, Ustavni sud BiH se ne poziva na presudu Suda u predmetu *Ferrazzini protiv Italije* iz 2000. godine,¹⁰⁷ niti propituje mogućnost primjene kaznenog aspekta čl. 6. st.1., u slučaju izricanja dodatnih poreznih plaćanja u obliku poreznih globa u konkretnim predmetima. Kako je primjena kaznenog aspekta prava na pravično suđenje kada su porezni predmeti u pitanju i dalje izostala, zaključit je da ovaj iskorak u praksi Europskog suda i novo sredstvo u ostvarivanju prava poreznih obveznika u BiH nije prepoznato. Ono bi omogućilo poreznim obveznicima korištenje postupovnih jamstava čl.6. st.1. Konvencije na koje se podnositelji apelacije često pozivaju.

¹⁰³ *Jantner protiv Slovačke*, presuda, br. 39050/97. 4.3. 2003. i *Kopecký protiv Slovačke*, presuda VV, br. 44912/98, 28.9.2004.

¹⁰⁴ *Eko - Elda AVEE protiv Grčke*, presuda, br. 10162/02, 9. 3. 2006., st. 28.

¹⁰⁵ *Swietelsky AG - raniji naziv Swietelsky Baugesellschaft m.b.H.*, AP-4783/19, 03. 03. 2021., *Petrol BH Oil Company" d.o.o. Sarajevo*, AP-1197/19, 28. 10. 2020. i AP-6434/18, 14. 10. 2020., AP-2702/18, 15. 07. 2020.

¹⁰⁶ AP-2968/20, 20. 04. 2022., AP-833/20, 16. 11. 2021., AP-1160/20, 20. 10. 2021., AP-3406/19, 09. 06. 2021., AP-4217/19, 09. 06. 2021.

¹⁰⁷ Ustavni sud BiH u ovim predmetima relevantnom praksom smatra presude Europskog suda u predmetima *X protiv Francuske (1983.)* i *Schouten i Meldrum protiv Nizozemske (1994.)*, nakon kojih je došlo do ujednačavanja sudske prakse.

7. Zaključak

Posljednjih tridesetak godina mnogo je postignuto na prepoznavanju i priznavanju prava poreznih obveznika, unutar čega je njihova veza s ljudskim pravima danas jasno utvrđena. Potvrđeno je to kako kroz teoriju, tako i praksu, nizom presuda Europskog suda, koje su u svom meritumu imale povredu temeljnih prava proizašlu iz različitih oblika poreznih sporova. Usprkos širokoj slobodi prosudbe koje države ugovornice i dalje imaju u kreiranju svojih poreznih politika, Europska konvencija, na način na koji je tumači Europski sud, uspjela je unaprijediti okvir unutar kojeg države realiziraju svoj fiskalni suverenitet ističući pojedina prava koja uživaju porezni obveznici. On sada sadrži niz jamstava koja omogućuju oporavanje pravila i postupaka država ugovornica u poreznim stvarima, kao i metoda koje koriste porezne vlasti u realizaciji svojih ovlaštenja.

Usprkos navedenom, neophodno je primijeniti da okvir koji pruža Konvencija pa tako prateća sudska praksa sadrži i niz nedostataka. Najveći se ogleda u nemogućnosti primjene građanskog aspekta čl. 6.st.1. Konvencije na porezne sporove. uslijed čega su poreznim obveznicima uskraća najosnovnija postupovna prava. Iako je navedena nemogućnost u određenoj mjeri erodirana liberanim tumačenjem konvencijskog koncepta "kaznene optužbe" i primjenom kaznenog aspekta čl.6.st1. Konvencije, kao i širenjem domašanja građanskog aspekta navedenog članka na određena prava i obveze fiskalne naravi (doprinose), promjena postojećeg stajališta Europskog suda u pogledu primjenjivosti prava na pravično suđenje i dalje se zagovara i očekuje. Stoga, iako često nekoherentno, djelovanje Europskog suda na afirmaciji prava poreznih obveznika posljednjih 30-tak godina nikako nije bez učinka.

Kao posljedica neospornog ustavnog položaja Europske konvencije u BiH te značaja koji ljudska prava i temeljne slobode imaju u ustavnom poretku BiH, njihova uloga u zaštiti prava poreznih obveznika još uvijek je relativno skromna. Iako Ustavni sud BiH kao najviši institucijski jamac zaštite prava i sloboda zajamčenih Ustavom BiH tako i Konvenciji, osigurava sveobuhvatnu zaštitu ljudskih prava, u području poreznih sporova ona je i dalje nekoherenta. Posljedica je to kako složenosti poreznog sustava tako i podijeljene nadležnosti u pogledu opozivanja, između entitetske i države razine vlasti. Ona u praksi rezultira stanjem u kojem opseg zaštite prava poreznih obveznika ovisi o vrsti poreznog oblika na koji se obveza odnosi, kao i mjestu njezina nastanka. Ovakvo uređenje u konačnici dovodi do paralelizma upravnih i upravnosudskih postupaka u kojima porezni obveznici nastoje zaštititi svoja prava pred različitim tijelima ovisno o vrsti porezne obveze u pitanju. Uslijed svega navedenog uloga ljudskih prava, kao zajedničkog denominatora zaštite prava poreznih obveznika postaje još važnija. Ujednačenom praksom Ustavnog suda BiH, koja se oslanjanja na usvojena stajališta Europskog suda omogućili bi se novi smjerovi razvoja zaštite prava poreznih obveznika u BiH, na način kako je to učinjeno i u drugim državama članicama Konvencije.

Literatura

a) Knjige/poglavlja u knjigama/članci

1. Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012.), USTAVNO PRAVO BOSNE I HERCEGOVINE, Fondacija Konrad Adenauer.
2. Antić, D., (2013.), "MULTI-LEVEL FISCAL SYSTEM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA: EVOLUTION AND COPING WITH ECONOMIC CRISIS". *Financial Theory and Practice*, 37 (3), str. 279. - 310. <http://www.fintp.hr/upload/files/ftp/2013/3/antic.pdf>
3. Attard, R., (2011.), Classification of Tax Disputes, Human Rights Implications, str. 97. - 410., u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011.), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD, Amsterdam.
4. Attard, R., (2020.), Can Procedural Human Rights Apply to Tax Matters? A Thought-Provoking Question, str. 135. - 150., u: Pistone, P. (ed), (2020.), TA PROCEDURES, EALTP International Tax Series Volume 18., IBFD.
5. Baker, P. (2012.), RETROACTIVE TAX LEGISLATION, *International Taxation*, ILA, Vol. 6., str. 780. - 785.
6. Baker, P. (2021.), 60 YEARS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND TAXATION, *European taxation*, 12/2021.
7. Baker, P., (2000.), TAXATION AND EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, *British Tax Review (BTR)*, Vol. 4., str. 211. - 377.
8. Baker, P., (2001.) THE DECISION IN FERRAZZINI: TIME TO RECONSIDER THE APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS TO TAX MATTERS, *INTERTAX*, Vol. 29., Issue 11., str. 360. - 361.
9. Baker, P., (2001.), SHOULD ARTICLE 6 ECHR (CIVIL) APPLY TO TAX PROCEEDINGS, *INTERTAX*, Vol. 29., Issue 6-7, str. 205. - 211.
10. Baker, P., (2010.), Double Taxation Convention and Human Rights, str. 63. - 77., u: Bakker, A., Kloosterhof, S. (eds.), TAX RISK MANAGEMENT FROM RISK TO OPPORTUNITY, IBFD.
11. Baker, P., (2012.), RECENT TAX CASES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *European Taxation*, 12/2012., str. 584. - 586.
12. Bentley, D., (2007.), TAXPAYERS' RIGHTS: THEORY, ORIGIN AND IMPLEMENTATION, Kluwer Law International.
13. De Flora, M. G., (2011.), A New Vision on Exercising Powers and the Right to Fair Trial in Judicial Tax Procedures under Art. 6. ECHR, str. 411.- 424. u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011.), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD.
14. Dujmović, A. (2021.), EUROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJENIH SLOBODA I PRAVA POREZNIH OBVEZNIKA, Mostar

15. Fortsakis, T. P., (2011.), Will the “Europeanization” of tax law through Individual rights influence the content of the concept of tax? Will it Influence our perception of the taxpayer? Will it gradually bring about changes In our current perception of tax law?, str. 95. - 104., u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD, Amsterdam.
16. Gadžo, S. i Žunić Kovačević, N. (2019.), RETROAKTIVNA PRIMJENA PRAVILA O PROBOJU PRAVNE OSOBNOSTI U POREZNYM STVARIMA: ANALIZA UPRAVNOSUDSKE I USTAVNOSUDSKE PRAKSE. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 40 (1), str. 345. - 378. <https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.13>
17. Gribnau, H., (2013.), Legal certainty: a matter of principle, str. 69. - 94., u: Gribnau, H., Pauwels, M., (eds.), (2013.), RETROACTIVITY OF TAX LEGISLATION, Amsterdam: EATLP / IBFD.
18. Gutmann, D., (2011.), Taking Human Rights Seriously: Some Introductory Words on Human Rights, Taxation and the EU, str. 105. - 112., u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011.), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD, Amsterdam.
19. Jašarbegović, A., (2019.), PREDMET APELACIJE PRED USTAVNIM SUDOM BIH – NORMATIVNI OKVIR I PRAKSA USTAVNOG SUDA BIH, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta “Džemal Bijedić” u Mostaru - Tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, god. 3., br. III., str. 130. - 148.
20. Jelčić, B., Lončarić-Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., (2002.), FINANCIJSKO PRAVO I FINANCIJSKA ZNANOST, Narodne novine, Zagreb.
21. Knežević, Z., (2016.), ODLUKE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I NJIHOV UTJECAJ NA STANDARDE NACIONALNIH USTAVNIH SUDOVA - PRAKSA BOSNE I HERCEGOVINE, Zbornik radova Regionalne konferencije ustavnih sudova Odluke Evropskog/Evropskog suda za ljudska prava i njihov utjecaj na standarde nacionalnih sudova, Ustavni sud BiH.
22. Kofler, G., Pistone, P., „General Report“, str. 3. - 36., u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011.), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD.
23. Kokott, J., Pistone, P., Merkouris, P., (2020.), ILA Study Group on International Tax Law: THE PROTECTION OF TAXPAYERS’ RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW – PRELIMINARY REPORT 2020. Dostupno na: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=7327&StorageFileGuid=e0a92d5c-b731-4f8c-8840-3ca05a0df54d>
24. Krijan, P., (1998.), UPRAVNI POSTUPAK I UPRAVNI SPOR, Mostar.
25. Lasagni, G., Mirandola, S. (2019.), The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law EuCrim, Iss. 2., 126 -135.
26. Nadaždin Defterdarević, M., (2019.), LJUDSKA PRAVA U KONTEKSTU BOSANSKOHERCEGOVAČKE STVARNOSTI, Godišnjak Pravnog fakul-

- teta Univerziteta “Džemal Bijedić” u Mostaru - Tematski broj s naučne konferencije Zaštita ljudskih prava u BiH, god. 3., br. III., str. 7. - 22.
27. Omejec, J., (2014.), KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA - STRASBOURŠKI ACQUIS, DRUGO DOPUNJENO IZDANJE, Novi informator, Zagreb.
 28. Pauwels, M., Retroactive and Retrospective Tax Legislation: A Principle-Based Approach; a Theory of ‘Priority Principles of Transitional Law’ and ‘The Method of the Catalogue of Circumstances’ (2013.), str. 95. - 116., u: Gribnau, H., Pauwels, M., (eds.), RETROACTIVITY OF TAX LEGISLATION, Amsterdam, EATLP / IBFD
 29. Popović, Dejan, (2018.) PORESKO PRAVO, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd,
 30. PRAVNI LEKSIKON, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb.
 31. Schabas, W. A., (2016.), THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, A COMMENTARY, Oxford University Press, Oxford.
 32. Stebbing, Ch., (2009.), THE VICTORIAN TAXPAYER AND THE LAW_A STUDY IN CONSTITUTIONAL CONFLICT, Cambridge University Press.
 33. Valente, P., (2017.), A EUROPEAN TAXPAYERS’ CODE, Intertax, Volume 45, Issue 12, str. 807. - 815.
 34. Van Dijk, P., van Hoof, G. J. H., u suradnji s Heringa, A. W. i drugi, (2001.), TEORIJA I PRAKSA EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA, Müller
 35. Variyehuck, E., (2001.), Case Law of the European Court of Human Rights on VAT Refund and its Importance for the Russian Judicial System, u: Kofler, G., Poiares Maduro, M., Pistone, P. (eds.), (2011.), HUMAN RIGHTS AND TAXATION IN EUROPE AND THE WORLD, IBFD, Amsterdam.
 36. Vehabović, F., (2006.), ODNOS USTAVA BOSNE I HERCEGOVINE I EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA, ACIPS.
 37. Vitkauskas, D., Dikov, G., (2018.), ZAŠTITA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE PO EVROPSKOJ KONVENCIJI O LJUDSKIM PRAVIMA, PRIRUČNIK ZA PRAVNIKE PRAKTIČARE, Drugo izdanje, Strasbourg, Vijeće Europe.
 38. Vorobyeva, N., (2019), PROTECTION OF TAXPAYERS IN EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS, Keyeditore.
 39. Wattel, P.J. (2016.), “Ne bis in idem and tax offences”, 167 -217., u: van Bockel, Bas, (ed.), NE BIS IN IDEM IN EU LAW, Cambridge University Press.

b) Praksa konvencijskih tijela

1. *A i B protiv Norveške*, presuda, br. 24130/11 i br. 29758/11, 15.11.2016.
2. *A.P., M.P., T.P. protiv Švedske*, presuda, br. 19958/92, 29.8.1997.
3. *Arnaud i drugi protiv Francuske*, br. 23918/11, 36963/11, 36967/11, 369689/11, 36969/11 i 36971/11, 15. 1. 2015.
4. *Association Les Tremoins De Jehovah protiv Francuske*, presuda, br. 8916/05, 30.6. 2011.
5. *ATEV protiv Bugarske*, (odl.), br. 39689/05, 18.3.2014.
6. *Barford protiv Nizozemske*, br. 11508/85, 22.2.1989.
7. *Brito Ferrinho Bexiga Villa Nova protiv Portugala*, presuda, br. 69436/10, 1.12.2015.
8. *Bulves AD protiv Bugarske*, presuda, br.2991/03, 12.1.2009.
9. *Burden protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda VV, br. 13378/05, 29.4. 2008.
10. *Charalambos protiv Francuske*, presuda, br. 49210/99, 8.2.2000.
11. *D.C. protiv Italije* (presuda, br. 13120/87, 20.10.1992.
12. *Di Belmonte protiv Italije (1)*, presuda, br. 72638/01, 16. 3. 2010.
13. *Di Belmonte protiv Italije (2)*, (odl.), br. 72665/01, 3.6.2004.
14. *E i GR protiv Austrije*, br. 9781/82., 37 D.R. 42
15. *E.L., R.L., i J.O.L. protiv Švicarske*, br. 201919/92, 29.8. 1997.
16. *Eko - Elda AVEE protiv Grčke*, presuda, br. 10162/02, 9. 3. 2006.
17. *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, br. 5100/71, 5101/71, 5334/72, 5370/72, 8.6.1976.
18. *Euromak Metal DOO protiv Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije*, presuda, br. 168039/14, 14.6. 2018.)
19. *Ferrazzini protiv Italije*, presuda VV, br. 44759/98., 12.7.2001.
20. *Finkelberg protiv Latvije*, (odl.), br. 55091/00, 18. 10. 2001.
21. *Hentrich protiv Francuske* (presuda,br. 13616/88, 22. 9. 1994.
22. *Huitson protiv Velike Britanije (odl.)*, br. 50131/12, 13.1.2015.
23. *Intersplav protiv Ukrajine*, presuda, br. 803/02, 9.1.2007.
24. *J.B. protiv Švicarske*, presuda, br. 31827/96, 3.5.2001.
25. *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, br. 8793/79, 21.2. 1986.
26. *Janosevic protiv Švedske*, presuda, br. 34619/97, 23.7. 2002.
27. *Jantner protiv Slovačke*, presuda, br. 39050/97. 4.3. 2003.
28. *Jussila protiv Finske*, presuda, br. 73053/01, 23.11.2006.
29. *König protiv Njemačke*, presuda, br. 6232/73, Serija A, br.27., 28.6.1978.
30. *Kopecký protiv Slovačke*, presuda VV, br. 44912/98, 28.9.2004.
31. *Lucky Dev protiv Švedske*, presuda, br. 7356/10, 27.11.2014.
32. *M. A. i 34 drugih protiv Finske*, (odl.), br. 27793/98, 10.6.2003.
33. *Morel protiv Francuske*, presuda, br. 34130/96, 6.6.2000.

34. *National Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society protiv Velike Britanije*, presuda, br. 21393/93, 21449/93 i 21675/93, 23. 10. 1997.
35. *Nazarev i drugi protiv Bugarske*, (odl.), br. 26653/05. i dalje, 25.1. 2011.
36. *Othymnia Investment VB protiv Nizozemske*, presuda, br. 75292/10, 16.6.2015.,
37. *Ruotsalainen protiv Finske*, presuda, br. 13079/03, 16. 6. 2009.
38. *Satakunnan Markkinapörssi OY i Satamedia protiv Finske*, presuda VV, br. 931/13, 27.6.2017.
39. *Schouten i Meldrum protiv Nizozemske*, presuda, Serija A, br. 304., 9.12.1994.
40. *Sivananda de Yoga Vedanta protiv Francuske*, br. 17522/90, odluka, 11.1.1992. D.R.72
41. *Špaček s.r.o. protiv Češke Republike*, presuda, br. 26449/98, 9.11.1999.
42. *Sporrong i Lönnrth protiv Švedske*, presuda, br. 71571/75, 71527/75, 23.9.1982.
43. *Västberg Taxi Aktiebolag i Vulic protiv Švedske*, presuda, br. 36985/97, 23.7.2002.
44. *Vidar S. A. i Opergrup protiv Španjolske*, presuda, br. 4160/98 i 41775/98 ECHR, 1999-V
45. *X protiv Njemačke*, br. 551/59, ECHR, 31.5.1959.
46. *Éditions Périscope protiv Francuske*, presuda, br. 11760/85, Serie A, br. 234-B, 26.3.1992.

c) Ostala praksa

1. AP-4783/19, 03. 03. 2021.
2. AP-1197/19, 28. 10. 2020.
3. AP-6434/18, 14. 10. 2020.
4. AP-2702/18, 15. 07. 2020.
5. AP-2968/20, 20. 04. 2022.
6. AP-833/20, 16. 11. 2021.
7. AP-1160/20, 20. 10. 2021.
8. AP-3406/19, 09. 06. 2021.
9. AP-4217/19, 09. 06. 2021.

Ana Dujmović, Ph.D., associate professor

Faculty of Law, University of Mostar

Mag. Iur. Doris Popović, teaching assistant

Faculty of Law, University of Mostar

HUMAN RIGHTS AS AN ELEMENT OF UNIFORM PROTECTION OF THE RIGHTS OF TAXPAYERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: Over the last three decades, much has been done in recognizing the rights of taxpayers. The progress resulted in a clear determination of the connection between human rights and taxation. The application of international and national instruments and standards for the protection of human rights to tax issues has contributed to their better understanding and further affirmation. This has been confirmed both in theory and in practice by a series of judgments of the European Court of Human Rights. Despite the broad margin of appreciation that contracting states have in creating their own tax policies, the European Convention for the Protection of Human Rights, as interpreted by the European Court in its judgments, improved the framework within which states can realize their fiscal sovereignty. Today, it contains a series of guarantees that enable the applicant to challenge before the Court the rules and procedures of the contracting states in tax matters, as well as the methods used by the tax authorities in the realization of fiscal powers.

The aim of this article is to examine the application of the provisions of the European Convention on the protection of taxpayers rights, and to determine the achieved level of protection by analyzing the judgments of the European Court. Considering the special position of the European Convention in the constitutional order of Bosnia and Herzegovina, in the second part of the article, based on the analysis of the judgments of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the role of human rights and the practice of the European Court in protecting the rights of taxpayers will be examined and it will be determined whether human rights and the practice of the European Court can be used as an element of achieving a more coherent protection of the rights of taxpayers in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: human rights, taxpayers' rights, European Convention for the Protection of Human Rights, European Court of Human Rights.

Dr. sc. Emina Hasanagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Amela Begović Kuko, Rukovodilac kantonalnog poreznog ureda Mostar

Doktorantica na Pravnom fakultetu Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

KOMPARATIVNA ANALIZA PRIMJENE NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U PRAKSI EU I BIH

Sažetak: Temelj demokracije predstavlja visok nivo uspostavljene vladavine prava. Aplikacija pravnih normi uređena je na temelju pravnih načela, temeljem kojih se dalje razrađuju i operacionaliziraju pravne norme. Temeljno načelo međunarodnog, evropskog kao i nacionalnog prava čini jednakost svih građana. Kao takvo, načelo jednakosti neodvojivo je od načela zabrane diskriminacije građana u bilo kom postupku. Razvojem svijesti pojedinaca, ali i kolektiviteta unutar evropskog prostora primjetan je povećan broj aplikacija pred sudovima kojim se nastoji osigurati pravo na zabranu diskriminacije, a time i načela jednakosti. Aplikacijom pred nadležnim sudovima, pojedinci nastoje uz primjenu ostalih prava ostvariti ali i doprinijeti očuvanju i razvoju zajedničkih vrijednosti Evropske unije. Garanciju jednakosti kroz krovni akt Evropske unije čine Ugovor o Evropskoj uniji, Ugovor o funkcioniranju Evropske unije, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima ali i druge konvencije, sporazumi i direktive. Autorice su u radu predvođene pozitivnom praksom presuda evropskih sudova, kao temeljne pravne prakse u tumačenju načela jednakosti i zabrane diskriminacije. Takvu pozitivnu praksu u radu autorice kompariraju sa praksom nacionalnih sudova unutar Bosne i Hercegovine. Motivacija se temelji na potrebi kognitivnosti i prihvatljivosti prakse Evropske unije unutar pravnog ambijenta Bosne i Hercegovine. Ovakva motivacija nije samo subjektivna potreba za kognitivnošću, već i pravna obaveza Bosne i Hercegovine. Pravna obaveza proizilazi iz činjenice da je Dejtonskim ustavom za Bosnu i Hercegovinu, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda prioritet u odnosu na nacionalne pozitivne pravne propise. Spoznajom pravnih stajališta Evropske unije u tumačenju načela jednakosti i zabrane diskriminacije, te komparacije sa pravnim standardima u Bosni i Hercegovini moguće je utvrditi da li pored deklarativnog, težimo i ka realnom nivou standarda postavljenih unutar evropskog pravnog okvira.

Ključne riječi: jednakost, zabrana diskriminacije, EU, Sud EU, Povelja Evropske unije o osnovnim pravima

1. Uvodna razmatranja

Bez općih načela teško da bi i jedan pravni poredak, bilo međunarodni, evropski, transnacionalni, ili unutarnji mogao uspostaviti adekvatan i kvalitetan pravni poredak. Degan i Pavišić ističu kako: „Za razliku od ugovora i običajnih pravnih pravila, opća načela prava priznata od civiliziranih naroda nisu nastala ni sa čijom namjerom da bi uredila neke konkretne pravne odnose između konkretnih subjekata u nekom vremenu“.¹ Promatrano retroaktivno kroz pravnu istoriju Evropske unije, odnosno kontinentalne Evrope nezaobilazan je osvrt na Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina² čiji osnov se temelji upravo na općim načelima. U prvom članu Deklaracije uviđa se opće načelo kojim se nastoji garantirati jednakost ljudi, prema kojem: „Ljudi se rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima. Društvene razlike mogu se zasnivati samo na općoj koristi“.³ U preambuli Opće deklaracije o ljudskim pravima⁴ ukazano je na temeljno načelo prema kojem se svim građanima priznaje kao urođeno i neotuđivo pravo na jednakost, i kao takvo predstavlja fundamentum slobode, pravde i mira u svijetu. U preambuli se uviđa opća prihvaćenost jednakosti svih građana. Jednakost kao takva čini osnov garancije ostalih ljudskih sloboda. S druge strane, jednakost građana uvažavajući preambulu Opće deklaracije o ljudskim pravima ne samo da predstavlja garanciju slobode, već i garanciju pravde u različitim oblicima sudskih postupaka. Za razliku od prethodna dva fundamentuma, slobode i pravde načelo jednakosti građana sprečava diskriminaciju po različitim osnovama. Kroz historiju takve osnove nedvojbeno su dovodile do brojnih ratova. To znači da jednakost utemeljena i normirana kroz Opću deklaraciju o ljudskim pravima označava i sigurnost, odnosno mir u svijetu. Jednakost građana i zabrana diskriminacije ne predstavlja samo pravno načelo, već i sistem vrijednosti koji se kroz historiju razvijao ne samo u praksi svijesti pojedinaca već i kolektiviteta. U radu će pored teorijskog osvrta na načelo jednakosti kroz ugovore, povelju, konvencije, ustave biti prikazana i komparacija sudskih postupaka EU i BiH, u kojim se kao meritorni element pojavljivalo načelo jednakosti i zabrane diskriminacije.

¹ Degan, Đ. Vladimír, Pavišić, Berislav. (2005). Međunarodno kazneno pravo, Rijeka, str. 22.

² Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (franc. Déclaration des droits l'homme et du citoyen) usvojena je od strane Narodne skupštine Francuske 26.08.1879. godine.

³ Ibid, član 1.

⁴ www.narodne-novine.nn.hr /pregled izvršen 20.05.2019. godine, Opća deklaracija o ljudskim pravima, usvojena je i proglašena od strane Opće skupštine Organizacije Ujedinjenih nacija, Rezolucijom 217 A (III), 10. 12.1948. godine i u svojoj preambuli ukazuje: „Budući da je priznanje urođenog dostojanstva te jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske obitelji temelj slobode, pravde i mira u svijetu“.

2. Načelo jednakosti kao osnov funkcioniranja EU

Prilikom osnivanja Evropske unije⁵ (*u daljem tekstu EU*) trinaest predstavnika usvojilo je osnov na temelju kojeg će se, i na osnovu kojeg se i danas temelji EU. Evropska unija kao prvobitna zajednica trinaest zemalja sa evropskog prostora, nastala na temelju kontinuiteta Evropske zajednice (*u daljem tekstu EZ*) složila se da se njen prostor, i ponašanja temelje na: „vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina“.⁶ Iz norme se jasno uviđa sinergija svih općih vrijednosti, između kojih se nedvojbeno ističe jednakost svih građana kao osnov i temelj za postojanje demokracije, vladavine prava i poštovanja ostalih ljudskih prava. U drugom dijelu istog člana Ugovora o EU i Ugovora o funkcioniranju EU ukazuje se, kako vrijednosti država članica u društvu se mogu ostvariti kroz preovladavanje: „pluralizma, nediskriminacije, tolerancije, pravde, solidarnosti i jednakosti žena i muškaraca“.⁷ U članu 3. Ugovora o EU posebno se ističe da Unija „suzbija društvenu isključenost i diskriminaciju, promiče socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost žena i muškaraca, međugeneracijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta⁸. Za razliku od svih ostalih vrijednosti, jednakost se javlja kao opći princip, ali i kao vrijednost. Ovakva formulacija proizilazi iz „jednakosti svih građana kao osnov i temelj postojanja demokracije“ ali i „jednakosti žena i muškaraca“. S druge strane, jednakost kao vrijednost i jednakost kao osnov postojanja demokracije nemoguće je promatrati izvan konteksta drugog načela a to je nediskriminacije. Diskriminirati nekoga temeljem njegove boje kože, rase, spola i sl., značilo bi po principu automatizma i rušenje temeljne vrijednosti jednakosti. Koliko je Unija posebnu pažnju posvetila načelu jednakosti svih građana EU može se vidjeti iz člana 9. Ugovora o EU u kojem se navodi, da Unija u svim svojim aktivnostima poštuje načelo jednakosti svojih građana kojima njezine institucije takođe posvećuju jednaku pažnju.⁹ Opređeljenje EU da djeluje i promiče vrijednosti na kojim je i osnovana, a prvenstveno vrijednosti koje se tiču ljudskih prava i načela jednakosti svih građana EU vidljivo je ne samo na području EU, već je Unija opredjeljena kao što se to može vidjeti iz Ugovora EU¹⁰ da na međunarodnoj sceni vrijednosti na kojima je nastala EU nastoji promicati u ostatku svijeta, a posebno poštivanje ljudskih prava i sloboda čovjeka, načela jednakosti, poštivanja ljudskog dostojanstva i solidarnosti, poštivanje načela Povelje UN i međunarodnog prava. Temeljne vrijednosti na kojima je osnovana EU svojim osnivačkim aktom Unija je te vrijednosti u Ugovoru o funkcioniranju

⁵ Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01.

⁶ Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU, 2010/C 83/01, član 2.

⁷ Ibid, član 2.

⁸ Ibid, član 3.

⁹ Ibid, član 9.

¹⁰ Ibid, član 21.

EU¹¹ postavila kao pravilo u utvrđivanju i sprovedbi svojih politika i aktivnosti usmjerena u borbi protiv bilo kojeg oblika diskriminacije građana. Sadiković ističe da: „Zajedničko za sve poznate međaše u razvoju ljudskih prava kao što su Magna Carta, Američka deklaracija o nezavisnosti, Francuska deklaracija o pravima čovjeka i Univerzalna deklaracija jeste da su oni utvrdili moralne, političke i druge principe ljudskih prava koje su države, u svojim okvirima, primjenjivale na način i u mjeri u kojoj im je to bilo moguće“.¹² Uprkos svim međunarodnim dokumentima, države ponekad tražeći opravdanje za neko ponašanje donose takvu praksu koja je suprotna praksi druge države. Države članice Evropske unije su pozvane da poduzimaju sve mjere u cilju poštivanja osnovnih vrijednosti na kojima počiva EU, prvenstveno na obavezu poštivanja ljudskih prava i sloboda, dostojanstva čovjeka, načela jednakosti i svih drugih prava i obaveza koje je država članica EU preuzela samim članstvom u EU. Prihvatanje takve obaveze podrazumjeva i prihvatanje međunarodnih sudskih i vansudskih mehanizama za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, nediskriminacije i načela jednakosti. U tom cilju Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU utvrdili su kroz institucionalne mehanizme zaštitu navedenih ljudskih prava kojima se građani EU mogu obratiti u cilju zaštite istih. U skladu sa članom 19. Ugovora o EU, Sud EU osigurava poštovanje prava u primjeni i tumačenju Ugovora, donosi odluke u postupcima koje pokreću države članice, institucije ili fizičke i pravne osobe, odlučuje o prethodnim pitanjima na zahtjev sudova država članica o tumačenju prava Unije i valjanosti akata koje su usvojile institucije, kao i u drugim pitanjima propisanim Ugovorom.¹³ U cilju što efikasnije zaštite i suzbijanja bilo kojeg oblika diskriminacije u ostavri vanju osnovnih prava građanina, Ugovor o funkcioniranju EU je propisao da Evropsko Vijeće može u okviru nadležnosti koje su Ugovorima dodijeljene Uniji, odlučujući jednoglasno, u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i uz prethodnu saglasnost Evropskog parlamenta, poduzeti odgovarajuće radnje radi suzbijanja diskriminacije na osnovu spola, rasnog ili etničkog porijekla, vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.¹⁴ Nadalje, Ugovor propisuje da svaki građanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba s boravištem odnosno sjedištem u državi članici ima pravo, pojedinačno ili zajedno s drugim građanima ili osobama, podnijeti peticiju Evropskom parlamentu, a u vezi s pitanjem koje spada u područje djelovanja Unije te koje neposredno utiče na podnositelja.¹⁵ Svaki građanin Unije ili svaka fizička i pravna osoba s boravištem i sjedištem u državi članici Unije može se obratiti Evropskom Ombudsmenu s pritužbom u vezi s nepravilnostima u djelovanju institucija, tijela, ureda ili agencija Unije koje je ovlašten zaprimiti

¹¹ Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01, član 10.

¹² Sadiković, L. (2005). *Država u evropskom poretku*, Sarajevo, str. 1.

¹³ Ugovor o EU, član 19.

¹⁴ Ugovor o FEU, član 19.

¹⁵ *Ibid*, član 227.

u i u skladu sa ovlaštenjima provoditi istrage i poduzimati mjere.¹⁶ Kao poseban garant poštivanja osnovnih prava iz Ugovora o EU i Ugovor o FEU osnovan je Sud pravde EU, čija je uloga da ispituje zakonitost zakonodavnih akata, akata Vijeća, Komisije i Evropske centralne banke, osim preporuka i mišljenja, te akata Evropskog parlamenta i Evropskog vijeća koji proizvode pravne učinke prema trećima, kao i zakonitost akata tijela, ureda ili agencija Unije koji bi mogli proizvesti pravne učinke prema trećima. Isto tako, svaka fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupke protiv akta koji je upućen toj osobi ili koji se direktno i lično odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se direktno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere.¹⁷

3. Povelja Evropske unije o temeljnim pravima

Proširenje nadležnosti EU-a dovelo je do želje za jasnim definiranjem njezinih vrijednosti. Prava građana EU-a određena su u različito vrijeme, na različite načine, u različitim oblicima i u različitim državama. Kako bi išla u korak s društvenim promjenama i naučnim i tehnološkim razvojem, EU je odlučila u jednom dokumentu, Povelji EU-a o osnovnim pravima, objediniti sva lična, građanska, politička, ekonomska i socijalna prava. Povelja EU-a o osnovnim pravima stupila je na snagu zajedno s Ugovorom iz Lisabona, 1. decembra 2009., i pravno je obavezujuća u svakoj državi članici.¹⁸ U Povelji Evropske unije o osnovnim pravima se deklarira da se Evropska unija “zasniva na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti, na načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u centar svojeg djelovanja uspostavom građanstva Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde”. Prema članu 51. odredbe Povelje obavezuju institucije, tijela, urede i agencije Unije, a odnose se na države članice samo kada provode pravo Unije. Evropska unija zasniva se na vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti te na načelima demokracije i vladavine prava. U centru su njezina djelovanja pojedinci i njihova prava. Da bi mogli u punom smislu učestvovati u evropskom projektu, građani Unije moraju temeljito poznavati te vrijednosti i ta načela kao i prava koja iz njih proizlaze. Donošenje Povelje o osnovnim pravima omogućilo je veću vidljivost tih prava i jačanje njihove zaštite za sve.¹⁹ Iz same Preambule Povelje o osnovnim pravima vidljivo je da “Unija se temelji na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti; Unija se temelji na

¹⁶ Ibid, član 228.

¹⁷ Ibid, član 263.

¹⁸ www.europarl.europa.eu/pregled izvršen dana 12.11.2022. godine, Povelja EU o osnovnim pravima stupila na snagu 1. decembra 2009, zajedno s Ugovorom iz Lisabona.

¹⁹ <https://op.europa.eu/pregled> izvršen dana 12.11.2022. godine.

načelima demokracije i vladavine prava. Ona pojedinca postavlja u centar svog djelovanja uspostavljanjem statusa građana Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde. Unija pridonosi očuvanju i razvoju tih zajedničkih vrijednosti uz poštovanje raznolikosti kultura i tradicija naroda Evrope, nacionalnih identiteta država članica i organizacije njihovih tijela vlasti na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou; ona nastoji promicati uravnoteženi i održivi razvoj i osigurava slobodno kretanje ljudi, usluga, roba i kapitala te slobodu poslovnog nastana”²⁰.

Povelja sadržava šest glava pod kojima su razvrstana prava i slobode: dostojanstvo, slobode, jednakost, solidarnost, prava građana i pravda.²¹ Takođe, Povelja sadrži i treću generaciju ”temeljnih prava koja su odraz suvremenog društva, kao što su: zaštita podataka, jamstva u području bioetike i transparentna uprava.”²²

U pogledu prava djeteta u Povelji su utvrđeni sljedeći aspekti povezani s pravima djeteta:

- politike EU-a koje direktno ili indirektno utiču na djecu moraju se osmisliti, provoditi i pratiti tako da se uzima u obzir načelo najboljeg interesa djeteta
- zagarantovano je pravo zaštite djece i brige za djecu, što je i potrebno za njihovu dobrobit
- prepoznata je potreba za zaštitom djece od zlostavljanja, zanemarivanja i kršenja njihovih prava te situacija koje ugrožavaju njihovu dobrobit.²³

Evropska komisija u skladu s provdbom Povelje promiče borbu protiv rasizma, ksenofobije i homofobije te zaštitu pripadnika manjina.²⁴

Član 21. Povelje: “Nediskriminacija, 1. Zabranjuje se bilo kakva diskriminacija na temelju spola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porijekla, genetskih osobina, jezika, vjere ili uvjerenja, političkoga ili bilo kakvoga drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, dobi ili spolnog usmjerenja. 2. Unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njihovu posebnu odredbu, zabranjena je svaka diskriminacija na osnovu državljanstva”.²⁵ Kao mehanizme za zaštitu osnovnih prava utvrđenih Poveljom, Povelja je utvrdila mogućnost da svaki građanin Unije te svaka fizička osoba ili pravna osoba sa boravištem i sa sjedištem u nekoj državi članici ima pravo prijaviti Evropskom ombudsmanu slučajeve nepravilnosti u postupku institucija, tijela, ureda ili agencija Unije, osim Suda Evropske unije kad on obavlja svoju sudsku dužnost.²⁶ Isto tako svaki građanin unije, fizička ili pravna osoba na

²⁰ Povelja Evropske Unije o osnovnim pravima 2010/C83/02, str. 396

²¹ <https://ec.europa.eu/info /pregled izvršen dana 12.11.2022. godine>.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Povelja., član 21.

²⁶ Ibid, član 43.

području Unije ima pravo da se s peticijom obrati Evropskom parlamentu.²⁷ U pogledu nivoa zaštite Povelja izričito propisuje: “Nijedna odredba ove Povelje ne smije se tumačiti kao ograničavanje ili nepovoljno uticanje na ljudska prava i temeljne slobode, na način na koji ih u njihovim područjima primjene priznaju pravo Unije i međunarodno pravo te međunarodni sporazumi čije su stranke Unija ili sve države članice, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te ustavi država članica”.²⁸

4. Načelo jednakosti kroz Evropsku konvenciju za ljudska prava i osnovne slobode

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²⁹ (u daljem tekstu EKLJP) predstavlja modifikaciju i jaču garanciju osiguranja zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda. Kako bi se osiguralo veće jedinstvo između članica EU, Savjet Evrope usvojio je EKLJP, te na taj način potvrdio iznova duboku vjeru u one slobode koje predstavljaju temelj pravde i mira u svijetu. EKLJP u svom normativnom diskursu ne sadržava osnovna načela, jer ista su primarno regulirana međunarodnim, transnacionalnim, supranacionalnim i nacionalnim pravom. Opće načelo jednakosti sadržano je kroz svako pravo propisano i zaštićeno EKLJP. Potpisnici EKLJP složile su se i prihvatile da će kroz vlastita nacionalna zakonodavstva da garantuju svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene EKLJP.³⁰ Već u samom članu 1. EKLJP uviđa se odlučnost Savjeta Evrope da svim građanima osigura na isti način primjenu prava ali i zaštitu. Evidentno je da se radi o načelu jednakosti, jer norma kaže: „jamče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode“, čime nije ostavljena deklarativna mogućnost za diskriminaciju bilo kog građanina. Takva garancija vidljiva je kroz svako ljudsko pravo, poput prava na život, zabrana mučenja ili nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, kao i druga prava. Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom.³¹ Radi se o urođenom pravu, u odnosu na koje postoje određeni izuzeci.³² Iz norme kojom se garantira pravo na život svakoj osobi evidentno je također prožimanje načela jednakosti. Vidljivo je iz dijela evropske norme koja kaže: „pravo na život svake

²⁷ Ibid, član 44.

²⁸ Ibid, član 53.

²⁹ www.advokatprnjavorac.org.ba /pregled izvršen dana 21.05.2019. godine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda usvojena je u Rimu 4. novembra 1950. godine.

³⁰ U članu 1. EKLJP navodi se sljedeće: „*Visoke strane ugovornice jamče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Dijelu I ove Konvencije*“.

³¹ U članu 2. EKLJP utvrđuje se da „*Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom*“.

³² Član 2. stav 2. EKLJP: “Lišenje života se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna: a) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja, b) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili spriječilo bjekstvo lica zakonito lišenog slobode, c) prilikom zakonitih mjera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune”.

osobe“. Čak, i u odnosu na izuzetke Savjet Evrope prožima načelo jednakosti prema kojem se život nekoj osobi može oduzeti samo pod tačno određenim uvjetima. Pored činjenice da se opća vrijednost i načelo jednakosti prožima kroz sva zagarantovana prava predviđena i propisana EKLJP, jedno od prava direktno konzumira i proklamira istoimeno načelo. Radi se o zabrani diskriminacije, propisane članom 14. EKLJP.³³ Iz propisane evropske norme garantira se svim građanima da uživaju sva prava i slobode predviđene EKLJP. U odnosu na sva prava i slobode, svaka država-visoka ugovornica dužna je osigurati iste bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Propisujući zabranu diskriminacije, Savjet Evrope ponovo kroz isto prožima načelo jednakosti što jasno proizilazi iz dijela norme: „bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovjest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.

5. Načelo jednakosti i zabrane diskriminacije u Ustavu BiH

Ustav BiH nastao je kao kontinuitet postojanja Bosne i Hercegovine sa određenim modifikacijama unutrašnjeg ustrojstva. Temeljem osnovnih načela usaglašanih u Dejtonskom mirovnom sporazumu za BiH³⁴, BiH nastavlja svoj kontinuitet postojanja kao država. Polazni princip u dejtonskom dokumentu je činjenica da su potpisnici dejtonskog sporazuma predvidjeli garanciju i osiguranje najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava. Lejlić ističe da je u Dejtonskom sporazumu za BiH propisana: „Obaveza Sporazuma-BiH, Federacije i Republike Srpske da svim licima na svojoj teritoriji, odnosno svim licima u BiH osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda, utvrđenih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i fundamentalnih sloboda i protokolima uz nju, kao i u ostalim međunarodnim dokumentima“.³⁵ U dijelu Ustava BiH, pod naslovom ljudska prava i osnovne slobode propisano je da će prava i slobode predviđene EKLJP imati prioritet u odnosu na nacionalno zakonodavstvo.³⁶ To znači da su potpisnici Dejtonskog mirovnog sporazuma, kao Ustava BiH prihvatili obavezu i odgovornost da svim građanima u BiH, kao i strancima osiguraju čitav katalog ljudskih prava i sloboda propisanih EKLJP-a. Pored propisivanja, prihvaćena je obaveza i odgovornost prema kojoj sav katalog ljudskih prava, pa time i načelo jednakosti ima primat u odnosu na nacionalne pravne propise. Po

³³ Član 14. EKLJP: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbijeduje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.

³⁴ Opća načela ustava usaglašena su u Ženevi 08.09.1995. godine i potpisani u Njujorku 26.09.1995. godine. Dejtonski mirovni sporazum za BiH usaglašen je 21. novembra 1995. godine a potpisan u Parizu 14. decembra 1995. godine.

³⁵ Lelić, Š. (2004). Ustavno pravo-šesto izdanje, Sarajevo, str. 246.

³⁶ Ustav Bosne i Hercegovine, Član II, član 2. Sarajevo, OHR Office of the High Representative

tom principu načelo jednakosti se mora prožimati kroz sva ostala načela i sva prava i slobode. Nediskriminacija je još jedno načelo, ali i pravo koje je u okviru kataloga prihvaćenih obaveza propisano Ustavom BiH. Ustavom BiH propisano je da: „Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status“.³⁷ Skoro identična odredba sadržana je i u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu Ustav F BiH) u dijelu koji govori o ljudskim pravima i slobodama, jasno propisuje zabranu diskriminacije zasnovane na spolu, rasi, boje kože, jeziku, religiji ili vjerovanju, političkim ili drugim uvjerenjima, nacionalnom i socijalnom porijeklu.³⁸ Ustav Republike Srpske (u daljem tekstu Ustav RS) u drugom poglavlju, kroz član 10. propisuje: „Da su građani Republike Srpske 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 porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo“.³⁹ Evidentno je da su sva tri Ustava, BiH, FBiH, i RS definirale i propisale odredbe o zabrani diskriminacije, prihvatajući osnovne evropske vrijednosti i obaveze za osiguranje istih. Iz same ustavne norme postoje jasno naznačena dva vrlo bitna elementa:

- ◆ Zabrana diskriminacije po svim osnovama i,
- ◆ Uživanju svih prava i sloboda propisanih međunarodnim dokumentima.

Kod prvog elementa jasno je propisana zabrana diskriminacije. Pored svih mogućih navedenih oblika diskriminacije ostavljena je mogućnost proširenja, upućivanjem na prava i slobode propisane međunarodnim ugovorima. Prihvatanjem i potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma, BiH kao država obavezala se da će EKLJP i njene odredbe imati prioritet u primjeni u odnosu na ostalo zakonodavstvo. Aplikativno to znači da čak iako neka od prava nisu propisana ustavom, a sadržana su u EKLJP kao takva imaju se garantirati svim građanima bez diskriminacije. Samom činjenicom da se svim građanima mora osigurati jednak sistem prava i sloboda, kroz pravo nediskriminacije prožima se i načelo jednakosti. Na ovakav način EKLJP dobija nadustavni karakter u odnosu na sami Ustav BiH. Kako ističe Sadiković: „Ljudska prava i slobode sadržane u EKLJP, inkorporiraju se u ustavni i pravni sistem evropskih zemalja nakon njihovog prijema u Savjet Evrope i ratifikacija te Konvencije u nacionalnim parlamentima“.⁴⁰ BiH se čak i u odnosu na prihvatanje i ratificiranje međunarodnih

³⁷ Ustav Bosne i Hercegovine, op. cit., Član II, član 4.

³⁸ Ustav Federacije Bosne i Hercegovine odjeljak II, („Službene novine F BiH“, broj: 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, i 88/08)

³⁹ Ustav Republike Srpske član 10. („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj: 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 I 115/05).

⁴⁰ Sadiković, L. (2012). Ustav BiH, sigurnost i ljudska prava, Sarajevo, str. 1.

ugovora, u ovom slučaju EKLJP, razlikuje u odnosu na druge evropske zemlje. Sadiković ukazuje: „Za razliku od svih drugih evropskih država koje su ljudska prava i osnovne slobode EK inkorporirale u vlastiti ustavni i pravni sistem, putem ratifikacije od nacionalnog parlamenta, BiH je prava i slobode EK prihvatila potpisivanjem Okvirnog sporazuma za mir u BiH“.⁴¹ Pored EKLJP koja nedvojbeno ima nadustavni karakter u BiH, potpisnici Općeg sporazuma su prihvatili obavezu da osiguraju sva prava i slobode garantirane u dodacima Aneksa 6.⁴²

6. Zakon o zabrani diskriminacije

Temeljni zakon kojim se garantira jednakopravnost, odnosno nediskriminacija po bilo kom osnovu, jeste Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu Zakon). Zakonom se uspostavlja okvir koji pruža garanciju za ostvarivanja jednakih prava i mogućnosti svim građanima u BiH, te uređuje čitav set mehanizama za zaštitu od diskriminacije.⁴³ Zakonske odredbe o zabrani diskriminacije primjenjuju se na sve državne, entitetske, kantonalne, javne, izvršne, sudske vlasti, javne organizacije kao i privatni sektor. Centralni mehanizam za zaštitu od diskriminacije jeste Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Ombudsmeni za ljudska prava BiH imaju čitav niz nadležnosti, od zaprimanja prijave do provođenja istraživanja, koordinacije i statističkog vođenja predmeta.⁴⁴ Prema izvještaju Ombudsmena za 2021. godinu, Ombudsmeni su registrovali najveći broj žalbi koje se odnose na kršenje građanskih i političkih prava uključujući pravosuđe i upravu.⁴⁵ Prema izvještaju u 2021. godini, u bazi Institucije Ombudsmena registrovano je ukupno 2.946 žalbi, što je za 230 žalbi veći broj nego je to bilo u 2020. godini, a izdato je 315 preporuka u 331 predmetu.⁴⁶

Način realizacije izdatih preporuka Ombudsmena prikazan je u slijedećoj tabeli:

⁴¹ Ibid, str. 2

⁴² Preuzeto iz knjige, Sadiković, L. (2012). op. cit., str. 146. Međunarodni ugovori koje je BiH prihvatila u Aneksu 6 Ustava BiH su: Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, Ženevske konvencije 1-4 o zaštiti žrtava rada iz 1949. godine i njihove Ženevske protokole 1-2-3-4- iz 1977. godine, Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine i njen Protokol iz 1966. godine, Konvencija o državljanstvu udatih žena iz 1957. godine, Konvencija o smanjivanju broja lica bez državljanstva iz 1961. godine, Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima iz 1992. godine, Okvirna konvencija o zaštiti nacionalnih manjina iz 1994. godine.

⁴³ Zakon o zabrani diskriminacije, član 1. („Službeni glasnik BiH“, 59/09, 66/16)

⁴⁴ Ibid, čl. 7.

⁴⁵ [https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2020. godinu](https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni%20Bosne%20i%20Hercegovine,%20Godišnji%20izvještaj%20o%20rezultatima%20aktivnosti%20Institucije%20ombudsmena%20za%20ljudska%20prava%20Bosne%20i%20Hercegovine%20za%202020.%20godinu), Banja Luka, mart 2021. godine, str. 12.

⁴⁶ Ibid, str. 13

Način realizacije preporuka u predmetima	Broj predmeta s izdatom preporukom u 2021. godini	Broj predmeta s izdatom preporukom u 2020. godini
Realizovana	112	98
Ostvarena saradnja	60	67
Djelimično realizovana	4	6
Nema odgovora	74	80
Nije realizovana	81	61
Ukupan broj predmeta s izdatom preporukom	331	312

Izvor: Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH za 2021. godinu

Uporednom analizom broja zaprimljenih žalbi u Instituciji Ombudsmena u 2021. godini, broja izdatih preporuka i realizacije istih u odnosu na izvještajni period 2020. godine primjetno je povećanje broja zaprimljenih žalbi, dok u pogledu realizacije preporuka nije došlo do poboljšanja u stepenu realizacije istih, čak je, kako to izvještaj govori, za Ombudsmene zabrinjavajući stepen broja predmeta u kojima nema odgovora od strane odgovornog organa.⁴⁷

U 2021 godini Institucija Ombudsmena je zaprimila 173 žalbe građana zbog diskriminacije u kojima su se direktno pozivali na povrede Zakona o zabrani diskriminacije.⁴⁸ Broj žalbi, osnov diskriminacije i broj izdatih preporuka prikazan je u slijedećoj tabeli:

Broj žalbi po vrsti diskriminacije	Način realizacije preporuka u predmetima		Broj predmeta s izdatom preporukom
Mobing	42	Realizovana	11
Etnička pripadnost	7	Ostvarena saradnja	6
Nacionalno i socijalno porijeklo	5	Djelimično realizovana	1
Političko i drugo uvjerenje	4	Nema odgovora	6
Govor mržnje	2	Nije realizovana	5
Na osnovu jezika	3		
Ostalo	88		
Ukupno predmeta	151	Ukupan broj predmeta s izdatom preporukom	29

Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava BiH za 2021. godinu⁴⁹

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid, str.18.

Iz naprijed navedenih podataka evidentno je da se iz godine u godinu povećava broj žalbi kojima se građani Bosne i Hercegovine obraćaju Instituciji Ombudsmena za zaštitu jer smatraju da se ljudska prava zagarantovana Ustavom BiH, kao i ustavima entiteta i međunarodnim dokumentima u velikoj mjeri krše i zbog toga se obraćaju Ombudsmenu u cilju zaštite istih. Ono što je posebno primjetno jeste da se svake godine povećava i broj predmeta odnosno žalbi građana koji ističu da su u ostvarivanju ljudskih prava diskriminirani pozivajući se direktno na Zakon o zabrani diskriminacije u Bosni i Hercegovini. Takođe, vrlo je značajno da se u posljednjih nekoliko godina najveći broj žalbi iz osnova diskriminacije odnosio na mobing kao poseban oblik diskriminacije. Ono što je kod diskriminacije inače problematično jeste činjenica da je istu teško dokazati ako osoba koja smatra da je diskriminirana nije tačno navela po kom osnovu, ko vrši diskriminaciju i ako to pak nije potkrijepila dokazima, iako je teret dokazivanja na suprotnoj strani odnosno onoj za koju se navodi da vrši diskriminaciju. Jedan od najteže dokazivih oblika diskriminacije jeste mobing, gdje osobe i pored činjenice da su zaista pod mobingom u najvećem broju ne mogu da dokažu da su zaista žrtve mobinga, jer nažalost često svjedoci mobinga koji žrtva trpi šute i ne žele da svjedoče, vjerovatno zbog straha od posljedica za svoju ličnost.

U cilju dokazivanja diskriminacije u Izvještaju⁵⁰ Ombudsmena se navodi da iako su u proteklom periodu realizovane brojne kampanje kako od strane domaćih, tako i od strane međunarodnih organizacija s ciljem podizanja svijesti i edukacije javnosti na temu diskriminacije, Ombudsmen ukazuje da postoji potreba sprovođenja dodatnih aktivnosti na podizanju svijesti građana ali i aktivnosti usmjerenih na uspostavljanje jedinstvene baze podataka i statističkih podataka o pojavama diskriminacije u BiH.

7. Analiza presuda Suda EU

Predmet analize su odabrane relevantne presude Suda EU u oblasti jednakosti u mogućnostima i tretmanu u EU odnosno zabrane diskriminacije. Najprije će biti prikazana presuda Suda EU u slučaju *Marshall*⁵¹ iz 1997. godine, a odnosi se na tumačenje člana 2. Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976. godine, o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove.⁵² Hellmut Marshall se 8. februara, 1994. godine prijavio na otvoreni konkurs za promaknuće na položaj A 13, nastavnik kvalificiran predavati u prvom razredu srednjoškolskog obrazovanja kao zaposlenik. Bezirksregierung je donio odluku kojom je na to radno mjesto imenovao kandidatkinju H. Nakon što je

⁵⁰ Ibid, str. 201.

⁵¹ Case C-409/95, [1997] ECR I-06363.

⁵² Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976 ("Službeni list", broj: 39), str. 40.

Marshall uložio prigovor na odluku o imenovanju, Bezirksregierung je istu odbio, uz obrazloženje da je izabrana kandidatkinja morala biti promaknuta obzirom na činjenicu da su prema ocjenjivačkim izvještajima ona i H imali jednake kvalifikacije i da je u trenutku raspisivanja konkursa broj žena u platnom razredu A 13., bio manji u odnosu na broj muškaraca. Nezadovoljan takvom odlukom, Marshall podnosi tužbu pred upravnim sudom protiv odluke Bezirksregierung. Upravni sud (Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen) primjenjujući odredbe Zakona o službenicima Sjeverne Rajne od 01. maja, 1981. godine, koji je izmjenjen 5. februara 1955. godine odlučuje na način da: „ako u području iz nadležnosti organa koji odlučuje o promaknuću na određenom nivou koji dotično radno mjesto zauzima u sektoru javne službe ima manje žena nego muškaraca, ženama treba dati prednost pri promaknuću u slučaju jednake podobnosti, stručnosti i profesionalnih rezultata, osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist“.⁵³ Upravni sud pozvao se i na Direktivu Vijeća 76/207/EEZ od 9. februara, 1976. godine o primjeni načela ravnopravnosti muškarca i žene s obzirom na mogućnost zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove. Međutim, Upravni sud iako je imao jedinstveno mišljenje, uvažavajući i praksu iz presude Kalanka⁵⁴, odlučio je prekinuti postupak po tužbi Marshall i uputio Sudu EU prethodno pitanje. Prethodno pitanje koje je upućeno glasilo je: protivi li se član 2. stav 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uvjete tome da se nacionalnim propisom odredi da žene imaju prednost pri promaknuću na području javne službe u kojem su manje brojne od muškaraca na odnosnom nivou, u slučaju kad muški i ženski kandidati imaju jednake kvalifikacije osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist?

Sud EU razmatrajući podneseno prethodno pitanje, donio je presudu sljedećeg karaktera: nacionalna norma koja, u slučaju kad na određenom nivou koji dotično radno mjesto zauzima u sektoru javne službe ima manje žena nego muškaraca, a ženski i muški kandidati jednako su kvalificirani za to mjesto u pogledu podobnosti, stručnosti i profesionalnih rezultata, obavezuje da se prednost pri promaknuću da ženskim kandidatima, osim kada razlozi specifični za muškog kandidata prevagnu u njegovu korist nije u suprotnosti s članom 2. stav. 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ od 9. februara, 1976. godine o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uslove, pod uslovom: da u svakom pojedinačnom slučaju muškim kandidatima koji imaju kvalifikacije kao

⁵³ Sedmi Zakon o izmjeni određenih pravila u javnoj službi (GVNW, str.102.)

⁵⁴ Presuda Kalanke, prema kojoj Evropski sud Pravde je zauzeo stajalište da nacionalno pravilo prema kojem se automatski prednost daje ženama, u slučaju gdje su kandidati za isto napredovanje jednako kvalificirani u sektorima gdje je manje žena nego muškaraca na nivou značajnih radnih mjesta sadržava diskriminaciju na osnovu spola.

i ženski kandidati osigurava objektivnu procjenu kandidatura uzimajući u obzir sve kriterije u pogledu osoba kandidata i eliminira prednost koja se daje ženskim kandidatima ako jedan ili više od tih kriterija prevagne u korist muškog kandidata te da takvi kriteriji nisu diskriminirajući prema ženskim kandidatima.⁵⁵

Sljedeći se analizira slučaj u predmetu *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*.⁵⁶ iz 2000. godine, koji predstavlja primjer odluke Suda kojom je utvrđeno postojanje diskriminacije. Gosp. Angonese, talijanski državljanin čiji je maternji jezik njemački i koji ima prebivalište u provinciji Bolzano, išao je na studij u Austriju između 1993 i 1997. godine. Kasnije se u 1997. godini prijavio na oglas za radno mjesto u privatnom bankarskom preduzeću, Cassa di Risparmio. Jedan od uslova koji je morao ispuniti za ovo radno mjesto jeste i posjedovanje posebnog certifikata o poznavanju oba jezika (talijanski i njemački) koje se izdaje samo u provinciji Bolzano, a koji gosp. Angonese nije posjedovao. Zbog toga su mu javili iz Cassa di Risparmio da ne može učestvovati u konkursu. Gosp. Angonese smatra da ovakav zahtjev treba biti poništen i da Cassa di Risparmio treba da mu kompenzira gubitak prilike i da mu nadoknadi troškove koje je imao u postupku. Sudu EU upućeno je od strane Pretura Circondariale di Bolzano prethodno pitanje o tumačenju člana 48 Ugovora o EZ i članova 3(1) i 7(1) i (4) Uredbe (EEZ) br. 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice (Službeni list, englesko posebno izdanje 1968. (II), str. 475) („Uredba”).

Sud EU je u svojoj presudi utvrdio sljedeće: član 48. Ugovora o EZ zabranjuje poslodavcu da zahtijeva od osoba koje se prijavljuju da učestvuju u konkursu za zapošljavanje, da pruže dokaz njihovog jezičkog znanja isključivo putem jedne posebne diplome izdate jedino u jednoj posebnoj provinciji države članice.⁵⁷

Odluka *Angonese* pokazuje kako Sud EU na osnovu drugih kriterija, osim državljanstva, dolazi do zaključka o postojanju posredne diskriminacije. U vezi diskriminacije na osnovu jezika javljaju se dva najčešća slučaja: kada je zanimanje EU-stranca u nekoj državi članici vezano za njegov maternji jezik, pa lošiji uslovi rada koji se odnose na to zanimanje većinski pogađaju strane državljane ili kada se vezano za zaposlenje postavljaju uslovi poznavanja domaćeg jezika, što neosporno stavlja domaće državljane u povoljniji položaj. Odluka *Angonese* najveći je značaj dobila zbog toga što je u pogledu slobode kretanja radnika uvela neograničeno treće dejstvo slobode kretanja radnika. Zato za razliku od slobode prometa robe gdje je ovo dejstvo isključeno, te slobode pružanja usluga i poslovnog nastanjivanja gdje ovo dejstvo obuhvata samo mjere „kvazidržavnih ustanova“ odnosno „ustanova posredne vlasti“, sloboda kretanja radnika ima treće dejstvo u odnosu prema svim privatnim licima koja direktno učestvuju u radnom odnosu.⁵⁸

⁵⁵ Slučaj Marshall, op. cit., str. 6394 i 6395.

⁵⁶ Case C-281/98 [2000.] ECR I-4139.

⁵⁷ Slučaj Angonese, op. cit., str. 4176.

⁵⁸ Vidjeti: Meškić Z., Samardžić D., (2012). Pravo Evropske unije I, TDP, GIZ (GmbH); Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo, str. 345.

U pogledu traženja i prihvatanja zaposlenja, građani Zajednice moraju da imaju jednak tretman od vladinih institucija, privatnih tijela kao što su advokatske komore i sportska udruženja a koje regulišu određene ekonomske aktivnosti na kolektivan način, i pojedinačnih poslodavaca. Kada se jednom zaposle u drugoj državi članici, građani Zajednice moraju biti jednako tretirani kao i nacionalni radnici u pogledu svih pitanja vezanih za zapošljavanje.⁵⁹

Zatim, među važnim presudama je i ona u kojoj Sud utvrđuje postojanje indirektno diskriminacije, a radi se o slučaju u predmetu *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*⁶⁰ iz 2003. godine. Gosp. Köbler je bio zaposlen od 1. marta 1986. godine pod javno-pravnim ugovorom s državom Austrijom u svojstvu redovnog univerzitetskog profesora u Innsbrucku (Austrija). Nakon njegovog imenovanja dodijeljena mu je plaća redovnog univerzitetskog profesora, deseti stepen, uvećana uobičajenim povećanjem prema dužini radnog staža. Dopisom od 28. februara 1996, gosp. Köbler se prijavio na osnovu člana 50a GG-a za posebni dodatak prema dužini radnog staža za univerzitetske profesore. Tvrdio je da, iako nije ispunio 15 godina radnog staža kao profesor na austrijskim univerzitetima, ispunio je zahtjevano trajanje radnog staža ako trajanje radnog staža na univerzitetima drugih država članica Evropske zajednice bude uzeto u obzir. Tvrdio je da uslov u pogledu ispunjenja 15 godina radnog staža samo na austrijskim univerzitetima – da se ne uzimaju u obzir periodi radnog staža na univerzitetima u drugim državama članicama – odgovara indirektnoj diskriminaciji neopravdanoj prema komunitarnom pravu. Sudu EU upućen je zahtjev za prethodnu odluku od strane Regionalnog građanskog suda u Beču, a prethodno pitanje se odnosilo na tumačenje, prvo, člana 48 Ugovora o EZ i, drugo, presuda Suda u spojenim predmetima C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur i Factortame* [1996] ECR I-1029 i predmet C-54/96 *Dorsch Consult* [1997] ECR I-4961. Sud EU je u ovom slučaju donio sljedeću odluku:

1. Načelo da su države članice obavezne nadoknaditi štetu koju su prouzročile pojedincima kršenjem prava Zajednice za koja su odgovorne je također primjenjivo kada navodno kršenje prava proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu kada povrijeđeno pravilo prava Zajednice ima za svrhu garantovati pravo pojedincima, a kršenje je dovoljno ozbiljno i postoji direktna uzročna veza između kršenja i gubitka ili štete koju su oštećene strane pretrpile. Kako bi se odredilo je li kršenje prava dovoljno ozbiljno, kada kršenje prava o kojem je riječ proizlazi iz odluke suda koji odlučuje u najvišem stepenu, nadležni nacionalni sud treba, uzimajući u obzir specifičnu narav sudske funkcije, odrediti je li kršenje prava očigledno. Na svakoj je državi članici da odredi sud koji je nadležan odlučivati u sporovima koji se odnose na takvu naknadu štete.

⁵⁹ Vidjeti: Van Der Mei A.P., *Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003., str. 29.

⁶⁰ Case C-224/01 [2003.] ECR I-10239.

2. Član 48. Ugovora o EZ (sada, nakon izmjena, član 39. EZ) i član 7. (1) Uredbe (EEZ) br. 1612/68 Vijeća od 15. oktobra 1968. o slobodi kretanja radnika unutar Zajednice treba interpretirati u smislu da isključuju dozvolu, pod pretpostavkama kao što su one iz člana 50. a Gehaltsgesetz 1956. (Zakon o plaćama iz 1956.), prema izmjenama iz 1997., posebnog dodatka plaći za trajanje radnog staža koji, prema interpretaciji Verwaltungsgerichtshof (Austrija) u odluci od 24. juna 1998., čini dodatak za odanost.
3. Kršenje prava Zajednice, kao ono koje u okolnostima glavnog postupka proizlazi iz odluke Verwaltungsgerichtshof od 24. juna 1998., nema potreban očigledni karakter potreban za odgovornost, prema pravu Zajednice, države članice za odluku jednog od njezinih sudova koji odlučuje u najvišem stepenu.⁶¹

Ovdje je Sud utvrdio da austrijski model povećanja trajanja radnog staža, odnosno dodatka na radni staž ometa i sprječava slobodu kretanja radnika, prvenstveno zato jer djeluje na štetu radnika migranata, pa time predstavlja indirektnu diskriminaciju.⁶²

8. Komparacija pravne prakse EU u odnosu na nacionalno zakonodavstvo BiH sa aspekta aplikacije načela jednakosti

Pored inkorporacije EKLJP kroz odredbe Ustava BiH, zaključivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SPP) između BiH i Evropske unije⁶³ (*u daljem tekstu EU*) preuzeta je obaveza razvijanja ekonomske i međunarodne saradnje uključujući usklađivanje i provođenje njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Evropske zajednice⁶⁴ (*u daljem tekstu EZ*). Preuzimanjem ugovornih obaveze od strane BiH podrazumjeva se usklađivanje nacionalnog zakonodavstva u oblastima pravosuđa i unutrašnjih poslova, s posebnim akcentom na provođenje zakona i izvršavanje sudskih presuda, i borbe protiv organiziranog kriminaliteta.⁶⁵ Kako je ustavna struktura BiH veoma složenog karaktera, takav proces nedvojbeno je praćen velikim administrativnim poteškoćama. Time se opravdano postavlja pitanje: gdje je mjesto i uloga načela jednakosti a time i zabrane diskriminacije u takvoj političko-administrativno-pravno složenoj zemlji? Nečelo jednakosti kao pravo nediskriminacije predstavlja temelj pravne sigurnosti,

⁶¹ Slučaj Köbler, op. cit., str. 10331-10332.

⁶² Vidjeti: Bodiroga-Vukobrat N., Horak H., Martinović A., Temeljne gospodarske slobode u Evropskoj uniji, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2011., str. 140., prema: Bačić P., Sarić I., Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014., str. 38.

⁶³ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU stupio je na snagu 01.06.2015. godine.

⁶⁴ Ibid, član 1. stav 2. tačka d) i član 70. propisana je obaveza koju je BiH prihvatila.

⁶⁵ Ibid, član 78.

koja kreira osnovu institucionalne demokracije unutar države. Prihvatanjem odgovorajućih akata i inkorporiranjem istih kroz Ustav, i druge zakone ne znači i uspostavljanje i aplikaciju demokratije. Radi se primarno o deklarativnoj određenosti BiH koja teži razvoju i uspostavljanju pravne sigurnosti kao osnova demokracije. Na ovakvu tezu o deklarativnoj određenosti pravne sigurnosti u BiH u velikoj mjeri utiče i njena historija. Bosanskohercegovačka historija temelji se na tradicionalnim, pa u nekim krajevima i danas veoma patrijarhalnim vrijednostima koje su u mnogim segmentima dovele i dovode u upitnost jednakost između muškarca i žena. Već od davnina je uvriježeno mišljenje da su žene daleko po sposobnosti ispod muškaraca, te da je ženi mjesto unutar porodice i socijalizaciji djece. Napuštanje koncepta socijalizma i ulazak u sferu demokracije osobito u posljednjih dvadeset godina trend negativnog ubijedenja jednakosti između muškarca i žene u bosanskohercegovačkom društvu se smanjuje i mijenja. Ovakav trend smanjenja direktan je učinak uticaja različitih udruženja žena koje se vrlo ofanzivno demokratskim sredstvima bore za veća prava, za razvoj svijesti pojedinaca, pa i samog kolektiviteta. Dokaz ovakvoj tezi predstavlja činjenica da je jako velik broj mladih osoba ženskog spola s ruralnih područja otpočeo sistem školovanja, i to ne samo kroz osnovno i srednjoškolsko već i diplomatske studije. Rezultat takvog stremjenja ukazuje da danas na području BiH imamo sve veći broj žena uposlen u obrazovnom, javnom, privatnom, političkom i drugim sektorima. U okviru privatno društvenog sektora žene se pojavljuju kao vrlo konstruktivni menadžeri postavljajući i ostvarujući zacrtane poslovne ciljeve. Upošljavanje u BiH, zbog različitih društvenih procesa predstavlja jedno od najteže riješenih pitanja sa kojim se suočavaju građani. U odnosu na zapošljavanje, bosanskohercegovačke vlasti donijele su niz zakona, između kojih i veliki broj *lex specialisa* kojim je reguliran postupak i procedura pri zapošljavanju.⁶⁶ Odrebe istoimenog zakona na eksplicitan način propisuju pravnu normu kojom se zabranjuje diskriminacija prilikom zapošljavanja. Međutim, detaljnijom pravnom analizom sadržanih normi javlja se kontradiktornost u kojoj se omogućava diskreciono pravo rukovodiocu organa uprave da postavi državnog službenika sa liste uspješnih kandidata bez obaveze postavljenja prvog najboljeg kandidata. Potpisivanjem Sporazuma o pridruživanju te pokretanju nekoliko vrlo značajnih postupaka nejednakog postupanja prilikom zapošljavanja, kao i presuda Suda EU, u BiH započelo je nekoliko vrlo značajnih dešavanja:

- dolazi do sve veće odvažnosti individualnog pokretanja žalbi, a potom i tužbi,
- bosanskohercegovačke javne institucije sve više u tumačenju pozitivnog zakonodavstva uzimaju u obzir i praksu evropskih sudova

Ono što ostaje i dalje zabrinjavajuće jeste pasivan odnos zakonodavnih tijela i političkih elita da uprkos jasnoj evropskoj pravosudnoj praksi i dalje ne pokreću postupak izmjena i dopuna diskriminirajućih odredbi u postojećim zakonima.

⁶⁶ Zakon o državnoj službi u institucijama BiH („Službeni glasnik BiH“, broj: 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12). Analogno državnom nivou, postoje i zakoni pod identičnim nazivom na entitetskim nivoima.

9. Zaključna razmatranja

Analizom osnivačkih akata EU, kao i Ugovora o funkcioniranju EU i Povelje EU o osnovnim pravima nedvojbeno se uviđa, da se načelo jednakosti aplicira primarno kao samostalno, uz istovremeno sinergijsko prožimanje kroz sve druge vrijednosti Evropske unije, odnosno ljudskih prava i sloboda. To ukazuje da se EU prilikom svog osnivanja, kao i proširavanja temelji na zidovima jednakosti, što omogućava pravnu sigurnost. S druge strane, sinergijsko djelovanje i prožimanje načela jednakosti prikazano je kroz sistem prava, čija analiza ukazuje kako nema aplikacije bilo kog ljudskog prava ili slobode bez primjene i poštovanja načela jednakosti. U odnosu na teorijsku analizu pravnih propisa, moglo bi se zaključiti kako načelo jednakosti i zabrane diskriminacije predstavljaju temelj kamenac nastanka, razvoja i modifikacije demokracije. Analiza odredbi Povelje o osnovnim pravima i EKLJP pokazuje kako je načelo jednakosti kao primat, dok se istovremeno prožima kroz ostala ljudska prava i slobode.

Najviši pravni akt BiH, donesen na veoma složen način inkorporirao je načelo jednakosti kroz aplikaciju svih ljudskih prava i sloboda propisanih kroz EKLJP. Kako je EKLJP kroz Aneks IV prihvaćena kao primat u odnosu na nacionalne pozitivne pravne propise, može se jasno izvesti zaključak kako načelo jednakosti, uzimajući u obzir rezultate analize EKLJP kao i Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU ima nadustavni karakter u BiH. Za razliku od pozitivnih primjera iz prakse zemalja članica EU, BiH koja teži evroatlanskim integracijama jedino se u ovom trenutku može pohvaliti deklarativnim određenjem načela jednakosti kao primarnog. Ovakav zaključak nedvojbeno proizilazi iz analize zakonskih propisa u BiH, koji se odnose na upošljavanje unutar kojeg je ne samo prisutna, već i realna diskriminacija u odnosu na načelo jednakosti. Ono što je posebno zabrinjavajuća činjenica u BiH, iako je u posljednjih dvadeset godina evidentan napredak jeste zakonodavna i politička pasivnost. Zakonodavna i politička pasivnost primarno se ogleda kroz nepostojanje volje i želje koja bi vodila ka izmjenama i dopunama upravo tih diskriminirajućih odredbi. Analiza odredbi kao i prakse koja je prizašla iz presuda Suda EU u ovoj oblasti i pravnog sistema u BiH, može se zaključiti da je neophodna ofanzivnija i realnija potreba za usklađivanjem pravnih propisa BiH sa EU. S druge strane, iako je evidentan napredak neophodno je napraviti čitav sistem rada na kreiranju i jačanju svijesti između jednakosti muškarca i žene.

Rezultati analize presude u predmetu Marshall, ukazuju na nekoliko vrlo bitnih ali i vrlo složenih zaključaka. Iako je sud utvrdio da nacionalno pravo kojim su propisane mjere za promicanje jednakih mogućnosti, nije u suprotnosti sa članom 2. stav 1. i 4. Direktive Vijeća 76/207/EEZ, od 9. februara, 1976. godine, ukazana je mogućnost traženja savjetodavnog mišljenja zajedničkog nadnacionalnog suda. Sud je utvrdio da nacionalno pravo Sjeverne pokrajine Njemačke nije u suprotnosti sa pravom EU, odnosno Direktivom, što dokazuje činjenicu da je načelo jednakosti od strane nacionalnih organa primjenjeno na pravno

relevantan način. Međutim, ovakvo stajalište Suda EU, moglo bi se protumačiti i da nacionalna norma koja je primjenjena u slučaju Marshall, djelimično sadrži diskriminatorne odluke, ali ne na konkretnom slučaju. Diskriminatorne odluke mogle bi se protumačiti kao postojanje derogativne odredbe u smislu, da se ta mjera jednakosti ne mora primijeniti ukoliko okolnosti konkretnog slučaja to zahtjevaju, odnosno ukoliko postoji dodatni kriterij. U ovom konkretnom slučaju, Sud EU ostavio je na volju nacionalnim institucijama da u svakom konkretnom slučaju prilikom primjene nacionalne norme utvrdi da li su i kada ispunjeni uslovi za primjenu derogativne klauzule. Moglo bi se zaključiti da ovakvo postupanje Suda EU kao supranacionalne instance ne bi trebalo ostavljati nejasan i nedovoljno određen stav prilikom tumačenja Direktive.

Literatura

a) Knjige i članci

1. Bačić P., Sarić I., Aktivizam europskog suda kroz presude o slobodi kretanja radnika, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014.
2. Degan, Đ. V., Pavišić, B., (2005). Međunarodno kazneno pravo, Rijeka
3. Lelić, Š. (2004). Ustavno pravo-šesto izdanje, Sarajevo,
4. Meškić, Z., Samardžić D., (2012). Pravo Evropske unije I, TDP, GIZ (GmbH); Otvoreni Regionalni Fond za jugoistočnu Evropu – Pravna reforma, Sarajevo.
5. Sadiković, L. (2005). Država u evropskom poretku, Sarajevo,
6. Sadiković, L. (2012). Ustav BiH, sigurnost i ljudska prava, Sarajevo,
7. Van Der Mei A.P., Free Movement of Persons Within the European Community - Cross-Border Access to Public Benefits, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2003.

b) Međunarodni pravni dokumenti

1. Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (franc. Déclaration des droits l'homme et du citoyen)
2. Direktiva Vijeća 76/207/EEZ od 09.02.1976 („Službeni list EU“, broj: 39)
3. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
4. Opća deklaracija o ljudskim pravima
5. Povelja Evropske Unije o osnovnim pravima 2010/C83/02
6. Sedmi Zakon o izmjeni određenih pravila u javnoj službi (GVNW, str.102.)
7. Ugovor o EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01

c) Nacionalni pravni propisi

1. Opći okvirni sporazum za BiH
2. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između BiH i EU

3. Ustav Bosne i Hercegovine, Sarajevo, OHR Office of the High Representative
4. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine F BiH“, broj: 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, i 88/08)
5. Ustav Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj: 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/03, 98/03 I 115/05).
6. Zakon o državnoj službi u institucijama BiH („Službeni glasnik BiH“, broj: 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12).
7. Zakon o zabrani diskriminacije („Službeni glasnik BiH“, broj: 59/09, 66/16)

d) Presude

- Case C-224/01 [2003.] ECR I-1023
- Case C-281/98 [2000.] ECR I-4139.
- Case C-409/95, [1997] ECR I-06363.

e) Internet izvori

1. /[https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2020. godinu](https://ombudsmen.gov.ba/Ombudsmeni%20Bosne%20i%20Hercegovine,%20Godišnji%20izvještaj%20o%20rezultatima%20aktivnosti%20Institucije%20ombudsmena%20za%20ljudska%20prava%20Bosne%20i%20Hercegovine%20za%202020.%20godinu), Banja Luka, mart 2021. godine
2. <https://ec.europa.eu/info>
3. <https://op.europa.eu>
4. www.advokatprnjavorac.org.ba
5. www.europarl.europa.eu
6. www.narodne-novine.nn.hr

Emina Hasanagić, PhD., assistant professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

Amela Begović Kuko, Head of the Mostar cantonal tax office

PhD student at the Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN PRACTICE OF THE EU AND BIH

Abstract: The foundation of democracy represents a high level of established rule of law. The application of legal norms is regulated on the basis of legal principles, which further elaborates and operationalises legal norms. The fundamental principle of international, European and national law is the equality of all citizens. As such, the principle of equality is inseparable from the principle of prohibiting discrimination of citizens in any proceedings. By developing the awareness of individuals and the collective within the European space, there has been an increasing number of applications before the courts, which seek to ensure the right to prohibition of discrimination or the principle of equality. By applying before the competent courts, individuals seek to realize and contribute to the preservation and development of the common values of the European Union with the implementation of other rights. The guarantee of equality through the European Union's umbrella act is the Treaty establishing the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union, EU Charter of Fundamental Rights as well as other conventions, agreements and directives. In this paper, the author has been guided by a positive practice of judgments of evocative courts, as fundamental legal practice and the interpretation of the principle of equality and the prohibition of discrimination. This positive practice in the work of the author compares with the practice of national judgments within Bosnia and Herzegovina. The motivation of the author is based on the cognitive relevance of the EU's practice of admissibility within the legal environment of Bosnia and Herzegovina. Such motivation is not only a subjective need for cognition but also the legal obligation of Bosnia and Herzegovina. Legal obligation stems from the fact that the Dayton Constitution for Bosnia and Herzegovina, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, is a priority in relation to national positive legal regulations. Knowing the legal position of the European Union in the interpretation of the principle of equality and the prohibition of discrimination and comparing with legal standards in Bosnia and Herzegovina, it is possible to determine whether, apart from declarative, we strive to reach the real level of standards set within the European legal framework.

Keywords: equality, prohibition of discrimination, EU, Court of the EU, Charter of Fundamental Rights of the European Union

Dr. sc. Ajna Jodanović, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

MA. iur. Damir Muminović, viši asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

DOPRINOS AGENCIJE EVROPSKE UNIJE ZA TEMELJNA PRAVA KAO NEZAVISNOG TIJELA U PODRUČJU PROMOCIJE I ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA NA UNIJSKOM NIVOU

Sažetak: Evropska unija aktivno promoviše i štiti ljudska prava kako unutar svojih granica, tako i u vanjskim odnosima. Uspostavljanje Agencije Evropske unije za temeljna prava kao nezavisnog tijela koje je započelo sa radom 2007. godine predstavljalo je važan korak u procesu širenja politike Unije o temeljnim pravima. U radu će se analizirati postojeća pravna osnova i uspostavljeni skup instrumenata za zaštitu temeljnih prava u Evropskoj uniji, kao i glavni aspekti unijske politike o ljudskim pravima. Primarni cilj istraživanja jeste da se ispituju dosadašnja iskustva u djelovanju Agencije na nivou Evropske unije sa historijskog, političkog i pravnog aspekta, kao i njena saradnja sa državama članicama, institucijama Unije i organizacijama na međunarodnom nivou. U središtu analize ovog rada će biti aktivnosti Agencije koje su usmjerene na promociju i zaštitu ljudskih prava na unijskom nivou iz perspektive Povelje o temeljnim pravima Evropske unije. Polazeći od toga da unaprjeđenje zaštite ljudskih prava zauzima centralno mjesto u pravnoj i političkoj agendi Evropske unije, istraživanje će u konačnici ukazati na važnu ulogu Agencije kada se radi o njenom nastojanju da zaštita temeljnih prava postane stvarnost za sve one koji žive u Uniji.

Ključne riječi: Evropska unija, Agencija Evropske unije za temeljna prava, zaštita ljudskih prava, Povelja o temeljnim pravima Evropske unije.

1. Uvodna razmatranja

Obzirom da je jedan od glavnih ciljeva Evropske unije promocija i zaštita ljudskih prava, kako na unijskom nivou, tako i u njenim vanjskim odnosima, nastojanja Unije su usmjerena na univerzalnu ratifikaciju i implementaciju najznačajnijih međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima. Da bismo razumjeli ulogu koju Agencija Evropske unije za temeljna prava ima u okviru sistema zaštite ljudskih prava u okviru unijskog poretka, od suštinskog značaja je da prethodno analiziramo pravni osnov i glavne aspekte politike

Unije o ljudskim pravima. Uporedo sa porastom uloge koju Evropska unija ima na međunarodnom nivou, rasla je i potreba Unije za sveobuhvatnijim pristu-

pom pitanjima poštovanja, promocije i zaštite ljudskih prava, kako na njenom unutrašnjem nivou, tako i u njenoj vanjskoj politici. Upravo je uspostavljanje Agencije Evropske unije za temeljna prava nastalo kao reakcija Unije na povećanu vidljivost pitanja ljudskih prava u okviru i izvan njenih granica. U radu ćemo analizirati na koji način djelovanje Agencije kao nezavisnog tijela doprinosi implementaciji zaštite i promociji ljudskih prava u Evropskoj uniji.

2. Zaštita ljudskih prava u EU

Razumijevanje razloga za osnivanje Agencije Evropske unije za temeljna prava (European Union Agency for Fundamental Rights - FRA) uslovljeno je prethodnom analizom osnovnih koncepata zaštite ljudskih prava na nivou Evropske unije (dalje: EU). Provođenjem analize pravnog osnova i glavnih aspekata politike Unije o ljudskim pravima, stvaramo značajnu polaznu osnovu za raspravu o statusu koji zauzima Agencija EU za temeljna prava (dalje: Agencija) u okviru unijskog pravnog poretka. Ukoliko se vodimo glavnim ciljem i osnovnim načelima djelovanja EU, zaštita ljudskih prava jedna je od njenih vodećih aktivnosti. Na strani institucija i tijela EU postoji obaveza poštovanja ljudskih prava, a svaki akt koji donesu institucije mora ispunjavati zahtjeve njihove zaštite. Države članice imaju obavezu poštovanja i promocije ljudskih prava Unije kada djeluju unutar područja primjene unijskog prava.

Temeljna prava imaju svoje korijene duboko u historijskom tlu Evrope.¹ EU je uspostavljena kao “zajednica prava”, a njen kamen temeljac je upravo poštovanje vladavine prava i temeljnih prava na kojima se zasniva, a kako je predviđeno članom 2. Ugovora o EU.² Za mnoge je upravo donošenje Ugovora iz Lisabona, koji sadrži niz odredbi o ljudskim pravima, označilo početak djelovanja EU kao značajnog aktera u oblasti promocije i zaštite ljudskih prava.³ Ugovor iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine, uveo je ili unaprijedio odredbe koje imaju za cilj jačanje zaštite temeljnih prava na nivou EU. Stupanjem na snagu Ugovora, Povelja o temeljnim pravima EU (Charter of Fundamental Rights of the European Union - CFR) je stekla obavezujuću pravnu snagu.⁴ Kada govorimo o osnovnim instrumentima zaštite temeljnih prava u okviru unijskog pravnog

¹ Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights: Visions seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998. p. 139.

² Ioannides, Isabelle, *Rule of Law in European Union External Action: Guiding Principles, Practices and Lessons Learned*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014, str. 4.

³ De Burca, Grainne, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, American Journal of International Law, Vol. 105, No. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 2011., str. 649.

⁴ Douglas-Scott, Sionaidh, *The EU and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, Human Rights Law Review, Vol. 11, No. 4, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 646.

poretka, treba poći od činjenice da su ista primarno zaštićena ustavnim poretkom država članica EU (nacionalni nivo), te Poveljom o temeljnim pravima EU (nivo EU). Iz navedenog proizilazi da sistemi zaštite ljudskih prava koji postoje u svakoj državi članici EU dopunjuju uspostavljeni sistem zaštite ljudskih prava Unije. Za slučaj narušavanja temeljnih prava u okviru unijskog pravnog poretka, građanima EU su na raspolaganju tri značajne institucije ili tijela, i to: Sud EU (Court of Justice of the European Union - CJEU⁵), Evropski sud za ljudska prava (European Court of Human Rights – EtCHR⁶) i Agencija Evropske unije za temeljna prava.⁷ Ukoliko se smatra da je država članica EU prekršila temeljno pravo koje je zaštićeno Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - ECHR)⁸, postoji mogućnost pokretanja postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Osnovna uloga Agencije EU za temeljna prava je usmjerena na pružanje pomoći i stručnog znanja o temeljnim pravima kako institucijama Unije, tako i vladama država članica pri provođenju unijskog prava. Agencija prikuplja i javno objavljuje podatke o poštovanju temeljnih prava na nivou država članica EU, što dodatno pojačava obavezu promocije i zaštite ljudskih prava.

⁵ Osnovan 1952. godine, Evropski sud pravde (ECJ) započeo je kao mali „sud za ugalj i čelik” koji je „radio samo malo više od kontrole zakonitosti aktivnosti Visokog autoriteta”. U relativno kratkom vremenskom periodu, Sud se transformisao u punopravni ustavni sud Unije koja se širila, prevladavajući nad nacionalnim sudovima i kao rezultat toga noseći sve veći broj predmeta. Danas je Sud EU jedna od najuticajnijih institucija Evropske unije. Vidjeti opširnije u: Boin, Arjen/K. Schmidt, Susanne, *The European Court of Justice: Guardian of European Integration*, in *Guardians of Public Value: How Public Organisations Become and Remain Institutions*, 1st ed., Springer Nature, Cham, 2021., str. 135.

⁶ Evropski sud za ljudska prava je stvorio veliki korpus sudske prakse u vezi sa određivanjem obima prava. Vidjeti: Brems, Eva/Gerards, Janneke, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013., str. 5.; Evropski sud se smatra pokretačkom snagom sudske prakse o temeljnim pravima u Evropi, te bez sumnje jednim od najuspješnijih međunarodnih ugovornih tijela za ljudska prava. Opširnije vidjeti u: Føllesdal, Andreas/Peters, Birgit/Ulfstein, Geir, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Studies on Human Rights Conventions, Cambridge University Press, Cambridge, 2013., str. 1.

⁷ Kada se radi o Sudu EU, pojedinac može pokrenuti postupak pred Sudom ukoliko smatra da se unijskim pravnim aktom narušavaju njegova temeljna prava (isto vrijedi i za organizaciju), s tim da valja imati u vidu da ne postoji mogućnost direktnog pokretanja postupka pred Sudom EU protiv drugog pojedinca ili organizacije.

⁸ Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda usvojilo je Vijeće Evrope 1950. godine. Sve države članice EU su članice Vijeća Evrope i ratificirale su Konvenciju. Valja imati na umu da je Konvencija jedan od mnogih ugovora o ljudskim pravima koji su obavezujući za države Evrope. Posebno su na nivou Ujedinjenih nacija usvojeni ugovori o ljudskim pravima (opšti i posebni), kojih se pridržava većina država članica Vijeća Evrope. Vidjeti: Brems, Eva/Gerards, Janneke, *op.cit.*, str. 11-12.

Stupanje na snagu Povelje o temeljnim pravima EU (dalje: Povelje) predstavlja posebno važnu fazu u razvoju zaštite ljudskih prava na nivou Unije, prvo iz razloga što se prava navedena u Povelji proširuju izvan onih koje je Sud EU do sada priznavao kao dio opštih načela unijskog prava, a drugo zato što Povelja nadilazi obim zaštite uspostavljen Evropskom konvencijom (koja je glavni izvor inspiracije Suda).⁹ Tako autor Safjan analizirajući značaj Povelje, ističe njenih pet važnih karakteristika. Prvo, pored svog pravnog značaja, Povelja je i akt koji „izražava vrijednosti EU. Drugo, „ima status primarnog prava“. Treće, „može se koristiti za ocjenu validnosti sekundarnog prava EU“. Četvrto, naglašen je značaj „tačaka povezivanja“ između nacionalnog prava i prava EU u kontekstu primjene garancija navedenih u Povelji. Peto, „Povelja se ne može smatrati autonomnim izvorom ovlasti EU u odnosu na nacionalne sisteme, niti se može smatrati da definiše autonomno polje primjene prava EU“.¹⁰ EU ima konkretnu pravnu osnovu za zaštitu ljudskih prava. Osnivački ugovori se odnose na „ljudska prava“ u različitim aspektima. Zbog prethodno navedenog, pri analizi postojećeg pravnog okvira o temeljnim pravima u okviru pravnog poretka EU valja poći od mjerodavnih odredbi Ugovora o Evropskoj uniji (UEU). Članovima 2. i 3. Ugovora o EU „ljudska prava“ su propisana kao jedna od „vrijednosti EU“ i kao „cilj“ koji treba zaštititi.¹¹ U članovima 6. i 21. Ugovora su dodatno uspostavljeni pravne osnove temeljnih vrijednosti.¹² Član 7. Ugovora pruža EU platformu za traženje usklađenosti od strane država članica sa temeljnim vrijednostima.

Osim simbolične vrijednosti koja nedvojbeno poizilazi iz člana 2. Ugovora o EU, obzirom da isti odražava zajednički identitet država članica, kako neovisno tako i kao sastavnih dijelova Unije, član 2. Ugovora istovremeno nameće pravne obaveze kojima se obavezuju i države članice i EU.¹³ Tako je u članu 7. Ugovora o EU ukazano na moguće pravne posljedice u slučaju kršenja propisanih vrijednosti na kojima se temelji Unija, na način da je statuirano da „na temelju obrazloženog prijedloga jedne trećine država članica, Evropskog parlamenta ili Evropske komi-

⁹ The European Union and International Human Rights Law, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, str. 9. Vidjeti opširnije na: https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf (03.11.2022.)

¹⁰ Safjan, Marek, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?*, Working Papers, LAW 2012/22, European University Institute, Department of Law, Fiesole, 2012., str. 2.

¹¹ Tako se u članu 2. Ugovora propisuje da se EU zasniva na „vrijednostima poštovanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, te da su te vrijednosti „zajedničke svim državama članicama“.

¹² U članu 6. Ugovora, Povelja o temeljnim pravima EU i Evropska konvencija o ljudskim pravima, navode se kao polazne tačke EU u njenoj praksi, ali i vanjskim odnosima, dok se u članu 21. utvrđuju opšta načela koja se odnose na ljudska prava koja se primjenjuju u vanjskim odnosima EU.

¹³ Margaritis, Konstantinos, *Strengthening the founding values of the EU: The potential role of the Fundamental Rights Agency*, European View, Vol. 18, No. 1, Wilfried Martens Centre for European Studies, Brussels, 2019., str. 99.

sije, Vijeće može, odlučujući većinom od četiri petine svojih članova uz prethodnu suglasnost Evropskog parlamenta, utvrditi da postoji očita opasnost da država članica teško prekrši vrijednosti iz člana 2”.¹⁴

Unija ima za cilj da ukaže na kršenja ljudskih prava gdje i kada do njih dođe, te da blisko saraduje sa međunarodnim multilateralnim organizacijama i svojim državama članicama na garantovanju poštovanja ljudskih prava.¹⁵ Ljudska prava nisu imala značajnije mjesto u Osnivačkim ugovorima EU do stupanja na snagu Ugovora iz Maastrichta 1. novembra 1993. godine¹⁶, iako se još u Preambuli Jedinštenoga evropskoga akta koji je potpisan 1986. godine, a stupio na snagu 29. juna 1987. godine, navodi da “odlučnost da se zajednički radi na unaprjeđenju demokratije na osnovu temeljnih prava priznatih u ustavima i zakonima država članica, Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te Evropskoj socijalnoj povelji”, i to posebno “slobode, jednakosti i socijalne pravde”.¹⁷ Iz navedenog proizilazi da iako izvorni ugovori ne sadrže nikakve odredbe o ljudskim pravima, EU ih je dugo smatrala nečime što je ugrađeno u opšta načela prava, tada Zajednice.

Kako ističe autor Popović, nakon stupanja na snagu Ugovora o osnivanju EEZ počinju se postavljati pitanja zaštite prava pojedinca, obzirom na mjere koje poduzimaju nacionalne institucije temeljem zahtjeva zajedničkoga tržišta, odnosno sekundarnoga zakonodavstva Zajednice.¹⁸ Presudnu ulogu u rješavanju tih

¹⁴ U članu 7. stav 1. Ugovora o Evropskoj uniji se navodi da “prije nego što to utvrdi, Vijeće saslušava dotičnu državu članicu i može joj uputiti preporuke odlučujući u skladu s istim postupkom”, te da “Vijeće redovito provjerava postoje li i dalje razlozi koji su bili temelj za takvo utvrđenje”. Stavom 2. istog člana je određeno da “Evropsko vijeće, odlučujući jednoglasno, na prijedlog jedne trećine država članica ili Evropske komisije, te uz prethodnu suglasnost Evropskog parlamenta može utvrditi da država članica teško i trajno krši vrijednosti iz člana 2. nakon što pozove dotičnu državu članicu da se očituje”. Nadalje, stavom 3. je propisano da Vijeće može, “ukoliko je utvrđeno kršenje temeljem stava 2., kvalificiranom većinom odlučiti da se dotičnoj državi članici suspendiraju određena prava koja proizlaze iz primjene Ugovora, uključujući pravo glasa predstavnika vlade te države članice u Vijeću”, te da pritom “Vijeće uzima u obzir moguće posljedice takve suspenzije na prava i obveze fizičkih i pravnih osoba”. U istom stavu je određeno i da “obaveze konkretne države članice temeljem Ugovora u svakom slučaju i dalje obavezuju tu državu”. Stavom 4. je predviđeno da “ukoliko su se promijenile okolnosti zbog kojih su mjere uvedene, Vijeće može kvalificiranom većinom naknadno odlučiti izmijeniti ili opozvati mjere poduzete temeljem stava 3”.

¹⁵ Ioannides, Isabelle, *op.cit.*, str. 10.

¹⁶ Među ciljevima koji se taksativno navode u članu B Ugovora, navodi se i “jačanje zaštite prava i interesa državljana svojih država članica kroz uvođenje državljanstva Unije”, dok se u članu F stav 2. navodi da će “Unija poštovati temeljna prava, koja su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, potpisanom u Rimu 4. novembra 1950. godine i budući da ona proizilaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opštih principa prava Zajednice”. Vidjeti: Ugovor iz Maastrichta - *Treaty on European Union* (OJ C 191, 29.7.1992.).

¹⁷ Vidjeti Preambulu Jedinštenog evropskog akta - *Single European act* (OJ L 169, 29.6.1987.), str. 2.

¹⁸ Popović, Nella, *Politika ljudskih prava Europske Unije: razvoj i izazovi za budućnost*, Politička misao: časopis za politologiju, Pravosudna akademija, Zagreb, Vol. 45, No. 3-4, 2008., str. 163.

pitanja je imao Sud Evropskih zajednica u Luksemburgu, koji se do predmeta *Stauder protiv grada Ulma*¹⁹ nije susretao sa predmetima te vrste.²⁰ Temeljni značaj slučaja *Stauder* proizlazi iz činjenice da se Sud EZ po prvi put bavio pitanjem zaštite prava pojedinca (u ovom slučaju prava na privatnost prilikom ostvarivanja određenoga oblika socijalne pomoći), te da je, između ostaloga, odlučio da “treba prevladati najliberalnije tumačenje” odredbi odluke Komisije u korist zaštite prava pojedinca na neotkrivanje identiteta pri ostvarivanju prava na socijalnu pomoć. Nakon donošenja presude u slučaju *Stauder*, “Sud EZ je kroz svoje presude započeo izgrađivati politiku ljudskih prava Zajednice kao prva, a sljedećih dvadesetak godina i jedina institucija EZ”.²¹ Sud je već sljedeće godine, u presudi u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft* zauzeo stajalište da “na valjanost mjere Zajednice ili njeno dejstvo u državi članici ne mogu uticati navodi da je ona u suprotnosti sa temeljnim pravima koja su formulisana ustavom te države ili principima nacionalne ustavne strukture”. U istoj presudi Sud naglašava da “poštovanje temeljnih prava predstavlja sastavni dio opštih načela prava koje štiti Sud pravde”, te da “zaštita tih prava, iako inspiraciju pronalazi u ustavnim tradicijama država članica, mora biti osigurana u okviru strukture i ciljeva Zajednice”.²² Kako se EU razvijala od organizacije koja je prvenstveno zasnovana na ekonomskim razlozima u organizaciju koja kombinuje ekonomske i političke ciljeve, njena vanjska politika je sve više bila usmjerena na pitanja koja se temelje na vrijednostima kao što su demokratija i ljudska prava.²³ Opšta načela prava EU i Povelju možemo smatrati za dva osnovna izvora temeljnih prava u okviru unijskog prava, koja spadaju u primarno pravo Unije. Izvorište temeljnih prava možemo naći i u odredbama Ugovora i sekundarnom pravu EU. Povelja ima istu pravnu snagu kao i Ugovori na kojima se zasniva EU (Ugovor o EU i Ugovor o funkcionisanju EU), te su iz tog razloga na vrhu izvora unijskog prava.²⁴ U članu 53. Povelje je propisan nivo zaštite ljudskih prava u okviru pravnog poretka Unije, gdje je

¹⁹ Presuda Suda od 12. novembra 1969., *Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt*. Reference for a preliminary ruling: *Verwaltungsgericht Stuttgart – Germany*, C 29/69. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&from=EN> (06.11.2022.)

²⁰ Popović, *op.cit.*, str. 163.

²¹ Popović, *op.cit.*, str. 163.

²² Vidjeti presudu Suda od 17. decembra 1970., *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Reference for a preliminary ruling: *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Germany*, C 11/70, str. 1134. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&from=EN> (06.11.2022.)

²³ Landman, Todd/Larizza, Marco, *EU Policy Discourse: Democracy, Governance, and Human Rights*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm. 2010., str. 3.

²⁴ Na strani institucija EU postoji obaveza poštovanja Povelje, kao i na strani država članica kada primjenjuju unijsko pravo. Iz člana 6. stav 2. Ugovora o Evropskoj uniji proizilazi obaveza pristupanja Unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, dok je u stavu 3. istog člana propisano da “temeljna prava, kako su garantovana Evropskom konvencijom i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opšta načela prava Unije”. Upravo je članom 6. Ugovora uspostavljeno načelo poštovanja temeljnih prava i sloboda na nivou EU.

predviđeno da se: “nijedna odredba Povelje ne smije tumačiti kao ograničavanje ili nepovoljno uticanje na ljudska prava i temeljne slobode, na način na koji ih u njihovim područjima primjene priznaju pravo Unije i međunarodno pravo, te međunarodni sporazumi čije su stranke Unija ili sve države članice, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i ustavi država članica”.²⁵ Kada govorimo o primjeni drugih međunarodnih instrumenata u području prava EU, valja imati na umu da takvi instrumenti mogu biti u funkciji minimalnih standarda, kao i izvora za tumačenje, te da bi se trebao zadržati nivo zaštite koji se osigurava drugim instrumentima u području ljudskih prava „čije su stranke Unija ili sve države članice”. Takve instrumente uzima u obzir i Sud EU, kada primjenjuje temeljna prava EU.²⁶ Isto tako, brojni članovi Povelje odražavaju odredbe koje su uključene u međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, a koje su važne pri tumačenju određenih njenih odredaba.²⁷ Tokom 2021. godine, koju je obilježila prevladavajuća globalna pandemija i trajni trend rastućeg autoritarizma, EU je dodatno usmjerila svoje djelovanje na promociju ljudskih prava, demokratije i vladavine prava širom svijeta, te u stom smislu i radila na jačanju instrumenata njihove zaštite. Upravo je prošla godina obilježila prvu godinu implementacije Akcionog plana EU za ljudska prava i demokratiju (2020-2024)²⁸, koji je ponovo obavezao EU i njene države članice da koriste cijeli

²⁵ Vidjeti član 53. Povelje Evropske unije o temeljnim pravima, (OJ C 326, 26.10.2012.).

²⁶ U važne međunarodne konvencije ubrajaju se Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 16. decembra 1966.), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 16. decembra 1966.), Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 18. decembra 1979.), Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 21. decembra 1965.), Konvencija protiv mučenja i drugih oblika okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 10. decembra 1984.) i Konvencija o pravima djeteta (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 20. novembra 1989.), kao i fakultativni protokoli uz te instrumente. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (Opća skupština Ujedinjenih naroda, 13. decembra 2006.) posebno je važna jer je EU stranka Konvencije. O prethodno navedenom vidjeti opširnije u: Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini – Smjernice, Priručnik, Agencija Europske unije za temeljna prava, Luksemburg: Ured za publikacije Europske unije, 2020., str. 24. Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_hr.pdf (06.11.2022.)

²⁷ U kontekstu navedenog valja uzeti u obzir i ostale međunarodne instrumente, poput Ženevske konvencije (u pogledu zajedničke politike azila, supsidijarne zaštite i privremene zaštite) na koju se upućuje u članu 78. Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU), dok se u članu 151. UFEU-a (socijalna politika) upućuje na Evropsku socijalnu povelju. Kada govorimo o evropskim instrumentima, EU je i stranka Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Serija ugovora Vijeća Evrope, br. 210, Istanbul, 11. maja 2011). Vidjeti: Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini, *op.cit.*, str. 24.

²⁸ EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024. Vidjeti: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf (07.11.2022.)

niz instrumenata za promociju i zaštitu ljudskih prava i demokratije u svim područjima njenog vanjskog djelovanja.²⁹

3. Osnivanje i razvoj Agencije EU za temeljna prava

Agencija za temeljna prava EU predstavlja najnoviju i jedinu instituciju EU za ljudska prava. Agencija predstavlja novi način govora o pravima u EU, obzirom da koristi jezik “upravljanja”. Nije zamišljena kao tradicionalno tijelo za praćenje ljudskih prava, te je njena posmatračka misija aktivno napuštena u korist savjetodavne.³⁰ Kada govorimo o osnivanju Agencije, valja pomenuti da je 27. oktobra 2004. godine, Evropska komisija pokrenula javnu konsultaciju o djelokrugu, misijama i zadacima buduće Agencije EU za temeljna prava.³¹ Ovim javnim konsultacijama je prethodilo donošenje odluke u decembru 2003. godine, od strane šefova i vlada država članica EU, da produže mandat Evropskog centra za praćenje rasizma i ksenofobije (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia - EUMC)³² sa sjedištem u Beču na Agenciju za temeljna prava.

Agencija EU za temeljna prava je osnovana 15. februara 2007. godine Uredbom Vijeća (EZ) br. 168/2007, kao agencija EU koja je pravno nezavisna od institucija Unije i nadležna je za obavljanje određenih zadataka u skladu sa unijskim pravom³³, preuzimajući i produžavajući mandat Evropskog centra za praćenje rasizma i ksenofobije. Osnivanje Agencije koja je počela sa radom 1. marta 2007. godine označilo je još jedan važan korak u širenju politike EU o temeljnim pravima.³⁴ Iz Uredbe Vijeća 168/2007 proizilazi da je temeljni cilj Agencije da pri-

²⁹ Report of the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, 2021 Annual Report on Human Rights and Democracy in the world, 2021., str. 9. Dostupno na: <https://reliefweb.int/report/world/eu-annual-report-human-rights-and-democracy-world-2021> (07.11.2022.)

³⁰ Sokhi-Bulley, Bal, *The Fundamental Rights Agency of the European Union: A New Panopticism*, Human Rights Law Review, Vol. 11, No. 4, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 683.

³¹ Saopštenje Komisije Evropskih zajednica, Dokument o javnim konsultacijama Agencije za temeljna prava, Brisel, 25.10.2004., COM (2004) 693 final. Vidjeti: Communication of the Commission of the European Communities, Communication from the Commission, The Fundamental Rights Agency Public consultation document, Brussels, 25.10.2004., COM (2004) 693 final. Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0693:FIN:EN:PDF>

³² Vijeće ministara uspostavilo je Evropski centar za praćenje rasizma i ksenofobije (European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia - EUMC) u Beču u junu 1997. godine kao dio koordinisane akcije za razvoj politike za borbu protiv rasizma i ksenofobije. To je uključivalo i proglašenje 1997. godine Evropskom godinom borbe protiv rasizma. Vidjeti: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/european-monitoring-centre-on-racism-and-xenophobia> (07.11.2022.)

³³ Margaritis, Konstantinos, *op.cit.*, str. 98-99.

³⁴ Von Bogdandy, Armin/Von Bernstorff, Jochen, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: The legal framework and some unsettled issues in a new field of administrative law*, Common Market Law Review, Kluwer Law International, Vol. 46, No. 4, 2009., str. 1035.

likom implementacije prava Unije relevantnim institucijama, tijelima, uredima i agencijama Unije, te državama članicama, osigura pomoć i stručnost u vezi sa temeljnim pravima, tako da kada poduzimaju mjere ili formulišu pravce svoga djelovanja u okviru svojih sfera nadležnosti u potpunosti poštuju temeljna prava.³⁵ Višegodišnji okvir djelovanja Agencije EU za temeljna prava uspostavljen je za period 2018.-2022. godine, Odlukom Vijeća (EU) br. 2017/2269 od 7. decembra 2017. godine.

4. Područje djelovanja i struktura Agencije EU za temeljna prava

Agencija EU za temeljna prava je jedna od decentralizovanih agencija EU čije je djelovanje usmjereno na promociju temeljnih prava građana EU. Agencija putem prikupljanja i analize podataka na nivou EU, pomaže institucijama EU i zemljama članicama pri razumijevanju i rješavanju izazova u procesu zaštite temeljnih prava svih osoba. Kroz saradnju sa institucijama EU, njenim državama članicama i drugim organizacijama na međunarodnom, evropskom i nacionalnom nivou, Agencija igra važnu ulogu u nastojanju da temeljna prava postanu stvarnost za sve one koji žive na području Unije.³⁶

4.1. Nadležnost Agencije EU za temeljna prava

Kako smo prethodno naglasili, Agencija EU za temeljna prava je osnovana 15. februara 2007. godine Uredbom Vijeća (EZ) br. 168/2007, kao agencija EU koja je pravno nezavisna od institucija Unije i koja je nadležna za obavljanje određenih zadataka u skladu sa unijskim pravom. Konkretna Uredba je izmijenjena Uredbom Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. godine³⁷, kojom se proširuje mandat Agencije. U nastavku ćemo analizirati važne promjene u odnosu na djelovanje Agencije i način na koji se njome upravlja, a koje su uvedene Uredbom od 5. aprila 2022. godine.

Agencija okuplja pravne stručnjake, političke i društvene naučnike, te stručnjake za komunikacije, koji zajedno djeluju na uspostavljanju kulture temeljnih prava na unijskom nivou, te nastoje pri tome da prava iz Povelje jednako vrijede za sve građane Unije. Kao nezavisno tijelo koje je usmjereno na promociju i zaštitu ljudskih prava u EU, Agencija nastoji da pruži pomoć u zaštiti temeljnih prava, svima onima koji žive na području Unije.

³⁵ Vidjeti član 2. Odluke Vijeća (EU) br. 2017/2269 od 7. decembra 2017. godine o uspostavljanju Višegodišnjeg okvira djelovanja Agencije Evropske unije za temeljna prava za period 2018.-2022., (OJL 326, 9.12.2017.), str. 3.

³⁶ Opširnije o Agenciji vidjeti na: <https://www.ombudsman.hr/hr/agencija-europske-unije-za-temeljna-prava-fra/> (08.11.2022.)

³⁷ Uredba Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007 o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava, (OJ L 108, 7.4.2022.)

Agencija poslove iz svoje nadležnosti obavlja potpuno nezavisno.³⁸ Donosi odluku kako na nacionalnom nivou, tako i na nivou EU, Agencija pruža nezavisne savjete utemeljene na dokazima, čime se pomaže boljoj informisanosti i usmjerenosti rasprava, politika i zakonodavstva u području temeljnih prava.³⁹ Baveći se pravnim i društvenim naučnim istraživanjima, Agencija identificira područja u EU u kojima je potrebno dalje djelovati kako bi se ispunili važni međunarodni standardi.⁴⁰ Zapravo, Agencija ima kapacitet da provodi naučna istraživanja i komparativne analize, prati sveobuhvatne trendove, podiže svijest javnosti i daje savjete i smjernice nacionalnim vladama, kao i zakonodavnim tijelima na nivou EU. Također, Agencija raspolaže različitim mrežama nacionalnih oficira za vezu, parlamentarnih službenika, organizacija civilnog društva, tijela za ljudska prava i istraživačkih institucija, što joj omogućava da dopre do različitih relevantnih konteksta. Obavljajući poslove iz svoje nadležnosti potpuno nezavisno, Agencija se postepeno razvila u nezavisni centar izvrsnosti u svim oblastima svoga rada, koji podržava rad Evropskog parlamenta, Vijeća EU, Evropske komisije, drugih tijela EU i država članica EU.⁴¹ U nastojanju da pruži pomoć u zaštiti prava, vrijednosti i sloboda sadržanih u Povelji EU o temeljnim pravima, Agencija obavlja sljedeće poslove iz svoje nadležnosti: a) prikuplja i analizira propise i podatke; b) pruža nezavisne na dokazima zasnovane savjete o pravima; c) identificirata trendove prikupljanjem i analizom uporedivih podataka; d) pomaže boljoj izradi i implementaciji propisa; e) podržava odgovore politike usklađene sa pravima; f) jača saradnju i veze između aktera temeljnih prava.⁴² Od trenutka usvajanja izmijenjene Uredbe, Agencija može vršiti istraživanja u područjima u kojima je prethodno bila ograničena tematskim područjima navedenim u Višegodišnjem okviru Agencije za period 2018.-2022. godine. To znači da sada Agencija može, između

³⁸ Vidjeti član 16. stav 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava, (OJ L 53, 22.2.2007.), str. 10.

³⁹ O razlozima postojanja i djelovanja Agencije opširnije vidjeti na: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/fra_hr (08.11.2022.)

⁴⁰ Equality and Human Rights Commission, *What is the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*. Vidjeti: <https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/how-are-your-rights-protected/what-charter-fundamental-rights-european-union> (08.11.2022.)

⁴¹ Single Programming Document 2022-2024, European Union Agency for Fundamental Rights, str. 3. Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/2022-01/PD_2022-2024_EN.pdf (08.11.2022.)

⁴² O nadležnostima Agencije vidjeti više na: <https://fra.europa.eu/en/about-fra> (05.11.2022.) Uredbom Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007 o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava, proširen je mandat Agencije, te su uvedene važne promjene u odnosu na njeno djelovanje. U tom smislu vidjeti izmijenjeni član 3. Uredbe koji se odnosi na nadležnosti Agencije. Vidjeti: Council Regulation (EU) 2022/555 of 5 April 2022 amending Regulation (EC) No 168/2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, (OJ L 108, 7.4.2022., str. 1-12.). Dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R0555> (09.11.2022.)

ostalog, provoditi istraživanje o policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim stvarima bez posebnog zahtjeva institucija EU.⁴³

4.2. Struktura Agencije EU za temeljna prava

Kada se radi o strukturi Agencije, nju čine: (a) Upravni odbor; (b) Izvršni odbor; (c) Naučni odbor; i (d) direktor.⁴⁴

Upravni odbor Agencije EU za temeljna prava bi se trebao sastojati od osoba sa istaknutim znanjem u oblasti temeljnih prava i sa odgovarajućim iskustvom u upravljanju organizacijama javnog ili privatnog sektora, uključujući administrativne i budžetske vještine⁴⁵. Upravni odbor osigurava da Agencija obavlja poslove koji su joj povjereni. Ima ulogu tijela za planiranje i praćenje Agencije.⁴⁶

Izvršni odbor Agencije EU za temeljna prava se sastoji od predsjedavajućeg i potpredsjednika Upravnog odbora, zatim dva člana Upravnog odbora koje bira Upravni odbor u skladu sa propisanom procedurom za tu vrstu izbora, kao i od jednog od predstavnika Evropske komisije u Upravnom odboru. Izvršni odbor Agencije pomaže u radu Upravnom odboru, te nadzire neophodne pripreme radove za donošenje odluka od strane Upravnog odbora. Odbor se naročito bavi ispitivanjem budžeta i ljudskih resursa.⁴⁷

Naučni odbor Agencije EU za temeljna prava se sastoji od jedanaest (11) nezavisnih lica, visoko kvalificiranih u oblasti temeljnih prava, sa odgovarajućim kompetencijama u oblasti naučnog kvaliteta i metodologije istraživanja. Naučni odbor je garant naučnog kvaliteta rada Agencije i usmjerava njen rad u tom smislu. Odbor posebno savjetuje direktora i Agenciju o naučnoistraživačkoj metodologiji koja se primjenjuje u radu Agencije.⁴⁸

Agencijom EU za temeljna prava rukovodi direktor kojeg imenuje Upravni odbor Agencije u skladu sa postupkom saradnje (saglasnosti). Imenovanje direktora se vrši na temelju njegovih ličnih zasluga, iskustva u oblasti temeljnih prava, te administrativnih i upravljačkih vještina.⁴⁹ Mandat direktora Agencije iznosi pet godina.⁵⁰

⁴³ Vidjeti: Uredbu Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007 o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava, (OJ L 108,7.4.2022.).

⁴⁴ Vidjeti član 11. Uredbe Vijeća (EZ) br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava, (OJ L 53, 22.2.2007.), str. 7.

⁴⁵ U skladu sa izmjenom člana 11. Uredbe Vijeća (EZ) br. 168/2007. Vidjeti: Uredbu Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022., *op.cit.*, str. 6.

⁴⁶ Vidjeti član 12. stav 6. Uredbe Vijeća (EZ) br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine, *op.cit.*, str. 7.

⁴⁷ Vidjeti član 13. stav 1. i stav 2. Uredbe Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007, str. 8.

⁴⁸ *Ibidem*, član 14. stav 1. i stav 2., str. 8-9.

⁴⁹ Vidjeti član 15. stav 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine, *op.cit.*, str. 9.

⁵⁰ Vidjeti član 15. stav 3. Uredbe Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. godine, *op.cit.*, str. 9.

5. Doprinos Agencije zaštiti ljudskih prava u EU

U nastojanju da osigura promociju i zaštitu ljudskih prava u svojoj unutrašnjoj politici, ali i u vanjskim odnosima, EU uspostavlja različite mehanizme sa ciljem zaštite prava svojih građana.

Priznavanje temeljnih prava od strane institucija i ugovora EU predstavljalo je jedan evolutivni proces.⁵¹ Kako se povećavala uloga EU u međunarodnoj areni, potreba za koherentnijim pristupom pitanjima ljudskih prava u pogledu vanjskih odnosa je postala neizbježna.⁵² Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, Povelja o temeljnim pravima EU postaje pravno obavezujući, “osnovni element unijskog pravnog poretka”.⁵³ Uspostavljanje Agencije EU za temeljna prava je nastalo kao reakcija na povećanu vidljivost pitanja ljudskih prava u okviru i izvan granica EU.⁵⁴ Kako ističu autori Alston & Weiler, unutrašnja i vanjska dimenzija politike ljudskih prava mogu se posmatrati kao „dvije strane iste medalje”.⁵⁵ Autor Schutter je još ranije ispravno primijetio da Agencija može igrati značajnu ulogu u obezbjeđivanju koncepata usmjerenih na usklađivanje razlike između tumačenja temeljnih prava među državama članicama, obzirom da upravo te razlike mogu izazvati nesaglasnost između uloge temeljnih prava u pravnom poretku tada Zajednice i unutrašnjeg tržišta. Pisajući o ulozi Agencije, sasvim utemeljeno je naglasio da Agencija takvo nešto može učiniti prije svega pružanjem primjera dobre prakse u državama članicama Unije (tada Zajednice).⁵⁶ Agencija EU za temeljna prava, postala je priznat izvor objektivnih, pouzdanih i uporedivih podataka o stanju temeljnih prava u Uniji.⁵⁷ Polazeći od toga da je svrha Povelje upravo jačanje zaštite temeljnih prava u EU u svjetlu promjena u društvu, društvenog napretka i naučnog i tehnološkog razvoja, Agencija svoj rad smješta u širi kontekst Povelje.⁵⁸ Povelja je obavezujuća za unutrašnju i vanjsku politiku evropskih institucija pri-

⁵¹ Pillay, Nirmala, *The Promise of the EU Charter of Fundamental Rights (and Brexit) on the Implementation of Economic and Social Rights among EU Member States*, Laws, Vol. 10, No. 2:31. MDPI, Basel, 2021., str. 5.

⁵² Alston, Philip/Weiler, J.H.H., *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, European Journal of International Law, Vol. 9, Firenza, 1998., str. 671.

⁵³ Brems, Eva/Gerards, Janneke, *op.cit.*, str. 11.

⁵⁴ Thiel, Markus, *European Civil Society and Human Rights Advocacy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017., str. 17.

⁵⁵ Drugim riječima, “vanjska dimenzija politike ljudskih prava se implementira kroz unutrašnje institucije i prakse”, a koherentnost unutrašnje i vanjske politike odražava “univerzalni i nedjeljivi karakter ljudskih prava”. Vidjeti: Alston, Philip/Weiler, J.H.H., *op.cit.*, str. 664.

⁵⁶ Schutter, Olivier De, *Mainstreaming Human Rights in the European Union*, u: Alston, Philip/Schutter, Olivier De, *Monitoring Fundamental Rights in the EU, The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005., str. 2.

⁵⁷ Ioannides, Isabelle, *op.cit.*, str. 6.

⁵⁸ O prethodno navedenom opširnije vidjeti na oficijelnoj stranici Evropskog pravnog instituta (European Law Institute): <https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/fra/> (09.11.2022.)

likom implementacije prava Unije, te uključuje pravnu obavezu da se osigura da se sve aktivnosti EU zasnivaju na promociji i poštovanju ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁵⁹

Bitno je naglasiti da se od 27. aprila 2022. godine u skladu sa Uredbom Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007 o osnivanju Agencije Europske unije za temeljna prava, djelokrug rada Agencije ne zasniva na petogodišnjem višegodišnjem okviru, kako je to ranije bio slučaj. Umjesto toga, područje djelovanja Agencije se od tada zasniva na njenom programskom dokumentu.

Ovaj Programski dokument je u skladu sa Višegodišnjim okvirom Agencije za period 2018.-2022. godine i razvijen je nakon konsultacija sa institucionalnim akterima Agencije na nacionalnom, EU i međunarodnom nivou, uključujući Vijeće Evrope i Platformu o temeljnim pravima (Fundamental Rights Platform – FRP)⁶⁰, koja je kanal za saradnju Agencije i razmjenu informacija sa organizacijama civilnog društva koje se bave temeljnim pravima. Programski dokument uključuje aktivnosti koje Agencija provodi kako bi ispunila zahtjeve za podacima i dokazima institucija EU, te kao odgovor na tehničku pomoć i potrebe izgradnje kapaciteta u državama članicama EU.⁶¹

U Programskom dokumentu Agencije za period 2022.-2024. godine, navodi se da će Agencija nastaviti da koristi svoju ekspertizu iz temeljnih prava i široke mreže za podršku sistemima ljudskih prava u EU i njenim državama članicama.⁶²

Kada se radi o saradnji sa ostalim institucijama, na osnovu prethodne analize smo uvidjeli da Agencija održava bliske veze sa institucijama EU, a posebno sa Evropskom komisijom, Evropskim parlamentom i Vijećem EU. Također saraduje i sa drugim međunarodnim organizacijama, kao što su Vijeće Evrope (Council of Europe), Ujedinjene nacije (United Nations - UN) i Organizacija za evropsku sigurnost i saradnju (Organization for Security and Co-operation in Europe - OSCE). Osim toga, Agencija ostvaruje bliske veze sa vladama, organizacijama civilnog društva, akademskim institucijama, tijelima za ravnopravnost i nacionalnim institucijama za ljudska prava (National Human Rights Institutions - NHRIs).⁶³ Naci-

⁵⁹ Ioannides, Isabelle, *op.cit.*, str. 7.

⁶⁰ Agencija Evropske unije za temeljna prava jedna je od decentraliziranih agencija EU, koje su uspostavljene sa ciljem pružanja stručnih savjeta institucijama EU i državama članicama o nizu pitanja. Agencija pomaže da se osigura zaštita temeljnih prava ljudi koji žive u EU. Nevladina organizacija Građani na vlasti (Citizens in Power – CIP) je član Platforme za temeljna prava (Fundamental Rights Platform - FRP). Platforma za temeljna prava je mreža organizacija civilnog društva Agencije. Kroz ovu mrežu, organizacije učesnice mogu igrati aktivnu ulogu u radu Agencije. Vidjeti opširnije na: <https://www.citizensinpower.org/collaboration/fundamental-rights-platform/> (10.11.2022.)

⁶¹ Single Programming Document 2022-2024, European Union Agency for Fundamental Rights, str. 6., Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/2022-01/PD_2022-2024_EN.pdf

⁶² Vidjeti: Single Programming Document 2022-2024, *op.cit.*, str. 28.

⁶³ O saradnji Agencije sa drugim institucijama vidjeti opširnije na: <https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/fra/> (10.11.2022.)

onalne institucije za ljudska prava igraju ključnu ulogu u promovisanju i praćenju efektivne implementacije međunarodnih standarda ljudskih prava na nacionalnom nivou.⁶⁴ Zadaci Agencije se obavljaju uz konsultacije i saradnju sa njenim partnerima, što omogućava Agenciji da definiše svoja područja rada kako bi osigurala da njeno istraživanje odgovori na specifične praznine i potrebe u području temeljnih prava, kao i da dijeli stručne savjete, koordinira istraživanja u različitim područjima i radi zajedno na prenošenju svojih savjeta EU i njenim državama članicama.⁶⁵ Pandemija Covid-19 virusa duboko je uticala na EU i njene države članice 2020. godine i preoblikovala prioritete Unije. Programski dokument Agencije za period 2022.-2024. godine odražava upravo ove promjene u političkom okruženju. Trenutni ljudski i finansijski resursi omogućavaju Agenciji da se angažuje na sljedećim evropskim prioritetima Komisije za period 2019.–2024. godine, a koji se nadovezuju na Stratešku agendu EU za period 2019.–2024. godine⁶⁶, i to: a) Evropa u skladu sa digitalnom erom, posebno u pogledu ugradnje temeljnih prava u digitalnu transformaciju; b) Ekonomija koja radi za ljude, posebno u pogledu implementacije Evropskog stuba socijalnih prava i dječije garancije; c) Promovisanje našeg evropskog načina života, posebno u pogledu Pakta o migracijama i azilu, Sigurnosne unije i borbe protiv antisemitizma; d) Novi poticaj za evropsku demokratiju, posebno u pogledu izgradnje “Unije jednakosti”.⁶⁷

Kada se radi o studijama koje objavljuje Agencija, iste pružaju detaljnu analizu propisa, prakse i društvenih iskustava na nivou EU i na nacionalnom nivou, koristeći komparativni pristup za identifikaciju snaga i slabosti u različitim državama članicama.⁶⁸

⁶⁴ O sistemu zaštite ljudskih prava u okrilju Ujedinjenih nacija i nacionalnim institucijama za ljudska prava (*National Human Rights Institutions - NHRIs*) vidjeti opširnije na: <https://www.ohchr.org/en/countries/nhri> (11.11.2022.)

⁶⁵ Upravo na ovaj način Agencija može stvoriti sinergiju, maksimalno iskoristiti svoje resurse i podržati druga tijela davanjem jasnih mišljenja o tome kako poboljšati zaštitu temeljnih prava. Osim toga, upravo ta tijela osiguravaju da savjeti Agencije i njena istraživanja dođu do stvaraca politike na pravim nivoima vlasti i institucija EU i razvijaju komunikacijske, multimedijalne i informacijske resurse, kako bi se podigla svijest i poboljšalo znanje specifičnim ciljanim grupama i evropskim građanima općenito o temeljnim pravima. Vidjeti opširnije na: https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional_members/fra/ (11.11.2022.)

⁶⁶ Na sastanku u Briselu 20. juna 2019. godine, Evropsko vijeće je dogovorilo agendu za EU za period 2019.-2024. godine. Strateška agenda utvrđuje četiri prioritetne oblasti koje će usmjeravati rad Evropskog vijeća i dati smjernice za programe rada drugih institucija EU. zaštita građana i sloboda, i to: a) zaštita građana i sloboda; b) razvoj snažne ekonomske baze; c) izgradnja klimatski neutralne, zelene, pravedne i socijalne Evrope; d) promoviranje evropskih interesa i vrijednosti na globalnoj sceni. Vidjeti opširnije u: A New Strategic Agenda, European Council, Brusel, str. 1-8. <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf> (12.11.2022.)

⁶⁷ Single Programming Document 2022-2024, *op.cit.*, str. 6.

⁶⁸ Vidjeti: The European Union and International Human Rights Law, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, str. 10. Dostupno na: https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf

Agencija EU za temeljna prava okupila je oko šezdeset lidera i stručnjaka za ljudska prava sa cijelog kontinenta na sastanku koji je održan u periodu od 7.-8. septembra 2022. godine, kako bi razgovarali o elementima vizije ljudskih prava za budućnost i identificirali mogućnosti za djelovanje, naglašavajući da je neophodno “osigurati snažnu posvećenost stavljanju ljudskih prava u srce vizije za budućnost Evrope”.⁶⁹ Direktor Agencije Michael O’Flaherty je na održanom sastanku u svojoj završnoj riječi poslao snažnu poruku: “Nada je u konačnici utemeljena na iskustvu - na način na koji smo uvidjeli kako rad na ljudskim pravima mijenja živote ljudi”.⁷⁰ Na sastanku je ponovo potvrđeno da sadašnji trenutak zahtijeva radikalizam i odvažnost. Kako bi se reafirmisala vrijednost ljudskih prava kao univerzalnog jezika, diskusije u okviru održanog sastanka su rezultirale utvđivanjem šest glavnih pristupa koji bi trebali oblikovati odgovore na trenutne izazove zasnovane na ljudskim pravima, a što je ključno za obnovu agende ljudskih prava u Evropi. Svaki od šest pristupa je sam po sebi složen, ali su isti ponuđeni u duhu promovisanja ambicioznog razmišljanja o agendi ljudskih prava za Evropu.⁷¹ Kroz svoja istraživanja, institucionalnu saradnju, komunikaciju i aktivnosti izgradnje kapaciteta, Agencija će i u budućnosti nastaviti da podržava sistem ljudskih prava u EU.⁷²

⁶⁹ Putting Human Rights at the Heart of Europe’s Future – Summary report, Human rights experts and leaders meeting 7-8 September 2022, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2022., str. 1. Vidjeti: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-hr-expert-meeting-summary_en.pdf (13.11.2022.)

⁷⁰ *Ibidem.*, str. 5.

⁷¹ Šest pristupa koji bi trebali oblikovati odgovore na trenutne izazove u vezi sa ljudskim pravima su: 1) stavljanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u središte agende; 2) razvijanje međugeneracijskog pristupa u rješavanju izazova ljudskih prava; 3) prihvatanje interdisciplinarnog razmišljanja; 4) izgradnja javne podrške ljudskim pravima; 5) suočavanje s nasljeđem kolonijalizma; 6) definisanje odgovornosti, širenje učešća i partnerstava. Vidjeti: *Ibidem.*, str. 2-5.

⁷² To će učiniti prvenstveno: a) obezbjeđivanjem instrumenata za sistematski rad na polju ljudskih prava na terenu; b) povezivanjem aktera kako bi se olakšala razmjena dobrih praksi u oblastima u kojima je potreban napredak; i c) pružanjem pomoći i stručnosti u cilju jačanja poštovanja temeljnih prava u EU. Navedeno će biti urađeno u skladu sa standardima i vrijednostima ugovornog prava EU i međunarodnih instrumenata o ljudskim pravima, sa izričitim fokusom na Povelju EU o temeljnim pravima. Agencija će također nastaviti pružati podatke i informacije za godišnji izvještaj Evropske komisije o vladavini prava i podržavati institucije EU u tom pogledu. U pogledu saradnje, Agencija će nastaviti državati blisku saradnju sa ključnim organizacijama međunarodnog sistema ljudskih prava - Vijećem Evrope, Ujedinjenim nacijama i Organizacijom za evropsku sigurnost i saradnju (OSCE), kao i sa akterima na nacionalnom nivou - posebno nacionalnim institucijama nadležnim za ljudska prava, tijelima za ravnopravnost i institucijama ombudsmana. Vidjeti: Single Programming Document 2022-2024, *op.cit.*, str. 29.

6. Zaključna razmatranja

Usmjerenje Evropske unije na promociju i zaštitu temeljnih prava postaje sve naglašenije tokom posljednjih godina. U nastojanju da razumijemo suštinske razloge za osnivanje Agencije EU za temeljna prava, u radu smo prethodno analizirali temeljne koncepte zaštite ljudskih prava na unijskom nivou. Provođenjem analize pravnog osnova i glavnih aspektata politike EU o ljudskim pravima, stvorili smo značajnu polaznu osnovu za raspravu o statusu koji zauzima Agencija u okviru unijskog pravnog poretka, kao i njenom doprinosu implementaciji zaštite i promociji ljudskih prava. Stupanje na snagu Ugovora iz Lisabona 1. decembra 2009. godine, kao i promjena statusa Povelje iz pravno neobavezujućeg akta u pravno obavezujući set odredbi sa statutom primarnog prava EU je u mnogim aspektima označilo prekretnicu u pogledu zaštite temeljnih prava na nivou EU. Uporedo sa rastom uloge koju EU ima na međunarodnom nivou, rasla je i potreba Unije za sveobuhvatnijim pristupom pitanjima poštovanja, promocije i zaštite ljudskih prava, kako na njenom unutrašnjem nivou, tako i u njenoj vanjskoj politici. Upravo je uspostavljanje Agencije nastalo kao reakcija Unije na povećanu vidljivost pitanja ljudskih prava u okviru i izvan njenih granica. Osnivanje Agencije koja je počela sa radom 1. marta 2007. godine predstavljalo je još jedan važan korak u širenju politike EU o temeljnim pravima i unaprjeđenju zaštite ljudskih prava na nivou Unije. Osnovna uloga Agencije ogleda se u njenom nastojanju pružanja pomoći i stručnog znanja o temeljnim pravima kako institucijama Unije, tako i vladama država članica pri provođenju unijskog prava. Obavezu promocije i zaštite ljudskih prava u okviru unijskog poretka dodatno pojačava aktivnost Agencije koja se očituje u prikupljanju i javnom objavljivanju podataka o poštovanju temeljnih prava na nivou država članica EU. Putem prikupljanja i analize podataka na nivou EU, Agencija pomaže institucijama EU i zemljama članicama pri razumijevanju i rješavanju izazova u procesu zaštite temeljnih prava građana Unije. Iz prethodno navedenog proizilazi i jako značajna preventivna uloga Agencije u uspostavljenom sistemu zaštite ljudskih prava na unijskom nivou. Agencija svakako daje dodatnu vrijednost sistemu zaštite ljudskih prava, jer se bavi temeljnim pravima u oblastima koja do tada nisu bila pokrivena, te ima preventivnu ulogu jer ima na raspolaganju alate za uspostavljanje praćenja poštovanja osnovnih prava u okviru politika EU prije nego dodje do njihovog kršenja. Značajna uloga Agencije se očituje i u otkrivanju područja u EU u kojima je potrebno dalje djelovati kako bi se ispunili važni međunarodni standardi, te u njenom nastojanju pružanja pomoći u zaštiti temeljnih prava, svima onima koji žive na području Unije. Provodeći naučna istraživanja i komparativne analize, kao i promovirajući rješenja dobre prakse, Agencija podiže svijest javnosti i daje savjete i smjernice u vezi sa adekvatnom zaštitom ljudskih prava u EU. Prethodna analiza nedvojbeno ukazuje na veliki značaj i ulogu Agencije kao nezavisnog tijela u području promocije i zaštite ljudskih prava u Uniji.

Literatura

1. Alston, Philip/Weiler, J.H.H., *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, European Journal of International Law, Vol. 9, Firenza, 1998., str. 658-723.
 2. Boin, Arjen/K. Schmidt, Susanne, *The European Court of Justice: Guardian of European Integration*, in *Guardians of Public Value: How Public Organisations Become and Remain Institutions*, 1st ed., Springer Nature, Cham, 2021., str. 135-159.
 3. Brems, Eva/Gerards, Janneke, *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
 4. De Burca, Grainne, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, American Journal of International Law, Vol. 105, No. 4, Cambridge University Press, Cambridge, 2011., str. 649-693.
 5. Douglas-Scott, Sionaidh, *The EU and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, Human Rights Law Review, Vol. 11, No. 4, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 645-682.
 6. Føllesdal, Andreas/Peters, Birgit/Ulfstein, Geir, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Studies on Human Rights Conventions, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
 7. Ioannides, Isabelle, *Rule of Law in European Union External Action: Guiding Principles, Practices and Lessons Learned*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014.
- A) Knjige, naučni i stručni članci i ostali izvori:
8. Landman, Todd/Larizza, Marco, *EU Policy Discourse: Democracy, Governance, and Human Rights*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm. 2010., str. 1-52.
 9. Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights: Visions seen*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.
 10. Margaritis, Konstantinos, *Strengthening the founding values of the EU: The potential role of the Fundamental Rights Agency*, European View, Vol. 18, No. 1, Wilfried Martens Centre for European Studies, Brussels, 2019., str. 97-104.
 11. Pillay, Nirmala, *The Promise of the EU Charter of Fundamental Rights (and Brexit) on the Implementation of Economic and Social Rights among EU Member States*, Laws, Vol. 10, No. 2:31. MDPI, Basel, 2021., str. 5-18.
 12. Popović, Nella, *Politika ljudskih prava Europske Unije: razvoj i izazovi za budućnost*, Politička misao: časopis za politologiju, Pravosudna akademija, Zagreb, Vol. 45, No. 3-4, 2008., str. 161-185.

13. Primjena Povelje Europske unije o temeljnim pravima u izradi zakonodavstva i oblikovanju politika na nacionalnoj razini – Smjernice, Priručnik, Agencija Europske unije za temeljna prava, Luksemburg: Ured za publikacije Europske unije, 2020. Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_hr.pdf
14. Putting Human Rights at the Heart of Europe's Future – Summary report, Human rights experts and leaders meeting 7-8 September 2022, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2022., str. 1-5. Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-hr-expert-meeting-summary_en.pdf
15. Report of the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, *2021 Annual Report on Human Rights and Democracy in the world*, 2021., str. 1-220. Dostupno na: <https://reliefweb.int/report/world/eu-annual-report-human-rights-and-democracy-world-2021>
16. Safjan, Marek, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?*, Working Papers, LAW 2012/22, European University Institute, Department of Law, Fiesole, 2012., str. 1-15.
17. Schutter, Olivier De, *Mainstreaming Human Rights in the European Union*, u: Alston, Philip/ Schutter, Olivier De, *Monitoring Fundamental Rights in the EU, The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.
18. Sokhi-Bulley, Bal, *The Fundamental Rights Agency of the European Union: A New Panopticism*, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 4, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 683-706.
19. *The European Union and International Human Rights Law*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, str. 1-70.
20. Thiel, Markus, *European Civil Society and Human Rights Advocacy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017.
21. Von Bogdandy, Armin/Von Bernstorff, Jochen, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: The legal framework and some unsettled issues in a new field of administrative law*, *Common Market Law Review*, Kluwer Law International, Vol. 46, No. 4, 2009., str. 1035 – 1068.

B) Ugovorni propisi i ostali akti:

1. Jedinstveni evropski akt – *Single European act* (OJ L 169, 29.6.1987.)
2. Lisabonski ugovor o izmjenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice - *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community* (OJ C 306, 17.12.2007.)
3. Odluka Vijeća (EU) br. 2017/2269 od 7. decembra 2017. godine o uspostavljanju Višegodišnjeg okvira djelovanja Agencije Evropske unije za

- temeljna prava za period 2018.-2022. - *Council Decision (EU) 2017/2269 of 7 December 2017 establishing a Multiannual Framework for the European Union Agency for Fundamental Rights for 2018–2022* (OJ L 326, 9.12.2017.)
4. Povelja o temeljnim Pravima Evropske unije - *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (OJ C 326, 26.10.2012.)
 5. Prečišćena verzija Ugovora o Evropskoj uniji - *Consolidated version of the Treaty on European Union* (OJ C 326, 26.10.2012.)
 6. Prečišćena verzija Ugovora o funkcionisanju Evropske unije - *Consolidated version of the Treaty on the Functioning European Union* (OJ C 326, 26.10.2012.)
 7. Saopštenje Komisije Evropskih zajednica, Dokument o javnim konsultacijama Agencije za temeljna prava, Brisel, 25.10.2004. - *Communication of the Commission of the European Communities, Communication from the Commission, The Fundamental Rights Agency Public consultation document*, Brussels, 25.10.2004., COM (2004) 693 final.
 8. Ugovor iz Maastrichta - *Treaty on European Union* (OJ C 191, 29.7.1992.).
 9. Uredba Vijeća (EU) 2022/555 od 5. aprila 2022. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 168/2007 o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava - *Council Regulation (EU) 2022/555 of 5 April 2022 amending Regulation (EC) No 168/2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights* (OJ L 108, 7.4.2022.), str. 1-12.
 10. Uredba Vijeća (EZ) br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine o osnivanju Agencije Evropske unije za temeljna prava - *Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights* (OJ L 53, 22.2.2007.)
- C) Sudska praksa Evropskog suda pravde:
1. Presuda Suda od 12. novembra 1969., *Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt*. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Stuttgart – Germany, C 29/69.
 2. Presuda Suda od 17. decembra 1970., *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Germany, C 11/70.
- D) Internet izvori:
1. A New Strategic Agenda, European Council, Brussel, str. 1-8.
 2. Djelovanje Agencije EU za temeljna prava: Vidjeti: <https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/fra/>
Dostupno na: <https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024.pdf>
 3. Equality and Human Rights Commission, *What is the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*. Vidjeti:

4. EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024. Dostupno na: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf
5. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia – EUMC. Dostupno na: https://fra.europa.eu/sites/default/files/2022-01/PD_2022-2024_EN.pdf
<https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/how-are-your-rights-protected/what-charter-fundamental-rights-european-union>
<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/european-monitoring-centre-on-racism-and-xenophobia>
6. Nadležnosti Agencije EU za temeljna prava. Vidjeti na: <https://fra.europa.eu/en/about-fra>
7. Platforma za temeljna prava (Fundamental Rights Platform - FRP). Dostupno na: <https://www.citizensinpower.org/collaboration/fundamental-rights-platform/>
8. Razlozi postojanja i djelovanja Agencije. Dostupno na: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/fra_hr
9. Saradnja Agencije EU za temeljna prava sa drugim institucijama. Vidjeti na: <https://www.europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/fra/>
10. Single Programming Document 2022-2024, European Union Agency for Fundamental Rights, str. 1-190. Dostupno na:
11. Sistem zaštite ljudskih prava u okrilju Ujedinjenih nacija i nacionalnim institucijama za ljudska prava (National Human Rights Institutions - NHRIs). Vidjeti na: <https://www.ohchr.org/en/countries/nhri>
12. The European Union and International Human Rights Law, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office. Vidjeti: https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf
13. Uloga i značaj Agencije EU za temeljna prava (FRA). Dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/agencija-europske-unije-za-temeljna-prava-fra/>

Ajna Jodanović, Ph. D., assistant professor
Faculty of Law, University of Bihać

Damir Muminović, Ph. M., senior assistant
Faculty of Law, University of Sarajevo

THE CONTRIBUTION OF THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AS AN INDEPENDENT BODY IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS PROMOTION AND PROTECTION AT THE UNION LEVEL

Summary: The European Union actively promotes and protects human rights both within its own borders and in the external relations. The establishment of the European Union Agency for Fundamental Rights as an independent body that began its work in 2007 represented an important step in the process of expanding the Union's policy on fundamental rights. The paper will analyze the existing legal basis and established set of instruments for the protection of fundamental rights in the European Union, as well as the main aspects of the Union's human rights policy.

The primary goal of the research is to examine the past experience of the Agency at the European Union level from a historical, political and legal perspective, as well as its cooperation with member states, Union institutions and organizations at the international level. At the center of the analysis of this paper will be the Agency's activities aimed at the promotion and protection of human rights at the Union level from the perspective of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Starting from the fact that the improvement of the protection of human rights occupies a central place in the legal and political agenda of the European Union, this research will ultimately point out the important role of the Agency when it comes to its effort to make the protection of fundamental rights a reality for all those living in the Union.

Key words: European Union, European Union Agency for Fundamental Rights, protection of human rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

MA Inga Kotlo, viša asistentica
Univerzitet “Džemal Bijedić” u Mostaru

**ZAPISI S MARGINE: KULTURNA PRAVA I KULTURNE POLITIKE U
BOSNI I HERCEGOVINI /
NOTES IN THE MARGINS: CULTURAL RIGHTS AND CULTURAL
POLICIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Sažetak: Kulturna prava, utvrđena članom 15. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR) i članom 27. Opće deklaracije o ljudskim pravima (UDHR), predstavljaju važan segment u ostvarivanju općeg stremljenja čovječanstva ka slobodi i dostojanstvu. Ipak, ova su prava često marginalizovana ili percipirana kao „preostala kategorija“. Međutim, države potpisnice imaju jednaku obavezu, kao i u pogledu građanskih i političkih prava, da preduzmu korake kako bi postepeno ostvarile punu realizaciju prava priznatih u ICESCR-u. Stoga, ovaj rad istražuje stanje kulturnih prava u kulturno raznolikoj Bosni i Hercegovini, pritom se fokusirajući na kulturnu politiku kao pokazatelja volje države za ostvarivanjem kulturnih prava. U radu se prikazuju slabe i jake tačke kulturne politike i identifikuju se prijedlozi koji bi mogli doprinijeti efikasnijem ostvarivanju kulturnih prava u Bosni i Hercegovini. Analiziranjem postojećih kulturnih politika u Bosni i Hercegovini, kao i kulturne politike susjedne države, Hrvatske (članice EU), a na osnovu pokazatelja koje predlaže autorica (postojanje kulturne politike i državnih izvještaja za ICESCR, formulacija/jezični sadržaj kulturnih strategija, finansijski aspekt kulturnih strategija i karakteristike statističkog okvira sadržanog u kulturnim strategijama), rad generiše preporuke za nadogradnju kulturnih politika kako bi se osiguralo efikasnije ostvarivanje kulturnih prava i njegovanje društvene kohezije.

Ključne riječi: Kulturna prava, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR), ljudska prava, kulturne politike

1. Introduction

Culture, defined as the “broad, inclusive concept encompassing all manifestations of human existence”¹, affects all aspects of life and has been acknowledged as a driver of change and a tool for fostering mutual understanding and social

¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Forty-third session, 2–20 November 2009

cohesion, as well as for promoting economic prosperity and development.² Such a viewpoint was upheld by the expansion of the legal framework concerning culture, the creation of funds for supporting culture, and the development of a comprehensive statistical framework for culture on a global level in the last decades. However, even though the culturally diverse Balkan region, more so the state of Bosnia and Herzegovina, could benefit greatly from the investment in culture, this issue is still rather marginalized. Thus, this paper serves as a note in the margins which aims to highlight the importance of culture in general and, in particular, which draws attention to the importance of cultural rights which are often perceived as a “residual category”³ within the human rights system and analyzes their presence in the countries’ cultural policies and strategies.

Namely, cultural policies are significant tools for both realizing the cultural rights of all citizens of Bosnia and Herzegovina, as well as for progressing on the path towards the European Union and harmonizing the legislation, due to the fact that (cultural) policies can be considered as a starting point for the realization of cultural rights upon the ratification of relevant treaties. Specifically, since Bosnia and Herzegovina became a State party to the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) in 1993, the existence of cultural policies that reflect the content of the ratified treaty and submitting quinquennial State reports acts as an indicator of the will of the state to fulfill its international obligations and to promote the further realization of cultural rights. Based on that, the paper examines the existing cultural policies from the perspective of the international human rights framework, by particularly focusing on Article 15, para 1 (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR, 1966)⁴, and the Article 7, para 1 of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of Diversity of Cultural Expressions (UNESCO, 2005)⁵, which contain *the right of everyone to take part in cultural life*.

It is important to note at the very beginning that the European Commission concluded that “Bosnia and Herzegovina is *at an early stage* of preparation in the area of education and culture.” (Chapter 26: Education and Culture, p. 154) in its *Opinion on Bosnia and Herzegovina’s EU membership application*⁶ adopted in May 2019. Within the Opinion, the Commission provided a comprehensive

² Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000

³ Eide, Asbjorn, *The use of indicators in the protection of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. In Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas: *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook*, Second Revised Edition. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 545-553

⁴ United Nations (General Assembly), *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Treaty Series, vol. 999, December 1966

⁵ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Paris, 2005

⁶ European Commission. *Opinion to the EU Council on the membership application of Bosnia and Herzegovina*. 2019

roadmap for incremental reform, and although the focus of the Chapter 26 lies heavily on the educational segment, one of the reasons for such a conclusion is surely the fact that the latest cultural policy, the *Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina*⁷, was adopted quite a long time ago – in 2008, by the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina. Hence, the paper brings forward the results of the comparison of the cultural policies of Bosnia and Herzegovina and the neighboring country Croatia, with the aim to pinpoint examples of good practices for Bosnia and Herzegovina, rightfully assuming that Croatia, as the newest European Union member (since 2013), managed the cultural sector and created the cultural policy in accordance with the international obligations.

Finally, the paper displays the policies' strong points and areas for improvement, as well as identifies possible adjustments to the future versions of cultural policies, strategies, and action plans in Bosnia and Herzegovina that could contribute to a more effective realization of cultural rights and advancement in the process of Bosnia and Herzegovina into the European Union. The adjustments and recommendations given within this paper are generated on the basis of indicators proposed by the author: the existence of the (current) cultural policy and State reports to the ICESCR, the wording of the cultural policies and/or strategies, the financial aspect of these policies/strategies, and the characteristics of the statistical framework included in the cultural policies/strategies. The basis for these indicators were the conclusions and guidelines given within the relevant documents: ESCRC's General Comment no. 21 (2009) – Article 15, para 1(a)⁸ and the UNESCO Operational Guidelines and Measures for Article 7 of the UNESCO Convention (2013)⁹. Adapting the policies to fulfill these indicators would not only ensure the presence of cultural rights in the policies and contribute to Bosnia and Herzegovina's path towards the EU, but they would contribute to strengthening the human rights treaty system in the rather marginalized area of cultural rights.

2. Methodology

The research methodology for this study, which aims to examine whether cultural policies ensure cultural rights and reflect the legal provisions and international cultural obligations taken by adopting the ICESCR (1966) and the UNESCO 2005 Convention, is two-fold and consists of

a) the revision of the international legislative framework related to culture, as

⁷ The Council of Ministers, Ministry of Foreign Affairs BiH, *Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina*. Sarajevo, 2008

⁸ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Forty-third session, 2–20 November 2009

⁹ UNESCO. *Basic texts of the 2005 Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, edition 2013

well as the national legislation concerning culture in the respective countries: Bosnia and Herzegovina and Croatia, and

- b) revision of the official State documents regarding the field of culture, particularly the latest cultural strategies and reports of the ministries of culture which are instruments from which we can “sense” the cultural policy, as both the countries in question, Bosnia and Herzegovina and Croatia, do not have official, explicit cultural policies (the Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina (2008) and The Strategic plan of Ministry of Culture in Croatia 2014-2016).¹⁰

Upon identifying the focus of the research, and upon generating the crucial indicators on the basis of the literature review, a qualitative analysis of the selected cultural policies/strategies was conducted to assess the level of compliance of the policies with internationally recognized cultural rights.

The revision of the legislative framework, conducted after reviewing the administrative and demographic features of the chosen states, encompasses both the international and national laws, but focuses on legal provisions from two international treaties that were ratified by both states:

- ◆ Article 15, para 1(a) of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights - ICESCR (1966):

“1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

(a) To take part in cultural life” and

- ◆ Article 7, para 1 of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the

Diversity of Cultural Expressions (2005):

“1. Parties shall endeavor to create in their territory an environment which encourages individuals and social groups:

(a) to create, produce, disseminate, distribute and have access to their own cultural expressions, paying due attention to the special circumstances and needs of women as well as various social groups, including persons belonging to minorities and indigenous peoples;

(b) to have access to diverse cultural expressions from within their territory as well as from other countries of the world.

In addition, the author has also used the two subsequent documents that further elaborate the content of these provisions: the Committee on ESCR’s General Comment no.21 – Article 15, para 1(a) (2009) and the UNESCO Operational Guidelines and Measures for Article 7 of the UNESCO Convention (2013).

Article 7 of the UNESCO Convention, as further elaborated in the UNESCO Operational Guidelines, should be reflected in the cultural policies through developing and implementing instruments and activities which aim to support the creation, production, distribution, dissemination, and access to cultural activities,

¹⁰ Ministry of Culture of the Republic of Croatia. *Strategic Plan of the Ministry of Culture 2014-2016*. Zagreb, 2013

goods and services with the participation of all stakeholders, and notably civil society. These instruments can relate to various fields and include: legislation (establishment of structuring legislation in the cultural field), creation/production/distribution (creation of cultural organizations mandated to create, produce, and present the domestic cultural content), financial support (development of financial support programs including tax incentives that provide assistance for the creation of cultural activities), advocacy and promotion (participation in exchanges on various international legal instruments), export and import strategies (develop both export-driven (promoting cultural expressions abroad) and import-driven strategies (enabling the distribution of diverse cultural expressions in their respective markets)), and access strategies (encourage programs for economically disadvantaged groups).¹¹

Cultural policies and measures are defined in Article 4.6 of the UNESCO 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions as policies and measures “relating to culture, whether at the local, national, regional or international level that are either focused on culture as such or are designed to have a direct effect on cultural expressions of individuals, groups or societies, including on the creation, production, dissemination, distribution of and access to cultural activities, goods and services”.¹² Their importance is further emphasized by Article 12 of the above-mentioned Convention which promotes international cooperation in order to facilitate dialogue among Parties on cultural policy and by Article 14 which advises capacity-building through the exchange of information, experience, and expertise, relating to, inter alia, policy development.

Therefore, in order to set up indicators that would measure the presence of this right – the right of everyone to take part in culture - in the latest cultural strategies and policies in Bosnia and Herzegovina and Croatia, the author relied on the Economic, Social and Cultural Rights Committee’s General Comment no. 21 (2009) and the UNESCO Operational Guidelines and Measures (2013). As a result, four indicators were generated:

1. the existence of State reports to these treaties,
2. wording of the cultural policies and strategies and whether it explicitly reflects the content of *the right to take part in cultural life*,
3. financial aspect of these policies and strategies or whether the funds are allocated in such a manner to promote and ensure the (gradual) realization of this right, and
4. the characteristics of the statistical framework included in the cultural strategies or whether the decision-making is underpinned by accurate and up-to-date information from the ground.

¹¹ UNESCO. *Basic texts of the 2005 Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, edition 2013

¹² United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Paris, 2005

The rationale behind such a selection of indicators dwells upon the ideal process that a state party should undergo after the ratification of the ICESCR. This process involves identifying indicators, setting benchmarks, and starting to monitor and prepare quinquennial reports to the ESCR Committee. By indicators, we consider a set of statistics that “indicate” phenomena that are not directly measurable and may be based on either quantitative or qualitative information, as long as they can be consistently measured over time. Their purpose is to give an indication of actual conditions, or in other words, to determine whether a change has occurred or not. In the broad sense, indicators may be categorized into 3 groups: structural (which aims to assess will/intent, e.g., data collection and policy promise), process (which assesses effort, e.g., policies taking place), and outcome (which assesses results, e.g. assessing the impact of policies) indicators. Benchmarks, on the other hand, are goals or targets or “minimum thresholds” set according to the differing situations of each country. Thus, in fact, they prioritize different temporal targets for evolving rights protection to meet. By establishing such an indicator-benchmark process, it is possible to assess progress over time and detect whether there are improvements or deteriorations and/or if there are certain disparities on grounds of discrimination (e.g. the wage discrimination of the employees in the cultural sector on the grounds of gender).¹³ Therefore, we may conclude that, next to the ratification of ICESCR and similar treaties, the adoption of cultural policies that explicitly reflect the content of these treaties is one of the starting steps of the process of implementing the State’s responsibilities and gradually achieving the full realization of cultural rights.

Thus, the analysis provided in this paper determines whether the above-outlined provisions are reflected in the strategies of the ministries of culture in the respective states: the Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina (2008 – the latest cultural strategy in Bosnia and Herzegovina) and The Strategic plan of Ministry of Culture in Croatia 2014-2016 (chosen as the first strategy after Croatia’s accession to the EU in 2013, in order to assess the level of compliance needed for the accession to the EU). To be more precise, the analysis first examines the availability and content of the submitted State reports for both Conventions. Afterward, the analysis focuses on the content of the cultural strategies to determine whether the wording and financial plans match the comprehensiveness of the selected legal provisions. Finally, attention is put on the inclusion of statistical data in the cultural strategies, as statistical data is an essential indicator by which the current state of affairs in culture can be reviewed (or in other words, it serves as a monitoring tool) and which can serve as a foundation for setting up benchmarks and goals for the upcoming policies.

It is assumed that policies that fulfill these criteria would be better equipped to accomplish their intended role: to serve as an important tool to encourage the protection of cultural rights through fostering the participation of arts and culture

¹³ Young, Katherine G. *The Minimum Core of Economic, Social and Cultural Rights: A Concept in Search of Content*. In *Yale Journal of International Law*, vol. 33. New Haven, Connecticut, 2008

in economic development, through emphasizing the importance of creativity in developing human capital and through supporting participation in the arts as a link to social cohesion, inclusion, and diversity. In other words, cultural policies should provide support to culture on four stages: of creation (supporting creators in their effort to create cultural activities, goods, and services), of production (supporting the development of cultural activities, goods, and services by promoting access to production mechanisms), of distribution (promoting access through public, private or institutional channels), and of access (provide information about available domestic or foreign cultural activities)¹⁴, which would fulfill all segments of cultural rights prescribed in the above-mentioned articles. When it comes to policy instruments, they should relate to legislation (e.g. copyright), production (creation of cultural organizations), financial support (to provide assistance for cultural activities), advocacy and promotion, export and import strategies (promoting cultural expressions abroad and from abroad), and access strategies (for economically and geographically disadvantaged groups).¹⁵ Hence, in order to create an efficient policy, there are numerous questions to be answered: what are the main objectives of the policy, when, how and by who has it been implemented, as well as what are the main challenges and impacts of the policy and with which indicators are they measured.

3. Results

Indicator 1: The existence of State reports to the ratified treaties

In the case of Croatia, indicator 1 – the existence of State reports as the sign of the State’s willingness and efforts to comply with international obligations, as visible from the official website of the United Nations where there are available periodic reports of the State Parties, was only partially fulfilled and with a substantial delay. To be more exact, having in mind the fact that Croatia ratified the ICESCR in October 1992, the first report should have been submitted within two years of entry into force while the subsequent periodic reports should have been submitted every five years. However, we may notice that Croatia’s reporting cycle is far from ideal: during these 30 years only two reports were submitted – the initial report, whose due date was June 30, 1993, was submitted with 7 years of delay - on July 4, 2000. Accordingly, the second State report should have been submitted by June 30, 2006, but, as we may see from the website, the second report was submitted only in March 2022, with 16 years of delay. Also, according to the current list of periodic reports on the UNESCO website, Croatia did not

¹⁴ UNESCO. *Basic texts of the 2005 Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, edition 2013

¹⁵ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Paris, 2005

submit its first report on UNESCO 2005 Convention before 2012 even though it ratified it in 2006. The subsequent due dates were 2012, 2016, and 2020 while the reports were submitted in 2014, 2018, and 2020, which suggests there's room for improvement in this aspect.

On the other hand, Bosnia and Herzegovina has submitted three State reports for the ICESCR: the initial report in July 2004, the second in August 2010, and the third periodic report in March 2019. Having in mind the fact that Bosnia and Herzegovina ratified the ICESCR in October 1993, and that the first report should have been submitted within two years of entry into force while the subsequent periodic reports should have been submitted every five years, we find that reporting cycle for Bosnia and Herzegovina is relatively orderly. Namely, during these 19 years, three reports were submitted. The first, which was due on June 30, 1995, was submitted on July 21, 2005. Naturally, a certain delay for the first report in the case of Bosnia and Herzegovina was expected due to the war atrocities taking place during the period 1992-1995. But on a positive note, the second State report was submitted with only a month of delay, on Aug 13, 2010 (it should have been submitted on June 30, 2010). Finally, the third report was delayed again – but with a tolerable delay of 9 months; it was submitted in March 2019 instead of June 2018. Regarding the UNESCO 2005 Convention, Bosnia and Herzegovina ratified it in 2009 and submitted all the periodic reports in due time (every four years) – in 2013, 2017, and 2021, as confirmed on the official UNESCO website. Hence, when taking into account the existence of reports to the chosen treaties, we may notice that Bosnia and Herzegovina quite duly fulfills its obligations to submit periodic reports and that it may serve as an example of good practice. Leaving aside all possible and justified reasons and obstacles each state might have, it is important to acknowledge that a delay in the submission of reports has negative consequences for the image of the State in the international community as it displays its unwillingness to fulfill the undertaken responsibilities. In other words, by failing to submit periodic reports, the State Party fails to fulfill its international obligation. Furthermore, bearing in mind that a report-writing process represents an opportunity to gather information on human rights (in this case, cultural rights) protection through reviewing the level of harmonization of laws and policies with the international standards and identifying problems and shortcomings, as well as assessing future needs and goals, these delays act as an impediment to a more successful policy planning and implementation in the future. Finally, addressing the issue of State reports is important for strengthening the human rights treaty system because it has been recognized that one of the challenges it faces is precisely the delay in the submission of reports. Thus, it may be concluded that all states failing to timely submit the reports weaken the system, while all those states that manage to submit the reports to the ratified treaties help to strengthen the human rights treaty system.

Indicator 2: The wording of the cultural policies and strategies that explicitly reflects the content of the treaties

The analysis suggests that Croatia has shown significant progress in embedding the wording that reflects the content of selected treaties. The analyzed strategic document provides information on the current state of affairs in culture, as well as the forthcoming challenges, and it identifies bodies responsible for specific issues and connects the planned activity to the state budget. In addition, the Strategy offers the indicator-benchmark overview which is characterized by very precise quantitative data – numbers or percentages neatly given in tables. Such inclusion of the relevant statistical and financial data shows a significant attempt to operationalize culture and make it as measurable and comparable as possible. The space given to the development of culture is parsed into 5 specific goals in this strategic plan: 1.1 Support to artistic creation, entrepreneurship, and participation in culture, 1.2 Development of independent (non-institutional) culture, 1.3 Support to the development of performing arts, 1.4 Improving audio-visual activities and media and 1.5 Development of book-publishing and library activities. For assessing the level of presence of the content of the chosen provision (“right to take part in cultural life”), the specific goal 1.1 proves to be the most important. Within it, we found the terms stemming from the treaty: *participation, creation, production, cultural life, access to, cultural goods, services and activities, development, cultural industry, sustainability, and youth/children*. Thus, we may conclude that the wording of this Strategic plan considerably reflects the content of the above-mentioned cultural right.

An area for improvement can be identified due to the fact that “persons with disabilities”, “the elderly”, “economically disadvantaged groups”, “minorities”, “women”, “minorities”, or simply “various social groups” haven’t been explicitly mentioned in the strategy. When outlining plans to draw cultural heritage closer to persons through digitalization, it might be implied that their opening is directed to all the aforementioned groups. However, this should be explicitly stated. Furthermore, physical access is extremely important, which means that in indicators such as “the support to the development infrastructure” there should be an explicit statement that highlights the necessity of adapting the physical access of the cultural sites and institutions to meet the needs of persons with disabilities (e.g. elevator, ramps, preparing audio and video presentations as well as having the sign language tours). Similarly, explicitly mentioning “the economically disadvantaged groups” and envisaging a supportive program to encourage them to participate in culture (free of charge) might be a good start to further open the culture in Croatia to all its citizens. Thirdly, even though the mission states that the Ministry of Culture shall improve the cooperative relationship between the majority and the minorities, in the strategic plan there is no mention of the word “minority” and no goals that foster their participation in culture. If we take into account that there are 22 minorities living in Croatia, and they represent almost 9% of the overall population (according to the Census 2021 data in Croatia), and

if to this fact we add that the percentage of persons with disabilities in Croatia was 11.9% (according to the data of the Croatian Registry for Persons with Disabilities in 2016), we may conclude that a considerable percentage of citizens of Croatia were bypassed in the analyzed cultural strategy. Needless to say, this number would notably increase if we were to consult the latest statistics for information on the percentage of economically disadvantaged persons living in Croatia. Thus, as a state which agreed to ensure participation in cultural life for all its citizens, more efforts could and should be made to address these issues effectively.

Comparing the two documents from the respective countries, we may determine this format and wording might be useful for Bosnia and Herzegovina when creating future cultural strategies and action plans. When looking at the Strategy of Cultural Policy (2008) of Bosnia and Herzegovina, we may notice that – although comprehensive – it is considerably abstract and without sufficient accurate and up-to-date statistical data and developed indicators and benchmarks. In addition, its language does not reflect (i.e. repeat or paraphrase) the content of the treaties. “Cultural participation” seldom appears in the document, and it usually denotes the participation of cultural organizations in international projects and not the participation of all citizens in cultural life. The author endorses that, in the case of assessing whether the strategy aims to respect the right to participate in culture, first, the wording needs to match the contents of the relevant legal provision(s). Hence, it would be useful if the wording that reflects cultural rights was embedded in future strategies (e.g., explicitly mentioning and elaborating terms such as “cultural life”, “creation”, “participation” etc.). Furthermore, the text should elaborate on cultural participation by mentioning various social groups, such as women, children/youth, the elderly, persons with disabilities, and minorities whose unmet cultural needs should be examined. This may seem trivial, but words are seeds for action; explicit mentions contribute to bringing the issues into the midst of discourse, which eventually results in a comprehensive but clear and well-detailed framework of action.

Indicator 3: The financial aspect of cultural policies and strategies to promote the realization of cultural rights

In the case of Croatia, studying the Strategic plan 2014-2016 shows that it does not include the financial plan, but it does provide a helpful overview of the connections between the Ministry of Culture’s activities and the state budget. Hence, we may see that for the specific goal of *1.1 Support to artistic creation, entrepreneurship in culture, and participation in cultural life*, there are 11 different projects/activities in the state budget, such as: Health and Retirement Insurance of the Artists, Basic Activity of Cultural Associations, Awards for Achievement in Culture, Entrepreneurship in Culture, Building, Maintaining and Equipping the Cultural Institutions, Informatization of Cultural Institutions, International Cultural Cooperation, etc. It also highlights that the support for cultural infrastructure and participation in cultural life is drawn from three state budget activities:

Building, Maintaining, and Equipping the Cultural Institutions, Informatization of Cultural Institutions, and Matica Hrvatska.¹⁶

In the case of Bosnia and Herzegovina, from the Strategy of Cultural Policy (2008) and its adjoining Action Plan for Implementation of the Strategy of Cultural Policy in B&H 2011-2014, we cannot obtain any information about financial support to any of the indicators, including those that relate to addressing cultural participation. The Strategy of Cultural Policy of Bosnia and Herzegovina, within its 73 pages, contains an introduction, 20 sections (Cultural historical capital in B&H, Cultural specificities in B&H, Cultural democracy, Democratic society, and cultural policy, Cultural heritage in B&H, Cultural policy in the system, Market and culture, Programs and projects in culture, Cultural industries, Publishing and literature, Music and discography, Film industry, Arts, Communications, Cultural policy and theater, International cooperation in culture, Goals of the Strategy of Cultural Policy in B&H, Basic long-term commitments of the Strategy of Cultural Policy in B&H, Priorities and action plan of Cultural Policy in B&H and Program of Implementation of the Strategy of Cultural Policy in B&H) and a statistical attachment (Annex 1: Basic indicators in statistics and Annex 2: Statistical data in culture). At the very first glance, we may notice that the Strategy is very comprehensive, which is laudable, but the text is very descriptive and general, without providing financial information, facts from the ground, and a detailed framework of indicators and benchmarks to reach a certain goal. Interestingly, the statistical attachment was provided at the end of the document, but it was not included in the text as the factual underpinning of the envisaged plan, nor it was at any point interpreted within the text of the strategy.

In any case, if the effort to realize "the right to participate in cultural life" is to be assessed from the financial aspect, the basis for such examination would not be the policy or the strategic plan, but the financial plan of the yearly Action Plans of the Ministry of Culture and the list of projects which were winners at the Ministries' yearly competitions. In order to reach conclusions, the researcher needs to comb through these projects or programs and identify those which are promoting the right to cultural participation of various social groups (including women, youth, persons of the third age, persons with disabilities, minorities etc.) By examining the number of these projects, and by calculating the funds allocated for their realization, the effort of the State to realize this cultural right might be portrayed. In this aspect, it is worth mentioning that it would be beneficial if one of the selection criteria for the winning of the Ministries' competitions became precisely the wording that explicitly reflects cultural rights given within the ratified treaties. By choosing to allocate funds for project proposals whose goals and the overall text of the proposal explicitly highlight specific cultural rights, the State ensures support for the gradual realization of cultural rights. Finally, this paper acts as a reminder of the ICESCR's obligation for the states to seek or provide international

¹⁶ Ministry of Culture of the Republic of Croatia. *Strategic Plan of the Ministry of Culture 2014-2016*. Zagreb, 2013, p. 58

assistance to achieve the full realization of all rights, which may be secured by participating and withdrawing funds from programs such as the Creative Europe Program with an ample budget of €2.44 billion allocated for the period 2021-2027 (according to the Creative Europe official website).

Indicator 4: The inclusion of the statistical data in the cultural policies and strategies

In Croatia, the text of the strategy is notably clear and coherent. This applies also to the parts of the text which adjoin each of the goals - they, without an exception, have the same, coherent structure: they include an introducing paragraph that offers concise statistical information from the ground about the specific topic, they identify the challenges and possible solutions to these challenges, and present the ways of realizing the outlined specific goal accompanied with indicators by which the path of realization will be assessed. These indicators are characterized by very precise quantitative data – numbers or percentages (the current data and the benchmark value). After this descriptive text, for each of the specific goals, there is a table of output indicators and a table of outcome indicators.

On the other hand, as it was mentioned earlier, the comprehensive Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina (2008) does have a statistical attachment (Annex 1: Basic indicators in statistics and Annex 2: Statistical data in culture) at the end of the 73-page document. By inspecting the content of these annexes, we may see that the cultural data available relating to cinemas (projections, attendance, and employees), theatres (projections, attendance, and employees) and libraries, the structure of expenditure of the average household (expenditure on education and culture amounts to 4,8%), cultural centers of foreign countries in B&H, cultural industry (music and film) and radio and TV stations. This is a good foundation to work on by expanding the scope and going more into detail in depicting cultural infrastructure following the 2009 UNESCO Framework for Cultural Statistics¹⁷ (e.g., providing more information on local cultural centers, their contents, and attendance, the audience profile) in order to get a clearer view of cultural participation and the (un)met needs of various social groups.

However, this statistical data was not included in the text as the factual underpinning of the envisaged plan in the strategy of cultural policy of Bosnia and Herzegovina, nor it was at any point interpreted during the descriptive and largely vague and abstract text. As a result, even explicitly stated notions may never be tackled in practice. Thus, in order to ensure the realization of a certain goal, there must be provided statistical data background upon which benchmarks will be established. Finally, a detailed set of indicators must be established to measure the gradual movement toward the realization of that goal. For these purposes, we may use (and suggest its upgrade) the thematic report “Culture and Arts” prepared by

¹⁷ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Framework for Cultural Statistics*. 2009. p. 21

the Agency for Statistics of Bosnia and Herzegovina, in which the following particles are monitored: radio and TV stations, cinematography, libraries, and theaters. This thematic bulletin, in order to better assess cultural participation, should include information about the number of other types of cultural centers, the profiles of the audience (gender, age, social groups etc.), and their unmet needs. Such information would represent a significant foundation upon which cultural participation could be built, and thus it should be included in all upcoming strategic plans and action plans concerning culture.

4. Discussion

Aiming to shed light on the importance of cultural policies and strategies and advocating for improvements of the future versions of these documents in Bosnia and Herzegovina, we shall first provide a more detailed justification for each of the indicators in the following paragraphs.

Indicator 1: Existence (and quality of the content) of State reports to the treaties: It has been recognized that one of the challenges that the human rights treaty system faces is the delay in submission and/or consideration of reports, or even non-reporting.¹⁸ By failing to submit periodic reports, which is an international obligation of the State Parties, the States send a signal of indifference or disregard for the undertaken responsibilities – expectedly, such an act can negatively influence the State’s reputation in the international community. The very idea of monitoring human rights through review of reports roots back to a 1956 resolution of the Economic and Social Council which requested United Nations Member States to submit periodic reports on progress made in the implementation of responsibilities taken by ratifying human rights treaties. In the case of the IC-ESCR, the initial comprehensive report should be submitted within two years of the treaty entering into force for that State, while the latter periodic reports should be submitted every five years. (The reporting duty has been set out in Article 17 of the ICESCR, but it did not establish a reporting periodicity. On the contrary, it gives ECOSOC discretion to set up its own reporting program.)

Reports, however, should not only be seen as a duty and a final product of one process; they are, at the same time, a valuable foundation for planning the steps to progress. Due to the fact that these reports must set out the legal, administrative, and judicial measures taken by the State to give effect to the treaty provisions and outline the difficulties that have been encountered in implementing the rights, they can and should act as a starting point for the creation of new policies and strategies. In particular, the report preparation process provides an opportunity for the State party to conduct a comprehensive review of the measures taken

¹⁸ UN OHCHR. *Enhancing the human rights treaty body system. Harmonized guidelines on reporting to the treaty bodies*. Geneva, 2004.

to harmonize national law and policy with the provisions of the relevant treaty, to monitor progress made in promoting the enjoyment of the rights, to identify problems and shortcomings in its approach to the implementation of the treaties, to assess future needs and goals for more effective implementation of the treaties and to, accordingly, plan and develop appropriate policies to reach these goals.¹⁹

Indicator 2: The wording/content of the cultural policies, strategies, and action plans: The content of these documents should genuinely reflect the legal provisions of the ratified treaties. In the case relevant to this paper, it means that the wording present in Article 15, para 1(a) of the ICESCR and Article 7, para 1 of the UNESCO Convention should also be present – explicitly and implicitly – in the strategies and action plans. Words are seeds of action, which entails that, if the legal provisions are verbally seeded in strategies and action plans, they are brought into the midst of discourse and will have more chance to be embodied in the actual practice. To be more precise, the wording necessary for the reflection of the two provisions mentioned above would include terms such as “take part” or “participate”, “cultural life”, “creation”, “production”, “dissemination”, “access to” cultural expressions, “cultural goods, services, and activities” ” (or in other words - the terms which are encompassed by the term “the culture cycle”), “various social groups”, “minorities”, “women”, “economically disadvantaged groups”, “elderly”, “youth”, “persons with disabilities”, “sustainability”, “development”, “cultural industries”, “cultural heritage”, and “universal values”.

Indicator 3: The financial aspect of the content of cultural policies, strategies, and action plans: The projects/programs which are closer to realizing the cultural objectives (thus, there is a necessity to explicitly state them using carefully worded language) and which are complying with the international obligations should be given priority and awarded with (increased) financial support. Hence, by examining the financially supported projects, we may conclude what is the direction of culture in a certain country (even if the objectives are not explicitly stated in the policy or strategy), and whether this path goes towards the compliance of internationally recognized and adopted standards. Needless to say, such an examination may motivate the State’s officials to assemble a set of cultural objectives (if they are currently only implicit) as well as a set of indicators by which their implementation and progress can be monitored.

Indicator 4: The existence of statistical data concerning culture in cultural policies, strategies, and action plans: The statistical data is an important tool for knowing the status quo in culture, i.e., for clearly determining at which stage of development the country’s culture is, and whether it is progressing in terms of achieving the State’s cultural objectives. Additionally, the statistics allow

¹⁹ UN OHCHR. *The United Nations Human Rights Treaty System - An introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies. Fact Sheet 30.* Geneva, 2012. p. 25-26

international comparisons of many cultural aspects, including the realization of cultural rights, which helps to provide a global picture of cultural matters. On the other hand, when considering the national level, such reliable information is needed for evidence-based policies to be formulated and for their impacts to be measured and evaluated. In other words, the existence of statistical data in the field of culture gives a picture of the level of sophistication of cultural policymaking and the degree to which evidence is used to underpin decision-making.

The importance of statistical data has been internationally recognized, and thus in the last decades, there are many efforts invested in encompassing culture into measurable indicators. One of these efforts is certainly the creation of the UNESCO Framework of Cultural Statistics (2009) which is envisaged as a reference point for the States interested in developing a data package that will enable their culture's performance to be measurable and comparable. Luckily, a certain degree of cultural data may be collected by disaggregation of the currently existing national data, such as the national censuses of population, business censuses, and any participation/usage data, as well as funding allocation data, house expenditure surveys, etc. For example, if we are to measure cultural participation which includes participating in cultural practices that are home-based (culture d'appartement), going-out (culture de sortie), and identity building (culture identitaire), the UNESCO Framework advises that it may be measured by the cultural participation surveys which must be sensitive to all social groups (youth, elderly, members of minorities, persons with disabilities, socially and geographically disadvantaged persons). This paper focuses on the statistical data that is explicitly stated in the available strategies and thus represents a solid and easily visible underpinning to the decision-making in culture.

In a nutshell, the comparison of the selected cultural policies and strategies from Bosnia and Herzegovina and Croatia suggests that – Bosnia and Herzegovina, after the initial delay in preparing State reports to the ICESCR and the UNESCO 2005 Convention (in the period of war atrocities and post-war recovery), quite devotedly fulfills its obligations and submits the reports in a timely manner showing the willingness for gradual realization of cultural rights and other rights contained in the treaties. On the other hand, the wording that matches and reflects the content (cultural rights) of the ratified treaties is predominantly found in the Strategic Plan of Culture in Croatia (2014-2016). In addition, the Strategic Plan offers the indicator-benchmark overview which, by including the relevant statistical and financial data, shows a significant attempt to operationalize culture (and cultural rights) and make them as measurable as possible. Such a format would be useful for Bosnia and Herzegovina for the creation of the future cultural strategy and action plan because currently there is a weak synapse between the law and the cultural strategy, in other words, signals sent from the law are not efficiently transmitted to the policy. To conclude, the current cultural strategy in Bosnia and Herzegovina is of a more declarative nature without sufficient language formulations and terminology that reflect the content of the treaties, as well as the accurate and

up-to-date statistical data, financial information, and clearly specified indicators and benchmarks. However, it must be noted that it is a very comprehensive text and thus it is a good material to build upon to ensure the legal provisions enter the policies and have their embodiment in the practice.

5. Conclusion

Culture has been recognized as an essential tool for development, peace, eradication of poverty, building social cohesion, as well as for fostering mutual respect and understanding between individuals and groups, in all their diversity.²⁰ Cultural rights, which are modestly rooted in the ICESCR (1966) and subsequently further developed in conventions such as the UNESCO Convention (2005), represent an important segment in realizing the universal claim of humankind to freedom and dignity, through ensuring respect of the right to take part in the cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. Thus, even though they are often perceived as less important or “the residual category”²¹ within the human rights system, the state parties are under equal obligation as for the civil and political rights to take steps to achieve progressively the full realization of the cultural rights. Hence, this paper investigated the state of cultural rights in culturally diverse Bosnia and Herzegovina by focusing on cultural policy as an indicator of the will of the state to realize cultural rights. The role of cultural policy is to have gathered an overview of the current cultural situation of the country and to lay down the foundation for its development in direction of fulfilling the cultural objectives which are in accordance with the objectives of the international cultural community appearing in a variety of ratified treaties.

In the attempt to identify adjustments that could contribute to a more effective realization of cultural rights, primarily the right to “take part in cultural life” (ICESCR Article 15, para 1(a) and UNESCO 2006 Convention, Article 7), this paper examined and displayed the weak and strong points of the cultural policies in Bosnia and Herzegovina and the neighboring (EU-member) country of Croatia. The conducted analysis was based on four indicators proposed by the author who relied on the relevant documents (ESCR’s General Comment no. 21 (2009) – Article 15, para 1(a) and the UNESCO Operational Guidelines and Measures for Article 7 of the UNESCO Convention (2013), to generate them: the existence of the cultural policy and State reports to the ICESCR and UNESCO 2005 Conven-

²⁰ United Nations Human Rights Council. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council . A/HRC/14/36*. March 2010

²¹ Eide, Asbjorn, *The use of indicators in the protection of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. In Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas: *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook, Second Revised Edition*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 545-553

tion, the wording of the cultural strategies, the financial aspect of these strategies and the characteristics of the statistical framework included in the cultural strategies.

The analysis brought forward the following steps and recommendations for upgrading the existing cultural policies to ensure the fulfillment of cultural rights and fostering of social cohesion:

- a) The content of the cultural policy must reflect the content of the internationally recognized cultural rights. Literally, their content should reflect the content of legal provisions by matching wording. This might appear trivial at first, but words are seeds of action – by explicitly stating the content of rights in the policies it is ensured that the synapse between law and practice is strong, or in other words that the signals sent from the law are put in the planning process which then increases chances for their embodiment in practice.
- b) Those segments of cultural policies that aim to realize the recognized cultural rights should be financially supported, within the limitations of the available resources. Naturally, the decisions about financial support must be carefully and regularly rethought, because if resources are scarce, one cannot afford to allocate them in ways that do not bring steady improvement in the field. Hence, priority for fund allocation in the yearly plans and competitions by the Ministry of Culture and related authorities should be given to those cultural projects whose proposals explicitly match the wording and which clearly aim to realize cultural rights present in the relevant ratified treaties.
- c) To have a clear and comprehensive view of the achieved progress in the realization of cultural rights and to detect which areas seek more attention, there ought to be established a statistical framework which allows a more detailed examination of progress in the realization of cultural rights (and progress in culture, in general). Conducting a continual statistical examination built on the basis of the UNESCO Framework of Cultural Statistics (including measurement of cultural participation, which is especially important to monitor the respect of the right to participate in cultural life) and including the results in the cultural strategies would set a path to the indicator-benchmark format of the cultural strategies that would provide a factual underpinning to the decision-making.
- d) The efforts for the realization of cultural rights and the challenges standing in their way should be continuously compiled and presented in the State's reports to the ratified treaties, which ought to be delivered in a timely manner (every four or five years, depending on the treaty). The necessity of the existence of the State Report writing process is multiple: it can detect gaps in knowledge (it brings together facts, statistics, analysis, interpretations, and opinions about the state of affairs in culture) and weaknesses and strengths of the current system. These reports, while fulfilling the in-

ternational obligation to the ratified treaty, may serve as a final stage of the previous circle as well as the initial stage of the following circle; an overview of the past efforts in the area is found within them, and hence they can become a basis for the upgrades of future cultural strategies. Finally, timely and comprehensive State reports contribute to strengthening the human rights treaty system because it has been recognized that one of the challenges it faces is precisely the delay in the submission of reports.

These steps may contribute to a better realization of “the right to participate in cultural life”, but also of other international (cultural) rights because they comply with the internationally envisaged ideal process for the States Parties to the treaties, including the treaties related to culture. This process, as previously described, instructs the States to, after the ratification of a certain treaty, identify indicators, set benchmarks, and start monitoring and preparing quinquennial reports to the responsible monitoring body. Namely, by establishing an indicator-benchmark process, it is possible to assess progress over time and detect whether there are improvements or deteriorations and/or if there is discrimination on certain grounds. Hence, implementing these steps would both fulfill the obligations taken by the treaties and would enable data-driven progress toward the highest attainable standard. In other words, upgrading the future cultural policies and strategies as suggested by this paper would allow for a stronger presence of cultural rights in the policies which would thereafter result in an upward trajectory toward the full realization of cultural rights in practice, the advancement of Bosnia and Herzegovina’s on its path towards the EU, and finally toward the strengthening of the human rights treaty system in the rather marginalized area of cultural rights.

Primary sources:

1. Agency for Statistics B&H. *Culture and Art 2012*. Sarajevo, 2013.
2. Council of Europe Report. *Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina. Togetherness in difference: Culture at the crossroads in Bosnia Herzegovina* by Charles Landry. 2002
3. Council of Europe Review. *Cultural policy in Croatia. From Barriers to Bridges – Reimagining Croatian Cultural Policy*. 1998
4. European Commission. EUROSTAT Cultural Statistics, Introduction.
5. European Commission. EUROSTAT Cultural Survey for Croatia. 2012
6. European Commission. *Opinion to the EU Council on the membership application of Bosnia and Herzegovina*. 2019
7. Ministry of Culture of the Republic of Croatia. *Croatia in 21st Century – Strategy of Cultural Development*. Zagreb, 2003
8. Ministry of Culture of the Republic of Croatia. *Results of the Research on public needs in culture in the Republic of Croatia in 2011*. Zagreb, 2011
9. Ministry of Culture of the Republic of Croatia. *Strategic Plan of the Ministry of Culture 2014-2016*. Zagreb, 2013

10. Ministry of Education and Culture of Republika Srpska. Department for Culture.
11. Strategy of Development of Federation of B&H, 2010-2020., Sarajevo 2010, p. 365-376,
12. The Council of Ministers, Ministry of Foreign Affairs BiH, *Strategy of Cultural Policy in Bosnia and Herzegovina*. Sarajevo, 2008
13. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General Comment No. 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*. Thirty-fifth session, Geneva, 7-25 November 2005
14. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Forty-third session, 2–20 November 2009
15. UN OHCHR. *Enhancing the human rights treaty body system. Harmonized guidelines on reporting to the treaty bodies*. Geneva, 2004
16. UN OHCHR. *The United Nations Human Rights Treaty System - An introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies. Fact Sheet 30*. Geneva, 2012
17. UNESCO. *Cultural rights as human rights*. Studies and documents on cultural policy. Printed in Switzerland, 1970. p.14
18. United Nations (General Assembly). *International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Treaty Series, vol. 999, December 1966
19. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Paris, 2005
20. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Framework for Cultural Statistics*. 2009.
21. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). (Antolović Jadran, 2012). Joint Project 225 BiH 4000, “Improving cultural understanding in Bosnia and Herzegovina“. Component No 1 of the Joint Programme “Developed and implemented cultural policies and legal framework“. Gap Analysis of Legislation in the Area of Culture in BiH.
22. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Mexico City Declaration on Cultural Policies*. 1982
23. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Toolbox for Cultural Policies*. 2014
24. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Basic texts of the 2005 Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, edition 2013
25. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Analytical summary of the first quadrennial periodic reports of Parties to the Convention*. Paris, 2013. p.4

26. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Universal Declaration on Cultural Diversity*. General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its thirty-first session, November 2001
27. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *World Commission on Culture and Development. Our Creative Diversity: Report of the World Commission on Culture and Development*. France, 1995
28. United Nations Human Rights Council. (2014). Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights. Farida Shaheed, Addendum: Mission to Bosnia and Herzegovina (13 – 24 May 2013). A/HRC/25/49/Add.1. March 2014
29. United Nations Human Rights Council. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council. A/HRC/14/36*. March 2010
30. United Nations. *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, 10 December 1948

Secondary sources:

1. Eide, Asbjorn, *The use of indicators in the protection of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. In Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas: *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook, Second Revised Edition*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 545-553
2. Lukić, Darko. *Mapiranje hrvatske kulturne politike: Oaze izvrsnosti u kulturnoj pustinji*. 2010
3. *Madden, Christopher: Cross-Country Comparisons of Cultural Statistics: Issues and Good Practice*. 2005
4. Mundy, Simon. *Cultural Policy, A Short Guide*. Council of Europe Publishing, 2000
5. O'Keefe, Roger. "The "right to take part in cultural life" under Article 15 of the ICESCR". *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 47, No. 4 (Oct. 1998), pp. 904-923. Cambridge University Press, 1998
6. Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A.Knopf, 2000
7. Tomaševski, Katarina. *Indicators*. In Eide, Asbjorn, Catarina Krause and Allan Rosas: *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook, Second Revised Edition*. Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.531-545
8. Wiesand, Andreas. *Comparative Cultural Policy Research in Europe: A Change of Paradigm*. *Canadian Journal of Communication Corporation*, 2002. p. 369-378
9. Young, Katherine G. *The Minimum Core of Economic, Social and Cultural Rights: A Concept in Search of Content*. In *Yale Journal of International Law*, vol. 33. New Haven, Connecticut, 2008

Inga Kotlo, Ph.M., senior teaching assistant
Dzemal Bijedic University of Mostar

NOTES IN THE MARGINS: CULTURAL RIGHTS AND CULTURAL POLICIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: Cultural rights, as established by Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), represent an important segment in realizing the universal claim of humankind on freedom and dignity, and yet are often marginalized or perceived as a “residual category”. However, the state parties are under equal obligation as for the civil and political rights to take steps to achieve progressively the full realization of the rights recognized in the ICESCR. Hence, this paper investigates the state of cultural rights in culturally diverse Bosnia and Herzegovina by focusing on cultural policy as an indicator of the will of the state to realize cultural rights. The paper displays the policies’ weak and strong points and identifies adjustments that could contribute to a more effective realization of cultural rights. By examining the latest cultural policies in Bosnia and Herzegovina as well as the cultural policy of the neighboring (EU-member) country of Croatia on the basis of indicators proposed by the author (existence of the cultural policy and State reports to the ICESCR, wording of the cultural strategies, financial aspect of these strategies and the characteristics of the statistical framework included in the cultural strategies), the paper generates recommendations for upgrading the existing cultural policies to ensure fulfilling cultural rights and fostering of social cohesion.

Keywords: Cultural rights, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Human rights, Cultural policies

MA Berina Beširović, viša asistentica
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Sarajevu

ISLAMSKA REPUBLIKA IRAN I ŠERIJAT U ODNOSU NA PRAVA ŽENA-REPRESIJA REŽIMA U PROTESTIMA U PERIODU 2019-2022. GODINE

Sažetak: Osiguranje osnovnih ljudskih prava u direktnoj je vezi sa stepenom funkcionalnosti i demokratičnosti jednog društva na način da se njihovom garancijom stvara pluralnije i demokratičnije društvo. Ovaj rad je inspirisan aktuelnim događajima u Iranu gdje se održavaju masovni protesti zbog smrti dvadeset dvogodišnje djevojke koja je u zatvoru preminula od srčanog udara. Povod za njeno uhićenje bilo je „nepropisno nošenje hidžaba“ koje je kao takvo ocijenjeno od strane policije za moral“ originalnog naziva „Gasht-e-Ershad“. Nerazjašnene okolnosti njene smrti probudile su građanski revolt prema dugogodišnjem i nasilnom djelovanju „policije za moral“, a Islamska Republika Iran jedna je od zemalja sa najnasilnijom historijom gušenja protesta. Cilj ovog rada jeste analiza kršenja prava žena i prava na slobodu izražavanja u Iranu. Koristit će se multidisciplinarni pristup objašnjavajući pojmove u politološkom i teološko-sociološkom kontekstu. U prvom dijelu rada obrađen je geopolitički kontekst Irana, u drugom dijelu rada objašnjen je koncept islamske policije i šerijata u odnosu na prava žena u Iranu, a u trećem dijelu dat je pregled stanja na terenu kada je riječ o kršenju prava žena i prava na slobodu izražavanja u Iranu u periodu 2019-2022. godine.

Ključne riječi: demokratija, autokratija, represija, patrijarhat, pravo na slobodu izražavanja, islamska revolucija, šerijat.

1. UVOD

Definiranje pojma demokratije već je dugo izazovan i težak zadatak za teoretičare i politologe. Kompleksnost same ideje demokratije čini njeno definiranje izazovnim i multidisciplinarnim. Zbog toga najčešće u literaturi nailazimo na različite aspekte ovog pojma prije nego na konkretnu, usku definiciju. Gledano etimološki, demokratija bi bila vladavina naroda (vladavina po volji naroda). Mnogi teoretičari se vode proceduralnim principima pa je vide kao opšti regulativni princip društva, dok drugi se vode principom legitimnosti i definiraju demokratiju kao mehanizam za smjenu vlade putem legitimnih principa, ali u rukama naroda. Mnogi demokratiju definiraju kao društveni sistem različitosti i pluraliteta koji je otvoren za kritike itd. Ono u čemu se svi teoretičari slažu jesu ključne karakte-

ristike demokratije i demokratskog društva, a to su: vladavina proizilazi iz volje naroda, poštivanje prava manjine od strane većine ili vladavina manjine čiji legitimitet je izražen u volji većine, zagarantovana osnovna ljudska prava i slobode, vladavina prava i jednakosti, ustavom ograničena vladavina (konstitucionalizam), socijalni, ekonomski i politički pluralizam i slobodni mediji.¹ Kao negativni anti-pod demokratiji imamo diktaturu u kojoj se vlast vrši neograničeno i ljudska prava i slobode se masovno krše. Najčešće kršenje ljudskih prava i sloboda u autokratijama imamo kada je riječ o slobodi izražavanja i kritici režima kao takvog.² Autokratski režimi se ogledaju u vladavini jedne osobe ili manjine, koji kao ključni alat koriste upotrebu sile, na šta ih prisiljava činjenica da legitimnost nemaju u volji naroda pa im je to ujedno mehanizam održavanja vlasti.³ U zadnjih nekoliko godina možemo vidjeti porast autokratskih režima u svijetu sa čime je direktno povezan porast kršenja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Fokus ovog rada jeste upravo na kršenju tih prava i sloboda u autoritarnim režimima koje će biti objašnjeno na konkretnom primjeru Islamske Republike Iran, a u vezi sa najaktuelnijim događajima u Teheranu. Naime, nakon smrti dvadeset dvogodišnje djevojke Mahse Amini u zatvoru u Teheranu pod nerazjašnjenim okolnostima, došlo je do masovnih protesta građana iz dva ključna razloga: policijske brutalnosti koja se primjenjuje u Iranu i općoj represiji građana, a posebno žena u iranskom društvu. Mahsa Amini je uhapšena 13. septembra na ulazu u željezničku stanicu u Teheranu, a preminula je od posljedica povreda glave tri dana kasnije nakon što je dva dana bila u komi i to je bio povod za masovne proteste koji još uvijek traju. Na terenu je aktuelna očigledna policijska brutalnost, cenzura i kršenje ljudskih prava. Ovaj rad je dominantno politološki i zbog toga se neće baviti slučajem smrti kao takvim već ima za cilj da analizira kršenje prava žena i prava na slobodu izražavanja u Iranu, ali je neizbježno koristiti multidisciplinarni pristup objašnjavajući pojmove ne isključivo u politološkom kontekstu već koristeći i teološko-sociološki pristup. U prvom dijelu rada govorit će se o geopolitičkom kontekstu Irana i konceptu islamske revolucije i patrijarhata sa dominantno sociološkim gledištem. U drugom dijelu rada govorit će se o konceptu islamske policije i šerijata u odnosu na ljudska prava u Iranu sa dominantno teološkim gledištem. A u trećem dijelu analizirat će se stanje na terenu kada je riječ o kršenju prava žena i prava na slobodu izražavanja u Iranu sa dominantno politološkom analizom.

¹ Brown, J. (2020). Democracy. u E. M. Sanchez (Ed.), Merriam-Webster. Merriam-Webster. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/democracy>

² Besley, T. i Kudamatsu, M. (2007). Making Autocracy Work; Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines; London School of Economics and Political Science; London; http://eprints.lse.ac.uk/3764/1/Making_Autocracy_Work.pdf str. 5

³ Ibid. Str. 6

2. GEOPOLITIČKI KONTEKST ISLAMSKRE REPUBLIKE IRAN

Islamska Republika Iran nalazi se u bliskoistočnom području koje je izrazito bogato naftom i obilježeno konstantnim previranjima i ratovima iako je regija dominantno islamska. Razlog tome je kulturni pluralitet koji se ogleda u vjekovnim sukobima perzijske, arapske i osmanske/turske kulture i ukorijenjenoj podjeli muslimana na šiite i sunita.⁴ Na početku je potrebno posebno naglasiti postojanje geopolitičkog interesovanja za ovo područje kod velikih svjetskih sila poput Britanije, SAD i Rusije još od otkrića nafte početkom 20. stoljeća, ali najizraženije je to bilo tokom hladnog rata. Aktualni politički sistem Irana, koji možemo definirati kao teokratsku republiku, rezultat je šiitske tradicije, perzijske kulture i islamske revolucije kao najznačajnijeg političkog događaja u toj zemlji. Prema podacima Svjetske banke u Iranu živi 99% muslimana i to 89% šiita i 10 % sunita, a 1% stanovništva pripada drugim religijama.⁵ Islam u Perziju dolazi arapskim osvajanjima u sedmom stoljeću, a jačanje šiitskog identiteta desilo se za vrijeme safavidske dinastije koju je osnovao Ismail I 1501. godine.⁶ On time započinje nasilnu, pod prijetnjom smrću, šiijitizaciju iranskih sunita kao vid suprotstavljanja i revolta protiv jačanja Osmanskog carstva na Bliskom istoku.⁷ To je potpuno preoblikovalo geopolitičku sliku regije u kontekstu religije, a sukobi zbog podjela unutar islamskog svijeta nisu prevaziđeni ni danas.

Za razumijevanje geopolitike Irana ključno je razumjeti Iransku revoluciju koja se odigrala između 1977. i 1979. godine.⁸ Ova revolucija poznata je i pod terminom islamska revolucija zbog toga što je na mjesto vrhovnog vođe Irana došao imam Homeini, zamijenivši do tada autokratskog vođu Rezu Pahlavija, a ovaj nasilni politički prevrat je, do tog momenta, prozapadnu monarhiju preobrazio u islamsku republiku.⁹ Ključni razlozi za pokretanje revolucije protiv šaha Pahlavija ogledali su se u njegovim prozapadnim metodama modernizacije zemlje koji su se, prema mišljenju većine građana tada, kosili sa islamom i šerijatom (dotadašnjim praksama).¹⁰ Iako se šah, oslanjajući se na podršku od i saradnju sa Sjedinjenim Američkim Državama, zalagao za ekonomsko una-

⁴ Mohajer, N. i Vahabi, M. (2011). Islamic Republic of Iran and its Opposition. Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East, Vol. 31, No. 1, 2011. str. 7

⁵ The World Bank. (2019). Population total – Isl. Rep. Of Iran. <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=IR>

⁶ Mohajer, N. i Vahabi, M. (2011). Islamic Republic of Iran and its Opposition. Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East, Vol. 31, No. 1, 2011. str. 9

⁷ Roy, O. „*The Impact of Iranian Revolution on the Middle East*“. The Shia Worlds and Iran. Sabrina Mervin. London: Institut Francais du Proche-orient. Juni 21. 2011. str. 31

⁸ Milani, M. Mohsen. (2018). *The Making Of Iran's Islamic Revolution From Monarchy To Islamic Republic*, (Drugo izdanje) Routledge, str. 87

⁹ Ustav Islamske Republike Iran iz 1979.

¹⁰ Roy, O. „*The Impact of Iranian Revolution on the Middle East*“. The Shia Worlds and Iran. Sabrina Mervin. London: Institut Francais du Proche-orient. Juni 21. 2011. str. 33

prjeđenje stanja u zemlji kroz trgovinu naftom, njegove metode modernizacije naišle su na strogu kritiku od domaćeg stanovništva. U periodu od 1960. do 1980. godine, što je poznato kao Bijela revolucija, odvijala se modernizacija zemlje u vidu sekularizacije, izjednačavanja prava glasa žena i muškaraca, reformi poljoprivrede i globalizaciji svakodnevnog života.¹¹ Međutim, ono što je izazivalo revolt građana jeste odnos režima prema bilo kakvoj kritici šaha i njegove prakse, a politička elita je vlast održavala silom putem tajne policijske službe. Rapidna modernizacija i korupcija vlasti u ovakvom režimu je dovela do duboke društvene nejednakosti i generirala nezadovoljstvo. Najistaknutiji kritičar šahovog režima bio je pomenuti imam Homeini, a napad na njega bio je povod za početak masovnih protesta.¹² Upotreba oružja od strane iranskih oružanih organa protiv demonstranata dodatno je radikalizirala njihove metode i ciljeve i revoluciju učinila nasilnijom i dugotrajnijom. Monarhija je okončana u februaru 1979. godine kada je vojska odana režimu i šahu proglasila neutralnost, šah sa porodicom i premijer su pobjegli van zemlje dok je politička elita njemu bliska pogubljen. Značajna geopolitička posljedica same revolucije bio je iračko-iranski rat u periodu 1980. do 1988. godine kojeg je započeo irački vođa Sadam Hussein koristeći nepovoljnu političku situaciju u Iranu u nastojanju da preotme naftom bogatu regiju Huzestan.¹³ Specifična geopolitika Irana dovela je do toga da baš islamska revolucija postane ključno ideološko obilježje novog režima i koristi se kao najsnažnije njegovo oružje u ostvarivanju interesa i unutrašnje stabilnosti. Postrevolucionarno razdoblje sve do danas pokazalo je da je upravo ideja revolucije i islama zloupotrebljena posebno u svrhe ideološke konsolidacije politike sa ciljem neutralizacije i vanjskih i unutrašnjih destabilizacijski prijetnji i uticaja. Dokaz tome jeste i djelovanje ajatolaha Homeinija iz sjene kroz produženu ruku mnogih paradržavnih tvorevina koje su nastajale 80tih godina prošlog stoljeća.

No upravo će tako postavljena struktura vlasti, kojoj je temeljni cilj bio očuvanje islamskog identiteta kao ključne sigurnosne komponente režima, postati jedna od glavnih prepreka za prijeko potreban socioekonomski razvoj, isti onaj čiji je relativan nedostatak vodio revoluciji koja je svrgnula šaha Rezu Pahlavija.¹⁴ I prije arapskog proljeća, koje simbolizira iskazivanje nezadovoljstva građana u islamskom svijetu, iransko društvo je pokazivalo žestoko protivljenje ideologiji koju propagiraju iranski predsjednici što dokazuje potrebu za dubokom politič-

¹¹ Milani, M. Mohsen. (2018). *The Making Of Iran's Islamic Revolution From Monarchy To Islamic Republic*. (Drugo izdanje) Routledge, str. 87

¹² Roy, O. „*The Impact of Iranian Revolution on the Middle East*“. The Shia Worlds and Iran. Sabrina Mervin. London: Institut Francais du Proche-orient. Juni 21. 2011. str. 34

¹³ Roy, O. „*The Impact of Iranian Revolution on the Middle East*“. The Shia Worlds and Iran. Sabrina Mervin. London: Institut Francais du Proche-orient. Juni 21. 2011. str. 35

¹⁴ Kurun, I. (2017). *Iranian Political System*. Journal of Management and Economics Research, Vol: 15, Issue: 1, DOI: <http://dx.doi.org/10.11611/yead.285351>; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/267727>

ko-ekonomskom reformom u Iranu. Represivnost režima ugasila je kompletan duh revolucije pa su tako građani iz jedne autokratije upali u drugu. Protesti u Iranu su kontinuirani, a prema podacima Instituta za bliskoistočnu politiku u Washingtonu od islamske revolucije do protesta povodom hapšenja i nerazjašnjene smrti M. Amini odigralo se nekoliko velikih protesta koje je vlast pokušala ugušiti upotrebom sile i oružja uz brojne ljudske žrtve: etnički pokreti ranih 1980-ih, urbani neredi ranih 1990-ih, studentski protesti u periodu od 1999. do 2003. godine, odgovor Zelenog pokreta na izbore 2009. godine, nemiri od decembra 2017. do januara 2018. u manjim gradovima i urbanim dijelovima i nemiri u novembru 2019. zbog povećanja poreza na gas.¹⁵ Iako su dosadašnji protesti uglavnom bili ekonomske prirode ili kritika režima općenito, aktuelni protesti su prvi masovni protesti u Iranu povodom kršenja prava žena i generalno kršenja osnovnih ljudskih prava na slobodu izražavanja. Više puta se kroz rad spominje duh islamske revolucije kao srž iranske ideologije za očuvanje vlasti, a u sociološkom smislu ta ideologija dovela je do nezadovoljnog društva u kojem su izrazito marginalizirane žene. Zbog toga je neophodno objasniti položaj žene u diktaturi zasnovanoj na šerijatu i diferencirati zablude između diskriminacije žene u islamu i diskriminacije žene u islamskoj državi.

3. IRANSKI PATRIJARHAT I REPRESIJA POD MASKOM ŠERIJATA

Postavlja se pitanje kakav je odnos religije i iranske države u savremenom vremenu. Proglašenjem Ustava nakon islamske revolucije 1979. godine islam se proglašava i službenom religijom, a nekadašnja monarhija na čelu sa šahom postaje teokratska republika na čelu sa vjerskim vođom. Pravni sistem se u cijelosti temelji na šerijatskom pravu, a društvo se smatra patrijarhalnim. Interpretacija šerijata u teološkom smislu sve više je zamijenjena interpretacijom u političkom smislu, a od tuda i razlog za multidisciplinarni pristup u ovom radu koji polazi od činjenice da se savremena slika šerijata kao takvog iskrivila njegovom zloupotrebom u autoritarnim režimima. Patrijarhalni karakter diktatura u islamskom svijetu stvorio je negativnu sliku o šerijatu i islamu prema kojoj su ljudska prava islamskog svijeta bitno ugrožena zbog islama, a ne zbog režima kakav je zapravo realni kontekst.¹⁶ Šerijat kao sistem vjerovanja za sobom povlači negativne konotacije u mnogim analizama na zapadu zato što najčešće u zemljama u kojima vlada šerijat također

¹⁵ Golkar, S. (2020, 8. oktobar) *Protests and Regime Suppression in Post-Revolutionary Iran*. The Washington Institute for Near East Policy: <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/protests-and-regime-suppression-post-revolutionary-iran>

¹⁶ Hosseini, Z. (2011) *Islam, Gender and Democracy in Iran*. Oxford Academic Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective Jocelyne Cesari (ed.), José Casanova (ed.) DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198788553.003.0010>, str. 211-236 <https://academic.oup.com/book/5974/chapter-abstract/149340921?redirectedFrom=fulltext>

vlada i siromaštvo, kršenje ljudskih prava i pogođene su ratovima, ali odgovornost zapravo snose režimi koji ga pogrešno primjenjuju.¹⁷ Međutim, ako analiziramo suštinu šerijata ne možemo reći da je on uzrok tome jer je on zapravo sistem vjervovanja vrline i mira ili vjersko pravo utemeljeno na djelima i riječima poslanika Muhameda i muslimanske svete knjige Kur'ana, a muslimani koji se njime vode teže ostati na tom putu cijeli život jer on vodi ka spasenju u zagrobnom životu.¹⁸ S obzirom da šerijat teorijski obuhvata odnos boga i čovjeka, njime se tako regulišu razne sfere svakodnevnog života što je za nj ujedno i najveća kritika sekularnih zapadnih teoretičara.¹⁹ Njime se u zemljama u kojima vlada reguliše: pitanje braka, obrazovanja, kulture, bontona, morala, politike, ekonomije, pravde i slično.

Ono što je karakteristično za šerijatske zemlje jeste da su one uglavnom i autokratske, a posebno se naglašava ekstremna diskriminacija i kršenje prava žena. Položaj žene u islamu često je bio tema analize i kritike u politološko-teološkoj literaturi. U muslimanskoj svetoj knjizi, kao i u mnogim hadisima o poslaniku Muhamedu, imamo mnogo dokaza koji pozivaju na jednakost muškaraca i žena u vjeri, obrazovanju i društvenim ulogama. Kako to da su žene u islamskoj republici Iran pod tolikom represijom uprkos činjenici da su upravo žene bile glavne učesnice Iranske revolucije protiv šaha? Motivi ženskih grupa za protivljenje šahu bili su različiti: ekonomska deprivacija, politička represija, identifikacija sa islamizmom i drugo.²⁰ U izvještajima o revoluciji koji su sabrani u citiranom članku Moghadam V. ona kaže da su velike urbane ulične demonstracije uključivale ogromne kontingente žena iz srednje klase i radničke klase koje su nosile veo kao simbol opozicije Pahlavijevoj buržoaskoj ili zapadnjačkoj dekadenciji. Mnoge žene koje su nosile veo kao simbol protesta nisu očekivale da će hidžab postati obavezan. Stoga, kada su u februaru 1979. godine upućeni prvi pozivi da se provede obavezno nošenje hidžaba, kako navodi Moghadam V. ajatolah Homeini je rekao da više voli vidjeti žene u skromnoj islamskoj odjeći. Veliki revolt predvodile su ljevičarke i liberalne žene srednje klase, većinom članice političkih organizacija ili tek osnovanih ženskih udruženja. Ograničena podrška ženskim protestima dolazi od glavnih ljevičarskih političkih grupa, a kao rezultat protesta obavezno nošenje hidžaba je privremeno ukinuto. Porazom ljevice i liberala 1980. i njihovom eliminacijom iz političkog pejzaža 1981. godine, islamisti su dobili mogućnost za pooštravanje vjerskih pravila, uključujući i ono o obaveznom noše-

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Hosseini, Z. (2011) *Islam, Gender and Democracy in Iran*. Oxford Academic Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective Jocelyne Cesari (ed.), José Casanova (ed.) DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198788553.003.0010>, str. 212. <https://academic.oup.com/book/5974/chapter-abstract/149340921?redirectedFrom=fulltext>

¹⁹ Kayadibi, S. (2018) *Principles of Islamic Law*. (Drugo izdanje) Islamic Book Trust, str. 8

²⁰ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

nju hidžaba.²¹ Neka od pravila uključivala su i zabranu nošenja kozmetike, ograničavanja obrazovanja za djevojčice i drugo. Ukratko rečeno, novi režim je na snagu stavio novi porodični pravni okvir zasnovan na patrijarhalnom tumačenju šerijata na bazi ukidanja Šahovog zakona o zaštiti porodice iz 1967. godine koji je do tada bio na snazi.²² Islamski režim je tako zabranio kontracepciju i planiranje porodice, spustio starosnu dob za udaju za djevojčice na 9 godina i isključio žene iz brojnih oblasti studija, zanimanja i profesija (npr. žene nisu mogle obnašati funkciju sudija).²³ Ideologija režima bazirala se na navodni duh revolucije, a *modus operandi* bio je masovno slavlje islamskih vrijednosti kroz kritiku Zapada kao krivca za pad islamskih vrijednosti, kulturnu degradaciju i slabljene porodice, a nasuprot tome se veličala porodična uloga žene. Krilatica režima bila je da uspjeh revolucije i povratak islamskim vrijednostima zavisi od izgleda i ponašanja žena, odgovornosti koju su neke žene rado preuzele, ali koju su druge smatrale izuzetno opterećujućom.²⁴ Ajatolah Homeini kao individua je imao svoje pristalice, ali vlada u početku nije uključivala žene na važne ili vidljive pozicije. Cijeli raspon njihovog društvenog utjecaja, koji je izašao na vidjelo kada su analizirani rezultati nacionalnog popisa stanovništva i stanovanja iz 1986. godine, uključivao je povećanje nataliteta i rasta stanovništva i pad učešća žena u radnoj snazi, posebno u industrijskom sektoru. Jasno je da je islamistička politika dovela do krajnje nepovoljnog položaja žena, ojačala je dominaciju muškaraca, ugrozila autonomiju žena i stvorila skup nejednakih rodni odnosa. Međutim, niz faktora je potkopao projekat Islamske Republike za žene, porodicu i rodne odnose. Promjene su počele nakon smrti ajatolaha Homeinija 1989. godine i nastavljene za vrijeme predsjedavanja Hashemija Rafsanjanija (1989-1997), u kontekstu ekonomske liberalizacije i integracije u globalnu ekonomiju. Tokom tog vremena, iransko civilno društvo se razvilo i pojavila se živahna ženska štampa. Dalje promjene dogodile su se tokom dva mandata predsjednika Mohammada Khatamija (1997-2005), uključujući rast i vitalnost iranskog civilnog društva i pokret za političke i kulturne reforme.

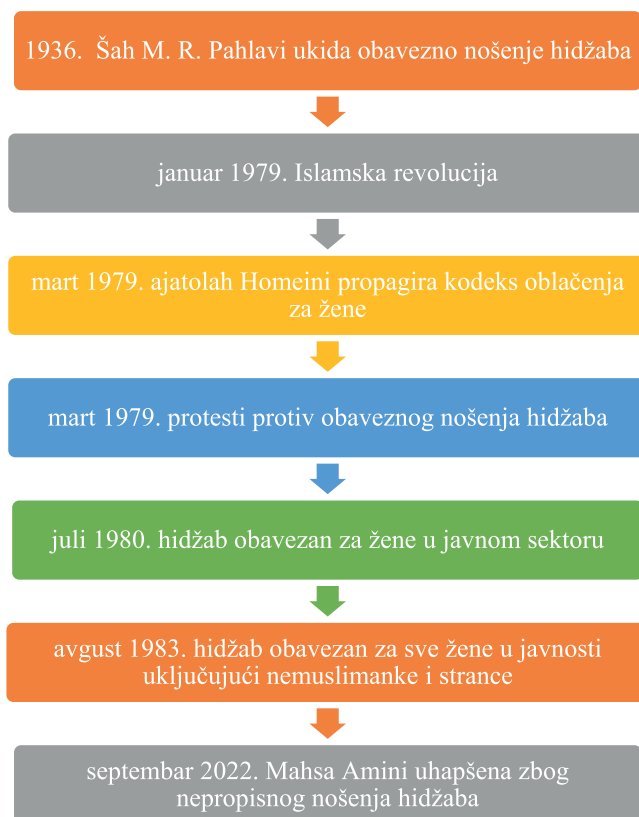
²¹ Vaez, H. (2004) *Post-Revolutionary Politics in Iran: Continuity and Change*, British Journal of Middle Eastern Studies Vol. 31, No. 2, Taylor & Francis, Ltd. str. 235-241 <https://www.jstor.org/stable/4145510>

²² Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

²³ Vaez, H. (2004) *Post-Revolutionary Politics in Iran: Continuity and Change*, British Journal of Middle Eastern Studies Vol. 31, No. 2, Taylor & Francis, Ltd. str. 235-241 <https://www.jstor.org/stable/4145510>

²⁴ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

Slika 1. Evolucija Zakona o obaveznosti nošenja hidžaba



Danas, u skladu s autoritarnom prirodom države, pravni okvir ostaje vrlo nepovoljan za žene i manjine, poput kršćana, Židova i Zoroastrijanaca. Pravni status žena posebno je problematičan u onim članovima Građanskog zakonika koji se odnose na žene i porodicu; u Zakonu o radu, koji zabranjuje ženama da budu sudije; i u krivičnom zakonu Qanoon-e Qessas, koji stavlja vrijednost žene na polovinu vrijednosti muškarca.²⁵ Iranski zakoni dozvoljavaju sistematičnu diskriminaciju na osnovu pola i vjere jer muškarci imaju više prava od žena, a muslimani imaju više prava od nemuslimana. Iran nije potpisao Konvenciju o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, ali je potpisnik instrumenata o ljudskim pravima kao što su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Konvencija o pravima djeteta, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR), Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (ICESCR), i Konvencija

²⁵ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

o ukidanju ropstva.²⁶ Ono što je evidentno na terenu jeste diskrepancija između potpisanih konvencija i stvarnog stanja jer jedine prave obaveze koje žena ima u braku su seksualne usluge i rađanje djece. Iranski porodični zakoni su u suprotnosti sa društvenom realnošću u Iranu i međunarodnim standardima i normama. Oni su također u suprotnosti sa vlastitim ustavnim garancijama Irana o dostojanstvu žena i dragocjenom statusu majčinstva.²⁷ Mnoge feministkinje u Iranu i dijaspori bi željele da vlada potpiše, ratificira i provede Konvenciju o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena.²⁸ Međutim, vjerske vođe tvrde da je ova Konvencija, koja negira bilo kakvu razliku između prava i dužnosti muškaraca i žena, zapravo ozbiljan korak UN-a ka uspostavljanju zapadne dominacije i globalne hegemonije zapadne materijalističke kulture. Veliki nedostatak organizacija žena koje se bore za prava jeste razilaženje u sopstvenim redovima.²⁹ Linije razgraničenja dijele sekularne od islamističkih feministkinja, socijalističkih od liberalnih feministkinja i pro-Khatami od nezavisnih feministkinja.³⁰ Sekularne feministkinje se protive islamskom ustavu i šerijatskom porodičnom i krivičnom zakonu. Umjesto toga, oni traže potpuno odvajanje religije od državnih i pravnih okvira. Nasuprot tome, islamističke feministkinje traže reformu zakona zasnovanih na religiji osporavajući tradicionalna i patrijarhalna tumačenja Kur'ana u korist alternativnih tumačenja, te ističu njegov emancipatorski i egalitarni sadržaj.³¹ Većina sekularnih feministkinja koristi jezik liberalne demokratije kako bi naglasila političke slobode za zemlju i lične slobode za žene. Oni posvećuju malo pažnje klasnim pitanjima ili socijalnim pravima, uključujući poboljšana radna prava za žene iz radničke klase.

Zašto naslov ovog poglavlja u sebi nosi sintagmu „represija pod maskom šerijata“? U političkom kontekstu, represija podrazumijeva upotrebu sile i nasilja za kontrolu određene grupe ljudi, a u Iranu su za to zadužene mnogobrojne paradržavne formacije formirane po završetku islamske revolucije. Za kontrolu unutardržavne poslušnosti zadužena je policija sastavljena od dobrovoljaca pod

²⁶ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: “Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead“ http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

²⁷ Ustav Islamske Republike Iran iz 1979.

²⁸ Hosseini, Z. (2011) *Islam, Gender and Democracy in Iran*. Oxford Academic Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective Jocelyne Cesari (ed.), José Casanova (ed.) DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198788553.003.0010>, str. 217. <https://academic.oup.com/book/5974/chapter-abstract/149340921?redirectedFrom=fulltext>

²⁹ Cornelius, A. Mittelhammer, B. (2020) *A Feminist Foreign Policy to Deal with Iran? Assessing the EU's Options*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace Publications Department. Str. 12.

³⁰ Ibid str. 17.

³¹ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: “Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead“ http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

nazivom Basij milicija, a javnosti poznatija tzv. Moralna policija zadužena je za očuvanje tradicionalnih islamskih vrijednosti u praksi prepoznatljiva po kontroli odijevanja i ponašanja, posebno žena, i propisnom nošenju hidžaba.³² Brojni “islamski revolucionarni komiteti” za provođenje moralnog ponašanja pod nadležnošću Ureda za moral formirani su nakon revolucije i oni su se rasprostranili u gradovima diljem Irana i bili su udruženi ili vođeni od strane lokalnih članova sveštenstva; sudjelovali su u aktivnostima koje su varirale od kontrole morala do nasilne represije nad onima koji se nisu pridržavali revolucionarnih načela.³³ Odbori su naposljetku raspušteni i zamijenjeni tradicionalnijim tijelima za provedbu zakona, ili u kombinaciji s milicijom Basij, do kraja 1980-ih, a sve pod krilaticom zaštite od „invazije sa Zapada“.³⁴ Prema istom izvoru u ime borbe protiv ove prijetnje, ajatolah Homeini uspostavio je policijske organe za održavanje islamskog društva, a od početka devedesetih godina prošlog stoljeća njihove nadležnosti su obuhvatale i očuvanje morala kroz uspostavu moralne policije koja od 1993. godine ima nadležnost za uhićenje u provođenju nadzora za moral i drugih sigurnosnih dužnosti.³⁵ Odgovornosti Basija protežu se od nadzora islamskog kodeksa odijevanja, praćenja interakcija među spolovima, do zaustavljanja utjecaja zapadne kulture. Kako bi izvršile ovu široku misiju, jedinice za moral koriste se metodama kao što su kontrola vozila po punktovima, ulične patrole i nadzor, a pritom obučeni u službene uniforme djelujući javno, ali i tajno.

Razne uniformisane jedinice za provođenje zakona posvećene su održavanju javnog morala i dok vrhovni vođa ima konačnu vlast nad sigurnosnim aparatom u Iranu, jedinice za provođenje zakona Ministarstva obavještajne službe i sigurnosti i Ministarstva unutrašnjih poslova izvještava predsjednika i odvojeni su od IRGC-a i Basija, te također doprinose nadzoru nad moralom. Početkom 2000-ih stvorene su ili ojačane razne policijske skupine s ciljem nadzora moralnog ponašanja u društvu.³⁶ Najpoznatiji ogranak moralne policije spomenuti Gasht-e Ershad, ili patrola za navođenje, uspostavljena je 2007. godine na nalog tadašnjeg

³² Golkar, S. i Arabbi, K. (2021) *The View From Tehran: Iran's Militia Doctrine*. https://institute.global/sites/default/files/2021.pdf_02/Tony%20Blair%20Institute%2C%20The%20View%20From%20Tehran%2C%20Iran%27s%20Militia%20Doctrine%20%28February%202020%29.pdf

³³ Ostovar, A. (2013) *Iran's Basij: Membership in a Militant Islamist Organization*. The Middle East Journal, Middle East Institute Vol 67, br. 3, str. 345-361 ISSN 1940-3461, <https://muse.jhu.edu/article/514125/pdf>

³⁴ Golkar, S. i Arabbi, K. (2021) *The View From Tehran: Iran's Militia Doctrine*. https://institute.global/sites/default/files/2021.pdf_02/Tony%20Blair%20Institute%2C%20The%20View%20From%20Tehran%2C%20Iran%27s%20Militia%20Doctrine%20%28February%202020%29.pdf

³⁵ Ibid.

³⁶ Golkar, S. (2012). *Organization of the Oppressed or Organization for Oppressing: Analysing the Role of the Basij Militia of Iran. Politics, Religion & Ideology* Vol: 13, Issue: 4, DOI: <https://doi.org/10.1080/21567689.2012.725661> <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/21567689.2012.725661>

predsjednika Mahmuda Ahmadinedžada sa glavnim zadatkom da se osigura da se građanke pridržavaju islamskog kodeksa odijevanja.³⁷ Ovo je upravo moralna policija koja je uhapsila Mahsu Amini, navela kao ralog uhićenja, a još neki od potencijalnih prekršaja za uhićenje su: nošenje laka za nokte, šminka i otkrivena odjeće i dr. Posebnu pažnju organizacija koje se bave zaštitom ljudskih prava također je privukla i grupa pod imenom Nacija Hezbollaha (Ansar-e-Hezbollah), paradžavna organizacija koja zagovara konzervativnu islamističku politiku.³⁸ Ona provodi svoju ličnu volontersku kontrolu morala kako bi se osigurala „čednost žene pravilnim nošenjem hidžaba“ i povezana je sa Basijima na način da mnogi članovi jedne su članovi i druge organizacije i prva je također sudjelovala u suzbijanju demonstracija protiv režima kao i druga.³⁹

4. PRAVO NA SLOBODU IZRAŽAVANJA U ISLAMSKOJ REPUBLICI IRAN: OSVRT NA PROTESTE U PERIODU 2019-2022. GODINE

Ustav predviđa slobodu izražavanja, uključujući i slobodu štampe, osim kada se smatra da su riječi „štetne za temeljna načela islama ili prava javnosti“.⁴⁰ Prema zakonu, „svako ko se bavi bilo kojom vrstom propagande protiv Islamske Republike Iran ili podrške opozicionim grupama i udruženjima kaznit će se kaznom zatvora od tri mjeseca do jedne godine“.⁴¹ Povelja o pravima građana priznaje pravo svakog građanina na slobodu govora i izražavanja i daje građanima pravo da traže, primaju, objavljuju i saopštavaju stavove i informacije, koristeći bilo koje sredstvo komunikacije; ali kako ćemo vidjeti u ovom odlomku to se bitno narušava.⁴² Zakon predviđa krivično gonjenje osoba optuženih za podsticanje zlo-

³⁷ Golkar, S. i Arabbi, K. (2021) *The View From Tehran: Iran's Militia Doctrine*. https://institute.global/sites/default/files/2021.pdf_02/Tony%20Blair%20Institute%2C%20The%20View%20From%20Tehran%2C%20Iran%27s%20Militia%20Doctrine%20%28February%202020%29.pdf

³⁸ Ostovar, A. (2013) *Iran's Basij: Membership in a Militant Islamist Organization*. *The Middle East Journal*, Middle East Institute Vol 67, br. 3, str. 345-361 ISSN 1940-3461, <https://muse.jhu.edu/article/514125/pdf>

³⁹ Golkar, S. (2012). *Organization of the Oppressed or Organization for Oppressing: Analysing the Role of the Basij Militia of Iran. Politics, Religion & Ideology* Vol: 13, Issue: 4, DOI: <https://doi.org/10.1080/21567689.2012.725661> <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/21567689.2012.725661>

⁴⁰ United Nations Human Rights Report (2022). *Islamic Republic of Iran*. <https://www.ohchr.org/en/countries/iran>

⁴¹ United Nations Human Rights Report (2022). *Centre for South-West Asia and the Arab Region*. <https://www.ohchr.org/en/countries/middle-east-north-africa-region/centre-for-southwest-asia-and-arab-region>

⁴² Amnesty International Report (2021). *Iran*. <https://www.amnesty.org/en/location/middle-east-and-north-africa/iran/report-iran/>

čina protiv državne ili nacionalne sigurnosti ili „vrijeđanje“ islama. Vlada je ozbiljno ograničila slobodu govora i štampe i koristila zakon da zastraši ili krivično goni osobe koje su direktno kritikovale vladu ili pokrenule probleme sa ljudskim pravima, kao i da primora obične građane da se pridržavaju moralnog kodeksa vlade. Neuspjeh vlade da istraži ili krivično goni napade na branitelje ljudskih prava i mirne demonstrante doveo je do de facto ograničenja slobode okupljanja i udruživanja. Iran potpada pod nadzor sjedišta OHCHR-a i Centra za obuku i dokumentaciju UN-a o ljudskim pravima za jugozapadnu Aziju i arapski region osnovanim Rezolucijom Generalne skupštine 60/153 iz 2006. godine.⁴³ Prema izvještaju Amnesty Internationala kao glavni cilj Centra je prepoznato jačanje promocije i zaštite ljudskih prava kroz tehničku saradnju, izgradnja nacionalnih kapaciteta, javno informisanje i obrazovanje, u okviru regiona predviđenog mandatom. Mandat Centra pokriva 25 zemalja, od kojih se većina nalazi u arapskom regionu, a tri u jugozapadnoj Aziji. Prema podacima dokumenata iz Centra, a na osnovu podataka Amnesty Internationala i UN Women foruma, u periodu 2019-2022. godine odvija se sistemsko kršenje ljudskih prava, represija posebno žena i nasilno gušenje protesta i prava na slobodu izražavanja. Diskriminatorni zakoni o obaveznom prikrivanju doveli su do svakodnevnog uznemiravanja, proizvoljnog zatvaranja, mučenja i drugog maltretiranja i uskraćivanja pristupa obrazovanju, zapošljavanju i javnim prostorima. Najmanje šest aktivistica za prava žena ostalo je u zatvoru zbog kampanje protiv obaveznog pokrivanja.⁴⁴ Parlament je dodatno ugrozio pravo na seksualno i reproduktivno zdravlje usvajanjem zakona „Mlado stanovništvo i zaštita porodice“ u novembru 2019. godine kojim se, između ostalog, zabranjuje da ustanove koje finansira država besplatno pružaju kontrolu rađanja; zahtijeva da prodaja kontracepcije bude samo na recept; osim kada bi trudnoća ugrozila život žene ili dovela do teških fizičkih ozljeda ili nepodnošljivih poteškoća tokom trudnoće ili nakon porođaja; i suzbija pristup prenatalnim testovima.⁴⁵ Parlament je u julu 2020. godine nakon regresivnih amandmana pravosuđa usvojio dugogodišnji prijedlog zakona „Obrana dostojanstva i zaštita žena od nasilja“.⁴⁶ Prijedlog zakona, koji je čekao konačno odobrenje, sadrži dobrodošle odredbe, uključujući uspostavljanje specijalnih policijskih jedinica, sigurnih kuća i nacionalne radne grupe za osmišljavanje strategija za borbu protiv nasilja nad ženama i djevojčicama. Međutim, ne definiše nasilje u porodici kao zasebno krivično djelo, ne kriminalizira silovanje u braku i dječji brak, niti osigurava da se

⁴³ Amnesty International Report (2021). *Iran*. <https://www.amnesty.org/en/location/middle-east-and-north-africa/iran/report-iran/>

⁴⁴ Katouzian, H. (2021). *The Revolution for Law: A Chronographic Analysis of the Constitutional Revolution of Iran*. Middle Eastern Studies, Vol:47, Issue: 5, DOI: <https://doi.org/10.1080/00263206.2011.588797> <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00263206.2011.588797>

⁴⁵ Zakon o zaštiti porodice u Iranu: <https://learningpartnership.org/resource/family-protection-act-iran-document-english>

⁴⁶ Zakon o zabrani nasilja nad ženama: <https://www.hrw.org/news/2020/12/04/iran-adopt-draft-law-protect-women>

muškarci koji ubiju svoje žene ili kćeri suočavaju s proporcionalnim kaznama.⁴⁷ U slučajevima nasilja u porodici, prijedlog zakona daje prednost pomirenju u odnosu na odgovornost.

OHCHR posebnu zabrinutost pokazuje povodom nasilnog gušenja protesta od strane režima, a neosnovano hapšenje, likvidacija i mučenje do smrti u zatvoru u porastu je od 2019. godine.⁴⁸ U nastavku je dana analiza izvještaja koje donosi Humans Rights Watch o protestima u periodu od 2019-2022. godine. Od 2019. godine do posljednjih protesta povodom smrti Mahse Amini odigralo se nekoliko velikih protesta u Iranu, a u svakom od njih brojne su civilne žrtve, pritvoreno je više hiljada ljudi od kojih su mnogi preminuli u zatvorima. Posebno se represivno režim odnosio prema novinarima, medijima i generalno sabotirane su telekomunikacione veze. U periodu 2019. i 2020. godine održani su najkrvaviji i brutalniji protesti od islamske revolucije 1979. godine po broju poginulih aktivista. Iako su prvenstveno uzrokovani povećanjem cijena goriva od 50-200%, naposljetku su se razvili u dio šireg iranskog demokratskog pokreta, što je dovelo do poziva na rušenje vlade u Iranu i vrhovnog vođe Alija Hamneija. Prema podacima Amnesty Internationala i OHCHR-a protesti su počeli kao mirna okupljanja 15. novembra 2019. godine, ali su se za nekoliko sati proširili na 21 grad, pošto su video snimci protesta kružili internetom. Kako bi blokirala razmjenu informacija o protestima i smrti stotina demonstranata na platformama društvenih medija, vlada je zatvorila internet širom zemlje, što je rezultiralo gotovo potpunim nestankom interneta od oko šest dana. U nastojanju da uguši proteste, iranska vlada (prema Amnesty International-u) je pucala na demonstrante sa krovova, helikoptera i iz neposredne blizine vatrom iz mitraljeza. Tačni podaci o broju stradalih variraju, Reuters prenosi izvještaje iranskih civilnih izvora od oko 1500 ubijenih, BBC navodi da je vlada proglasila 200 poginulih što je znatno fingirano, a Amnesty International je usvojio podatak da su u mjesecu novembru 2019. ubijene 304 osobe, a preko 1000 demonstranata ranjeno.⁴⁹ Iranski režim je također koristio sedmično gašenje interneta širom zemlje, što je postalo najduže potpuno gašenje interneta i prvo zamračenje koje je efektivno izolovalo cijelu naciju. Do kraja mjeseca novembra, nacionalna internetska povezanost je bila na 5% uobičajenog nivoa, što je otežavalo praćenje kršenja ljudskih prava i pokrivanje incidenata na terenu.⁵⁰ Izvještaji Human Rights Watcha za 2020. godinu kažu da se u januaru mjesecu 2020. godine odigrao niz novih protesta protiv vlade, a povod za proteste bilo je

⁴⁷ Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf

⁴⁸ Human Rights Watch Report (2020, novembar) *Iran: No Justice for Bloody 2019 Crackdown*. <https://www.hrw.org/news/2020/11/17/iran-no-justice-bloody-2019-crackdown>

⁴⁹ Loft, P. (2022) *Iran protests: Human rights and international response*. Pegled istraživanja <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9679/CBP-9679.pdf>

⁵⁰ Borgen Project, *Bill to fight violence against women in Iran*, 10 april 2021. godine

rušenje ukrajinskog aviona od strane iranske vojne službe. Prema tom izvještaju se oko 3000 ljudi okupilo u glavnom gradu Irana i pozivalo na svrgavanje vrhovnog vođe i diktatorske vlasti. Protesti su nastavljeni i tokom februara mjeseca 2020. godine, a studenti koji su bili pokretačka snaga tog procesa pozivali su i na bojkot parlamentarnih izbora planiranih za tu godinu. Centar za ljudska prava u Iranu je 25. februara 2020. objavio da je sud u Iranu osudio pet osoba uhapšenih tokom novembarske pobune na različite zatvorske kazne od osamnaest mjeseci do jedanaest godina.⁵¹ Državni sud ih je optužio za “*radnje protiv nacionalne i međunarodne sigurnosti*” i “*propagandu protiv sistema*”.⁵²

Iranska grupa za praćenje ljudskih prava sa sjedištem u inostranstvu izvijestila je o više od 2.300 protestnih skupova u zemlji u 2021. godini, pri čemu se većina događaja odnosila na radnička prava.⁵³ Aktivisti za ljudska prava u godišnjem izvještaju objavljenom krajem decembra 2021. godine.⁵⁴ Izvještaj Human Rights Watcha za 2021. godinu također pokriva etničke i vjerske manjine, slobodu izražavanja, smrtnu kaznu, prava žena i druge oblasti kršenja ljudskih prava i u njemu se navodi kako je bilo 674 prijave kršenja slobode izražavanja u 2021. godini, uključujući hapšenje 1.043 osobe, uz 111 suđenja. U 2021. godini izrečene su zatvorske kazne za 215 osoba, ukupno 10.140 mjeseci zbog optužbi za “propagandu protiv režima” i sličnih optužbi koje bi bile neshvatljive u savremenom društvu. Prema pomenutom izvještaju kritika vrhovnog vođe Alija Khameneija, vojske i sveštenstva obično izaziva hapšenje i teške kazne, uključujući bičevanje, a tokom 2021. godine je 16 osoba dobilo ukupno 998 udaraca bičem zbog kritikovanja režima. Vlasti su uhapsile 1.676 osoba zbog političkih aktivnosti ili aktivnosti zastupanja građanskih prava. U Izvještaju se također navodi i statistička analiza prema kojoj se u 2021. desilo 1043 hapšenja u kategoriji slobode izražavanja. Zvanični izvještaj za 2022. godinu još uvijek nije finaliziran, a aktuelni protesti koji su bili i inspiracija za ovaj rad još uvijek ne jenjavaju. Protesti povodom smrti Mahse Amini traju već dva mjeseca, a prema podacima Reutersa, Amnesty Internationala i OHCHR-a iranske snage sigurnosti ubile su najmanje 326 ljudi od izbijanja protesta širom zemlje prije dva mjeseca. CNN ne može nezavisno provjeriti cifru jer su nedržavni mediji, internet i protestni pokreti u Iranu i tokom ovih protesta svi ugušeni. Broj mrtvih varira u zavisnosti od opozicionih grupa, međunarodnih organizacija za ljudska prava i novinara koji prate tekuće proteste. Službe izvještavanja Ujedinjenih nacija najitaknutije sepo praćenju stanja ljudskih prava u Iranu. Prema pomenutim United Nations News do kraja oktobra 2022. godine uhapšeno preko 12500 ljudi, a policijska brutalnost i nerazmjerna upotreba sile se bilježe na terenu prema izvorima poput Amnesty Internationala i drugih UN-ovih organiza-

⁵¹ Roth, K. Human Rights Watch Report (2021, decembar). *Iran: Events of 2021*. <https://www.hrw.org/world-report/2022/country-chapters/iran>

⁵² Ibid.

⁵³ Roth, K. Human Rights Watch Report (2021, decembar). *Iran: Events of 2021*. <https://www.hrw.org/world-report/2022/country-chapters/iran>

⁵⁴ Ibid.

cija. Pored zvaničnih izvještaja organizacija poput Amnesty International, Human Rights Watch, UN Women i drugih imamo i izvještaje neformalnih organizacija koje rade na terenu poput Specijalnih procedura. One su najveće tijelo nezavisnih eksperata u sistemu UN-a za ljudska prava, ali njihova dokumentacija u ovom radu nije korištena, što znači da su podaci u radu bazirani na gore pomenute.

5. ZAKLJUČAK

OHCHR je izrazio zabrinutost zbog *“uporne nekažnjivosti u pogledu kršenja ljudskih prava u Iranu”*, uključujući ponovljene smrti demonstranata zbog navodne upotrebe smrtonosne sile od strane sigurnosnih snaga u novembru 2019., julu 2021. i imamo na terenu dokaze o nasilnom hapšenju i porastu broja poginulih tokom aktuelnih protesta. Sumirajući izvještaje spomenutih organizacija, koji su i ključni izvor korišten u ovom radu, možemo sublimirati sljedeće: Režim uporno nasilno guši prava na slobodu izražavanja, udruživanja i okupljanja. Zabranjene su nezavisne političke stranke, sindikati i organizacije civilnog društva, cenzurisani su mediji i ometaju se satelitski televizijski kanali. Gašenje Internet veze i nedostupnost platformi društvenih medija kao što su: Facebook, Telegram, Twitter i YouTube primjer su savremenog potpunog zatvaranja protoka informacija. Bezbjednosni i obavještajni službenici izvršili su proizvoljna hapšenja zbog objava na društvenim mrežama koje se smatraju “kontrarevolucionarnim” ili “neislamskim”. Na ovaj način se sakriva i razmjer sile upotrijebljene od strane režima tokom protesta u periodu 2019-2022. godine. Nekoliko hiljada muškaraca, žena i djece se privodi na ispitivanje svake godine nakon protesta, a potom biva nepravedno procesuirano i/ili proizvoljno privedeno isključivo zbog mirnog ostvarivanja prava na slobodu izražavanja, udruživanja i okupljanja. Ključna produžena ruka režima u kršenju ljudskih prava jesu razne forme policije. Basij i druge moralne policijske snage prvenstveno se bave održavanjem društvenog morala kroz provođenje islamskih normi u odijevanju, rodnim odnosima i seksualnosti. I slično kao i Saudijska Arabija, iranska moralna policija suočava se s određenim društvenim otporom zbog korištenja oštre taktike, koja je prvenstveno usmjerena na žene. Unatoč pozivima na reforme unutar izabrane vlade, ovakvi programi poslušnosti ostaju na snazi. Cjelokupni cilj programa društvene mobilizacije i namećanja morala Islamske Republike je održati islamsku kulturu usprkos teškom ratu kojeg režim vodi protiv vesternizacije. Svećenički establišment Zapad i invaziju liberalnih vrijednosti često krivi za bolesti društva, od homoseksualizma do lošeg hidžaba. Posljednji protesti u Iranu još traju, a intenzitet protesta i potencijalni broj žrtava još nije tačno utvrđen i konstantno se povećava. Nažalost, osnovna ljudska prava, a posebno prava žena u patrijarhalnim autokratijama su konstantno na udaru, a svjedočimo i degradaciji tih prava na globalnom nivou.

Literatura:

1. Amnesty International Report (2021). *Iran*. <https://www.amnesty.org/en/location/middle-east-and-north-africa/iran/report-iran/>
2. Besley, T. i Kudamatsu, M. (2007). *Making Autocracy Work*; Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines; London School of Economics and Political Science; London; http://eprints.lse.ac.uk/3764/1/Making_Autocracy_Work.pdf
3. Borgen Project, *Bill to fight violence against women in Iran*, 10 april 2021. godine
4. Brown, J. (2020). Democracy. u E. M. Sanchez (Ed.), Merriam-Webster. Merriam-Webster. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/democracy>
5. Cornelius, A. Mittelhammer, B. (2020) *A Feminist Foreign Policy to Deal with Iran? Assessing the EU's Options*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace Publications Department. Str. 12.
6. Golkar, S. (2012). Organization of the Oppressed or Organization for Oppressing: Analysing the Role of the Basij Militia of Iran. *Politics, Religion & Ideology* Vol: 13, Issue: 4, DOI: <https://doi.org/10.1080/21567689.2012.725661> <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/21567689.2012.725661>
7. Golkar, S. (2020, 8. oktobar) *Protests and Regime Suppression in Post-Revolutionary Iran*. The Washington Institute for Near East Policy: <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/protests-and-regime-suppression-post-revolutionary-iran>
8. Golkar, S. i Arabbi, K. (2021) *The View From Tehran: Iran's Militia Doctrine*. https://institute.global/sites/default/files/2021.pdf_02/Tony%20Blair%20Institute%2C%20The%20View%20From%20Tehran%2C%20Iran%27s%20Militia%20Doctrine%20%28February%202020%29.pdf
9. Hosseini, Z. (2011) *Islam, Gender and Democracy in Iran*. Oxford Academic Islam, Gender, and Democracy in Comparative Perspective Jocelyne Cesari (ed.), José Casanova (ed.) DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198788553.003.0010>, str. 211-236 <https://academic.oup.com/book/5974/chapter-abstract/149340921?redirectedFrom=fulltext>
10. Human Rights Watch Report (2020, novembar) *Iran: No Justice for Bloody 2019 Crackdown*. <https://www.hrw.org/news/2020/11/17/iran-no-justice-bloody-2019-crackdown>
11. Katouzian, H. (2021). *The Revolution for Law: A Chronographic Analysis of the Constitutional Revolution of Iran*. *Middle Eastern Studies*, Vol:47, Issue: 5, DOI: <https://doi.org/10.1080/00263206.2011.588797> <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00263206.2011.588797>
12. Kayadibi, S. (2018) *Principles of Islamic Law*. (Drugo izdanje) Islamic Book Trust, str. 8

13. Kurun, I. (2017). *Iranian Political System*. Journal of Management and Economics Research, Vol: 15, Issue: 1, DOI: <http://dx.doi.org/10.11611/yead.285351>; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/267727>
14. Loft, P. (2022) *Iran protests: Human rights and international response*. Pegled istraživanja <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9679/CBP-9679.pdf>
15. Milani, M. Mohsen. (2018). *The Making Of Iran's Islamic Revolution From Monarchy To Islamic Republic*, (Drugo izdanje) Routledge,
16. Moghadam, V. (2004) *Women in the Islamic Republic of Iran: Legal Status, Social Positions, and Collective Action*. UNESCO konferencija na temu: "Iran After 25 Years of Revolution: A Retrospective and a Look Ahead" http://www.sssup.it/UploadDocs/7320_7_R_Women_in_the_Islamic_Republic_of_Iran_Moghadam_07.pdf
17. Mohajer, N. i Vahabi, M. (2011). Islamic Republic of Iran and its Opposition. Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East, Vol. 31, No. 1, 2011.
18. Ostovar, A. (2013) *Iran's Basij: Membership in a Militant Islamist Organization*. The Middle East Journal, Middle East Institute Vol 67, br. 3, str. 345-361 ISSN 1940-3461, <https://muse.jhu.edu/article/514125/pdf>
19. Roth, K. Human Rights Watch Report (2021, decembar). *Iran: Events of 2021*. <https://www.hrw.org/world-report/2022/country-chapters/iran>
20. Roy, O. „*The Impact of Iranian Revolution on the Middle East*“. The Shia Worlds and Iran. Sabrina Mervin. London: Institut Francais du Proche-orient. Juni 21. 2011. str. 31
21. The World Bank. (2019). Population total – Isl. Rep. Of Iran. <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=IR>
22. United Nations Human Rights Report (2022). *Centre for South-West Asia and the Arab Region*. <https://www.ohchr.org/en/countries/middle-east-north-africa-region/centre-for-southwest-asia-and-arab-region>
23. United Nations Human Rights Report (2022). *Islamic Republic of Iran*. <https://www.ohchr.org/en/countries/iran>
24. United Nations News (2022, oktobar) *Iran: UN condemns violent crackdown against hijab protests*. https://news.un.org/en/story/2022/09/1128111?utm_source=UN+News+-+Newsletter&utm_campaign=659bc25dc0-EMAIL_CAMPAIGN_2022_09_27_03_46&utm_medium=email&utm_term=0_fd-bf1af606-659bc25dc0-108114430
25. Ustav Islamske Republike Iran iz 1979: <https://www.jstor.org/stable/4326018>
26. Vaez, H. (2004) *Post-Revolutionary Politics in Iran: Continuity and Change*, British Journal of Middle Eastern Studies Vol. 31, No. 2, Taylor & Francis, Ltd. str. 235-241 <https://www.jstor.org/stable/4145510>
27. Zakon o zabrani nasilja nad ženama: <https://www.hrw.org/news/2020/12/04/iran-adopt-draft-law-protect-women>
28. Zakon o zaštiti porodice u Iranu: <https://learningpartnership.org/resource/family-protection-act-iran-document-english>

Berina Beširović, Ph. M., senior assistant
Faculty of political sciences, University of Sarajevo

**THE ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN AND THE SHARIAT REGARDING
WOMEN'S RIGHTS - REPRESSION OF THE REGIME IN PROTESTS
IN THE PERIOD 2019-2022.**

Summary: Ensuring basic human rights is directly related to the degree of functionality and democracy of a society in such a way that their guarantee creates a more plural and democratic society. This work is inspired by current events in Iran, where mass protests are taking place over the death of a twenty-two-year-old girl who died of a heart attack in prison. The reason for her arrest was “improper wearing of hijab” which was judged as such by the moral police originally called “Gasht-e-Ershad”. The Islamic Republic of Iran is one of the countries with the most violent history of suppressing protests. The aim of this paper is to analyse the violation of women’s rights and the right to freedom of expression in Iran. A multidisciplinary approach will be used explaining terms in a political, theological and sociological context. The first part of the paper deals with the geopolitical context of Iran, the second part of the paper explains the concept of Islamic police and Sharia law in relation to women’s rights in Iran, and the third part gives an overview of the empirical data about the violation of women’s rights and the right to freedom of expression in Iran in the period 2019-2022.

Keywords: democracy, autocracy, repression, patriarchy, right to freedom of expression, Islamic revolution, sharia.

Mag. Iur. Mirna Dajak, asistentica
Pravni fakultetu Sveučilišta u Splitu

ZAŠTITA PRAVA OSOBA S DUŠEVNIM SMETNJAMA U POSTUPKU LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Sažetak: Punoljetna osoba može zbog određenih razloga biti djelomično lišena poslovne sposobnosti ako sud u izvanparničnom postupku utvrdi da se takva osoba ne može samostalno brinuti o nekom od svojih prava i obveza ili da svojim postupanjem ugrožava druge. Kako bi se takvog pojedinca zaštitilo, po okončanju spomenutog postupka mu se dodjeljuje skrbnik koji će se brinuti o poslovima koji se odnose na onaj segment u kojem mu je ograničena poslovna sposobnost. Republika Hrvatska je relativno žurno ratificirala Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom koja se odnosi i na osobe s duševnim smetnjama tako da su bile nužne izmjene odredbi nacionalnog obiteljskog zakonodavstva. Premda su spomenute izmjene imale za cilj podizanje razine prava osoba s duševnim smetnjama, vrijeme je pokazalo da je njihova provedba u praksi imala određene poteškoće. U ovom radu će posebna pozornost biti posvećena odredbama važećeg Obiteljskog zakona koje se odnose na postupak lišenja poslovne sposobnosti. Iako je kroz stoljeća postignuta promjena paradigme na način da je institut skrbništva bio namijenjen zaštititi društva od pojedinca, a sada je naglasak na zaštiti pojedinca od društva, imajući na umu da osobe lišene poslovne sposobnosti predstavljaju društvenu skupinu koja je često stigmatizirana kao društvo još uvijek moramo pojačano raditi na podizanju razine prava osoba lišenih poslovne sposobnosti.

Ključne riječi: postupak lišenja poslovne sposobnosti, skrbništvo za punoljetne osobe, poslovna sposobnost, prava osoba lišenih poslovne sposobnosti, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom

1. UVODNO O POVIJESNOM RAZVOJU POSTUPKA LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI I KONVENCIJI O PRAVIMA OSOBA S INVALIDITETOM

Skrbništvo za osobe lišene poslovne sposobnosti je poznato još od rimskog prava.¹ *Kuratorstvo* je bio oblik skrbništva nad dorašlim osobama koje iz odre-

¹ O skrbništvu u rimskom pravu vidi više u Šarac, M.; Lučić, Z., *Rimsko privatno pravo*, Naklada Bošković, Split, 2011.

đenih razloga ne mogu brinuti o svojoj *imovini i zdravlju*.² Dalje, Opći građanski zakonik na čije je podjele i pojmove vidno utjecalo rimsko pravo u §. 273 navodi: „*Za luda ili slaboumna može se držati samo onaj, koji je sudno proglašen da je takov, a to je pošto se točno razvidilo njegovo vladanje i pošto saslušani budu ljekari, koje je sud na to odredio.*”³ Sudski postupak se pokretao u pravilu na prijedlog rodbine duševno poremećene osobe. U poslijeratnom razdoblju dolazi do prekretnice jer se prvi put spominje „*starateljstvo nad osobama lišenim poslovne sposobnosti*” pri čemu su u Zakonu o starateljstvu⁴ izričito navedeni „*mentalna poremećenost, kronični alkoholizam, senilnost, rasipništvo i sl.*“ kao razlozi koji upućuju na to da osoba „*nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima*“. Ono što je bilo ključno za spomenuti zakon je što je ukazao na potrebu individualizacije propisujući dva stupnja lišenja poslovne sposobnosti – potpuno i djelomično.“ ZBPO⁵ je odredio razloge za potpuno i za djelomično lišenje poslovne sposobnosti. Nakon ZPBO-a je stupio na snagu Obiteljski zakon Iz 1998. godine⁶

Glede nacionalnog zakonodavstva može se reći da je otvoreno pitanje prava osoba s duševnim smetnjama donošenjem Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama iz 1997.godine.⁷ Međutim, spomenuto pitanje je aktualizirano i podignuto na puno višu razinu tek ratifikacijom *Konvencije o pravima osoba s invaliditetom*⁸. Jako sažeti povijesni pregled relevantnih izvora za RH glede lišenja poslovne sposobnosti kroz provijest je dan iz razloga kako bi uvidjeli da je u društvu došlo do postupne promjene paradigme na način da se društvo prvotno štitilo od osoba s duševnim smetnjama, a sada je zauzet stav da osobe sa duševnim smetnjama treba štititi od samog društva. Najveći pomak u zauzimanju takvog stajališta ostvarila je upravo spomenuta Konvencija koja predstavlja prvi međunarodni dokument koji za predmet ima prava osoba s invaliditetom. Za naglasiti je

² Ovisno o razlogu zbog kojeg ne mogu brinuti o svojoj imovini i zdravlju, bio je predviđen i odgovarajući oblik kuratorstva. *Cura furiosi* se odnosi na skrbništvo nad duševno bolesnim osobama. Rimsko pravo je za postizanje učinaka pravnog posla tražilo postojanje volje i očitovanje te iste volje u propisanoj formi. *Cura prodigi* se određivala radi očuvanja imovine onih osoba koje su je prekomjerno i nerazumno trošile. *Cura debilium personarum* označava skrbništvo nad gluhima, nijemima, starima te nad onima koji pate od trajne bolesti zbog koje ne mogu upravljati svojom imovinom.

³ O odredbama Općeg građanskog zakonika po pitanju skrbništva vidi u Rušnov, A., Posilović, S. (a. n.), *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Opći građanski zakonik je stupio na snagu za područje Hrvatske i Slavonije dana 1.svibnja 1853.

⁴ Zakon o starateljstvu, NN, br. 15/1968

⁵ Zakon o braku i porodičnim odnosima, NN br. 11/1978, 27/1978, 45/1989, 59/1990, 25/1994, 162/1998

⁶ U ovom dijelu se neće obrađivati zasebno njegove odredbe jer su relevantne odredbe važećeg Obiteljskog zakona temeljito obrađene u okviru zasebnog poglavlja.

⁷ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN br. 111/1997.

⁸ Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, NN, Međunarodni ugovori, br. 6/2007., 5/2008.; dalje Konvencija i Protokol. Konvencija je stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku dana 3.5.2008.godine.

da Konvencija ne propisuje nova prava za osobe s invaliditetom⁹, nego pojašnjava koje mjere države članice trebaju poduzeti kako bi ostvarile višu razinu osoba s duševnim smetnjama s obzirom na uskratu i kršenje već postojećih i priznatih prava.

Svrha Konvencije proizlazi iz njenog 1. članka, a to je *“promicanje, zaštita i osiguravanje punog i ravnopravnog uživanja svih ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba s invaliditetom i promicanje poštivanja njihovog urođenog dostojanstva”*. Ono što je bitno za temu ovog rada je da se, prema postojećim definicijama, osobe koje imaju dugotrajna mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja ubrajaju u osobe s duševnim smetnjama, pa stoga i osobe s duševnim smetnjama lišene poslovne sposobnosti uživaju zaštitu Konvencije¹⁰

Značajno kod Konvencije je što ona kombinira medicinski i socijalni model pristupu invalidnosti. Medicinski model invalidnost određuje kao nedostatak, odnosno oštećenje koje postoji na strani pojedinca, određujući osobu s invaliditetom kao *“pacijenta”* kojem je potrebna odgovarajuća skrb i pomoć.¹¹ Socijalni model invaliditeta uključuje razumijevanje invaliditeta kroz interakciju oštećenja i okoline koja uslijed svoje neprilagođenosti oštećenje pretvara u invaliditet odnosno ograničavanja aktivnosti (funkcioniranja) neke osobe i njegove i njezine participacije u društvu na navnopravnoj osnovi s drugima. Novi pristup invaliditetu ostvaruje se kroz fokus na preostale sposobnosti i oslanjanje na procjenu sustava potpore koje društvo treba osigurati osobi kako bi se njezine mogućnosti izjednačile s mogućnostima ostalih građana bez oštećenja.¹² Prilikom tumačenja smjernica i u provedbi Konvencije, države članice se trebaju voditi osnovnim načelima Konvencije.¹³ Konvencija po pitanju poštivanja obitelji u čl. 23. st. 1. t. a predviđa pravo osoba s invaliditetom *“koje su u dobi za brak, da sklope brak i zasniju obitelj na osnovi slobodne i potpune suglasnosti budućih bračnih partnera”*. Konvencija promiče jačanje političkih prava osoba lišenih poslovne sposobnosti kao i aktivno

⁹ Spomenuta prava već postoje u brojnim međunarodnim dokumentima.

¹⁰ Tako Korać Graovac, A.; Čulo, A., Konvencija o pravima osoba s invaliditetom- novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik PFZ, 61, (1), 2011., str.69 Konvencija se primjenjuje na osobe s invaliditetom, koje u odredbi čl. 1. st. 2. određuje kao *“...osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima”*.

¹¹ Kanter, A. S., “The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, 34 Syracuse Journal of International Law and Commerce, 2007., str. 291.

¹² Tako, Pekeč Knežević, M., *Uloga pravobraniteljice za osobe s invaliditetom i Konvencija o pravima osoba s invaliditetom*, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 11.

¹³ Načela Konvencije navedena u čl. 3. jesu: poštivanje urođenog dostojanstva, osobne autonomije – uključujući slobodu osobnog izbora i neovisnost osoba, nediskriminacija, puno i učinkovito sudjelovanje i uključivanje u društvo, poštivanje razlika i prihvaćanje osoba s invaliditetom kao dijela ljudske raznolikosti i čovječnosti, jednakost mogućnosti, pristupačnost i dr.

sudjelovanje u nevladinim organizacijama i udrugama koje se bave političkim životom (čl. 29. t. b). Konvencija obvezuje države članice na zaštitu privatnosti osobnih i zdravstvenih podataka te podataka o rehabilitaciji osoba s invaliditetom na ravnopravnoj osnovi s drugima (čl. 22. st. 2.). No, ono što je ključno je da uvažavanjem socijalnog modela pristupu invalidnosti Konvencija predviđa obvezu država članica da poduzmu odgovarajuće mjere kako bi osobama s invaliditetom osigurale pristup potpori koja bi im mogla biti potrebna za ostvarivanje poslovne sposobnosti.

Prethodno se ukazalo na neke odredbe Konvencije namjenjene podizanju razine prava osoba s invaliditetom, dok se u preostalom dijelu rada analizira važeće odredbe obiteljskog zakonodavstva. Zaključno, ostaje nam vidjeti koliko je RH bila uspješna u provedbi ove Konvencije u praksi.

2. OBITELJSKI ZAKON IZ 2015.GODINE

S obzirom da je Republika Hrvatska relativno žurno ratificirala Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom zajedno s pripadajućim Fakultativnim protokolom, zatekla se u situaciji gdje njeno postojeće zakonodavstvo nije bilo usklađeno s preuzetim obvezama iz ovih međunarodnih pravnih akata. Stoga je izmjena obiteljskog zakona bila nužna¹⁴. Neke od ključnih izmjena obiteljskog zakona namjenjene podizanju razine zaštite ljudskih prava osoba s invaliditetom su bile ukidanje potpunog lišenja poslovne sposobnosti te uvođenje instituta anticipiranog odlučivanja.

Do izmjena obiteljskog zakona iz 2014. i 2015.godine¹⁵, zakon je predviđao *potpuno i djelomično lišenje poslovne sposobnosti*. Potpuno lišenje poslovne sposobnosti je prvotno bilo zamisljeno kao iznimka, no u praksi se pretvorilo u pravilo. Tome u prilog govore statistički podaci koji vremenski prethode donošenju ObZ/15. Naime, u periodu od 2007. do 2015. godine postotak djelomično lišenih poslovne sposobnosti u odnosu na ukupan broj osoba lišenih poslovne sposobnosti se kreće negdje oko 12%. S druge strane od ukupnog broja lišenja poslovne sposobnosti, sudska odluka o vraćanju poslovne sposobnosti donesena je u manje 0.5% slučajeva¹⁶. Spomenitim izmjenama ukinuta je mogućnost potpu-

¹⁴ Paralelno s navedenim izmjenama stupio je na snagu Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama koji također ima za cilj jačanje prava osoba s invaliditetom. Ovaj zakon predviđa imenovanje *osobe od povjerenja* koja može davati ili uskraćivati suglasnost za određene medicinske postupke. Napomena je da se ovaj zakon odnosi samo na postupke psihijatrijskog liječenja. Potrebno je ukazati da bi trebalo spomenute zakone uskladiti i sa Zakonom o zaštiti prava pacijenata, NN, br. 169/04, 37/08

¹⁵ Obiteljski zakon, NN, br. 75/2014.; dalje u tekstu ObZ/14 i Obiteljski zakon, br. NN 103/15; dalje u tekstu ObZ/15.

¹⁶ Više u navedenim statističkim podacima za spomenuto razdoblje vidi u Majstorović, I.; Šimović, I, *Opseg lišenja poslovne sposobnosti kao pretpostavka zaštite prava i dostojanstva osoba s invaliditetom*, Ljetopis socijalnog rada, 25 (1), str., 2018, str. 69.

nog lišenja poslovne sposobnosti Ovakvo rješenje je izazvalo brojne nedoumice u praksi. Ako se predoči životna situacija u kojoj postoji osoba čije intelektualne smetnje onemogućavaju bilo kakav razumljiv kontakt s drugom osobom te takvu osobu sud djelomično liši poslovne sposobnosti, nameće se pitanje možemo li takvo rješenje suda smatrati ispravnim i na kraju korisnim za osobu s duševnim smetnjama? Hoće li osoba na čijoj strani postoji objektivna smetnja koja je onemogućava u normalnom funkcioniranju moći štititi svoja prava i preuzete obveze bolje nego bi to učinio dodijeljeni skrbnik? U nedavnoj praksi pojedinih općinskih sudova se pokazalo da suci zauzimaju stav da u rješenju osobu deklaratorno liše poslovne sposobnosti premda je sadržajno u potpunosti liše poslovne sposobnosti.¹⁷ Dalje, osvrnut ću se na Odluku ustavnog suda iz svibnja 2015.godine¹⁸ te na odluku Ustavnog suda iz siječnja 2016.godine¹⁹. U obe odluke se naglašava stav kako je potpuno lišenje poslovne sposobnosti iznimno ozbiljna mjera te je treba upotrebljavati kao *ultima ratio*. Spomenute odluke se ističu jer su obje donesene nakon što je Konvencija već par godina bila dio našeg unutarnjeg poretka. Slično postupanje vidimo u praksi Europskog suda za ljudska prava²⁰ i to konkretno u predmetu Ivinović protiv Hrvatske.²¹

Nužno je reći i par riječi o institutu *anticipiranih naredbi* kojeg uvodi ObZ/15. Spomenutim institutom se značajno utječe na prava osoba lišenih poslovne sposobnosti jer im se omogućuje da donose odluke o bitnim pitanjima u formi javnobilježničke isprave dok još uvijek imaju poslovnu sposobnost. Na taj način mogu odlučiti o osobi za koju žele da ih zastupa u postupku lišenja poslov-

¹⁷ Primjera radi, ukazuje se na par presuda Općinskog građanskog suda u Zagrebu iz kojih je razvidan ovaj modus postupanja. Prvi primjer je slučaj osobe koja pati od teških intelektualnih teškoća, epilepsije i paranoidne psihoze (Tako u Opći građanski sud u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob928/2016). Drugi primjer je slučaj osobe u terminalnoj fazi Alzheimerove bolesti (Tako u Opći građanski sud u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob-410/2016) Treći primjer je osobe koja pati od encefalopatije, mikrocefalije, teških intelektualnih teškoća, epilepsije i autističnog sindroma (Tako u Opći građanski sud u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob-410/2016.) U svim nabrojenim slučajevima sud je izrekao skoro identične presude te su osobe lišene djelomice lišene poslovne sposobnosti za potrebe redovnog ambulantnog i hospitalnog liječenja, za potrebu smještaja, za raspolaganje svojim redovnim novčanim primanjima te za poduzimanje svih pravnih radnji i svih pravnih poslova.

¹⁸ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III/1380/2014 od 20.5.2015., NN 75/2015

¹⁹ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III/4536/2012 od 14.1.2016, NN 13/2016

²⁰ Dalje u tekstu ESLJP

²¹ Presuda u predmetu Europskog suda za ljudska prava, predmet Ivinović protiv Hrvatske, zahtjev br. 13006/13, presuda od 18. rujna 2011., više o predmetu vidi u Hrabar, D., Korać Graovac, A., Majstorović, I., Čulo Margaletić, A., Stažnik, Š., Šimović, I., *Presude o skrbništvu i lišenju poslovne sposobnosti Europskoga suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske*, Biblioteka Monografije, Zagreb, 2021. U spomenutom predmetu je sud utvrdio »Čak i kada nacionalne vlasti s traženim stupnjem sigurnosti utvrde da je osoba imala poteškoće u plaćanju svojih računa, lišenje poslovne sposobnosti, čak i djelomično (istaknuli autori), treba biti posljednja mjera koja se primjenjuje samo kad nacionalne vlasti, nakon pažljivog razmatranja mogućih alternativa, zaključče da niti jedna druga, manje ograničavajuća mjera, nije svrsishodna ili da kad su druge, manje ograničavajuće mjere neuspješno pokušane.«

ne sposobnosti (čl. 236. st. 6, čl.241. st. 2. ObZ/15), o osobi za koju žele da bude imenovana skrbnikom te njenim zamjenicima (Čl. 247. st. 5 ObZ/15). Također, omogućuje se odluka o bitnim pitanjima koje se tiču zdravlja pri čemu ObZ/15 izričito navodi pitanje sterilizacije, doniranja tkiva i organa te mjere za održavanje na životu osobe. Ovaj popis nije konačan te se može odnositi i na duga važna pitanja koja se tiču zdravlja. Za slučaj da osoba nije sastavila anticipiranu naredbu glede spomenutih pitanja, zakon je predvidio provođenje posebnog izvanparničnog postupka u kojem će se odlučiti o tim pitanjima.²² Dana 19. prosinca 2016. godine je donesena prva odluka u takvom postupku, a odnosila se na sterilizaciju osobe lišene poslovne sposobnosti.²³

3. POSTUPAK LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI U SKLADU S VAŽEĆIM PRAVOM REPUBLIKE HRVATSKE²⁴

ObZ/20 u čl. 234. st 1. navodi “ Sud će u *izvanparničnom* postupku punoljetnu osobu koja se zbog *duševnih smetnji ili drugih razloga* nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava, potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna skrbiti se, u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti.“ Odmah na početku Zakon navodi da će sud odlučiti u *izvanparničnom* postupku.²⁵ Dalje, u zakonskoj odredbi kao razlog lišenje poslovne sposobnosti se

²² O spomenutom postupku vidi više u Aras Kramar, S.. *Sudski postupak u predmetima o zdravlju osoba lišenih poslovne sposobnosti: novi izvor diskriminacije?* Zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća / Šago, Dinka et al- Split : Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2019, str. 131-159

²³ Skrbnik kao predlagatelj je podnio ovaj prijedlog protiv protustranke radi provođenja postupka sterilizacije. Protustranka je već rodila dvoje djece za koje je lišena prava za roditeljsku skrb te su djeca provjerena na skrb predlagatelju. Županijski sud je prihvatio prijedlog (Rješenje Županijskog suda u Bjelovaru, R2- 35/2016-16 od 19. prosinca 2016.), a povodom žalbe Vrhovni sud RH je tu odluku potvrdio rješenjem Gž-20/16-2 od 27.prosinca 2016.

²⁴ U dijelu koji slijedi će se objasniti postupak lišenja poslovne sposobnosti u skladu s važećim Obiteljskim zakonom (NN br. 103/15, 98/19, 47/20); dalje u tekstu ObZ/20 Sam postupak je reguliran čl. 496-503. ObZ/19. Spomenute članke je nužno povezati s čl. 433.-448. kojima se reguliraju svi posebni izvanparnični postupci sadržani u ObZ/19 (čl. 236-239. ObZ/20). U općim odredbama posebnih izvanparničnih postupaka su uređena pitanja kao što su stvarna i mjesna nadležnost, mogućnost izjavljivanja žalbe, revizije i sl.) Međutim, premda se ove odredbe odnose na samu srž postupka, nužno je poznavati i odredbe koje se odnose na djelovanje Centra za socijalnu skrb (čl. 236-239. ObZ/20, kao i odredbe koje se odnose na dužnosti posebnog skrbnika (čl. 241-246. ObZ/20). Postoji i čitav niz podzakonskih akata koji se odnose na skrbnike (primjerice Pravilnik o visini iznosa i načinu isplate naknade za skrbnika, NN br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11 i brojni dr.)

²⁵ Precizna definicija *izvanparničnog postupka* još uvijek ne postoji nego se on uobičajava definirati negativno, i to kao sve ono što nije parnični postupak. Stoga, u izvanparničnom postupku ne smije postojati spor. Izvanparnični postupak je heterogen, što znači da imamo cijeli niz izvanparničnih postupaka na koja je primjenjuju pravila raznih zakona kao i drugih pravnih akata. Na

navodi “zbog duševnih smetnji ili drugih razloga”²⁶. Obiteljski zakon iz 1998.²⁷ godine je kao uzroke izričito naveo mentalno oštećenje ili psihičku bolest, ovisnost o opojnim sredstvima, senilnost te druge uzroke. Važeći obiteljski zakon ide za tim da općom formulacijom obuhvati sve razloge lišenja poslovne sposobnosti uz obvezni dodatak fraze “*ili drugih razloga*” kako ne bi bio obvezan taksativno nabrojati sve uzroke lišenja poslovne sposobnosti. Međutim, sasvim je jasno da trenutno važeća formulacija obuhvaća sve navedene pojmove iz ObZ/98. O *duševnim smetnjama*²⁸ će biti riječ kad je osoba duševno bolesna, kad ima duševne poremećaje, nedovoljno je duševno razvijena, ovisnik o alkoholu i drogama ili ima neke druge duševne smetnje. Duševnu smetnju definira i čl. 3.t.1. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama^{29, 30}

Već iz letimičnog pogleda na ove definicije i klasifikacije, jasno je da postojanje ovakvih uzroka kao i njihovu težinu ne može utvrditi sud nego je nužno vještačenje medicinske struke. Prema čl. 234. st.3. ObZ/20 “Prije donošenja rješenja o lišenju poslovne sposobnosti sud će pribaviti stručno mišljenje vještaka odgovarajuće grane medicine o *zdravstvenom stanju* osobe za koju je pokrenut

primjeru postupka lišenja poslovne sposobnosti, navest ćemo Zakon o izvanparničnom postupku iz 1934 (u dijelu u kojem je to moguće s obzirom da od tada nije donesen zakon prilagođen suvremenim potrebama- Zakon o vanparničnom postupku, Službene novine Kraljevine Jugoslavije br. 45/34.) te ObZ/20 kao i čitav niz podzakonskih akata. Također, nužno je poznavanje pojmova iz građanskopravne i obiteljsko pravne teorije kao što su definicije poslovne sposobnosti te opseg poslovne sposobnosti. Parnični postupak se nikad ne pokreće po *službenoj dužnosti* dok kod izvanparničnog to može biti slučaj. Upravo postupak lišenja poslovne sposobnosti može pokrenuti sud po službenoj dužnosti. Za pretežan broj izvanparničnih postupaka karakteristična je i *elastičnost* procesnih instituta, pa stoga i veća mogućnost prilagođavanja specifičnim materijama o kojima se odlučuje. O spomenutim karakteristikama izvanparničnog postupka vidi više u Triva, S., Dika, S., Građansko procesno pravo, Narodne Novine d.d., Zagreb, studeni 2004.

²⁶ Kao što smo vidjeli kroz povijest postoji čitav niz razloga zbog kojih osobe mogu biti lišene poslovne sposobnosti, no ono što obuhvaća termin duševnih smetnji se ipak pokazao kao prevladavajući uzrok lišenja poslovne sposobnosti. Stoga se upravo taj naziv i koristi u naslovu ovog rada premda bi uz osobe sa duševnim smetnjama mogli nabrojiti i druge kategorije osoba kojima je potrebna dodatna zaštita u postupku lišenja poslovne sposobnosti.

²⁷ Obiteljski zakon (NN br. 162/1998)

²⁸ Za određenje pojma duševnih smetnji koristi se međunarodna klasifikacija bolesti i drugih zdravstvenih problema svjetske zdravstvene organizacije; više o tome vidi na: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44081/9789241547666_hrv.pdf

²⁹ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN br. 76/14; dalje u tekstu ZZODS

³⁰ U kategoriju duševnih bolesti spadaju shizofrenije i druge endogene psihoze, psihohene psihoze i sl. Duševni poremećaj obuhvaća različite poremećaje izvan skupine duševnih bolesti kao što su neurotski poremećaji (fobije, anksiozna stanja), poremećaji ličnosti (socijalni, paranoidni), poremećaji navika i nagona (patološko kockanje, piromanija, kleptomanija). Nedovoljni duševni razvoj se odnosi na osobe smanjenih intelektualnih kapaciteta koji su ograničeni na razini genetičkih predispozicija ili je njihov razvoj tekao usporeno zbog nepovoljnih psiholoških i socijalnih utjecaja. Pod pojmom ovisnosti o opojnim sredstvima najčešće se misli na ovisnost o alkoholu, kokainu, opijatima itd. Među ostalim i čestim uzrocima moramo spomenuti demenciju te senilnost. Tako u Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac Lozić, D.; Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine d.d., Zagreb, 2007, str. 417

postupak lišenja poslovne sposobnosti i o *utjecaju toga stanja* na njezine sposobnosti zaštite svojega pojedinog prava ili skupine prava, ili na ugrožavanje prava i interesa drugih osoba.”

Postupak se pokreće prijedlogom ovlaštene osobe. No, prije podnošenja prijedloga bitno je ukazati na odredbe ObZ/20 po kojima je *svatko* dužan obavijestiti CSS o potrebi pružanja pomoći osobama iz čl.234. Premda postoji ova odredba, ona predstavlja *lex imperfecta* jer ne postoji sankcija za osobu koja se o nju ogлуši. Glede samog prijedloga za pokretanje postupka zakon taksativno navodi ovaštene osobe, to može biti sud (po službenoj dužnosti), CSS³¹ te bračni drug osobe prema kojoj se provodi postupak, njezini krvni srodnici u ravnoj lozi, a u pobočnoj lozi do drugog stupnja.

U skladu s čl. 498. st. 1 “Sud će pozvati na ročište predlagatelja, osobu u odnosu na koju se provodi postupak, njezina posebnog skrbnika i centar za socijalnu skrb.” Zakonodavac pritom ističe da je od pozvanih osoba jedino posebni skrbnik dužan odazvati se i aktivno sudjelovati u postupku, dok su ostali ovlaštene sudjelovati i raspravljati o rezultatima postupka. Sud će saslušati osobu u odnosu na koju se provodi postupak, ako je to moguće s obzirom na njeno zdravstveno stanje.

Zakon predviđa i mogućnost zastoja postupka u skladu s čl. 500 ObZ/20. ako se osoba za koju je pokrenut postupak radi lišenja poslovne sposobnosti zbog zloupotrebe sredstava ovisnosti ili drugih razloga podvrgne liječenju u zdravstvenoj ustanovi.³²

Po provedenom postupku sud donosi rješenje o lišenju poslovne sposobnosti koje se dostavlja predlagatelju, osobi koja se lišava poslovne sposobnosti, njezinu posebnom skrbniku i centru za socijalnu skrb. Rješenje mora biti obrazloženo³³ te se na njega može uložiti žalba.

4. PROBLEMI I NEDOUMICE U PRAKSI ZA STRUČNJAKE U POSUPKU LIŠENJA POSLOVNE SPOSOBNOSTI

Premda ovako iznesen zakonodavni okvir i statistički podaci prilikom čitanja mogu djelovati suhoparno, njihovo dobro poznavanje nam je prijeko potrebno radi razgraničenja ovlasti između osoba koje sudjeluju u ovom postupku (*CSS, vještak – psihijatar, posebni skrbnik, sudac te osoba sa duševnom smetnjom*), budući da su te granice često dvojbene i u samoj praksi. U ovom poglavlju će biti govora o tome što točno pojedini sudionici postupka rade u okviru svojih ovlasti

³¹ Upravo najveći broj prijedloga za lišenje poslovne sposobnosti dolazi upravo od CSS-a.

³² Sud je dužan osobu prema kojoj se vodi postupak upozoriti na takvu mogućnost. Vrijeme na koje se odgađa donošenje odluke ne može biti kraće od šest mjeseci ni dulje od godinu dana od dana donošenja odluke o zastoju. Isto tako sud pridržava mogućnost opoziva odluke ako osoba svojevóljno napusti ustanovu za liječenje ili bude iz nje otpuštena zbog narušavanja reda, ili na drugi način izbjegne liječenje.

³³ To znači da mora sadržavati dijagnozu zdravstvenog stanja.

te na koje probleme u praksi ukazuju. U skladu sa iznesenim stavovima odgovarajuće struke, daju se prijedlozi za budućnost.

4.1. Uloga CSS-a

Premda je kroz sredstva javnog priopćavanja često izražen negativan stav o radu CSS-a, za naglasiti je da dio kritika proizlazi iz nepoznavanja njegovih zakonskih ovlasti.³⁴ Dio tih kritika je opravdan pa će o njima biti govora u ovom podpoglavlju.

Jedna od zakonom predviđenih ovlasti CSS-a u okviru ovog postupka je i pokretanje samog postupka. Često se događa da se članovi obitelji osobe s duševnim smetnjama obrate Centru umjesto da pred nadležnim sudom osobno podnesu prijedlog za lišenje poslovne sposobnosti. Međutim, iskustva iz prakse pokazuju da se postupak koji je iniciran Centru gotovo uvijek upućuje kao prijedlog sudu za lišenje poslovne sposobnosti, što je jako loša praksa. Premda je stručni tim CSS-a ovlašten predložiti stranci koja je inicirala postupak da odustane ili ju pisanim putem uputiti na važeće odredbe ObZ/20 koje joj omogućuju da taj postupak pokrene sama, stručni radnici ovakvu odluku donose rijetko.³⁵ Najčešći razlog zbog kojeg se pokreće postupak lišenja poslovne sposobnosti pred centrom je *duševna bolest*, ali to može biti i nečiji način života - boemski način života, rastrošno ponašanje, *neprimjereno ponašanje* te razni oblici ovisnosti.³⁶ Međutim, pozicija djelatnika CSS-a nije baš zavidna s obzirom da takav djelatnik možda i nema potrebne kompetencije i znanja³⁷ za donošenje ovako zahtjevna procjene pa mu je jednostavnije svaki inicirani prijedlog proslijediti sudu „jer tako ne može pogriješiti“.

Socijalna anamneza predstavlja ključni dokument u ovom postupku. Zajedno sa osobnom i medicinskom dokumentacijom čini supstrat na kojem sudac temelji svoju odluku. Prilikom prikupljanja podataka bitnih za socijalnu anamnezu, djelatnici Centra nailaze na brojne poteškoće. Početni razgovori sa osobom s duševnom smetnjom i članovima njegove obitelji mogu biti jako nezgodni. Naime, jasno je da će osoba s duševnim smetnjama biti nesuradljiva jer ga se ovim postupkom želi ograničiti u ostvarivanju nekih temeljnih ljudskih prava. No, često postanu neko-

³⁴ Izuzev, već spomenutih zakona koji reguliraju radi i ovlasti CSS-a, za je još i novi Zakon o socijalnoj skrbi (NN br. 18/22, 46/22, 119/22) i Zakon o općem upravnom postupku (NN br. 47/09, 110/21)

³⁵ Tako Horvat Alajbegović, B., *Uloga centra za socijalnu skrb u primjeni instituta skrbništva*, Poslovna sposobnost i skrbništvo- raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Solarisu, Šibenik, 04.-05.10.2011., str. 27.-36. CSS je ovlašten postupiti na ovakav način kada je *notorna* činjenica da nisu ispunjene zakonske pretpostavke za pokretanje postupka.

³⁶ Premda ove skupine sa gledišta svoje okoline ne zastupaju svoje interese na očekivani način, to nužno ne predstavlja razlog zbog kojeg bi ih se trebalo lišiti poslovne sposobnosti

³⁷ Prethodno se ističe jer su djelatnici u Centru pretežno pravnici i socijalni radnici te nemaju znanja o pojedinim duševnim smetnjama koje se najčešće pojavljuju kao uzrok lišenja poslovne sposobnosti.

operativni i članovi obitelji jer uskoro shvate da kroz skrbništvo neće riješiti probleme koje su planirali riješiti iniciranjem ovog postupka.³⁸ Suradnja sa spomenutim akterima je bitna jer socijalna anamneza treba sadržavati podatke o zdravstvenom stanju osobe, o odgoju i obrazovanju te podatke o članovima obitelji (također, je li obitelj podržavajuća u odnosu na bolesnu osobu) te o zaključenju braka. Dalje, ključni su podaci o razlozima pokretanja postupka te o procesu liječenja uz obrazloženje zašto se lišenje poslovne sposobnosti smatra nužnim i potrebnim. Nužno je prikupiti podatke o imovini i radnom statusu. Prikupljanje ove dokumentacije može biti dugotrajan proces pa je stoga nužno omogućiti CSS-u umrežavanje sa nadležnim tijelima javne uprave radi osobnih podataka o korisniku.

CSS je dužan u roku od 30 dana od pravomoćnosti rješenja kojim se osoba lišava poslovne sposobnosti, donijeti rješenje o stavljanju te osobe pod skrbništvo i imenovati joj skrbnika.³⁹ Prilikom izbora sud mora voditi računa da se imenuje osoba koja ima osobine i sposobnosti za obavljanje skrbništva i koja pristane biti skrbnikom te da je takav izbor za dobrobit štíćenika.⁴⁰ Skrbnik je dužan jednom godišnje pribaviti od izabranog doktora obiteljske medicine štíćenika mišljenje o stanju zdravlja štíćenika s obzirom na razlog lišenja poslovne sposobnosti, zasnovanog na mišljenju liječnika specijalista koje mora dostaviti centru za socijalnu skrb kao sastavni dio izvješća o svom radu.

4.2. Posebni skrbnik ⁴¹

CSS osobi za koju je *pokrenut* postupak radi lišenja poslovne sposobnosti imenuje posebnog skrbnika. Mora se raditi o osobi s položenim pravosudnim ispitom koja je zaposlena u Centru za posebno skrbništvo.⁴² Također, takvi djelatnici

³⁸ No ipak, nužno je da članovi obitelji dobiju savjetodavnu pomoć te potpune informacije koje mogu dobiti od djelatnika CSS-a kako bi prebrodili situaciju u kojoj su se zatekli usred bolesti člana obitelji (npr. financijski problemi, smještaj člana obitelji u ustanovu socijalne skrbi, potpuni podaci o tijeku postupka i njegovim konačnim posljedicama).

³⁹ Razmatra se djelovanje CSS- u okviru postupka lišenja poslovne sposobnosti, budući da bi analiza instituta skrbnika premašila okvir ovog rada. U tu svrhu vidi više Džankić, J., Milas Klarić, I., Uloga skrbnika u zaštiti osobnosti osobe lišene poslovne sposobnosti, *Pravnik : časopis za pravna i društvena pitanja*, Vol. 44 No. 88, 2010. te Milas Klarić, I, *Reforma skrbničkog zakonodavstva i europski pravni okvir*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. V No. 1, 2014.

⁴⁰ Prednost pri izboru će imati roditelji osobe koja se lišava poslovne sposobnosti. Ovisno o vrsti duševne smetnje štíćenik može živjeti sam, sa srodnicima ili biti smješten u socijalnoj ustanovi ili u psihijatrijskoj ustanovi. *ObZ/20* u svojim odredbama ističe kako je u provođenju skrbničke potrebno težiti što manjim ograničenjima prava štíćenika te da se moraju uzeti u obzir osobnost te sadašnji ili ranije izraženi stavovi osobe, kao i zaštita njezina dostojanstva i dobrobiti.

⁴¹ Status, djelatnost i ustrojstvo Centra za posebno skrbništvo je uređeno Zakonom o Centru za posebno skrbništvo (NN br. 47/20). Također, vidi više na službenim stranicama Centra za posebno skrbništvo <https://www.czps.hr/uloga-posebnog-skrbnika-u-postupcima-sa-odraslim-osobama/121>

⁴² Iznimno, prema čl. 236. st. 2. *ObZ/19* ako postupak radi lišenja poslovne sposobnosti predlaže centar za socijalnu skrb, posebni skrbnik ne može biti stručni radnik toga centra.

pohađaju i niz dodatnih edukacija u skladu s poslovima koje obavljaju.⁴³ Iznimno, ako postoji anticipirana naredba CSS će tu osobu imenovati posebnim skrbnikom ako ispunjava ostale pretpostavke za imenovanje skrbnikom.

Svrha instituta posebnog skrbnika je da poduzima radnje i zastupa interese osobe *samo u postupku za koji je imenovan*. Stoga će se njegove ovlasti i dužnosti odnositi uglavnom na zastupanje u postupku radi lišenja poslovne sposobnosti i poduzimanje žurnih mjera nužnih za osiguranje imovine ili zaštitu zdravlja osobe u odnosu na koju se postupak vodi. Posebni skrbnici su dužni redovito podnositi izvješća o svom radu kao i završno izvješće po okončanju svojih dužnosti. Rješenje o prestanku posebnog skrbništva donosi centar za socijalnu skrb ili sud koji je imenovao posebnog skrbnika. Premda je djelovanje ovog Centra relativno novo, ponekad se u javnosti prigovara nedovoljnom posvećivanju štíćenícima što donekle opravdava omjer između broja ovakvih skrbnika i potrebnih štíćenícika.⁴⁴

4.3. Nalaz i mišljenje psihijatra

Kao što je već rečeno, ključan dokaz za donošenje odluke o lišenju poslovne sposobnosti je upravo nalaz i mišljenje vještaka - *psihijatra*. Premda se vještačenje poslovne sposobnosti na teorijskoj razini čini jednostavnim i dovoljno jasnim, može ipak reći da je to jako osjetljiv postupak zbog (ne)izravnog učinka koji ima na temeljna ljudska prava. Prethodno se ističe jer premda konačnu odluku o lišenju poslovne sposobnosti donosi sudac, jasno je da će svoju odluku temeljiti upravo na onome što je u svom nalazu i mišljenju iznio vještak koji raspolaže s potrebnim znanjem i iskustvom.⁴⁵ S druge strane, vještak ne odgovara za ono što se događa sa osobama s duševnim smetnjama po okončanju postupka niti ima povratnu informaciju o tome, osim ako ga sud zatraži da ponovo vještači. Od vještaka se traži da odredi *narav*⁴⁶, *vrstu*⁴⁷, *stupanj*⁴⁸ i *trajnost*⁴⁹ duševnog pore-

⁴³ Više o spomenutim edukacijama i profilu djelatnika Centra za posebno skrbništvo vidi u <https://www.czps.hr/centar/poseban-skrbnik/111>

⁴⁴ Prema istraživanju koje je zasebno obrađeno u posljednjem poglavlju ovog rada posebni skrbnici pokazali su se uglavnom pasivni, ne postavljajući dodatna pitanja svjedocima te ne preispitujući nalaze i mišljenje liječnika vještaka. Osobe lišene poslovne sposobnosti prvostupanjskom odlukom izjavljivale su žalbu drugostupanjskom sudu redovito putem odvjetnika, iako su žalbe na rješenje o lišenju poslovne sposobnosti relativno jednostavni pravni akti njih nisu izjavljivali posebni skrbnici nego opunomoćeni odvjetnici.

⁴⁵ Nakon što je vještak podnio pisani nalaz i mišljenje, sud mu može postaviti dodatna pitanja pogotovo ako se pri upotrebi stručnih termina nije izražavao dovoljno jasno kako za suca tako za stranke u postupku. Prije nego što donese konačnu odluku, sud je ovlašten zatražiti dodatno mišljenje vještaka.

⁴⁶ Potrebno je precizirati o kojim se duševnim smetnjama radi i jesu li to *teže* duševne smetnje.

⁴⁷ Postaviti dijagnozu prema Medicinskoj klasifikaciji bolesti, deseta revizija. Dostupno na https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44081/9789241547666_hrv.pdf

⁴⁸ Odrediti *intezitet* smetnji.

⁴⁹ Osvrnuti se na prognozu duševnog poremećaja

mećaja.⁵⁰ Kroz podatke dostupne u sudskom spisu i socijalnoj anamnezi, vještak se treba upoznati sa nizom pitanja koja prate pokretanje postupka kao što su tko pokreće postupak, u čijem interesu je pokretanje postupka (bolesnika, obitelji, zajednice ili koga drugog) te šteti li ili koristi postupak samom bolesniku. Nažalost, u ambulantnim uvjetima u kojima *psihijatar*-vještak uglavnom radi, često nema vremena obratiti pozornost na ovakva pitanja koja su u pozadini pokretanja postupka premda mogu biti jako važna.⁵¹

Krucijalne je važnosti da vještak odgovori na pitanja je li osoba sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima (*u cijelosti ili djelomično*) i ugrožava li prava i interese drugih osoba (*te na kojim područjima*). Kako bi odgovorio na ova pitanja, vještak prvo treba procijeniti *utječe li postojanje određene dijagnoze na kapacitet za odlučivanje*. Smatra se da osoba ima kapacitet za donošenje određenje odluke ako su kumulativno ispunjena četiri uvjeta: 1) osoba je sposobna razumjeti odluku, 2) osoba je sposobna zadržati informaciju o odluci, 3) osoba je u stanju procijeniti i analizirati informacije koje se odnose na odluku 4) osoba je u stanju artikulirati svoju odluku.⁵² Ova pitanja se procjenjuju primjenom kliničkih intervjuja ili strukturiranih upitnika.

Dijagnoza, odnosno postojanje simptoma bolesti i oštećenje funkcioniranja nisu sami za sebe dovoljni da bi se nekoga lišilo poslovne sposobnosti. S obzirom da *socijalni model invalidnosti* traži odgovornost društva za razvijanje pomoći za povećanje kapaciteta za autonomiju, potrebno je odrediti prvo odrediti postupke pomoći koje osobi stoje na raspolaganju za uklanjanje ili nadomještanje deficita.⁵³ Liječenje osoba oboljelih od psihičkih bolesti se pretežno provodi u bolnici te dominira liječenje lijekovima. Ono što je izostalo u praksi su postupci koji omogućuju osobama da steknu vještine nužne za život u zajednici, trening socijalnih vještina program prevencije ponovne epizode bolesti i rada s obitelji. Navedene metode bi trebale biti dostupne osobama koje boluju od metralnih poremećaja kao svojevrsna prevencija lišenja poslovne sposobnosti.⁵⁴ Nažalost, zbog neorganizirani-

⁵⁰ O tome što sve po preporuci psihijatrijske struke treba saдрžavati nalaz i misljenje vještaka vidi u Žarković Palijan, T., Lišavanje poslovne sposobnosti i skrbništvo u Hrvatskoj – praktična iskustva, dileme i preporuke vještaka u Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 22.-27.

⁵¹ Liječnici zaposleni u većim ustanovama kao što su „Neuropsihijatrijska bolnica Dr. Ivan Barbot u Popovači i psihijatrijska bolnica Vrapče imaju velike mogućnosti za liječenje bolesnika prije nego što se uopće pristupi vještačenju što im daje dovoljno vremena da se provjere navedena pitanja za razliku od liječnika-vještaka koji rade u ambulantnim uvjetima.

⁵² Bitno je naglasiti da kapacitet donošenja odluka nije *univerzalan* za sve odluke, nego osoba može biti u stanju donijeti određene životne odluke, a druge pak ne.

⁵³ Tako Štrkalj Ivezić, S., *Procjena kapaciteta za odlučivanje kao ključan faktor u donošenju odluke za lišavanje poslovne sposobnosti*, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 66-75.

⁵⁴ Tako Štrkalj Ivezić, S., op. cit.(bilj. 69), str. 66.

ranosti psihijatrije većina pacijenata ne dobije ovaj vid pomoći pa se smatra da će ista biti nadomještena kroz institute skrbništva.

Istraživanje provedeno na 123 ispitanika oboljela od shizofrenije je pokazalo da nije bilo razlike u socijalnom funkcioniranju između osoba koje nisu bile lišene poslovne sposobnosti u usporedbi s onima koje jesu lišene poslovne sposobnosti.⁵⁵ Spomenuto istraživanje kao i niz drugih primjera iz prakse ukazuju na to da se postojeća psihijatrijska praksa više temelji na procjeni simptoma bolesti i socijalnog funkcioniranja, nego na procjeni kapaciteta za odlučivanje.

Jedno od pitanja koje se postavlja je zašto se ne procjenjuje skrbnika i ima li ta osoba (sa stajališta psihijatar) moralno etičke i mentalne sposobnosti za pružanje skrbi osobi s duševnom smetnjom. Iako je struka u svojoj edukaciji propisala kako se provodi vještačenje poslovne sposobnosti, zbog multidisciplinarnosti postupka, nužno je da zakonodavac propiše sadržaj mišljenja i nalaza vještaka.⁵⁶

4.4. Uloga i primjedbe sudaca

Kao što je više puta spomenuto, konačnu odluku o lišenju poslovne sposobnosti donosi sudac. Međutim, prilikom donošenja odluke najviše se oslanja na nalaz i mišljenje vještaka-psihijatra te na socijalnu anamnezu. Suci ističu značaj kvalitetne izrade spomenutih dokumenata, ali isto tako ukazuju na određene probleme u praksi te preporuke koje se tiču CSS-a i nalaza vještaka. Neki od tih prigovora su upućeni CSS-u kao ovlašteniku pokretanja ovog postupka. CSS bi trebao u većoj mjeri poslužiti kao „*filter*“ za procjenu pokretanja postupka pred sudom tako da bi se postiglo izdvajanje slučajeva koji uopće ne trebaju doći pred sud jer se zaštita prava može ostvariti na drugi način. Primjerice, to se odnosi na osobe koje evidentno nisu u mogućnosti same štititi prava, interese i imovinu, ali imaju adekvatnu obiteljsku i drugu skrb.⁵⁷ S druge strane, ukazuju na značaj inicijalnog kontakta CSS-a i stranke prilikom kojem stručni radnici CSS-a trebaju na stranci primjeren način objasniti da se postupak vodi radi zaštite prava u kojima je ista zbog svog stanja ugrožena. Često se događa da je prisutna izrazita odbojnost stranaka prema Centru, no kada im se na početku sudskog postupka objasni svrha postupka, vrlo brzo stranka postane suradljiva i doprinese ranijem okončanju postupka. Prigovor upućen psihijatrima koji vještače u postupku je da

⁵⁵ Vrdoljak, M., Alfonso Sesar, M., Štrkalj Ivežić, S., Socijalno funkcioniranje osoba oboljelih od shizofrenije lišenih poslovne sposobnosti, *Med.Arh.*, 62, 2008, str. 285-288.

⁵⁶ Premda su liječnici više puta ukazivali na potrebu ovakvog zakonodavnog zahvata zbog problema koji se pojavljuju u praksi, do danas još uvijek nije zakonom propisan sadržaj mišljenja vještaka- psihijatra što je nužno zbog razgraničenja ovlasti u postupku između suca, socijalnog radnika i vještaka.

⁵⁷ Tako Gabler-Čizmek, M., *Sudski postupak-teorija i praksa, suradnja s ostalim stručnim subjektima u postupku, perspektive razvoja*, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 19.

u nalazu i mišljenju neadekvatno koriste pravnu terminologiju.⁵⁸ Suci smatraju kako bi bilo potrebno pojačati edukaciju liječničke struke za potrebe vještačenja tako da njihov nalaz i mišljenje bude usklađen s pravnom terminologijom koja se tiče ovog postupka.

I suci su svjesni prijedloga i potrebe da se sudskom odlukom detaljnije specificira u kojim segmentima je osoba lišena poslovne sposobnosti, no ističu kako to nije uvijek tako jednostavno. Dok je to izvedivo kod pitanja pitanja *osobnih stanja*, ističu kako problem nastaje kod poduzimanja *pravnih poslova*.

Uz ono što je već poviše rečeno, glede rezultata anketiranja i intervjuiranja sudaca⁵⁹ za ukazati je kako i suci izražavaju želju da prođu tečaj o medicinskim aspektima skrbnništva.

4.5. Položaj i ograničenja osobe s duševnim smetnjama

U čl. 234 st. 4 ObZ/20 se navodi kako će rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti sud odrediti radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na *osobno stanje te imovinu*. Ako govorimo o ograničenjima koje se tiču osobnog stanja Zakon navodi davanje izjava ili poduzimanje radnji koje se odnose na promjenu osobnog imena, sklapanje i prestanak braka, roditeljstvo, odluke o zdravlju, mjestu prebivališta, odnosno boravišta, zapošljavanju i drugo. S druge strane, u skladu sa čl 258. ObZ/20 samo štićenik, može donijeti odluku o priznanju očitstva, o pristanku za priznanje očitstva, pristanku za sklapanje braka, pristanku za razvod braka, pristanku za stupanje u životnu zajednicu s osobama različitog ili istog spola te prestanak tih zajednica⁶⁰. O donošenju pojedinih odluka koje se tiču zdravlja, a o kojima sud donosi odluku u izvanparničnom postupku je prethodno bilo govora te nije bilo značajnijih promjena stupanjem na snagu ObZ/20.

Također, zakon navodi i poslove koje osoba lišena poslovne sposobnosti nije u stanju samostalno poduzeti, a koji se odnose na imovinu (raspolaganje i upravljanje imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima). Nastavno na prethodno, rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti odredit će se točan iznos plaće, odnosno stalnog novčanog primanja preko kojega štićenik ne može samostalno raspolagati te će se na isti način postupiti u pogledu imovine Zastupanje⁶¹ skrbnika se odnosi na zastupanje u poslovima imovinskopravne naravi te podrazumijeva sklapanje pravnih poslova, potom zastupanje u sudskim i upravnim postupcima u kojima se odlučuje o imovinskim pravima i obvezama, dava-

⁵⁸ Dolazi do miješanja pojmova građanske i kaznene odgovornosti. Spominju se neubrojivost i neuračunljivost i sl. Tako Gabler-Čizmek, M., op. cit. (bilj. 61.) str. 20

⁵⁹ Vidi rezultate istraživanja u zadnjem poglavlju ovog rada.

⁶⁰ Štićenik podnosi prijedlog sudu te će sud tek u izvanparničnom postupku donijeti odluku ovim pitanjima.

⁶¹ Skrbnik ima položaj zakonskog zastupnika jer on svoje ovlasti crpi iz odredbi obiteljskog zakona

nje izjava volje s imovinskopravnim učinkom kao što su primjerice, prihvata ili odricanje od nasljedstva, izdavanje vrijednosnih papira, te općenito poduzimanje radnji kojima se u najširem smislu zasnivaju imovinskopravni odnosi, počevši od jednostavnih poslova svakodnevnog života poput nabavke osnovnih namirnica, izmirenja režijskih troškova, pa do sklapanja ugovora kojima se raspolaze najvrijednijim dijelovima imovine šticećenika.⁶² Zakonodavac je propisao da skrbnik mora zatražiti prethodno odobrenje CSS-a glede važnijih mjera koje se tiču imovine⁶³ i osobnog stanja⁶⁴ osobe lišene poslovne sposobnosti.

Kako ponovo ne bi bile samo nanizane zakonske odredbe, kroz niz primjera u praksi možemo vidjeti zatvoreni krug koji pojedince s duševnim smetnjama spriječava u ostvarivanju osnovnih građanskih prava i sloboda.. Ako osoba lišena poslovne sposobnosti želi vratiti poslovnu sposobnost u postupku (a s time se ne slaže nadležni CSS/skrbnik), tada osoba mora sama predujmiti sudske troškove. Ako je lišena poslovne sposobnosti u segmentu raspolaganja novcem preko određenog iznosa, neće moći raspolagati samostalno tim novcem jer takvu odluku donosi skrbnik. Također, u praksi su se pojavljivali primjeri gdje osoba ne bi mogla podnijeti ustavnu tužbu (na odluku županijskog suda)⁶⁵ jer je taj sud smatrao kako osoba lišena poslovne sposobnosti ne može biti stranka u postupku.) iz čega je razvidno da je osobama lišenim poslovne sposobnosti bio ograničen pristup pravosuđu.

Osobe lišene poslovne sposobnosti ne mogu samostalno odlučiti s kim će živjeti pa su mnogi od njih suprotno njihovim voljama i željama smješteni u domove socijalne skrbi i u udomiteljske obitelji pri čemu im je imovina opterećena i prodana radi pokrivanja troškova institucionalne skrbi. Postoje primjeri u kojima osobe lišene poslovne sposobnosti nisu mogle priznati svoju biološku djecu⁶⁶ te čija su djeca dana na posvajanje bez da se njih o tome obavijestilo ili na bilo koji način uključilo u postupak⁶⁷. U prethodna dva primjera Europski sud za ljudska prava je utvrdio povrede prava od strane države članice.

Načelno, svaka bi osoba trebala imati opće i jednako biračko pravo. Međutim, prema Zakonu o popisima birača iz 2007.godine⁶⁸ osobe bez poslovne

⁶² Sokić, K., Uzelac, J., Imovinskopravni položaj osoba lišenih poslovne sposobnosti, FIP - Financije i pravo, Vol. 6 No. 2, 2018., str. 10. Autorice ističu kako je potrebno da suci koriste precizne, a ne općenite formulacije prilikom određivanja poslova koje osoba lišena poslovne sposobnosti nije u stanju samostalno poduzeti jer trenutna praksa sudova otvara prostor za brojne praznine.

⁶³ Skrbnik mora zatražiti suglasnost CSS-a za posao koji prelazi redovito poslovanje imovinom pri čemu posebno ističe otuđenje ili opterećenje šticećenikove imovine, otuđenje iz šticećenikove imovine pokretnine veće vrijednosti i raspolaganje šticećenikovim imovinskom pravima.

⁶⁴ Rješenje o smještaju u dom, udomiteljsku obitelj, o promjeni prebivališta i boravišta i dr.

⁶⁵ Županijski sud odlučuje u zadnjem stupnju u povodu žalbe protiv rješenja o lišenju poslovne sposobnosti.

⁶⁶ Vidi presuda u predmet Krušković protiv Hrvatske, Zahtjev br. 46185/08, presuda 21. lipnja 2011.

⁶⁷ Predmet X protiv Hrvatske, Zahtjev br. 11223/04, presuda od 17. srpnja 2008.godine

⁶⁸ Zakon o popisima birača, NN br. 19/2007.

sposobnostu nisu imale pravo glasa na izborima. No, Zakon o registru birača⁶⁹ “ispravlja ovu pogrešku” te u čl. 64. predviđa kako *osobe koje su do stupanja na snagu ovog Zakona pravomoćnim rješenjem nadležnog suda u potpunosti lišene poslovne sposobnosti, smatrat će se biračima te će se upisati u registar birača.*⁷⁰

Glede slobode udruživanja postoji ograničenje jer osoba lišena poslovne sposobnosti u segmentu zaključenja pravnih poslova ne može biti osnivač udruge bez odobrenja skrbnika u skladu sa čl. 11. i čl.3 Zakona o udrugama.^{71, 72} Dalje, Zakon o radu⁷³ ne sadrži odredbe iz kojih bi bilo jasno je li moguće zaključenje ugovora o radu s osobom lišenom poslovne sposobnosti uz odobrenje skrbnika. S obzirom da prilikom ograničenja poslovne sposobnosti suci koriste opću formulaciju “*zaključenje pravnih poslova*” nužno je da se taj termin što preciznije i pobliže označi kako bi se otklonile zakonske praznine prisutne u spomenutim zakonima.⁷⁴

Bitno je naglasiti da se za zaštitu svojih prava osoba s duševnim smetnjama mogu obratiti pučkoj pravobraniteljici za osobe s invaliditetom. Misija Ureda pravobraniteljice za osobe s invaliditetom je biti poveznica između osoba s invaliditetom, civilnog društva i institucija koje mogu sustavno rješavati probleme osoba s invaliditetom te pridonijeti većoj kvaliteti življenja osoba s invaliditetom koristeći najnovija saznanja i postignuća i u svjetlu najboljih praksi, a kroz suradnju svih tijela koja rade na zaštiti i promicanju prava i interesa osoba s invaliditetom⁷⁵.

⁶⁹ Zakon o registru birača, NN br. 144/12, 105/15, 98/19

⁷⁰ Premda po ObZ/20 nije više moguće u potpunosti lišiti poslovne sposobnosti, ovakva odredba je na snazi kako bi se dalo pravo glasa i onim osobama koje su po prijašnjim zakonima u potpunosti lišene poslovne sposobnosti.

⁷¹ Zakon o udrugama, NN br. 74/14, 70/17, 98/19. Međutim, prema čl.17.st.2 Punoljetne osobe lišene poslovne sposobnosti sudjeluju u radu skupštine i mogu odlučivati na skupštini na način propisan statutom. Zakon koji mu je prethodio je omogućavao da osobe lišene poslovne sposobnosti sudjeluju u radu udruge, ali bez prava odlučivanja.

⁷² Recimo, možemo zamisliti situaciju gdje se osoba koja je lišena poslovne sposobnosti u pogledu pravnih poslova želi učlaniti u udrugu koja se bavi zaštitom prava osoba s duševnim smetnjama kako bi zastupala svoja prava na način koji joj je omogućen imajući na umu sva ograničenja uslijed lišenja poslovne sposobnosti.

⁷³ Zakon o radu, NN br. 93/14, 127/17, 98/19

⁷⁴ I svakodnevna kupnja namirnica predstavlja zaključenje određenog pravnog posla. Spomenuti zakoni su navedeni primjera radi (o potrebi usklađenja Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21), vidi u Sokić, K.; Uzelac, J. op. cit. (bilj. 44.), međutim ovakve praznine postoje u nizu zakona. Stoga, dok zakonodavac ne provede određene zahvate nužne radi usklađenja pojedinih zakona, uputno bi bilo da sudac prilikom donošenja odluke o opsegu lišenja poslovne sposobnosti razriješi dilemu za konkretni slučaj.

⁷⁵ O radu Ureda vidi više na <https://posi.hr/vizija-i-misija-2/te> te kroz godišnja statistička izvješća. Zadnje takvo izvješće je javno objavljeno za 2021. godinu na <https://posi.hr/wp-content/uploads/2022/04/Izvjescje-o-radu-Pravobranitelja-za-osobe-s-invaliditetom-za-2021.-godinu.pdf>

5. PROVEDBA SLOVA ZAKONA U PRAKSI – DOSTUPNI STATISTIČKI PODACI I ISTRAŽIVANJA

U ovom dijelu će se osvrnuti na istraživanje koje je provedeno 2007. godine⁷⁶. Premda je od provedenog istraživanja proteklo nešto manje od 15 godina, problemi na koje je istraživanje ukazalo itekako postoje i danas.⁷⁷ Tijekom istraživanja posjećeno je 50-ak sudskih ročišta za lišenje poslovne sposobnosti. Izvršen je uvid u sudske spise. Intervjuirani su štićenici, a djelatnici CSS-a, suci, liječnici su intervjuirani i anketirani.

U manje od 25% slučajeva su osobe prema kojima je pokrenut postupak pristupile na ročište. Postupci su trajali između 5 i 15 minuta. Kada bi osobe protiv kojih se vodi postupak i pristupile na ročište, nisu uglavnom bile svjesne o čemu se radi, a formalna stručna terminologija koja se koristila je dodatno otežavala praćenje postupka. Skrbnici su uglavnom pokazali pasivnost. Žalbe uglavnom nisu izjavljivali posebni skrbnici u ime i za račun štićenika nego opunomoćeni odvjetnici. Najviše odobrenja CSS-a se odnosilo na upravljanje imovinom, a samo nekoliko na medicinske zahvate. Nije postojao niti jedan navod u spisima da je provedena revizija zdravstvenog stanja radi eventualnog vraćanja poslovne sposobnosti. Takvo stanje zasigurno je jedan od razloga zašto lišenje poslovne sposobnosti u pravilu postaje trajno.⁷⁸ Ako se osvrnemo na provedene intervjuje, ukazat ćemo na neke već spomenute stavove i kritike sudaca, štićenika, djelatnika CSS-a i liječnika (psihijatar).⁷⁹

Prema zadnjim dostupnim statističkim podacima do dana 31.12.2020. ukupan broj osoba potpuno lišenih poslovne sposobnosti⁸⁰ po ObZ/13 bio je 8.326

⁷⁶ Istraživanje je provedeno u okviru međunarodnog projekta "Bridging the Gap: Civil Society Promoting Access to Justice for People with Mental Disabilities in Croatia", a voditeljica obiteljskopravnog dijela bila je Aleksandra Korać Graovac. Vidi u Korać Graovac, A.; Čulo, A., Konvencija o pravima osoba s invaliditetom- novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik PFZ, 61, (1), 2011., str. 65-109. Premda se radi o istraživanju koje je ipak nešto starijeg datuma, uzeto je u obzir zbog svoje dobre razrade i zato jer prati koncept ovog rada. Također, činjenica je da nadležna tijela jako rijetko predstave u javnost statističke podatke relevantne za ovaj tip postupka.

⁷⁷ Istraživanje je provedeno na sudovima i centrima za socijalnu skrb u Zagrebu, Zadru, Dubrovniku, Vinkovcima, Vrbovcu i Zaboku.

⁷⁸ Korać Graovac, Čulo, op. cit. (bilj. 72.), str. 101.

⁷⁹ Suci su iskazali volju za edukacijama o medicinskim aspektima skrbnništva. Djelatnici CSS-a ističu svoju preopterećenost drugim poslovima kao i poteškoće pri pronalasku osobe koja će pristati biti skrbnikom. Kod štićenika je prisutna jako loša informiranost o vlastitim pravima u postupku (pravo na odvjetnika, pravo na žalbu). Poražavajuće je da većina njih nisu ni znala da mogu pokrenuti postupak vraćanja poslovne sposobnosti. U ovom segmentu smatra se da bi bilo korisno uvođenje instituta besplatnog educiranog punomoćnika kako bi se osobe lišene poslovne sposobnosti bolje upoznale sa svojim pravima. Liječnici-psihijatri zamjeraju što ne postoje zakonske upute za sadržaj medicinskog vještačenja. Neki smatraju da se potupak lišenja koristi kada je potrebno štićenika smjesiti negdje gdje će se netko brinuti za njega. Također, izražena je kritika na domski smještaj gdje je istodobno smješteno više osoba što uskraćuje mogućnost rehabilitacije.

⁸⁰ Radi se o Obiteljskom zakonu (NN 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13) koji je u svojim odredbama još uvijek omogućavao potpuno lišenje poslovne sposobnosti.

, a broj osoba djelomično lišenih poslovne sposobnosti 4.263. Broj osoba lišenih poslovne sposobnosti po ObZ/19 je 5.272. Stoga, ukupan broj osoba lišenih poslovne sposobnosti do spomenutog datuma je 17.861.⁸¹ Ako usporedimo dostupne statističke podatke iz 2010.godine, u RH je bilo sveukupno lišeno poslovne sposobnosti 18.087.⁸² Iz ovakve statistike je vidljivo da bez obzira na zakonodavne izmjene koje su pokušale pratiti Konvenciju, u praksi nije bilo pomaka u vidu rijeđe primjene mjere lišenja poslovne sposobnosti i uspostavljanja mehanizama potpore kojima bi se štíćenike u što većoj mjeri osposobilo za samostalan život.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Konvencija o pravima osoba s invaliditetom je u potpunosti izmijenila stav prema osobama s duševnim smetnjama, međutim, kako je vrijeme pokazalo, nije u potpunosti uzela u obzir posebnost stanja i potreba takvih pojedinaca. Konvencija prepušta državama članicama da usvojena načela prilagode svojim pravnim sustavima uz primjerene zakonodavne zahvate. Ključne izmjene koje je pritom RH donijela su ukidanje potpunog lišenja poslovne sposobnosti te uvođenje instituta anticipiranih naredbi. Ako uzmemo u obzir da se ukupan broj osoba lišenih poslovne sposobnosti prije i poslije stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 2015. godine nije značajno promijenio te da suci donose odluke u kojima deklaratorno djelomično liše osobu poslovne sposobnosti, možemo zaključiti da spomenuta zakonodavna intervencija nije bila naročito uspješna. Očito je da je RH ostala pri tradicionalnom pristupu osobama s duševnim smetnjama koji se ogleda u tome da se u okviru sudskog postupka treba utvrditi da takve osobe nisu u stanju brinuti se o vlastitim pravima i interesima te da im se treba pružiti potpora u vidu osobe skrbnika sa svime što je taj institut i prije Konvencije obuhvaćao. U ovom radu se daje osvrt na mišljenja stručnjaka koji sudjeluju u postupku pri čemu se posebno naglašava stav psihijataru koji ističu da je za donošenje odluke o lišenju poslovne sposobnosti potrebno utvrditi postojanje mentalnog poremećaja i poremećaja u kapacitetu donošenja odluka, kao i nedostatak primjerene podrške koja bi osobi pomogla pri stabilizaciji i razvijanju kapaciteta za donošenje odluka. Također, glede ostalih značajnih preporuka za istaći je onu koja zahtijeva od CSS-a kao ovlaštenika pokretanja postupka da pomnije bira prijedloge koje će uputiti sudu. Posebno je bitan značaj prevencije pa je za naglasiti da bi potpora psihičkim bolesnicima u okviru psihijatrijskih ustanova trebala pružati i prije donošenja rješenja o lišenju poslovne sposobnosti. Također, na tragu prevencije, treba raditi na isticanju značaja anticipiranih naredbi u javnosti jer na taj način možemo uvažiti volju osobe prije nego što je njeno funkcioniranje bilo zahvaćeno duševnim smetnjama. "Konačno, niti jedna reforma ne može uspjeti ako se ne promijeni način

⁸¹ Podaci su preuzeti sa Godišnje statisticko izvjesce o domovima i korisnicima socijalne skrbi za 2020. godinu.pdf (gov.hr)

⁸² Godišnje statističko izvješće o primijenjenim pravima u socijalnoj skrbi za 2010.godinu

razmišljanja, pa je stoga nužno dati društvenu podršku na svim razinama osobama s duševnim smetnjama kako bi im se pomoglo da očuvaju i ojačaju ono što nam je svima zajedničko – vlastito dostojanstvo.”⁸³

LITERATURA

Knjige:

1. Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac Lozić, D.; Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine d.d., Zagreb, 2007.
2. Hrabar, D., Korać Graovac, A., Majstorović, I., Čulo Margaletić, A., Stažnik, Š, Ivan Šimović, I., *Presude o skrbništvu i lišenju poslovne sposobnosti Europskoga suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske*, Biblioteka Monogreafije, Zagreb, 2021.
3. Rušnov, A., Posilović, S. (a. n.), *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*
4. Šarac, M.; Lučić, Z., *Rimsko privatno pravo*, Naklada Bošković, Split, 2011.
5. Triva, S., Dika, S., *Građansko procesno pravo*, Narodne Novine d.d., Zagreb, studeni 2004.

Članci:

6. Aras Kramar, S., *Sudski postupak u predmetima o zdravlju osoba lišenih poslovne sposobnosti: novi izvor diskriminacije?*, Zbornik radova s V. međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća / Šago, Dinka ; Čizmić, Jozo ; Rijavec, Vesna ; Janevski, Arsen ; Galič, Aleš ; Lazić Smoljanić, Vesna ; Sesar, Milijan - Split : Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2019, str. 131-159.
7. Džankić, J., Milas Klarić, I., Uloga skrbnika u zaštiti osobnosti osobe lišene poslovne sposobnosti, *Pravnik : časopis za pravna i društvena pitanja*, Vol. 44 No. 88, 2010. str. 89-110
8. Gabler-Čizmek, M., Sudski postupak-teorija i praksa, suradnja s ostalim stručnim subjektima u postupku, perspektive razvoja, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 19.-21.
9. Horvat Alajbegović, B., *Uloga centra za socijalnu skrb u primjeni instituta skrbništva*, Poslovna sposobnost i skrbništvo- raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Solarisu, Šibenik, 04.-05.10.2011., str. 27.-36

⁸³ Korać Graovac, A., Čulo, A, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom- novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, op.cit. (bilj.10), str.106.

10. Kanter, A. S., "The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 34 Syracuse Journal of International Law and Commerce, 2007., str. 291.
11. Korać Graovac, A.; Čulo, A., Konvencija o pravima osoba s invaliditetom - novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik PFZ, 61, (1), 2011., str. 65-109
12. Majstorović, I.; Šimović, I., *Opseg lišenja poslovne sposobnosti kao pretpostavka zaštite prava i dostojanstva osoba s invaliditetom*, Ljetopis socijalnog rada, 25 (1), 2018, str. 65-84.
13. Milas Klarić, I, Reforma skrbničkog zakonodavstva i europski pravni okvir, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Vol. V No. 1, 2014., str. 92-115
14. Pekeč Knežević, M., *Uloga pravobraniteljice za osobe s invaliditetom i Konvencija o pravima osoba s invaliditetom*, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 10.-16.
15. Štrkalj Ivezić, S., *Procjena kapaciteta za odlučivanje kao ključan faktor u donošenju odluke za lišavanje poslovne sposobnosti*, Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str.66-75
16. Vrdoljak, M., Alfonso Sesar, M., Štrkalj Ivezić, S., *Socijalno funkcioniranje osoba oboljelih od shizofrenije lišenih poslovne sposobnosti*, Med.Arh., 62, 2008, str. 285-288.
17. Žarković Palijan, T., *Lišavanje poslovne sposobnosti i skrbništvo u Hrvatskoj – praktična iskustva, dileme i preporuke vještaka u Poslovna sposobnost i skrbništvo – raskorak između Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i prakse*, Zbornik radova sa stručnog skupa održanog u Hotelu Ivan, Solaris, Šibenik 04. - 05. listopada 2011., str. 22.-27.

Pravni akti:

18. Obiteljski zakon, NN br. 162/1998
19. Obiteljski zakon, NN, br. 75/2014
20. Obiteljski zakon, NN br. 103/15, 98/19, 47/20.
21. Pravilnik o visini iznosa i načinu isplate naknade za skrbnika, NN br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11
22. Zakon o braku i porodičnim odnosima, NN br. 11/1978, 27/1978, 45/1989, 59/1990, 25/1994, 162/1998
23. Zakon o popisima birača, NN br. 19/2007.
24. Zakon o registru birača, NN br. 144/12, 105/15, 98/19
25. Zakon o radu, NN br. 93/14, 127/17, 98/19
26. Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 18/22, 46/22, 119/22

27. Zakon o starateljstvu, NN, br. 15/1968
28. Zakon o općem upravnom postupku, NN br. 47/09, 110/21
29. Zakon o udrugama, NN br. 74/14, 70/17, 98/19
30. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN br. 111/1997
31. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, NN br. 76/14
32. Zakon o zaštiti prava pacijenata, NN, br. 169/04, 37/08

Sudska praksa:

33. Odluka općeg građanskog suda u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob928/2016
34. Odluka općeg građanskog suda u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob-410/2016
35. Odluka općeg građanskog suda u Zagrebu, posl.br.: R1-Ob-410/2016.
36. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III/1380/2014 od 20.5.2015., NN 75/2015
37. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, br. U-III/4536/2012 od 14.1.2016, NN 13/2016
38. Predmet *Krušković protiv Hrvatske*, Zahtjev br. 46185/08, presuda 21. lipnja 2011.
39. Predmet *Ivinović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 13006/13, presuda ESLJP od 18. rujna 2011.
40. Predmet X protiv Hrvatske, Zahtjev br. 11223/04, presuda od 17. srpnja 2008.godine
41. Rješenje Vrhovnog suda RH, Gž-20/16-2 od 27.prosinca 2016.
42. Rješenje Županijskog suda u Bjelovaru, R2- 35/2016-16 od 19. prosinca 2016.

Mrežni izvori:

43. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44081/9789241547666_hrv.pdf(10.11.2022.)
44. <https://posi.hr/vizija-i-misija-2/te> (11.11.2022.)
45. <https://posi.hr/wp-content/uploads/2022/04/Izvjesce-o-radu-Pravobranitelja-za-osobe-s-invaliditetom-za-2021.-godinu.pdf> (1.11.2022.)
46. <https://www.czps.hr/centar/poseban-skrbnik/111> (13.11.2022.)
47. <https://www.czps.hr/uloga-posebnog-skrbnika-u-postupcima-sa-odraslim-osobama/121> (13.11.2022.)
48. Godišnje statisticko izvjesce o domovima i korisnicima socijalne skrbi za 2020. godinu.pdf (gov.hr) (20.11.2022.)

Mirna Dajak, Ph.M., assistant
Faculty of Law, University of Split

PROTECTION OF RIGHTS OF PERSONS WITH MENTAL DISABILITIES IN THE PROCEDURE OF DEPRIVATION OF BUSINESS CAPACITY

Summary: For certain reasons, an adult may be partially deprived of legal capacity if the court determines in a non-litigation procedure that such a person cannot independently take care of one of his rights and obligations or that his behavior endangers others. In order to protect such an individual, upon completion of the aforementioned procedure, a guardian is assigned to him who will take care of the tasks related to the segment in which his business capacity is limited. The Republic of Croatia relatively hastily ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which also applies to persons with mental disorders, so changes to the provisions of the national family legislation were necessary. Although the mentioned changes were aimed at raising the level of rights of people with mental disorders, time has shown that their implementation in practice had certain difficulties. In this paper, special attention will be paid to the provisions of the current Family Law, which refer to the procedure of deprivation of business capacity. Although a paradigm shift has been achieved over the centuries in such a way that the institution of guardianship was intended to protect society from the individual, and now the emphasis is on protecting the individual from society, bearing in mind that persons deprived of business capacity represent a social group that is often stigmatized as society, we must still we must always work harder to raise the level of rights of persons with disabilities.

Keywords: procedure of deprivation of business capacity, guardianship of adults, business capacity, rights of persons deprived of business capacity, Convention on the Rights of Persons with Disabilities

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

Dipl. Iur. Biljana Knezović, šef odjela za pravne, kadrovske, računovodstveno- materijalne i opće poslove u Zavodu za školstvo Mostar

Doktorand na poslijediplomskom studiju pravnih znanosti
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

UNAPRJEĐENJE MEHANIZMA ZAŠTITE PRAVA POJEDINCA NA DOBRU UPRAVU I JAVNI INTERES

Apstrakt: Nefunkcionalna javna uprava prouzrokuje otpor građana i reflektira se na njihovo nezadovoljstvo prema državi. Neadekvatna primjena zakonskih propisa, nepravično postupanje u upravnim sporovima i nepreuzimanje odgovornosti javnih tijela u slučajevima kršenja propisa dovodi do narušavanja prava građana. Ovaj rad ima za cilj prezentirati rad dobre uprave koja je na usluzi građanima i društvenoj zajednici, koja doprinosi političkoj stabilnosti, ekonomskom razvoju, zaštiti ljudskih prava i socijalnom blagostanju. Rad će pokušati odgovoriti na pitanja koja se odnose na unaprjeđenje mehanizma za zaštitu prava pojedinca na dobru upravu i javni interes, a sve s ciljem omogućavanja prava na kvalitetne, efikasne i pravovremene usluge.

Ključne riječi: reforma, javna uprava, mehanizmi, dobra uprava, javni interes, građani, zaštita, ljudska prava, odgovornost, funkcionalnost, vladavina prava, jednakost, zakonitost.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Mehanizam za zaštitu prava pojedinca na dobru upravu i javni interes ogleda se u produktivnim institucijama koje imaju dominantan uticaj na kulturu, institucionalni okvir, te ekonomske i društvene rezultate koji daju povjerenje građanima u vladu. Dobra uprava treba da bude na usluzi zajednici i da promovira povjerenje društva u izvršnu vlast, a time dobra uprava doprinosi političkoj stabilnosti i podstiče ekonomski razvoj i socijalno blagostanje. Nasuprot dobre javne uprave, nalazi se nefunkcionalna uprava koja predstavlja prepreku produktivnim institucijama i može da uzrokuje otpor građana i njihov protest protiv vlasti, dovodeći cjelokupnu državu do nefunkcionalnosti. Provođenje reformskih procesa nemoguće je bez povjerenja građana u vladu i državne institucije, ali općenito javnu upravu

i javni sektor. Visok nivo povjerenja omogućava lakši proces implementiranja, te garantira održivost takvog sistema.

Nezadovoljstvo građana obično je usmjereno na rad sudova, nedjelotvorno provođenje sudskih odluka, neprimjereno trajanje sudskih postupaka, nerad i ne-transparentnost javne uprave, te neizvršavanje sudskih odluka. Kvaliteta usluga i rad organa javne uprave trebaju osigurati lakše ostvarivanje prava pojedinca na dobru upravu uključujući materijalno obeštećenje uz istovremenu zaštitu javnog interesa. Reformski procesi trebaju unaprijediti i transformirati javnu upravu, praćeći potrebe i očekivanja korisnika, smanjujući administrativno opterećenje uz visok kvalitet pruženih usluga. U reformskim procesima potrebna je stalna težnja i kontrola u izgradnji kapaciteta usklađenosti upravno-pravnog okvira koji pruža usluge građanima, a u isto vrijeme štiti javni interes.

OECD¹ identificira pet različitih komponenti kroz koje se reflektira povjerenje u vladu:

1. **Pouzdanost** - odnosi se na sposobnost vlade da minimizira nesigurnost u ekonomskom, društvenom i političkom okruženju i sposobnost da djeluje na konzistentan i predvidljiv način;
2. **Odgovornost** - pružanje javnih usluga na pristupačan, efikasan i na način koji je orijentiran prema građanima uz uvažavanje njihovih potreba i očekivanja;
3. **Otvorenost** - sistematičan i sveobuhvatan pristup institucionaliziranoj dvosmjernoj komunikaciji sa svim relevantnim akterima, gdje su informacije osigurane, a interakcija usmjerena da omogući što veću transparentnost, odgovornost i učešće građana;
4. **Integritet** - dosljedno poštovanje principa i standard koji se odnose na zaštitu javnog interesa i prevenciju korupcije;
5. **Poštenje** – konzistentan i ravnopravan tretman građana i pravnih lica u procesu izrade i implementacije politika.

U većini dosadašnjih istraživanja u Bosni i Hercegovini, zadovoljstvo kvalitetom usluga javne uprave prisutno je kod samo 5.3% građana, dok je većina građana djelimično zadovoljna ili nezadovoljna uslugama. Najveće povjerenje građani imaju u lokalnu administraciju gdje su građani upoznati sa radom lokalnih zvaničnika, te svoje potrebe zadovoljavaju kroz sistem javne uprave i javnog sektora. Međutim, praksa je pokazala da građani najmanji stepen povjerenja imaju u zakonitost provođenja postupaka zapošljavanja u javnoj upravi, te su svjesni da mehanizam zaštite pojedinca u tom slučaju uopće ne postoji.

¹ Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

2. NEFUNKCIONALNA JAVNA UPRAVA

Javna uprava je dio ustavno-političkog sistema jedne države, te predstavlja temelj za efikasno i efektivno funkcioniranje političkih, ekonomskih i društvenih procesa. Kvalitet javne uprave u nekoj zemlji važan je pokazatelj privredne uspješnosti i statusa njenih građana. Modernizacija javne uprave nije samo potreba zbog stremljenja ka EU već kao pretpostavka za odgovornu, transparentnu i efikasnu državnu službu dostupnu svim građanima. Najveći izazov u kvalitetnoj reformi javne uprave je organizacija funkcionalnog sistema javne uprave sa različitim zakonima i podzakonskim aktima. Bez djelotvorne javne uprave nemoguće je imati odgovarajuće organizacijske strukture, uspostaviti kvalitetne sisteme upravljanja ljudskim potencijalima, usavršiti e-sisteme u javnim upravama, te naročito uspostaviti sistem odgovornosti prema građanima. Javnu upravu posljednjih nekoliko godina karakteriziraju opisi nefunkcionalnosti, neefikasnosti, zastarjelosti, preglomaznosti i visok stepen korumpiranosti. U tranzicijskim državama kao što je Bosna i Hercegovina postoji snažan otpor promjenama i modernizaciji uprave u višim profesionalnim nivoima javne uprave. Zbog svega toga prezentira se nepotrebnim formalistički pristup, odugovlačenje procesa, favoriziranje zastarjelih metoda rada, odbacivanje inovacija u tehnikama rada, te naročito odbijanje svih dobrih evropskih praksi i standarda. Ograničavajući faktori u reformi javne uprave mogu se jedino prevazići stavljanjem u prvi plan građana i njihovih potreba u zajednici, zahtijevajući radikalnu promjenu upravnog modela. Funkcioniranje Evropske unije podrazumijeva odlučne napore država članica da stvaraju evropsko područje koje bi svim evropskim građanima omogućilo bolju životnu sredinu, kroz efikasno upravljanje i administraciju.²

Ključni aspekti reformiranja javne uprave usmjereni su na uspostavljanje funkcionalnog sistema koji će rad usmjeriti na depolitizaciju, profesionalizaciju, organizirano i funkcionalno restrukturiranje, te uspostavljanje mehanizma odgovornosti prema građanima. Građani očekuju blagovremene informacije iz oblasti finansija, javnih nabavki, slobodnog pristupa informacijama, te strateške i operativne informacije. Međutim, u većini slučajeva sistem rada je nefunkcionalan i institucije drže informacije zatvorene za javnost. U većini država, naročito onih tranzicijskih kao što je Bosna i Hercegovina, administracija nije spremna da se mijenja, da bude nezavisna, te da koristi fer postupanje i pravičnost za svakog građanina u istim rokovima i pod istim uslovima. Državni službenici u obavljanju svojih radnih zadataka često su arogantni, uskraćuju prava i slobode korisnicima, te i suviše kompleksne upravne procese prave sporim i nedostižnim. Neaktivnost javne uprave posmatra se kroz šutnju administracije, neblagovremeno postupanje, nepoštivanje rokova, delegiranje odluka između prvostepenih i drugostepenih tijela, pretjerano dugo trajanje upravnih postupaka, te nemoći građana za sudjelovanje u pravnom sistemu i gubitka povjerenja u pravnu državu i rad javne uprave.

² E. Slobu, *The Right to Good Administration in the Court of Justice of the EU Case Law*, The USW Annals of Economics and Public Administration, Volume 17, Issue 1 (25), 2017.

Tačni podaci o efikasnosti institucija u upravnom postupku uglavnom se ne prate i javno ne objavljuju. Aktivnija javna uprava sa adekvatnim ljudskim potencijalima može biti samo ukoliko se svi gore navedeni problemi uklone. To je dugotrajan proces u kojem moraju sudjelovati mnogobrojni stručnjaci različitih struka, ali svakako i same državne institucije.

Građani moraju imati sredstvo, instrumente za praćenje procesa donošenja odluka, te biti jasno upoznati sa formalnim materijalnim propisima primjenjivim u konkretnoj procedure za ostvarenje njihovih prava.³ Kako bismo javnu upravu učinili aktivnijom i više funkcionalnom, te omogućili uživanje prava i sloboda građana, potrebno je sljedeće:

- Povećati aktivnost i učinkovitost organa uprave;
- Smanjiti rokove-neophodno vrijeme obrade predmeta;
- Smanjiti vrijeme „čekanja“ predmeta;
- Povećati učinkovitost kroz veći broj obrađenih predmeta;
- Smanjiti troškove u upravi, ali i za korisnike usluga;
- Smanjiti broj zaposlenika koristeći one sa najboljim kompetencijama;
- Koristiti savremene tehnologije u radu.

Građani više ne toleriraju neefikasnost i neefektivnost, te očekuju poboljšano funkcioniranje državnog aparata usmjerenog na pružanje usluga uz trajno napredovanje i uvažavanje novih znanja i vještina.

3. POSLJEDICE LOŠE JAVNE UPRAVE

Netransparentnost i neefikasnost javne uprave prema potrebama građana oduzima građanima alat i argumentaciju za korektivno djelovanje na njen rad. Transparentnost i efikasnost u radu javne uprave direktno umanjuje broj zahtjeva za slobodan pristup informacijama i upotrebu resursa za njihovu obradu, te ograničavaju prostor za pogrešnu interpretaciju mandata i uloge u kreiranju povjerenja građana u rad institucija. Ipak efikasnost javne uprave u svom reformskom procesu osuđena je na političku volju donosilaca odluka, uložnim finansijskim sredstvima i kompetencijama onih koji odgovaraju za proces implementacije.

Razlozi neefikasnosti prema potrebama građana ogledaju se u neadekvatnom i slabo implementiranom zakonskom okviru, nedostatku ljudskih potencijala, velikim troškovima i stalnoj ovisnosti o međunarodnoj pomoći. Javni organi moraju biti efikasni javni servis dostupan svim građanima prema jednakim uslovima. Vjerovatno glavni razlog neefikasne i netransparentne javne uprave je nespremnost političkih donosioca odluka da i pored deklarativnih opredjeljenja za modernu javnu upravu opstruiraju procese izbjegavajući racionalizaciju broja zaposlenih, otvaranje uprave prema građanima i smanjenje troškova javne administracije. Bez

³ M. Tanović, Uloga primjenje principa “dobrog upravljanja” u procesu reforme javne uprave, Časopis “Uprava”, 2013, Issue 7, str. 109-121.

obzira na državu, društveni, politički, privredni i socijalni sistem, korupcija⁴ je zasigurno globalni fenomen koji ostavlja trajne negativne posljedice na društvo. Korupciju karakterizira nevidljivost i neuhvatljivost što se smatra kompleksnim društvenim problemom za koji treba ne samo volja i odlučnost političkih struktura da preuzmu korake ka otkrivanju i suzbijanju, već i da postoji i suradnja građana kao potencijalnih žrtvi. Gubitkom povjerenja građana, korupcija u javnoj upravi uzrokuje velike materijalne i nematerijalne štete, ugrožavajući demokratiju, ljudska prava i slobode. Država koja svoj rad zasniva na korupciji je nestabilna i nesigurna, te odbojna za bilo kakva ulaganja domaćih i stranih privrednih subjekata. Korupcija je višeznačan pojam koji nije jednostavno odrediti, ali neki korupciju vide kao kršenje moralne norme.⁵ U javnoj upravi službenici moraju svoj rad temeljiti na načelima jednakosti i jednakopravnosti, nikome ne davati prednost, te se isključivo ponašati unutar pravila svoje struke i službe.

Mnogi teoretičari smatraju da je formalizam u javnoj upravi štetna pojava koja ima negativne posljedice.⁶ Kritičari pravnog formalizma tvrde da formalisti ignoriraju stvarno djelovanje pravnih pravila u društvenim okolnostima. Nestručnost zaposlenih u organima uprave i stabilnost zaposlenja doprinijeli su da državne institucije, institucije vlasti odnosno organi javne uprave najčešće opisuju kao monolitne, statične i stagnatne društvene tvorevine.⁷ Nerazumijevanje i suštinsko nepoznavanje poslova organa uprave od strane nadređenih potiče formalizam, neučinkovitost i neažurnost⁸. Generalno, formalizam se odnosi na broj pravila i formalnih postupaka sa kojima se građani susreću u radu javne uprave. Društva koja se nalaze u tranziciji imaju karakteristike formalizma, heterogenosti, preklapanja i nepotizma. Državni službenici podliježu formalizmu gdje se vidi odstupanje od onoga što bi trebali učiniti i onoga što je stvarno učinjeno. Javne uprave koje ističu svoj rad sa formalizmom ne žele postići ciljeve, mjeriti efikasnost i koračati ka modernoj javnoj upravi. Građani beskonačno čekaju dokumentaciju, nerviraju se i gube vrijeme. Tehnologija brzo napreduje, a reformski procesi u javnoj upravi se sporo provode. Implementirani e-servisi u upravi ne odgovaraju znanju i kompetencijama državnih službenika. Digitalizacija i informatizacija su osuđene na propast ako ne obezbijede nedvosmislenu političku odluku o poželjnosti e-uprave kao tipa javne uprave kojoj se teži. Razvoj e-uprave je skup proces koji podrazumijeva finansijske resurse i stvaranje infrastrukture koja omogućava provođenje postupka digitalizacije i informatizacije. Građani i privredni subjekti još uvijek

⁴ Korupcija, lat.-pokvarenost, podmitljivost, potkupljivost- B. Klaić, Rječnik stranih riječi, Zagreb, 1986.

⁵ J. Kregar, Pojava korupcije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1997., str.26.

⁶ S.M. Quedo, Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory, California Law Review, vol.73., br.1., 1985., str.122.

⁷ J.S.Brown, P.Duguit, The Social life of information, Harvard Business School Press, Massachusetts, USA, 2000., str.246.

⁸ R.Brčić, Organizacijska kultura u funkciji djelotvornosti upravne organizacije, Ekonomski pregled, vol.53, br.11-12, str.1060.

ne dobijaju pravu korist od digitalnih usluga u zemljama koje su koliko-toliko modernizirale javnu upravu. Dosadašnji reformski procesi prezentiraju vidljivo nepostojanje dugoročnog strateškog pristupa, nedovoljne koordinacije pojedinih aktivnosti, kao i nedovoljne kapacitete za kontinuirano unaprjeđenje pojedinih sistema i usluga. Trenutna informatizacija i digitalizacija javne uprave ima nejasne procedure rada, te nedovoljno učinkovite ili nedjelotvorne poslovne procese.

Mnoga istraživanja su pokazala da su usluge prema građanima problematične kvalitete i opterećene nepotrebnim troškovima i procedurama. Komplikovane procedure dovode do gubljenja vremena, povećanih troškova i opravdanog nezadovoljstva korisnika koji najčešće ne mogu utjecati na kvalitetu i cijenu usluga. Javna uprava mora biti zasnovana na načelima Evropske povelje o lokalnoj samoupravi koju će građani doživljavati podjednako kao svoje pravo i svoju obavezu da odgovorno i proaktivno upravljaju lokalnim razvojem i poslovima ostvarujući novu kvalitetu života u svojoj zajednici. Uvođenjem sistema upravljanja kvalitetom u organima uprave pokušava se unaprijediti kvalitet javnih usluga i zadovoljstvo korisnika usluga uz korištenje raspoloživih resursa i smanjenje troškova poslovanja. Kvalitet javnih usluga je nemoguće ostvariti bez aktivne uloge rukovodilaca, zadovoljstva i sudjelovanja zaposlenika u unaprjeđenju usluga, te međusobnoj interakciji i komunikaciji.

Javna uprava odraz je institucionalnih temelja načina upravljanja državom.⁹ Javna uprava bavi se potrebama društva i funkcionira na temelju organizacijskih struktura, procesa, uloga, odnosa, politika i programa, te utječe na održivo gospodarsko blagostanje¹⁰, socijalnu koheziju i dobrobit ljudi¹¹, kao i na društveno povjerenje, te utvrđuje uvjete za stvaranje javne vrijednosti.¹² Mnogi korisnici očekuju pojednostavljenje ili alternativne usluge prilagođene njihovim potrebama koje se pružaju putem kanala ko im najviše odgovaraju, a to su u sve većoj mjeri mobilni kanali.¹³ Javna uprava treba pružati usluge koje će građani stavljati na prvo mjesto, obezbijediti dostupnost i omogućiti veći izbor usluga, efikasno koristiti nove tehnologije, efikasno koristiti resurse, stalno se modernizirati i poboljšavati. Kvalitetnim sistemskim upravljanjem uz poboljšanje usluga za građane i poslovne subjekte, te smanjenjem troškova poslovanja prezentirati će se spremnost i sposobnost za davanje kvalitetne, a jeftine usluge koristeći evropske standarde i najbolje svjetske prakse.

⁹ S. Holmberg, B.Rathstein, *Good Government: The Relevance of Political Science*, Edward Elgar Publishing, 2012.

¹⁰ D.Kaufmann, A.Kraay i P.Zaido-Lobaton, *Governance Matters*, Policy Research Working Paper, 1999, str.2196.

¹¹ B.Hallerod, B.Rathstein, B.Nandy, SiA. Daoud, *Bad governance and poor children: a comparative analysis of government efficiency and severe child deprivation in 68 low and middle income countries*, *World Development*, broj:48, 2013., str.19-31.

¹² Javna vrijednost je ona vrijednost koja je zajednička svim subjektima u društvu: građanima, preduzećima, organizacijama i neformalnim skupinama. Ona proizilazi iz svih odluka o raspodjeli sredstava koja donose svi sudionici u društvu u cjelini.

¹³ Evropska komisija, *Komparativno izvješće o e-upravi*, 2017.

Javna uprava treba osigurati efikasan, efektivan i ekonomičan protok informacija, otvorenost, transparentnost, dostupnost odgovarajućeg znanja i kompetencija, bolju komunikaciju sa drugim organima uprave i upravnim organizacijama, te početi koristiti moderne metode rada.

4. STRATEŠKI REFORMSKI IZAZOVI I PRAVO NA DOBRU UPRAVU

Pravo na dobru javnu upravu jedno je od stvarnih, vremenski najnovijih prava građana Evropske unije, odnosno dužnosti država članica EU, pošto se javlja tek sa Poveljom o temeljnim pravima,¹⁴ koja je stekla ugovornu i zakonsku snagu primarnog prava EU 1. decembra 2009. godine, sa stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora.¹⁵ 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.¹⁶ 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“.¹⁷

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 nedostat-

¹⁴ Čl. 6. Ugovora o funkcioniranju EU određuje da Povelja o temeljnim pravima EU „od 7. decembra 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.

¹⁵ 4 Čl. 6. Ugovora o EU.

¹⁶ N. Šimac: Pravo na dobru javnu upravu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016., str. 105.-118.

¹⁷ V. zbornik Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union i izd. Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Beč, 2006.

kom transparentnosti.¹⁸ Postoji jaz između politika i strategija usvojenih 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.¹⁹ 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.²⁰ U ovakvom okruženju reforma javne uprave je prilično izazovan napor i dosadašnji reformski procesi to potvrđuju. 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 vođstva promjena uloženim finansijskim sredstvima, znanjem i vještinama onih koji su odgovorni za njenu direktnu implementaciju.²¹ 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, održivosti, 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:²²

¹⁸ 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 reforme. Na osnovu Strategije proširenja, SIGMA je u suradnji sa Evropskom komisijom razvila „Principe javne uprave“.

¹⁹ 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

²⁰ Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope

²¹ C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16

²² Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

- razdvajanje javne i privatne sfere;
- razdvajanje politike i uprave;
- individualna odgovornost javnih službenika;
- 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.²³ 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:²⁴

- pouzdanost i predvidljivost (pravna sigurnost);
- otvorenost i transparentnost;
- odgovornost;
- efikasnost i djelotvornost.

Građani osjećaju da je javna uprava usmjerena prema njima kad osjete konkretne mjere i dobiju konkretnu korist za sebe u procesu reforme. Moderna i razvijena javna uprava temelj je za uspješnu primjenu propisa i standarda Evropske unije. Do moderne, funkcionalne, transparentne i efikasne javne uprave dolazi sa nizom mjera i aktivnosti, a koje se odnose na smanjenje rascjepkanosti i preklapanja poslova organa uprave, standardizacijom unutarnjeg ustroja i unaprjeđenjem poslovnih procesa u tijelima javne uprave, funkcionalnom i fiskalnom decentralizacijom, postizanjem optimalnog teritorijalnog preustroja, ali i mjerama optimizacije zaposlenih, jačanja znanja i kompetencija, te povećanjem transparentnosti, otvorenosti i digitalizacije javnih usluga. Temelj koncepta dobre uprave leži na svijesti o odgovornosti političkih aktera za vlastito djelovanje, kako na području zakonodavne, tako i na području izvršne djelatnosti. Preuzimanje odgovornosti pri donošenju političkih odluka daje političkim institucijama i njihovim nosiocima potreban kredibilitet i autoritet za donošenje političkih odluka koje utiču na društvo i svakodnevni život građana.²⁵ Odgovornost javne uprave je da bude aktivan akter u društvu koje doprinosi općem blagostanju, te otklanja nefunkcionalne procedure i prepreke produktivnim institucijama uz snažnu podršku građana.

²³ Mnoge države koriste Evropski kodeks dobrog upravnog ponašanja kao početnu tačku.

²⁴ Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.

²⁵ X.Hu Wang, W.W.Montgomery, When Public Participation in Administration Leads to Trust, An Empirical Assessment of Managers Perceptions, Public Administration Review, 2007, br.2, str.265-278.

Odgovornost je fundamentalni zahtjev dobrog upravljanja. Insistiranje na odgovornosti javnih službenika u radu organa javne uprave, koji su praćeni zakonskom regulativom, etičkim kodeksima i drugim instrumentima podizanja svijesti o javnom značaju rezultata rada predstavlja izvjesnu kontrolu funkcioniranja, ali i osiguranje kvalitete u postupcima pružanja javnih usluga.²⁶ 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.²⁷

- 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.²⁸

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

²⁶ M.Tanović, Uloga primjene principa “dobrog upravljanja” u procesu reforme javne uprave, str.109-121.

²⁷ Principi javne uprave, SIGMA dokument, str. 57.

²⁸ <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>

uslovima porasta sive ekonomije i odlaska mladih osoba iz države. Međutim, 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. Digitalizacija sistema javne uprave predstavlja jedan od najvećih izazova u pogledu odnosa organa uprave prema korisnicima, te rada unutar ljudskih resursa samog upravnog aparata. Funkcionalnost, efikasnost i efektivnost dolazi do izražaja isključivo primjenom novih informacijskih tehnologija.

SIGMA je 2017. godine definirala nove Principe javne uprave koji se odnose na zemlju obuhvaćenu politikom proširenja EU. S tim u vezi, definirana su četiri nova principa Strateškog okvira reforme javne uprave i to:²⁹

1. Vlada je razvila i donijela efikasnu agendu za reformu javne uprave koja sadrži ključne izazove;
2. Reforma javne uprave se provodi svrsishodno, reformski ciljevi su postavljeni i redovno se prate;
3. Obezbijeđena je finansijska održivost reforme javne uprave;
4. Reforma javne uprave ima snažno i funkcionalno upravljanje koordinacione strukture na političkom i administrativnom nivou upravljajući reformskim planom i implementacijom reforma.

Vizija Strateškog okvira je organizirati modernu javnu upravu koja će osigurati i poštivati principe evropskog upravnog prostora na kojima počiva funkcioniranje javne uprave u EU i doprinijeti uspješnom procesu pridruživanja i pristupanja, te osigurati poštivanje javnog interesa i kvalitetno zadovoljenje potreba građana i privrednih subjekata.

Misija Strateškog okvira je stvaranje uslova za efikasnu, efektivnu, transparentnu, više participativnu i odgovornu javnu upravu u skladu sa standardima EU i načelima dobrog upravljanja.

Strategija reforme javne uprave sa svojim akcionim planovima predviđela je kratkoročne i srednjoročne reforme u šest reformskih stubova:

1. Strateško planiranje, kapaciteti za izradu politika i koordinaciju;
2. Javne finansije;
3. Upravljanje ljudskim resursima;
4. Upravni postupak i upravne usluge;
5. Insitucionalna komunikacija;
6. Informacijske tehnologije/e-uprava;

Usvajanjem bilo kojeg strateškog dokumenta ne završava reforma javne uprave već ona tek započinje. Za sprovođenje ovog plana bilo je potrebno preko 60 miliona KM, ali dosad ta sredstva nisu obezbijeđena, niti utrošena. Trenutno stanje provedbe Strateškog okvira za reformu javne uprave prezentira da je javna uprava u Bosni i Hercegovini i dalje nefunkcionalna i podložna političkim uticajima, te ne postoji saradnja između ključnih institucija.

²⁹ The Principles of Public Administration, OECD, SIGMA, EU, Edition 2017., str.9

5. MEHANIZMI ZAŠTITE PRAVA POJEDINCA NA DOBRU UPRAVU I JAVNI INTERES

Termin „dobra uprava“ podrazumijeva postizanje efikasnosti birokratije, odnosno optimiziranje rada uprave na način da se sačuvaju prava građana.³⁰ Sintagma „kvalitetna uprava“ ili „dobra uprava“ podrazumijeva takvu javnu upravu koja poštuje određene standarde i načela upravnog djelovanja. Ta načela su proklamovana na samitu u Nici od strane najviših zvaničnika EU, koji su posebno istakli da građani Evropske unije imaju pravo na kvalitetnu upravu.³¹ Uslov za demokratsku u djelotvornu javnu upravu je doprinos i uključenost građana. Građani se više ne doživljavaju kao subjekti nad kojim državni organi obavljaju neke funkcije već im se daje prostor da budu aktivni akteri koji doprinose općem blagostanju.³² Dobra javna uprava je zakonita, efikasna i transparentna, te blagovremeno i učinkovito odgovara na potrebe građana. Organi javne uprave dužni su da poštuju, štite i promovišu ljudska prava i osnovne slobode zagwarantirane ustavom. Principi ljudskih prava osiguravaju smjernice za rad javne uprave, a bez principa dobre uprave ljudska prava se ne mogu poštovati i štiti.

Potrošnja javnog novca nameće obavezu transparentnog rada institucija uprave i pravdanja utrošenih sredstava. U efikasnoj i transparentnoj upravi važi generalno pravilo: vrijednost za novac. Usluge javne uprave imaju vrijednost ukoliko su iporučene na vrijeme na efikasan način i tako da su vidljive, jasne i lako dostupne svim korisnicima. Poštivanje ljudskog dostojanstva, te ljudskih prava i sloboda naročito je važno za upravno postupanje i razumijevanje odnosa uprave i građana čime bi se građani trebali staviti u središte svakog upravnog postupanja. Građanin kao stranka ima pravo očekivati zakonito, pravilno i brzo odlučivanje. Sistem evropskog prava ne sadrži uvijek obavezu prilagođavanja unutrašnjeg upravnog prava evropskom pravu, već traži poštovanje standard određenih međunarodnih ugovora. U reformi javne uprave na nivou BiH postoje poteškoće koje su u osnovi iste kao kod mnogih drugih reformi i oblasti u Bosni i Hercegovini, a u suštini se odnose na poštovanje ili nepoštovanje Ustava, odnosno okvira i nadležnosti datih BiH i njenim entitetima Dejtonskim sporazumom.

Imajući u vidu značaj samog procesa, naponi na reformisanju javne uprave u BiH,³³ koji traju skoro dvadeset godina, u kontinuitetu su bili predmetom pra-

³⁰ M. Davinić, Pojam loše uprave, *Pravni život*, br.10/2008, str.717.

³¹ P. Kunić, Savremene tendencije u reformi javne uprave, *Časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu*, Moderna uprava, 2009.godina.

³² H.P.Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EU Law*, Oxford, 1999, str.17.

³³ Proces reforme javne uprave u BiH započinje 2003. godine. usvajanjem dokumenta „Reforma javne uprave-naš program“ od strane predstavnika vlada na svim upravnim nivoima. Reforme u šest ključnih horizontalnih oblasti u javnoj upravi u BiH operativno se provode se od 2007. godine kroz realizaciju Strategije reforme javne uprave odnosno seta mjera definiranih prvo kroz Akcijski plan 1 (AP1) za period 2007-2010., a potom i kroz Revidirani Akcijski plan 1 (RAP1) za period 2011-2014. godine.

ćenja od strane domaćih institucija, organizacija civilnog društva i međunarodnih organizacija, prije svih EU i SIGMA. Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda je u svojoj Rezoluciji broj 2000/64 „Uloga dobre uprave u promociji ljudskih prava“ zaključilo da je dobra uprava osnova sine qua non za promociju ljudskih prava.³⁴ Bzairajući se na Rezoluciju 2005/68 Vijeća za ljudska prava, Ured Visokog komesara za ljudska prava UN-a (OHCHR) je proveo Istraživanje s ciljem da ispita odnos između dobre uprave i ljudskih prava i navede praktične primjere. OHCHR je na osnovu izvršene analize kategorizirao osnovne veze između dobre uprave i ljudskih prava u četiri glavne oblasti:³⁵

1. Demokratske institucije;
2. Učešće javnosti i donošenje odluka;
3. Pružanje usluga i vladavina prava;
4. Borba protiv korupcije.

Gotovo devet od deset osoba u EU (88%) smatra da su ljudska prava važna za stvaranje pravednijeg društva u njihovoj zemlji. To pokazuje da osobe u EU općenito smatraju da ljudska prava mogu imati korisnu i važnu ulogu u njihovim životima. Međutim, gotovo sedam od deset Europljana (68%) smatra da neke osobe zloupotrebljavaju ljudska prava. Rezultati upućuju na povezanost visine dohotka i stepena obrazovanja osoba sa njihovim stajalištima o ljudskim pravima.³⁶

Ključni evropski demokratski standardi koji se odnose i na javnu upravu utvrđeni su u Kopenhaškim kriterijima iz 1993 koje je potvrdilo i Evropsko vijeće u Madridu 1995.godine. Obzirom da Ustav Bosne i Hercegovine nije posvetio veću pažnju državnoj upravi³⁷ moguće je elaborirati dva prihvatljiva pristupa u izgradnji upravnih kapaciteta u BiH. Prvim, sektorskim pristupom u procesu izgradnje upravnih kapaciteta, moguće je krenuti putem usvajanja „sektorskih zakona“, kojima će se stvoriti zakonski okvir za izgradnju upravnih kapaciteta u BiH. Ovakav pristup sadašnji Ustav BiH ne zabranjuje, ali i ne obavezuje. Ovakva mogućnost je korištena, na primjer, za sektor odbrane BiH. Drugi prihvatljiv pristup se zasniva na mogućoj promjeni Ustava BiH u kojoj bi se potpunije normirali strukture, nadležnosti i organizacije javne uprave. Ovim bi se omogućila temeljita reforma „odozgo“ ka najnižoj jedinici javne uprave. Time bi se građanima pružila adekvatna pravna sigurnost i zaštita.³⁸ Specifičnost ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine predstavlja glavni razlog što BiH nema uređen jedinstven sistem javne uprave. Opredjeljenje vlasti je da se BiH priključi porodici evropskih država.

³⁴ The Role of Good Governance in the Promotion of Human Rights, Commission on Human Rights Resolution 2000/64.

³⁵ Good Governance, Practices for the Protection of Human Rights (HR/PUB/07/4) dostupno na <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GoodGovernance.pdf>.

³⁶ Agencija Europske unije za temeljna prava, Što građanima EU-a znače temeljna prava?. Sažetak, 2021., str.2

³⁷ K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.

³⁸ N.Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009., str.763

Evropska unija je propisala uvjete za pridruživanje među kojima su i oni koji se odnose na izgradnju upravnih kapaciteta i kvalitetu rada javne uprave.³⁹ Posebnu pažnju treba posvetiti razvoju ljudi za rad u javnoj upravi, njihovom adekvatnom obrazovanju, koje se mora izmaknuti iz rala zastarjelih razmatranja o stručnom i univerzitetskim studijima na temelju najboljih komparativnih iskustava. Pored toga, treba uspostaviti dobar sistem njihovog cjeloživotnog obrazovanja i usavršavanja prema potrebama službe. Motivacija za rad u javnoj upravi treba se bitno poboljšati jer bez nje nije moguće privući najbolje kandidate u sistem upravnog obrazovanja, zaposliti najbolje ljude u upravne organizacije svih nivoa, razvijati ih tokom službe, te zadržati u službi građana i zajednice.⁴⁰ Javna služba mora zadržati dignitet i poštovanje, a službenici trebaju biti odgovorni, učinkoviti i lojalni akteri javnih politika, ponosni na službu koju obavljaju za generacije ljudi sa kojima žive i koji će doći nakon njih.⁴¹ Osnova dobre uprave leži na svijesti o odgovornosti političkih partija i njenih aktera za vlastito djelovanje, kako na području zakonodavne, tako i izvršne djelatnosti.

Dobra uprava poštuje vrijednosti pravne države i prava građana, te je otvorena, nije korumpirana, obezbjeđuje jednakost građana i vrednuje njihovo učešće u odlučivanju. U osnovi koncepta dobrog upravljanja je odgovornost organa vlasti u odgovaranju na potrebe građana i svih drugih subjekata. Dobri postupci odlučivanja i dobro upravljanje pozitivno utiču na status vlasti. Postizanje osnovnih standarda dobrog upravljanja ogleđa se u jačanju rada lokalnih samouprava kroz razvoj planova kapitalnih investicija, priprema rodno osjetljivog budžeta, razvoja privrede i infrastrukture.

U BiH je donesen pravni okvir koji omogućava učešće građana u procesima donošenja odluka putem konsultacija. No, u praksi se konsultacije, čak i kada se provode, svode na ispunjavanje puke forme, bez suštinskog uticaja na ishod odluke. Sa druge strane, visok stepen nepovjerenja građana i organizacija civilnog društva prema institucijama dodatno slabi motivaciju za učešće u takvim procesima. Indeks kompetitivnosti Svjetskog ekonomskog foruma, koji mjeri kompetitivnost zemalja kroz 12 stubova, u domenu transparentosti razvoja javnih politika stavlja BiH na 132 mjesto, od ukupno 138 zemalja obuhvaćenih istraživanjem, sa ocjenom 2,9 na skali od 1-7.⁴²

Povećanje efikasnosti i konzistentnosti se može realizirati kroz međuinstitucionalno funkcionalno povezivanje unutar upravnih nivoa i usklađeno djelovanje u izradi i provedbi javnih politika. Za organiziranu i modernu javnu upravu potrebno je osiguranje sveobuhvatnog poštivanja principa meritornosti, jednakog

³⁹ Ibidem, str.762

⁴⁰ I. Koprić, 2009., *Attracting and Retaining the best people in the Public Service*, Bratislava UNDP

⁴¹ K. Kemaghan, 2001., *An Honour to be Coveted Pride, Recognition and Public Service Canadian Public Administration* 44 (1), 67-83

⁴² The Global Competitiveness index 2016-2017, World Economic Forum <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>

tretmana transparentnosti i političke neutralnosti u svim oblastima upravljanja. Javna uprava mora biti orijentirana ka korisnicima tako što će stručno pratiti i shvatiti njihove potrebe i očekivanja, te na osnovu njih unaprijediti poslovne procese i upravno postupanje, smanjiti administrativno opterećenje, omogućiti dostupnost usluga različitim kanalima komunikacije.

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 vođstva promjena uložnim finansijskim sredstvima, znanjem i vještinama onih koji su odgovorni za njenu direktnu implementaciju.⁴³ Zbog čega ovaj proces teče tako sporo, teško i koje su glavne prepreke na putu ka efikasnijoj i transparentnijoj javnoj upravi? Odgovor se prije svega nalazi u činjenici da moramo prepoznati i predstaviti evropske standarde koji bi se mogli primijeniti u bh. institucijama javne uprave, te na taj način unaprijediti proces pružanja usluga građanima i omogućiti funkcioniranje u skladu sa EU najboljim primjerima iz prakse. Primjenom najboljih evropskih rješenja nužno je pružanje bržih i pouzdanijih usluga s ciljem ostvarivanja poticajne poduzetničke okoline i boljeg životnog standarda svih građana.

6. ZAKLJUČAK

Visoki stepen profesionalnosti, stručnosti i individualirana odgovornost, lojalnost službenika u javnoj upravi, a ne političkom subjektu ili interesnoj grupi su uslovi za efikasnu, brzu i jeftinu javnu upravu koja je u temeljima savremene pravne države. Neophodna je sistematska aktivnost svih relevantnih državnih organa i civilnog društva kako bi se reforma javne uprave u BiH približila primjeni evropskih demokratskih standarda za ovu oblast. Osnova dobre uprave leži na svijesti o odgovornosti političkih partija i njenih aktera za vlastito djelovanje, kako na području zakonodavne, tako i izvršne djelatnosti. Zakonski okvir mora jasno razgraničiti državnu službu od političkih funkcija, birati najbolje rangirane kandidate za prijem u državnu službu i ograničiti mandate rukovodioca uprava i upravnih organizacija. Javna uprava treba pružati usluge koje će građani stavljati na prvo mjesto, obezbijediti dostupnost i omogućiti veći izbor usluga, efikasno koristiti nove tehnologije, efikasno koristiti resurse, stalno se modernizirati i poboljšavati.

Kvalitetnim sistemskim upravljanjem uz poboljšanje usluga za građane i poslovne subjekte, te smanjenjem troškova poslovanja prezentirati će se spremnost i sposobnost za davanje kvalitetne, a jeftine usluge koristeći evropske standarde i najbolje svjetske prakse. Unaprjeđenje pojedinih upravnih postupanja realizirat

⁴³ C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16

će se kroz formiranje registara posebnih upravnih postupaka i posebnih procesnih odredbi koje će pojednostaviti cjelokupan proces. Pored navedenih unaprjeđenja potrebna je digitalizacija u domenu praćenja provođenja zakona, te kontinuirana obuka voditelja upravnih postupaka. U Bosni i Hercegovini je potrebna stalna težnja i kontrola u izgradnji kapaciteta usklađenosti upravno-pravnog okvira koji pruža usluge građanima, a u isto vrijeme štiti javni interes. Promjene u javnoj upravi su neminovne, te je potrebno poslovanje prilagoditi korisnicima usluga, primjenjujući savremene oblike poslovanja i modernizirajući poslovne procese.

LITERATURA

1. Agencija Europske unije za temeljna prava, Što građanima EU-a znače temeljna prava?. Sažetak, 2021.
2. B.Hallerod, B.Rathstein, B.Nandy, SiA. Daoud, Bad governance and poor children: a comparative analysis of government efficiency and severe child deprivation in 68 low and middle income countries, *World Development*, broj:48, 2013.
3. Balkan Public Administration Reform Assessment: Bosnia and Herzegovina 2004., Program podrške kvalitetu u upravama zemalja Centralne Istočne Evrope
4. C. Palidano, Why civil service reforms fail (IDPM Public Policy and Management Working Paper, 2001., no.16
5. D.Kaufmann, A.Kraay i P.Zaido-Lobaton, Governance Matters, Policy Research Working Paper, 1999.
6. E. Slobu, The Right to Good Administration in the Court of Justice of the EU Case Law, *The USW Annals of Economics and Public Administration*, Volume 17, Issue 1 (25), 2017.
7. Evropska komisija, Komparativno izvješće o e-upravi, 2017.
8. Good Governance, Practices for the Protection of Human Rights (HR/PUB/07/4) dostupno na <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GoodGovernance.pdf>.
9. H.P.Nehl, Principles of Administrative Procedure in EU Law, Oxford, 1999., <http://eu-monitoring.ba/sta-nas-sve-ocekuje-u-procesu-reforme-javne-uprave/>
10. Koprić, 2009., Attracting and Retaining the best people in the Public Service, Bratislava UNDP
11. J. Kregar, Pojava korupcije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1997.
12. J.S.Brown, P.Duguit, The Social life of information, Harvard Business School Press, Massachusetts, USA, 2000.
13. K. Kemaghan, 2001., An Honour to be Coveted Pride, Recognition and Public Service Canadian Public Administration 44 (1).

14. K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.
15. Korupcija, lat.-pokvarenost, podmitljivost, potkupljivost- B. Klaić, Rječnik stranih riječi, Zagreb, 1986.
16. M. Davinić, Pojam loše uprave, Pravni život, br.10/2008.
17. M. Tanović, Uloga primjenje principa “dobrog upravljanja” u procesu reforme javne uprave, Časopis “Uprava”, 2013, Issue 7.
18. N. Šimac: Pravo na dobru javnu upravu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 1/2016.
19. N. Lapandić, I. Hasanović, M. Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009.
20. Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), (1999), „Evropski principi za javnu upravu (European Principles for Public Administration)“, SIGMA Papers, No 27, OECD Publishing.
21. P. Kunić, Savremene tendencije u reformi javne uprave, Časopis za upravno-pravnu teoriju i praksu, Moderna uprava, 2009.godina.
22. R. Brčić, Organizacijska kultura u funkciji djelotvornosti upravne organizacije, Ekonomski pregled, vol.53, br.11-12.
23. S. Holmberg, B.Rathstein, Good Government: The Relevance of Political Science, Edward Elgar Publishing, 2012.
24. S.M. Querredo, Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory, California Law Review, vol.73., br.1., 1985.
25. 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
26. The Global Competitiveness index 2016-2017, World Economic Forum <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>
27. The Principles of Public Administration, OECD, SIGMA, EU, Edition 2017.
28. The Role of Good Governance in the Promotion of Human Rights, Commission on Human Rights Resolution 2000/64.
29. V. zbornik Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union i izd. Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Beč, 2006.
30. X. Hu Wang, W. W.Montgomery, When Public Participation in Administration Leads to Trust, An Empirical Assessment of Managers Perceptions, Public Administration Review, 2007, br.2.

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

Biljana Knezović, Ph.B., head of the department for legal, personnel, accounting-material and general affairs at the Institute for education in Mostar

Doctoral student at the postgraduate study of legal sciences

Faculty of Law, University of Mostar

IMPROVING THE MECHANISM FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS TO GOOD ADMINISTRATION AND PUBLIC INTEREST

Abstract: Dysfunctional public administration causes resistance of citizens and is reflected in their dissatisfaction with the state. Inadequate enforcement of legal regulations, unfair treatment in administrative disputes and failure of public bodies to take responsibility in cases of breach of regulations lead to violation of citizens' rights. This paper aims to present the work of a good administration that serves the citizens and the social community, that contributes to political stability, economic development, protection of human rights and social welfare. The paper will try to answer the questions related to improvement of mechanisms for the protection of the individual's rights to good administration and public interest, all with the objective of securing the right to quality, efficient and timely services.

Keywords: reform, public administration, mechanisms, good administration, public interest, citizens, protection, human rights, responsibility, functionality, rule of law, equality, legality.

BA Nedžla Kurtćehajić

Master student na Fakultetu političkih nauka, Univerziteta u Sarajevu

MEDIJSKA SLOBODA

Sažetak: Sloboda govora je najvrjednije ljudsko blago, ali uz ovu privilegiju dolaze i teške obaveze. Deklaracija UN o ljudskim pravima iz 1948. podržava ovo pravo. Cenzura je bila neophodno zlo tokom ranog doba štampe, jer bi inače ljudi mogli naučiti da razmišljaju kritički. Ovako se vlada pobrinula da kontroliše čitavo stanovništvo. Tako nešto je potpuno neprihvatljivo u modernim vremenima, kada se na medije gleda kao na vitalni dio održavanja slobodnog i pravednog društva. Oni bi trebali držati na oku vladu dok obavještavaju javnost.

Opšta populacija se oslanja na novinske organizacije i slobodne novinare za novosti o aktuelnim događajima. Kako bi novinari i medijski radnici mogli da rade svoj posao bez straha od odmazde, odgovornost je države da ih zaštiti i garantuje njihovo pravo na slobodno izražavanje.

Ključne riječi: Sloboda govora, slobodni mediji, UN-ova Deklaracija o ljudskim pravima

1. LJUDSKA PRAVA I PRAVO SLOBODE GOVORA

Kako navodi Shackel nečije pravo na slobodno izražavanje proteže se i na njegove lične i javne interakcije s drugima. Svi oblici ljudske komunikacije, ne samo verbalni iskaz, smatraju se oblicima govora zbog njihove sposobnosti da prenesu ideje. Da bi bio slobodan, mora biti u stanju da kaže šta mu je na umu bez straha od odmazde, a ovo pravo da slobodno govore nameće dužnost drugima da dozvole i štite ovo pravo.

Iako je ova sloboda sada raširenija, njen precizan obim je još uvijek predmet rasprave. Od Hobbesa i Lockea do Milla i možda Scanlona, klasični liberali su isključili samo klevetu, prijetnje, poticanje i zavjeru na pljačku, silovanje i nasilje, kao i prenošenje tajni neprijatelju ili stranoj sili. Nasuprot tome, konzervativci, progresivci i socijalisti su izvukli uži opseg i nametnuli netoleranciju prema govoru za koji smatraju da ometa ciljeve koje žele ostvariti, izražavajući mišljenja koja smatraju nemoralnima ili utemeljena na neugodnim osjećajima poput mržnje. Pogrešno je shvatanje da je pravo samo političko pravo koje nameće dužnost samo vladama, čak i dok se mnoge debate o ovoj temi fokusiraju na slobodu od vladinih i pravnih upada. Umjesto toga, to je nečija najdragocjenija imovina, i kao takvo, to je moralno pravo sa pratećim odgovornostima.

Stoga je jednako kršenje ove slobode kada ljudi pokušavaju ušutkati druge pritiskom vršnjaka ometajući im razgovore ili pribjegavajući nasilju. (Shackel, 2015) Pravo na slobodno izražavanje sadržano je u mnogim nacionalnim ustavima i zakonima, uključujući Univerzalnu deklaraciju Ujedinjenih naroda o ljudskim pravima iz 1948. godine. Dužnost novinarske etike je da spriječi da dođe do kršenja prava drugih, a zakon ulazi u sliku kada takva kršenja dovode do ozbiljne povrede. Budući da je pojava novih komunikacijskih tehnologija omogućila svakome ko ima pristup internetu da daje javne izjave, više nije dovoljno da novinari imaju temeljno razumijevanje etičkih standarda na radnom mjestu. Budući da svako može imati glas u javnoj sferi koristeći današnje medijske platforme, važno je da svi koji su uključeni u komunikacijske procese putem masovnih medija budu svjesni i da se pridržavaju osnovnih etičkih normi. Niko ne bi trebao braniti javne izjave, ali mediji i moralno razumni slušaoci će tražiti medije u koje mogu vjerovati kako bi podržali načela odgovornog novinarstva, a da pritom ne dovode u pitanje prava drugih.

“Sloboda je da protegneš svoju ruku samo do nečijeg nosa. Ako ga makar dotakneš, prekršio si nečije ljudsko pravo” (Udovčić, 2000:14). Prema Hallbergu, bilo koji oblik mišljenja, ma koliko on bio neugodan određenim ljudima, zaštićen je pravom da ga izgovori. Iako je sloboda govora zagarantovana međunarodnim pravom, postoje okolnosti u kojima se ona mora ograničiti kako bi se spriječilo nanošenje štete drugima, na primjer kada neko podržava mržnju i podstiče diskriminaciju ili nasilje. Bilo kakvo ograničenje nečijeg prava na slobodu govora mora, međutim, biti odobreno zakonom, služiti legitimnoj javnoj svrsi i biti apsolutno potrebno za zaštitu prava drugih. Sloboda štampe i drugi oblici političkog izražavanja neraskidivo su povezani sa dugogodišnjim idealom otvorenog pristupa informacijama. Općenito, svako može zatražiti kopiju javnog zapisa ili dokumenta. Objavljivanje zapisa je opšte pravilo, ali se mogu napraviti izuzeci za ličnu privatnost, poslovnu tajnu ili nacionalnu bezbednost. (Hallberg, 2017)

Pravo na slobodu govora bez cenzure i pravo na izbjegavanje odmazde za korištenje tog prava su dijametralno suprotni. Prema riječima predstavnice OSCE-a za slobodu medija Dunje Mijatović, „Nelegalni sadržaji su upravo to, nezakoniti, bez obzira na medij kojim se prenose. Dok je istinitost medija glavni faktor u određivanju značaja kontrole sadržaja, ovaj faktor se uvelike razlikuje. Uspostavljene demokratije obično smatraju da štampa sama sebe reguliše dok je radiodifuzna industrija podložna vanjskim agencijama. Što se tiče regulacije nelegalnog (kao što je govor mržnje) ili eventualno opasnog sadržaja poput internetskog emitovanja, mogu kategorički reći da nadležni nezavisni regulatorni organi u Evropi nisu u stanju da se nose sa takvim zakonodavstvom (npr. forumi ili diskusije).“ (Mijatović, 2010:75)

2. PORIJEKLO MEDIJSKIH SLOBODA KAO KONCEPTA

Da rezimiramo Bauera, sa darom Johannesesa Gutenberga da štampa pokretna slova, svijetu su date tehničke i organizacijske osnove za neprekidan protok vijesti. Novine su se prije toga oslanjale na usmenu predaju i sve informacije koje su se mogle dobiti od javnih institucija poput pošte, sudova, pijaca i sajmova. Zadatak prikupljanja i širenja informacija nije bio jednostavan, a vlasti su ga samo otežale. Uopšteno govoreći, legitimno izdavanje novina zahtijeva privilegiju kneza ili vlasti. Autoritarne vlade bile su poznate po svom nadzoru nad štamparskom i izdavačkom industrijom. Iz tog razloga, vladajuće klase su ljutito reagovala na Gutenbergovu inovaciju. Cenzura je bila jedino rješenje za problem prevelikog uspjeha novinske industrije.

Prodavač knjiga po imenu Philip Palm prekršio je stroga ograničenja objavljivanjem letaka pod nazivom "Njemačka u njenom dubokom poniženju", koji je kritizirao Napoleona i ponašanje francuske vojske u Bavarskoj. Napoleon kada je čuo žestok retorički napad na njegov režim, odmah je preduzeo akciju. Svako ko se pokuša svrstati s onima na pozicijama vlasti obično naiđe na istu situaciju kao i on: oni bivaju pogubljeni.

Preventivna cenzura je dugo gušila medije. Prestolonasljednik Bavarске jednom je dao naizgled liberalnu izjavu: „Svako ima slobodu da priča i piše šta osjeća“, naizgled odbacujući osudu. Bilo je potrebno mnogo vremena da sloboda štampe bude i zagarantovana Ustavom i da se široko praktikuje. (Bauer, 1997)

3. SLOBODA MEDIJA

Sloboda štampe, nesmetano pravo novina, radio stanica, televizijskih mreža i drugih vijesti i informativnih medija da funkcioniraju u demokratskom i građanskom društvu. Kada govorimo o slobodi medija, govorimo o mogućnosti slobodnog izražavanja u svim oblicima elektronskih medija, od radija i televizije do interneta. Ova riječ prepoznaje činjenicu da današnji medijski krajolik uključuje platforme koje nisu tradicionalne štampane publikacije. Slobodni i nezavisni mediji smatraju se ključnim za demokratiju. Ljudi se oslanjaju na medije za informacije jer im obično nedostaju resursi da prikupe dovoljno podataka za donošenje obrazovanih sudova o javnim pitanjima. Mediji također služe kao forum za debatu i javni diskurs, a istovremeno informišu ljude i drže vladu na oku. Pravo javnosti da zna, često poznato kao princip javnosti u demokratijama, služi slobodna štampa. Publicitet, ili objavljivanje informacija o vladinim operacijama, omogućava građanima da procijene i istraže pitanja koja se na njih odnose. Za mnoge je to primarni način na koji mediji služe za ispravljanje i sprječavanje zloupotreba ovlasti. S druge strane, mediji obavještavaju nadležne o javnom raspoloženju i zabrinutostima. I pretjerana vladina kontrola i regulacija i komercijalni pritisci i prakse ugrožavaju slobodu medija i njihovo očuvanje ideala javnosti. Povećanje

elitnih ili privatnih kanala komunikacije koji izbjegavaju javnu kontrolu, opadanje medijske pismenosti i nedostatak javnog pristupa medijima su faktori koji mogu umanjiti utjecaj medija.

Mediji su barometar koliko informacije slobodno mogu teći u društvu. Svi mogu pristupiti istom znanju bez obzira na to koliko je kultura otvorena ili ograničena. Etika, zakoni i norme imaju manji uticaj na moderne medije jer je fokus na zarađivanje novca. Da imamo pravo na nešto obično se koristi za eksploataciju pojma "slobode izražavanja". U stvarnosti, oni su često jedini izvor dostupnih informacija, uprkos činjenici da su sami po sebi često relativno slobodni. Uzmimo primjer neprovjerene online publikacije; lažne činjenice i tvrdnje poput ovih preplavljaju medije i online zajednice, čineći njihovu provjeru iz raznih razloga nemogućim. Kada vidimo da javne ličnosti manipulišu, obmanjuju i zavode javnost aferama, skandalima i „tobožnim izvorima iz visokih izvora bliskih vlasti“, moramo se zapitati ko nam garantuje kredibilitet. (Vertovšek, Tomović, 2015).

Istraživači u oblasti teorije medija su svoju pažnju direktno usmjerili na to kako mediji funkcionišu i djeluju. Teoriju medija razvili su američki akademici Siebert, Peterson i Schramm, koji su ustanovili da mediji mogu zauzeti ili autoritaran ili libertarijanski stav. Primarna svrha autoritarnih medija je da podrže državu, dok je primarna svrha liberalnih medija da zaštite građane od opresivne administracije. Mediji imaju odgovornost prema javnom interesu tako što informišu i zabavljaju svoju publiku. (Malović, 2005).

4. GARANCIJA SLOBODE I NEZAVISNOSTI MEDIJA U BiH

Prije svega bitno je napomenuti da je Bosna i Hercegovina dobila status potencijalne kandidatkinje za članstvo u EU. Kako bi ostvarila svoj kandidatski status neophodno je ostvariti osam uvjeta. Jedan od tih osam uvjeta je sloboda medija. U Bosni i Hercegovini je jako prisutno interferiranje političkih organa na djelovanje medija. Političari, njihovi sekretari za štampu i oglašavanje rutinski su postavljali dnevni red za medije.

Izvještaji i zapažanja novinara daju sumornu sliku stanja medija u Bosni i Hercegovini.

Prema najnovijoj ocjeni nevladine organizacije Freedom House pod nazivom "Zemlje u tranziciji - od slabljenja demokratije do autoritarne agresije", Bosna i Hercegovina je nazadovala više od bilo koje druge zemlje zapadnog Balkana, zajedno sa Srbijom. Od svog početka 1973. godine, izvještaj Freedom House prati izborne procese, politički pluralitet, efikasnost vlade, slobodu medija i vladavinu zakona u svakoj zemlji koju pokriva.

Zakon o komunikacijama (2003) reguliše elektronske medije, telekomunikacije i frekventni spektar; set zakona o javnom RTV sistemu u BiH (2005, 2006, 2008); zakoni o zaštiti od klevete (2001, 2002, 2003); zakoni o slobodi pristupa informacijama (2001, 2002); zakoni o autorskom i srodnim pravima (2010); i za-

koni o javnom informisanju/medijima u entitetima i kantonima. Ni centralna vlast ni entiteti u Bosni i Hercegovini nemaju plan za ophođenje s medijima. Postojeći zakonski okvir za rad medija je koristan, ali nedovoljan. U postojećem zakonskom okviru nedostaju odredbe za regulisanje medijskog oglašavanja (Mediacentar, 2017) , uređivačke objektivnosti, koncentracije vlasništva i javnog finansiranja medija (Mediacentar, 2018) . Iako internet mediji predstavljaju najteže poteškoće neprozirnog vlasništva, uredništva, oglašavanja i finansija, u Bosni i Hercegovini ne postoji zakonska regulativa za djelovanje online medija.

Nijedno vladino tijelo ili organizacija u Bosni i Hercegovini nije pokazala želju za jačanjem zakonodavnog okvira koji reguliše medijsku industriju. Privatni sektor, profesionalne grupe i samoregulatorne agencije su primarni pokretači inicijativa za donošenje nedostajućih zakona. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ugrađena je u Ustav Bosne i Hercegovine, koji garantuje slobodu izražavanja. Zakoni o zaštiti od klevete (2001. godine u Republici Srpskoj i 2003. godine u Federaciji Bosne i Hercegovine) i zakoni o slobodi informacija bili su među prvima u ovoj regiji Evrope u Bosni i Hercegovini.

Finansiranje javnih servisa u Bosni i Hercegovini precizirano je Zakonom o Javnom radio-televizijskom sistemu Bosne i Hercegovine, a uključuje pretplatu, prihod od marketinga (oglašavanja) i druge izvore poput korištenja i komercijalnog zakupa radiodifuzne infrastrukture. Ipak, u stvarnosti se gaji i nezavisnost i autonomija javnog medija, a finansijska stabilnost nije zagarantovana.

Nadležna je Regulatorna agencija za komunikacije (RAK) da obezbijedi efikasno i nesmetano korištenje radio spektra i nesmetan prijem programa na cijeloj teritoriji BiH, kao i da regulira elektronske medije (radio i televizijski emiteri). U praksi, RAK ima ovlasti da izriče novčane kazne protiv emitera zbog nepoštivanja relevantnih propisa, na osnovu Zakona o komunikacijama BiH. Međutim, ove mjere nisu dovele do suštinskog pomaka u uređivačkoj politici medija koji više puta krše profesionalne standarde. RAK ima ograničena sredstva za ispunjavanje svoje zakonske obaveze cenzuriranja RTV-a. Još jedno pitanje u vezi sa načinom na koji se vodi ova organizacija je to što se njena politička nezavisnost stalno dovodi u pitanje, uglavnom zbog pogrešnog metoda kojim se bira njena administracija. Vijeće RAK-a se bira na prijedlog ad hoc komisije koju konstituiše Parlament BiH i koju čini jednak broj predstavnika nevladinog i vladinog sektora. Međutim, ne postoji utvrđen protokol za izbor članova komisije iz nevladinog sektora, što izaziva sumnju u slobodu grupe od političkog uplitanja.

Aktuelni predsjednik RAK-a je bivši direktor RTRS-a, koji je na posao u RAK-u došao isključivo na preporuku SNSD-a, a izabrala ga je državna vladajuća koalicija.

5. PRAVA I ODGOVORNOSTI MEDIJSKIH PROFESIONALACA U KONTEKSTU PRAVA I ETIKE

Prema Bettini Peterson, zamjenici generalnog sekretara Međunarodne federacije novinara;

Evropski sud za ljudska prava rekao je da je sloboda štampe potrebna posebna zaštita kako bi štampa mogla "igrati svoju važnu ulogu čuvara javnosti i dijeliti informacije i ideje o stvarima koje su važne za javnost". Gotovo svaka država u Evropi ima ustav koji štiti pravo na dobijanje i dijeljenje informacija. U nekim zemljama, poput Švedske ili Holandije, vlada je dužna podržati slobodu medija. Evropa se u cjelini slaže da su slobodni i nezavisni mediji važan dio demokratije, ali još uvijek postoji mnogo debata o tome da li i gdje postoje granice slobode medija, koja prava i odgovornosti medijski profesionalci treba da imaju i da li su ta prava i odgovornosti treba da budu zapisane u zakonu.

Neki ljudi kažu da sloboda štampe ne treba da bude ograničena zakonom, dok drugi kažu da je sloboda štampe ograničena kada se krše druga osnovna prava. Pitanje je i ko piše zakone i kako se oni tumače. Čak i najbolji zakoni mogu se koristiti za ograničavanje slobode govora ako nema nezavisnog sudstva i civilnog društva koje bi se borilo za ovo osnovno pravo. Dva najvažnija prava koja zakon štiti su pravo na pristup informacijama i pravo na čuvanje tajnosti izvora. Ostala prava koja štite nezavisnost novinara, ali nisu uvijek propisana zakonom su sloboda savjesti i uređivačka nezavisnost. Neki ljudi vide prava novinara kao posebne privilegije, ali važno je zapamtiti da su ta prava neophodna da bi novinari radili svoj posao i, na kraju, dali javnosti informacije koje su im potrebne za donošenje dobrih odluka. Istovremeno, od novinara se očekuje da se ponašaju na moralan način.

Većina evropskih zemalja ograničava slobodu medija kroz zakone o kleveti, privatnosti i tajnosti. Međutim, novinarska etika obično nije određena zakonom, već načinom na koji oni sami odluče da djeluju. Etika je u središtu evropske debate o novinarstvu. Pozivi da se mediji regulišu zakonom naišli su na oštro protivljenje medija, koji kažu da bi to ozbiljno ograničilo slobodu štampe. Ipak, ljudi koji rade u medijima moraju biti spremni da pričaju o etici i kako se samoregulacija može poboljšati. Istovremeno, ovo će poglavlje pokazati da nema lakih odgovora na neke od etičkih problema sa kojima se novinari danas suočavaju, te da zakonski tekstovi ne mogu ni definirati te probleme, a kamoli ih riješiti. Prije i za vrijeme rata u bivšoj Jugoslaviji vidjeli smo kako su se mediji koristili da se raspiri mržnja i potakne ljudi da se bore. Mediji su pretvoreni u propagandnu mašinu. (Peterson, 1998)

Kada se raspravlja o ulozi medija, to se često odvija u stakleniku parlamentarnog žara, što ponekad dovodi do toga da se zabrinutost javnosti pretvara u oružje koje potencijalno šteti slobodi medija.

S vremena na vrijeme medijski profesionalci moraju shvatiti da, uprkos visokim idealima koji su propisani medijima, savremena novinarska scena u Evropi odražava veliku zabrinutost javnosti i nagomilano nepovjerenje prema medijskim organizacijama. Postoji široko rasprostranjen skepticizam prema novinarskoj etici i gotovo univerzalna ogorčenost rastućom moći medija (Peterson, 1998:69)

Javnost se oslanja na profesionalne novinare i nezavisne medije kako bi ih informisala o aktuelnim događajima i informisala o novim stavovima javnosti na način koji je pošten i poštuje profesionalne norme.

U tom smislu, država mora raditi na obezbjeđivanju potpune slobode štampe i sigurnosti novinara i medija koji rade kako bi mogli raditi svoj posao bez straha od odmazde zbog izvještavanja o političkim temama. Ovakvo ponašanje podriva ključnu funkciju medija u demokratskom društvu, kao i pristup javnosti informacijama o vitalnim vijestima, aktuelnim događajima i novonastalim vrijednostima i uvjerenjima.

6. DEGRADACIJA KOMUNIKACIJSKE PROFESIJE

Prema Udovčićevim riječima, napredak u IT-u mijenja svakodnevnu rutinu ljudi i društva na bolje. Internet je sada najdemokratskiji kanal za razmjenu informacija i nudi potencijal za rast bez premca. Tradicionalni javni mediji bilježe porast prometa na svojim internet portalima i web stranicama. Sve veći broj ljudi u Bosni i Hercegovini se povezuje na web. Sve više ljudi se okreće portalima kao jedinom izvoru vijesti, umjesto da se oslanja na tradicionalne medije ili novinske agencije. Autoritet savremenih oblika medija počiva na kvalitetu njihovog sadržaja. Uz njihovu povećanu interaktivnost, mi se udaljavamo od modela emitiranja tradicionalnih medija prema decentraliziranijem modelu komunikacije u kojem svi ljudi i mašine sudjeluju i kao odašiljači i kao prijemnici. Zbog toga postoji značajan uticaj na istinitost sadržaja i ukupni prijem. Tužna je stvarnost da nikada nećemo imati dovoljno iskustva da tačno procijenimo svaku situaciju. (Udovčić, 2000)

Prema Žitinskom (2009), svrha medijske pismenosti je više od samo defanzivne. Pozitivan angažman u medijima je primarna funkcija medijske pismenosti, koja je vitalnija od svog odbrambenog kolege. Koristeći ovu funkciju, gledaoci mogu bolje shvatiti zamršene probleme u društvu, upravljati poplavom informacija koje primaju iz medija i razviti pronicljiviji pristup njihovoj potrošnji takvih izvora. (Žitinski, 2009)

Akteri koji učestvuju ili bi trebali učestvovati u oblasti medijske pismenosti su brojni. (Tajić, 2013: 45) kao najznačajnije navodi:

- ◆ Ministarstva koja su nadležna za obrazovanje
- ◆ Ministarstva nadležna za medije i komunikacije
- ◆ Regulatorna tijela za elektronske medije
- ◆ Samoregulatorna i regulatorna tijela za štampane medije
- ◆ Obrazovne institucije
- ◆ Nevladin sektor
- ◆ Medijsku industriju i industriju informacionih i komunikacionih tehnologija
- ◆ Agencije za statistiku.

7. POBOLJŠANJE KORISNIČKOG ISKUSTVA U ONLINE MEDIJIMA

U Sarajevu je u septembru 2010. godine u organizaciji fondacije „Konrad Adenauer“ i Media plan instituta održana konferencija na temu „Internet-sloboda bez granica“. Iznijeti su sljedeći prijedlozi, od strane RAK-a, Vijeća za štampu, urednika i novinara. Njihova misija je da potaknu relevantne stručne i akademske institucije u oblasti medija i korištenja informacionih tehnologija da sprovedu istraživanja i unaprijede kulturu komunikacije u virtuelnom prostoru, te da pomognu internet medijima u BiH u boljoj komunikaciji sa svojim korisnicima radi jačanja slobodno izražavanje i njegova etička zaštita.

- Online novinari informišu i šire svoje poruke u nadi da će izazvati diskusiju među svojom publikom. Novinari moraju podržavati najviše standarde javnog nastupa (tj. iskrenost, objektivnost, argumentaciju, nedvosmislenost, jasnoću poruke) kako bi komunikacija između korisnika medija bila efikasna, smisljena i upotrebljiva.

- Građane u internet komunikaciji prvo pokreću informacije, komentari novinara, multimedijalni vizuelni karakter prezentacije, a komunikacija se nastavlja u interakciji informacija i komentara, poštovanje etičkih pravila koja važe pri uređivanju internet sadržaja uvelike će oblikovati karakter foruma građana, podstiču slobodno izražavanje i jačaju odgovornost svih učesnika za kulturu komunikacije. Svrha svake internet komunikacije je naučiti nešto novo, poslati poruku, potvrditi i provjeriti vlastito mišljenje, razmijeniti iskustva, raspravljati o kontroverznim temama itd. Ljudi bi trebali imati koristi od internet komunikacije, bolje se snaći u životu. Internet je pogodan za upravljanje medijskim porukama, obraćanje novinarima i ne ostaje jednosmjernan, što je mana klasičnih medija. Trebalo bi podržati inicijativu Vijeća za štampu BiH da se internet portal pridruži standardima sadržanim u Kodeksu za štampu BiH, iako bi sljedeći korak, zbog specifičnosti interneta u odnosu na klasične medije, trebao biti kretanje ka posebnom Kodeksu internet komunikacije. Treba primijeniti iskustva koja u tom smislu već imaju neki internet mediji u susjedstvu i Evropi, uključujući i mogućnost da razvijeni portali imaju svoje šifre. Također, jedna od preporuka je uvođenje prakse kontinuirane edukacije u internet medijima za specifične oblike novinarskog izražavanja i mogućnost uređivanja portala, kako bi se što bolje iskoristile informacione prednosti interneta. Stoga je vrlo važno pored digitalne kulture pokrenuti i kulturu komunikacije.

8. ZAKLJUČAK

Mediji su toliko ušli u naš svakodnevni život da više ne znamo kako provoditi vrijeme bez njih. S druge strane, oni su koristan alat za prikupljanje informacija i praćenje aktuelnih događaja. Imaju različite potencijalne upotrebe, uključujući informiranje, poučavanje i zabavu publike. Iz tog razloga, vijesti koje čitamo ili

uslove rada novinara ne bismo trebali uzimati zdravo za gotovo. Ako je sloboda informisanja osnovno ljudsko pravo, onda mediji imaju odgovornost da svakom čitaocu, slušaocu i gledaocu pruže što potpuniji spektar sadržaja. Također je važno da ljudi mogu slobodno dijeliti svoje ideje i informacije putem bilo kojeg javno dostupnog medija (uključujući riječi, slova i slike). Sloboda štampe mora biti zaštićena u okviru opštih zakonskih odredbi. Sloboda štampe je osnovno pravo koje se ne može prenijeti od suštinskog značaja za svako slobodno i demokratsko društvo.

LITERATURA

1. Babić, Dušan, and Zoran Udovčić. *Ljudska Prava*. Sarajevo, Media plan, 2000, p. 14.
2. Bauer, Helmut. *Sloboda Medija I Javno Mnijenje*. Osijek-Zagreb-Split, Biblioteka Demokracija, 1997.
3. Hallberg, Pekka, and Janne Virkkunen. "Freedom of Speech in Books and in Action." *Freedom of Speech and Information in Global Perspective*, 2017.
4. Malović, Stjepan. *Osnove Novinarstva*. Golden marketing, 2005.
5. Peterson, Bettina. *Rights and Responsibilities of Media Professionals*. Media and Democracy, 1998, p. 69–71.
6. Shackel, Nicholas. *Freedom of Speech*. Encyclopedia of Global Bioethics, 2015.
7. Službeni glasnik BiH . *Zakon o Javnom radiotelevizijskom sistemu Bosne i Hercegovine*. Član 1. Broj 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 94/07 i 24/08
8. Službeni glasnik BiH. *Zakon o komunikacijama*. Broj: 31/03, 75/06, 32/10 i 98/12
9. Službeni glasnik BiH. *Zakon o slobodi pristupa informacijama*. Broj 28/00, 45/06, 102/09 i 62/11
10. Tajić, Lea. *Medijska pismenost u Bosni i Hercegovini*. Internews u Bosni i Hercegovini, 2013.
11. Udovčić, Radenko. *Internet-Sloboda Bez Granica?* Sarajevo, Media plan institut, 2010, p. 75–80.
12. Vertovšek, Nenad, and Tomović, Anja. *Medijsko Zavodjenje U Suvremenom Društvu Spektakla I Manipulacije*. 2015.
13. Žitinski, Maja. *Što Je Medijska Pismenost?* *Obnovljeni Život : Časopis Za Filozofiju I Religijske Znanosti*, vol. 64., no. 2., 2009, pp. 233–245.
14. www.media.ba Mediacentar Sarajevo

Nedžla Kurtćehajić, Ph.B.

Master's student at the Faculty of Political sciences, University of Sarajevo

MEDIA FREEDOM

Summary: Freedom of speech is the most valuable human treasure, but with this privilege come heavy obligations. The 1948 UN Declaration of Human Rights supports this right. Censorship was a necessary evil during the early days of the press, because otherwise people could learn to think critically. This is how the government made sure to control the entire population. Such a thing is completely unacceptable in modern times, when the media is seen as a vital part of maintaining a free and just society. They should keep an eye on the government while informing the public.

The general population relies on news organizations and freelance journalists for updates on current events. In order for journalists and media workers to be able to do their work without fear of reprisal, it is the state's responsibility to protect them and guarantee their right to free expression.

Keywords: Freedom of speech, free media, UN Declaration on Human Rights

STRUČNI RADOVI

Dr. sc. Aida Mulalić, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Mirza Dinarević, docent/stručnjak iz prakse

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Safeta Sarač, studentica master studija

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

UTICAJ COVID-19 PANDEMIJE NA GLOBALNU EKONOMIJU I EKONOMIJU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Ovaj rad ima za cilj da ukaže na specifičnosti i razmjere krize koju je izazvala pandemija virusa Covid-19 u svjetskoj ekonomiji i ekonomiji Bosne i Hercegovine. Također, rad nastoji pokazati određene nedostatke u upravljanju krizom, te pozitivne primjere, odnosno pojedine mjere (reforme, izmjene zakonodavstva, pojednostavljenje procedura i sl.) koje su imale dugoročne efekte i koje bi mogle poslužiti u budućim kriznim situacijama.

Pandemija Covid-19 je pokazala koliko procedure donošenja odluka organa i institucija moraju biti brze, efikasne i fleksibilne. Istovremeno mjere koje se donose trebaju biti koordinirane između nadležnih organa i institucija u pogledu njihovog sadržaja, stupanja na snagu i trajanja. Brzina, efikasnost i fleksibilnost procedura, kao i koordinacija aktivnosti, potrebna je ne samo na nacionalnom nivou, već i na regionalnom i globalnom nivou. Prilagođavanje procedura i blagovremeno donošenje odluka, u novonastaloj situaciji, pokazalo se bitnim i kada su u pitanju međunarodne organizacije (IMF, Svjetska banka).

Ključne riječi: pandemija, ekonomska kriza, mjere, nosioci ekonomske politike

1. Uvod

U historiji čovječanstva 2020. godina će ostati zabilježena kao godina u kojoj se svijet suočio sa jednim od, u modernoj historiji, najvećih izazova. Pojava virusa Covid-19 od početne epidemije, ubrzo je dosegla razmjere globalne pandemije¹. Pandemija je u početku predstavljala globalnu zdravstvenu krizu, a vrlo brzo je prerasla u socijalnu i ekonomsku. Novi virus dramatično je promijenio naše živote, kako u privatnoj, tako i u poslovnoj sferi, na nacionalnom, regional-

¹ Svjetska zdravstvena organizacija (WHO) 11.3. 2020.godine proglasila je pandemiju bolesti COVID-19

nom i globalnom nivou. Novonastale vanredne okolnosti primorale su države da ubrzano donose mnogobrojne mjere kako bi se očuvalo zdravlje i spasili životi. Kako bi se usporilo širenje virusa, uvedena su mnoga veoma restriktivna ograničenja. Radi smanjenja fizičkih kontakata države su posegnule prije svega za mjerama ograničavanja kretanja. Tako su uvedene mjere obaveznog karantena, zabrane napuštanja mjesta prebivališta (uže ili šire regije), privremenog zatvaranja mjesta masovnijih okupljanja (škole, kafići, tržni centri i sl.), policijski sat, pa sve do ograničavanja i zatvaranja međunarodnog saobraćaja, te potpunog zatvaranja država (engl. *lockdown*). Pojedinci, institucije, ustanove, ali i javne i privatne kompanije su bili prinuđeni da se prilagode ovim mjerama, te da svoje dotadašnje svakodnevne aktivnosti, procese, obustave, reduciraju ili izmijene, što je dovelo do poremećaja u svim sferama društvenog života. Tako su, u namjeri da se očuva javno zdravlje, restriktivnim mjerama koje su u većoj ili manjoj mjeri uvodile sve države svijeta, derogirana i dovedena u pitanje mnoga osnovna ljudska prava (zabranu diskriminacije, sloboda kretanja, sloboda udruživanja i okupljanja, pravo na obrazovanje i dr.)². Također, većina privatnih i javnih kompanija je reducirala i izmijenila svoje poslovne/proizvodne procese, a tamo gdje je postojala mogućnost masovno je uveden tzv. "rad od kuće" korištenjem digitalnih tehnologija. Zbog reduciranja međunarodnog saobraćaja, te djelimičnog ili potpunog „zaključavanja“ mnogih država došlo je do poremećaja u kretanju ljudi, roba, usluga i kapitala.

Pandemija je tako izazvala poremećaje svim sferama društvenog života i snažno je uzdrmala svjetsku ekonomiju. Ekonomske posljedice pandemije se još uvijek sumiraju i analiziraju. Svjetska ekonomija nije uspjela krenuti u smjeru oporavka, a nastupio je novi, jednako zastrašujući izazov, agresija³ Ruske Federacije na Ukrajinu.

Vijeće ministara Bosne i Hercegovine je donijelo Odluku o proglašenju nastanka stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine, zbog opasnosti od moguće pojave epidemije zarazne bolesti prouzrokovane novim korona virusom Covid-19⁴. Slične odluke su donijele i entitetske vlade.⁵ Sve aktivnosti koje su nakon toga uslijedile, a koje su bile usmjerene na otklanjanje i ublažavanje posljedica izazvanih novim virusom Covid-19, ponovo su izbacile na vidjelo institucionalnu neefikasnost i nekoordiniranost svih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini, uzrokovanu nedostatkom političke volje, ali i činjenicom da institucije vlasti na nivou Bosne i Hercegovine ne raspolažu nadležnostima potrebnim za efikasno djelovanje u ovakvim okolnostima. U maju 2020. godine Vijeće ministara

² "Covid-19 i njegov uticaj na ljudska prava-Pregled relevantne sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava", The AIRE Centre, Civil Rights Defenders, 2020

³ ES-11/1. Aggression against Ukraine, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022

⁴ "Službeni glasnik BiH", broj 18/20

⁵ Odluka o proglašenju vanredne situacije za teritoriju Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br.25/20) i Odluka o proglašenju stanja nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (Covid-19) na području Federacije BiH ("Službene novine FBiH", br.21/20)

Bosne i Hercegovine je uspostavilo grupu za socioekonomski odgovor na pandemiju Covid-19⁶, čije su se nadležnosti svodile na koordinirajuću ulogu u odnosu na sve nivoe vlasti, po pitanju definisanja socioekonomskih mjera za odgovor na krizu izazvanu pandemijom Covid-19, obezbjeđenje finansijskih sredstava mobilizacijom domaćih fondova i strane finansijske pomoći, te usaglašavanje i koordinacija mjera za odgovor na socioekonomske posljedice i efekte izazvane pandemijom. Osim podatka da je prva sjednica ove grupe održana 02.06.2020. godine, nema dostupnih podataka o preporukama i zaključcima, te bilo kakvim aktivnostima koje su inicirane ili provedene od strane ove grupe.

2. Fiskalna pitanja

Ekonomska stvarnost nerijetko je više ili manje daleko od idealnog, pa čak i poželjnog. Kako bi se postigla poželjna stanja u ekonomiji (ciljevi ekonomske politike), ekonomska politika se, između ostalih instrumenata, koristi i fiskalnom politikom kao skupom mjera usmjerenih na korištenje javnih prihoda i javnih rashoda. Fiskalna politika se tako sastoji od porezne politike i politike javnih rashoda. U vrijeme ekonomske depresije države koriste ekspanzivnu fiskalnu politiku smanjivanjem poreza radi povećanja potrošnje stanovništva i podsticanja investiranja. U vrijeme opasnosti od inflacije koristi se restriktivna fiskalna politika gdje se povećanjem poreza smanjuje potrošnja stanovništva i utiče na obim investicija.⁷ Idealno stanje je postizanje balansa između javnih prihoda i javnih rashoda. U teoriji javnih finansija prepoznate su tri funkcije finansijske politike: alokacijska, distributivna i stabilizacijska.⁸

Fiskalna politika se u otklanjanju ili bar ublažavanju posljedica pandemije našla pred izazovima, u smislu očuvanja privrede, ublažavanja siromaštva i pružanja pomoći zdravstvenom sektoru, u vrijeme pada fiskalnih prihoda. Vlade svih zemalja su donijele različite fiskalne mjere, među kojima su bile najznačajnije mjere poreske politike (formalne i materijalno pravne)⁹. Porezni postupci su tako prilagođeni uslovima pandemije (produžetak ili skraćivanje rokova, odgoda plaćanja ili obročna plaćanja, pojednostavljenje procedure, e-usluga i sl.). Materijalno-pravne mjere podrazumijevale su proširivanje kruga poreskih izuzeća, umanjjenje osnovice i umanjjenje poreskih stopa. U odnosu na pojedince, mjere su se sastojale u različitim ciljanim novčanim naknadama (jednokratnim ili kratko-

⁶ Odluka o uspostavljanju grupe za socioekonomski odgovor na pandemiju Covid-19 („Službeni glasnik BiH“, br.28/20)

⁷ Vidjeti: K.Hodžić/F.Ćejvanović, Ekonomska politika, Institut za ekonomiku poljoprivrede Beograd/Ekonomski fakultet Univerziteta u Tuzli/Otvoreni Univerzitet „Apeiron“ Travnik, 2010, 38-47

⁸ Vidi: I.Kešetović/E.Đonlagić, Javne finansije, Grin Gračanica, 2007, 29

⁹ Vidi: N.Ž.Kovačević, „Posljedice i učinci pandemije bolesti COVID-19 na fiskalni sustav“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 58, 2/2021, str. 483-499

ročnim), dodacima na plaću i osigranjem od nezaposlenosti. Prema predviđanjima MMF-a¹⁰, čak i za razvijenije ekonomije se planirao visok rast omjera između fiskalnog deficita i GDP-a u 2020-toj godini, koji bi postepeno padao u naredne dvije godine. To je značilo uvećanje javnog duga. Stanje javnog duga u kome su se zemlje zadesile u momentu izbijanja pandemije određivao je širinu prostora za poduzimanje fiskalnih mjera. Tako su zemlje Zapadnog Balkana imale male mogućnosti fiskalnog reagovanja, dok su istočnoazijske zemlje imale značajan fiskalni prostor. Razlog tome je upravo činjenica što su zapadnobalkanske zemlje u krizu ušle sa jako visokim fiskalnim dugom, za razliku od istočnoazijskih zemalja koje su imale nizak i stabilan omjer duga i GDP-a.¹¹

Fiskalni sistem Bosne i Hercegovine je decentralizovan i odražava složenu unutrašnju strukturu države. Politika indirektnog oporezivanja (sistem naplate i raspodjele indirektnih poreza-uvozne i izvozne dažbine, akcize, porez na dodatnu vrijednost i svi drugi porezi zaračunati na robu i usluge, uključujući i poreze na promet i putarine¹²) je u nadležnosti Bosne i Hercegovine, dok je naplata direktnih poreza u nadležnosti entiteta i Brčko distrikta BiH. Fiskalna politika svih nivoa vlasti bi trebala biti ujednačena i koordinirana, što je veliki izazov i u redovnim, a pogotovo u vanrednim prilikama. Institucionalna neefikasnost prisutna u BiH prepoznata je kao jedna od glavnih prepreka efikasnijem odgovoru na posljedice pandemije.¹³ Institucije na nivou Bosne i Hercegovine, kako zbog malih nadležnosti koje imaju u oblasti fiskalne politike, ali više zbog nedostatka političke volje, nisu pružile očekivanu podršku u ublažavanju efekata pandemije. Kao jedna od glavnih prepreka se ponovo pokazao Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Prijedlog zakona o dopuni Zakona o porezu na dodatnu vrijednost¹⁴, kojim se Vijeću ministara Bosne i Hercegovine davala mogućnost prolongiranja roka za podnošenje prijave za plaćanje PDV-a, nije dobio potrebnu podršku u Domu naroda, kao ni Prijedlog zakona o dopuni Zakona o akcizama u Bosni i Hercegovini¹⁵ kojim se predviđalo oslobađanje od plaćanja akciza na alkohol koji se koristi za proizvodnju sredstava za dezinfekciju. Podršku u Domu naroda nije dobio ni prijedlog zakona o vanrednim mjerama štednje u institucijama Bosne i

¹⁰ Congressional Research Service (2021), Global Economic Effects of COVID-19, 16-17

¹¹ United Nations, World Economic Situation and Prospect, New York, 2020, 56

¹² Član 1. Zakona o sistemu indirektnog oporezivanja u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, br.44/03, 52/04, 34/07, 4/08, 50/08, 49/09, 32/13 i 91/17) i Zakon o uplatama na Jedinstveni račun i raspodjeli prihoda („Službeni glasnik BiH“, br. 55/04, 34/07, 49/09 i 91/17)

¹³ World Bank Group, Competition and Firm Recovery Post-COVID-19, Office of the Chief Economist, Fall 2021, 99

¹⁴ Prijedlog Zakona o dopuni zakona na dodatnu vrijednost razmatran 28.05.2020.godine na 6.sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine nije usvojen

¹⁵ Prijedlog Zakona o dopuni Zakona o akcizama u Bosni i Hercegovini razmatran 01.09.2020.godine na 11.sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine nije usvojen

Hercegovine usljed Covid 19 pandemije¹⁶, kojim se predviđalo smanjivanje javne potrošnje. Institucije na nivou države su se uglavnom bavile raspodjelom doniranih sredstava i opreme, a vrlo rijetko su donosile mjere koje su imale značajniji uticaj na ublažavanje ekonomskih posljedica koje je izazvala pandemija. Jedna od takvih mjera koje je donijelo Vijeće ministara Bosne i Hercegovine je Odluka¹⁷ kojom se oprema i sredstva za potrebe prevencije i suzbijanja epidemije, donirana od strane međunarodnih i domaćih subjekata, oslobađaju obračuna i plaćanja indirektnih poreza.

Niži nivoi vlasti su se u ovoj situaciji pokazali nešto aktivnijim. U Federaciji BiH je donesen tzv. „korona zakon“, odnosno Zakon o ublažavanju negativnih ekonomskih posljedica¹⁸ kojim je propisano subvencioniranje doprinosa za obavezna osiguranja, obustava obračuna i plaćanja zatezne kamate na javne prihode, ukidanje obaveza plaćanja akontacije poreza na dobit, ukidanje obaveza plaćanja akontacije poreza na dohodak od samostalne djelatnosti, prekid obračuna zateznih kamata na zakašnjela plaćanja u dužničko-povjerilačkim odnosima, prekid prinudne naplate, održavanje stabilnosti pojedinih isplata, odgoda primjene propisa za vrijeme trajanja stanja nesreće u FBiH, te uspostava Garancijskog fonda.¹⁹ U analizi *“Covid-19 ekonomske perspektive Bosne i Hercegovine”* iznesen je podatak da je od 488 miliona KM predviđenih za subvencioniranje doprinosa prema “korona zakonu” utrošeno samo 18%, tj. 90 miliona KM, što je ocijenjeno kao rezultat loše definisanih kriterija za raspodjelu sredstava.²⁰ Mjere predviđene “korona zakonom” u RS-u su propisane nizom uredbi sa zakonskom snagom, od kojih je najvažnija Uredba sa zakonskom snagom o poreskim mjerama za ublažavanje ekonomskih posljedica nastalih usljed bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2²¹. “Korona zakon” je donesen i za Brčko distrikt BiH kao i u kantonima.

¹⁶ Prijedlog zakona o vanrednim mjerama štednje u institucijama Bosne i Hercegovine usljed Covid 19 pandemije razmatran 01.09.2020.godine na 11.sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine nije usvojen

¹⁷ Odluka o oslobađanju od obračuna i plaćanja indirektnih poreza i povret već plaćenih indirektnih poreza na opremu i sredstva donirana od strane domaćih i međunarodnih subjekata za potrebe prevencije, suzbijanja i otklanjanja epidemije prouzrokovane korona virusom (Covid -19) („Službeni glasnik BiH“, br.20/20)

¹⁸ “Službene novine Federacije BiH“, br.28/20

¹⁹ Član 1. Zakona o ublažavanju negativnih ekonomski posljedica

²⁰ A.Čavalić/F.Hadžić/D.Bećirović, Covid-19 ekonomska perspektiva Bosne i Hercegovine, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit Bosnien-Herzegowina, Sarajevo, 2020, 11

²¹ “Službeni glasnik RS“, br.35/20 i 46/20

3. Uloga međunarodnih organizacija

U svim kriznim situacijama regionalnog i globalnog karaktera (ugroženosti mira i sigurnosti, javnog zdravlja i ekonomije, prirodnim katastrofama i sl.) međunarodne organizacije su neizostavni akteri, kao podrška državama, a pogotovo zemljama u razvoju. U krizi izazvanoj pandemijom virusa Covid-19 velika očekivanja su vezana za Svjetsku banku (eng. *World Bank*), te regionalne razvojne banke. Međunarodne finansijske institucije su prilagodile svoje dotadašnje politike i procedure novonastaloj vanrednoj situaciji, čineći ih fleksibilnijim. Na inicijativu IMF-a i Svjetske banke zemlje G-20 su u aprilu 2020-te godine, u saradnji sa privatnim sektorom, pristale na mirovanje duga do kraja godine za zemlje sa niskim dohotkom.²²

U mandat IMF-a, između ostalog, spada unapređenje međunarodne monetarne saradnje i stabilnosti, uravnotežen rast međunarodne ekonomije, korekcija platnih bilansa zemalja članica odobravanjem sredstava IMF-a²³. Za vrijeme pandemije Covid-19 veliki broj zemalja se obratio IMF-u za finansijsku pomoć. Od 189 zemalja članica IMF-a, pomoć je zatražilo njih više od 100.²⁴ IMF je reagovao dodjelom brzih jednokratnih pomoći, otpisom duga najsiromašnijim i najnerazvijenijim zemljama, te povećanjem tekućih i odobravanjem novih zajmova. Catastrophe Containment and Relief Trust (skraćeno, CCRRT) koji je uspostavljen 2015.godine radi zaustavljanja i pomoći u slučaju katastrofe, a koga finansiraju zemlje donatori, reformisan je i prilagođen zahtjevima pandemije Covid-19. Tako je putem CCRRT-a zemljama sa niskim dohotkom, dodjelom bespovratnih grantova, omogućena otpлата duga prema IMF-u u periodu od 6 mjeseci.²⁵

Mandat Svjetske banke je ublažavanje svjetskog siromaštva kroz finansiranje projekata ekonomskog razvoja u zemljama sa srednjim i niskim dohotkom. Samo do kraja aprila 2020. godine Svjetska banka je odobrila ili je bila u postupku odobravanja čak 94 Covid-19 projekata za 78 zemalja.²⁶ Sredstva koja je dodjeljivala Svjetska banka uključivala su neto transfere za zemlje sa niskim dohotkom, kreditne instrumente za privatni sektor pogođen ekonomskim padom i nove instrumente podrške investitorima u privatni sektor za borbu protiv Covid-19. Također je najavljeno i formiranje novog fonda koji bi podsticao ulaganja u zdravstvenu sigurnost u kontekstu trenutne pandemije ali i za buduće slične situacije.

²² Congressional Research Service (2020), COVID-19: Role of the International Financial Institutions, May 2020, 2

²³ Mandat, osnovne funkcije i upravljanje u MMF-a, vidi opširnije: <https://www.cbbh.ba/content/read/1053>

²⁴ Congressional Research Service (2021), Global Economic Effects of COVID-19, 98-99

²⁵ Congressional Research Service (2020), COVID-19: Role of the International Financial Institutions, May 2020,5 i <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/49/Catastrophe-Containment-and-Relief-Trust>

²⁶ Congressional Research Service (2020), COVID-19: Role of the International Financial Institutions, May 2020,5

Kao što je već navedeno, zbog manjka nadležnosti u području monetarne politike, Centralna banka Bosne i Hercegovine (djelujući kao valutni odbor) ima sužen prostor djelovanja na ekonomiju. Centralna banka Bosne i Hercegovine ne može davati kredite komercijalnim bankama, niti može intervenirati kako bi nadomjestila budžetski deficit. Zato je Bosna i Hercegovina u velikoj mjeri zavisna o sredstvima međunarodnih finansijskih institucija (vanjskog zaduživanja), kada su u pitanju kapitalne investicije, finansiranje državnog budžetskog deficita, i sl. Od 20-tog decembra 1995-e godine, odlukom Izvršnog odbora IMF-a, Bosna i Hercegovina je postala članica IMF-a, a od 1996-e godine je i članica Svjetske banke. Za pribavljanje sredstava od međunarodnih finansijskih institucija, odnosno za vanjsko zaduživanje, nadležne su institucije na nivou Bosne i Hercegovine (Predsjedništvo BiH, Vijeće ministara BiH, Ministarstvo vanjskih poslova, Ministarstvo finansija i trezora i Centralna banka BiH)²⁷ Do sada je Bosna i Hercegovina sa IMF-om imala Stand-by finansijske aranžmane i proširene finansijske aranžmane (engl. *Extended Fund Facility*, skraćeno EFF).²⁸ Bosni i Hercegovini je 2020. godine, putem Instrumenta za brzo finansiranje IMF-a (engl. *Rapid Financing Instrument*, skraćeno RFI), na račun Centralne banke Bosne i Hercegovine uplaćen iznos od oko 330 miliona eura, međutim neposredan pozitivan efekat ovih sredstava je izostao. Naime, zbog sporosti u donošenju odluka institucija na nivou Bosne i Hercegovine ta sredstva su odlukom Vijeća ministara Bosne i Hercegovine²⁹ raspoređena tek u junu 2020.godine, na entitete i Brčko distrikt Bosne i Hercegovine. Svjetska banka je u toku 2020.godine za Bosnu i Hercegovinu odobrila četiri projekta: projekat za oporavak i podršku firmama, podrška privatnom zapošljavanju, projekat hitne pomoći Covid-19, te jedan projekat dodatnog finansiranja.³⁰ Također, 2020-te godine je zaključen sporazum o zajmu sa Međunarodnom bankom za obnovu i razvoj, hitni projekat za Covid-19.³¹

4. Promocija i olakšavanje ulaganja

Da bi se neki subjekat, opredijelio za ulaganje (vlastitim sredstvima ili putem kreditiranja) potrebno je da bude zadovoljeno više predušlova, kao što su: poticajno i predvidivo poslovno okruženje, makro-ekonomska stabilnost, pravna sigurnost, politička stabilnost, i dr. Pandemijska kriza je izazvala osjećaj sveopšte

²⁷ Vidi: Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br.52/05 i 103/09)

²⁸ Vidi: Finansijski aranžmani MMF sa BiH_ <https://www.cbbh.ba/content/read/1053>

²⁹ Odluka o rasporedu sredstava instrumenata za brzo finansiranje (RFI) od Međunarodnog monetarnog fonda (MMF) („Službeni glasnik BiH“, br.32/20)

³⁰ Centralna banka Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj za 2020.godinu, 41

³¹ Odluka o ratifikaciji sporazuma o zajmu(hitni projekat za Covid 19 za Bosnu i Hercegovinu) između Bosne i Hercegovine i Međunarodne banke za obnovu i razvoj („Službeni glasnik BiH“, br.11/20)

neizvjesnosti i nesigurnosti, što se odrazilo i na globalne tokove stranih ulaganja, tako da je globalni priliv stranih investicija za 2020-tu godinu pao za 42% u odnosu na prethodnu godinu. U tom smislu su države preduzele različite aktivnosti, od direktne državne intervencije u pokretanje i povećavanje proizvodnje (naročito medicinske i zaštitne opreme, vakcina, poticaji za prenamjenu proizvodnih linija i sl.) do izmjene propisa i usvajanja novih pravila radi podsticanja i olakšavanja ulaganja, zatim olakšavanje administrativnih i birokratskih procedura, korištenje online alata i platformi i dr.³² Mnoge zemlje su krizu iskoristile da ulaganja usmjere u projekte održivog razvoja (ekonomske, ekološke i društvene održivosti). Mnoge zemlje su također mnogo uložile u digitalnu transformaciju svih sfera društvenog života.³³ Evropska unija je donijela Uredbu o uspostavi Mehanizma za oporavak i otpornost³⁴, sa specifičnim ciljem da se putem ovog Mehanizma pruži finansijska podrška državama članicama u reformama i ulaganjima utvrđenim u njihovim nacionalnim planovima za oporavak i otpornost. Kao područje primjene ove Uredbe su određene, između ostalog, zelena tranzicija, digitalna transformacija, radna mjesta, konkurentnost, istraživanje i sl.

Izazovi za Bosnu i Hercegovinu su bili tim veći, ako se ima u vidu stanje u državi na početku pandemije. Složena državna struktura i loša koordinacija između svih nivoa vlasti, nefunkcionalnost institucija na novou Bosne i Hercegovine zbog mogućnosti blokada (procedure donošenja odluka koje omogućavaju veto etnički ili entitetski) usljed čega izostaju odluke ili se iste donose neblagovremeno. Sve su to nedostaci koji su došli do izražaja i tokom pandemije. Institucija nadležna za promociju stranih investicija na državnom nivou vlasti je Agencija za promociju stranih investicija koja promovise i unapređuje direktne strane investicije u skladu sa zakonom, odlukama i smjernicama Vijeća ministara Bosne i Hercegovine.³⁵ U Izvještaju o radu ove institucije za 2020-tu godinu se navodi da ova institucija nije mogla provoditi svoje uobičajene aktivnosti usljed pandemijskih mjera restrikcije, da su inostrane investicije gotovo obustavljene, a već prisutni investitori su svoje planove za budućnost stavili na čekanje³⁶. Za 2021-u godinu dostupni podaci i informacije ove Agencije se odnose samo za prva tri mjeseca. Međutim, na osnovu dostupnih informacija nije moguće utvrditi strana ulaganja koja su direktni rezultat aktivnosti ove institucije.

³² Congressional Research Service (2021), Global Economic Effects of COVID-19, 44-49

³³ UNDP (2020), Economic Impact Assessment of COVID-19 in Bosnia and Herzegovina, 31

³⁴ UREDBA (EU) 2021/241 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA od 12. februara 2021. o uspostavi Mehanizma za oporavak i otpornost

³⁵ Član 1. Zakona o Agenciji za unapređenje stranih investicija u Bosni i Hercegovini ("Službeni glasnik BiH" broj 56/04)

³⁶ http://www.fipa.gov.ba/o_fipa/Aktuelni_propisi_i_javne_konsultacije/default.aspx?id=14378&langTag=bs-BA

Zakon o politici direktnih stranih ulaganja³⁷ postoji na državnom i entitet-skom nivou.³⁸ Obzirom da sva tri zakona sadrže ograničenja u odnosu na sticanje vlasništva nad imovinom za strana lica-ulagače, isti su od strane Evropske komisije ocijenjeni kao prepreka slobodnom kretanju kapitala³⁹. Princip nacionalnog tretmana, odnosno ravnopravnog tretmana domaćih i stranih ulagača i zabrane diskriminacije po osnovu državljanstva je jedan od osnovnih principa poslovanja u Evropskoj uniji. U Izvještaju Evropske komisije o Bosni i Hercegovini za 2021- u godinu, stoji ocjena da su barijere za ulazak na tržište Bosne i Hercegovine i barijere u unutrašnjem tržištu velike. Nadalje je navedeno je da su te barijere destimulirajuće za strane ulagače, a neto direktna strana ulaganja su stabilno na niskom nivou.⁴⁰

Obzirom da nije članica Evropske unije, Bosna i Hercegovina nije mogla računati na sredstva iz fondova Evropske unije za ulaganje u privredu i snaciju budžeta, ali je imala mogućnost korištenja sredstava predpristupnih fondova IPA II kroz projekte regionalnog karaktera namjenjene za Zapadni Balkan.⁴¹

Vlada Federacije Bosne i Hercegovine je donijela Program ekonomske stabilizacije i oporavka FBiH 2020-2021 (Pretpostavke za održi i ubrzan rast u 2022.godini).⁴² U dijelu programa „7. Javne i privatne investicije“, vidljivo je da se ovaj entitet opredijelio za osnaživanje privrede investiranjem u infrastrukturne projekte (autoceste i energetika) putem kreditnih linija. Iz Programa nije vidljivo u kojim oblastima entitet očekuje privatne investicije, te kojim mjerama će iste olakšati. Vlada je također Uredbom o interventnim mjerama za podršku ugroženim sektorima privrede Federacije Bosne i Hercegovine u okolnostima pandemije COVID-19, predvidela da namjena dodijeljenih sredstava bude, između ostalog, i provođenja započetih infrastrukturnih projekata od strane javnih poštanskih operatera, željeznica, te u svrhu modernizacije aerodroma.⁴³ Garancijski fond uspostavljen Zakonom o ublažavanju negativnih ekonomskih posljedica (u periodu ne dužem od 12 mjeseci od dana proglašenja prestanka nesreće uzrokovane pandemijom) je namijenjen, između ostalog, za

³⁷ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 4/1998, 17/1998, 13/2003, 48/2010 i 22/2015

³⁸ Zakon o stranim ulaganjima („Službeni glasnik RS“ br. 25/02, 24/04 i 52/11) i Zakon o stranim ulaganjima Federacije BiH („Službena novine FBiH“, broj: 61/01, 50/03 i 77/15)

³⁹ Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2020.godinu, Brisel, 6.10.2020., SWD(2020) 350 final

⁴⁰ Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2021.godinu, Strasbourg, 19.10.2021. SWD(2021) 291 final

⁴¹ Glavni instrumenti kojima se takva podrška pruža su: Western Balkans Investment Framework, Green for Growth Fund, Western Balkan Enterprise Development and Innovation Facility, European Fund for Southeast Europe, Regional Housing Programme, izvor: http://europa.ba/?page_id=44270

⁴² Odlika o usvajanju Programa ekonomske stabilizacije i oporavka FBiH 2020-2021 (Pretpostavke za održi i ubrzan rast u 2022.godini) br.V-884/2000 od 18.04.2000.godine

⁴³ „Službene novine FBiH“, br.74/20 i 21/21

izdavanje garancija za kredite do 60 mjeseci za dovršetak već započetih investicija i investicije manjeg obima.⁴⁴

Vlada Republike Srpske je donijela Uredbu o postupku dodjele sredstava privrednim subjektima za podršku investicionim projektima u uslovima poslovanja izazvanih pandemijom virusa korona.⁴⁵ Uredbom je predviđeno da se za dodjelu ovih sredstava može aplicirati po osnovu projekta, koji za predmet isključivo može imati nabavku savremenih tehnologija i opreme, odnosno uvođenje nove ili značajno poboljšanje postojeće tehnologije ili nabavku nove ili korišćene opreme koja nije starija od 12 godina.

Jedan od motiva za ulaganje jesu i fiskalne olakšice. Kao što je već rečeno, osim mjera odgode podnošenja poreskih prijava i prolongiranja plaćanja poreza, koje su imale ograničen vremenski domet, nije došlo do promjene poreskih osnovica direktni i indirektnih poreza, koje bi mogle djelovati stimulatивно na potencijalne investitore. Također, visina poreza i doprinosa na plaće zaposlenika je ostala ista.

5. Regionalna saradnja

Obzirom na razmjere zdravstvene krize i posljedice po globalnu ekonomiju, odgovor ne bi mogao biti uspješan bez saradnje na regionalnom i globalnom nivou, ali i bez globalne solidarnosti. Zemlje G-7 i G-20 su na početku 2020-te godine održale hitne samite kako bi koordinirale svoje aktivnosti oko nabavke i razmjene medicinske opreme i sredstava, te koordinirale aktivnosti sanacije negativnih posljedica po ekonomiju. Ne može se reći da je saradnja, odnosno koordinacija aktivnosti bila na zavidnom nivou, obzirom da su države donosile različite mjere, različitom dinamikom, a često su te mjere bile i jednostrane.⁴⁶ Koordinacija i saradnja se odvijala i putem Odbora za finansijsku stabilnost (engl. *Financial Stability Board*, skraćeno: FSB).⁴⁷ Aktivnosti ovog tijela tokom pandemije su podrazumijevale, pored ostalog, koordiniranje odgovora politike za očuvanje globalne finansijske stabilnosti, očuvanje otvorenosti i funkcionalnosti tržišta, te očuvanje sposobnosti finansijskog sistema za finansiranje rasta.⁴⁸ Bosna i Hercegovina nije članica FSB-a. Saradnja i koordinacija je ostvarivana i putem Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (engl. *Organisation for Economic Co-operation and Development*, skraćeno: OECD).

⁴⁴ Uredba o načinu finansiranja i upravljanju Garantnim fondom ("Službene novine Federacije BiH", broj: 44/20)

⁴⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 102/20

⁴⁶ Congressional Research Service (2021), Global Economic Effects of COVID-19,103-104

⁴⁷ FSB je međunarodno tijelo čiji su članovi države i međunarodne organizacije kao što je MMF i Svjetska banka. FSB prati i daje preporuke vezano za globalnu finansijsku stabilnost.

⁴⁸ Vidi: Financial Stability Board (2020), COVID-19 pandemic: Financial stability implications and policy measures taken

Bosna i Hercegovina je, usvajanjem „Okvira za realizaciju ciljeva održivog razvoja” od strane Vijeća ministara Bosne i Hercegovine nastavila svoje učešće u ispunjavanju obaveza Agenda 2030, koje je preuzela 2015-te godine zajedno sa 192 članice Ujedinjenih naroda.

Bez obzira što su nadležnosti i procedure donošenja odluka institucija na nivou Bosne i Hercegovine nedovoljne za efikasan i pravovremen odgovor u kriznim situacijama, s pravom se prigovara da su institucije Bosne i Hercegovine i u okviru postojećeg zakonskog okvira mogle bolje i koordiniranije djelovati. Vanjska politika i vanjskotrgovinska politika su prema Ustavu Bosne i Hercegovine u nadležnosti države. Imajući u vidu nadležnosti, Ministarstva vanjskih poslova, Ministarstva civilnih poslova, Ministarstva finansija i trezora, te Ministarstva vanjske trgovine i ekonomskih odnosa, u skladu sa Zakonom o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine⁴⁹, trenutni ali i dugoročni odgovor na ekonomske posljedice pandemije Covid-19 je ipak mogao biti efikasniji.⁵⁰

U Izvještaju o Bosni i Hercegovini za 2021-u godinu Evropska komisija ističe višestruki značaj Deklaracije o zajedničkom regionalnom tržištu⁵¹ za Bosnu i Hercegovinu, kako u kontekstu njene pripreme za evropske integracije, tako i u kontekstu lakšeg prevazilaženja posljedica pandemije, te privlačenja investicija.

6. Uticaj COVID-19 pandemije na BiH ekonomiju

Prema statističkim podacima iznesenim od strane UNDP-a za Bosnu i Hercegovinu⁵², proizvodnja, a pogotovo prerađivačka industrija, je zabilježila pad kao posljedicu uvedenih mjera restrikcije. Naročito su bile pogođene uslužne djelatnosti. Ova negativna statistika se također odrazila i na uvoz i izvoz sirovina. Posljednjih 10-tak godina mnogi sektori u Bosni i Hercegovini su imali značajan rast, kao što su prerađivačka, metalna i automobilska industrija, turizam, poljoprivreda i prehrambena industrija. Iako izvoz Bosne i Hercegovine od 2015-te godine bilježi stalan rast, on se nije mogao mjeriti sa izvozom kakav imaju razvijene ekonomije. Tokom pandemije, pogotovo na njenom samom početku, izvoz bilježi značajan pad, s tim da već u 2020-toj godini bilježi postepeni oporavak. Pad je zabilježen i na strani uvoza.⁵³

Mala i srednja preduzeća u globalnoj strukturi preduzeća čine većinu, što je slučaj i u Bosni i Hercegovini. Zbog svog lokalnog karaktera i ograničenog (ma-

⁴⁹ “Službeni glasnik BiH”, broj: 5/03,42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12, 6/13, 19/16 i 83/17

⁵⁰ M.Sijamija, Uloga vanjske politike u borbi protiv pandemije : slučaj COVID-19 u Bosni i Hercegovini, Friedrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2021

⁵¹ Na samitu u Sofiji, 10. novembra 2020. godine, šest lidera Zapadnog Balkana usvojili su Deklaraciju o zajedničkom regionalnom tržištu i Deklaraciju o Zelenoj agendi za Zapadni Balkan

⁵² UNDP (2020), Economic Impact Assessment of COVID-19 in Bosnia and Herzegovina, 10

⁵³ Ibid, 12

njeg) kapitala, u ovakvim tržišnim uslovima kakve je izazvala pandemija, ova su se preduzeća pokazala kao osjetljivija te su monoga bila žrtve nastalih okolnosti, što je opet uticalo na povećanje stope nezaposlenosti. Mala i srednja preduzeća u Bosni i Hercegovini su bila u nezavidnom položaju i prije pandemije. Zbog podjele nadležnosti između različitih nivoa vlasti, regulatorni okvir je u ovoj oblasti fragmentiran, međusobno neusklađen i nedovoljno usklađen sa *acquis-em*, te Evropskom poveljom o malim i srednjim preduzećima i bez okvirnog zakona na nivou Bosne i Hercegovine, te odgovarajuće agencije na nivou Bosne i Hercegovine zadužene za koordiniranje aktivnosti i osmišljavale jedinstvene mjere podrške. Propisi i mjere o ublažavanju negativnih posljedica pandemije doneseni u oba entiteta (moratorij na otplatu kredita, subvencioniranje doprinosa, i dr), trenutno su i kratkotrajno donijeli olakšanje malim i srednjim preduzećima. Mađutim i trenutni efekti tih mjera su umanjeni neblagovremenim djelovanjem, nedostatkom jasnijih kriterija za dodjelu sredstava pomoći, te mali iznosi pomoći i dr.⁵⁴

Iako prema statističkim podacima stopa nezaposlenosti u Bosni i Hercegovini bilježi kontinuiran pad, treba imati u vidu da na ovaj podatak utiče povećanje broja penzionisanih osoba kao i demografska kretanja stanovništva.⁵⁵ Entitetske i kantonalne vlasti su nastojale kratkoročnim mjerama (subvencioniranje doprinosa, isplate minimalnih plaća) sačuvati u što većoj mjeri postojeća radna mjesta. Srednjoročne (izuzev projekta sa Svjetskom bankom) i dugoročne mjere su izostale. Radno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini koje je ocijenjeno kao kruto, također je doprinijelo povećanju nezaposlenosti u vrijeme pandemije. Radno zakonodavstvo nije moglo pratiti novonastale zahtjeve tržišta. Rad sa skraćenim radnim vremenom, rad od kuće, prekid procesa rada bez krivice zaposlenika i dr. moralo je biti propraćeno izmjenom radnog zakonodavstva (u smislu redefinisanja prava i obaveza kako zaposlenika, tako i poslodavaca). Ova pitanja se nikako nisu mogla riješiti naredbama, mjerama i uputstvima kriznih štabova.⁵⁶ Izmjena radnog zakonodavstva se ni do danas nije desila, iako pandemija, prirodne katastrofe, ratni sukobi, ukazuju na neophodnost reformisanja ove oblasti.

Bosna i Hercegovina se zajedno sa ostalim članicama Ujedinjenih naroda obavezala na provođenje Agende za održivi razvoj 2030⁵⁷. Prema procjeni Ujedinjenih naroda pandemija će negativno uticati i na provođenje Agende na global-

⁵⁴ D.Martinović/Lj.Veselinović/J.Mangafić, "Mala i srednja preduzeća u Federaciji Bosne i Hercegovine-stanje, perspective i poslovanje u sjeni svjetske pandemije", INTERNATIONAL JOURNAL OF MULTIDISCIPLINARITY IN BUSINESS AND SCIENCE, Vol. 7, No. 11

⁵⁵ UNDP (2020), Economic Impact Assessment of COVID-19 in Bosnia and Herzegovina, 15

⁵⁶ A.Čavalić/F.Hadžić/D.Bećirović, Covid-19 ekonomska perspektiva Bosne i Hercegovine, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit Bosnien-Herzegowina, Sarajevo, 2020, 27

⁵⁷ Agenda održivog razvoja 2030 (engl. Transforming our World: 2030 Agenda for Sustainable Development) usvojena je na Općoj skupštini UN-a 25.9.2015.godine. Agenda sadrži 17 univerzalno primjenljivih ciljeva za suzbijanje siromaštva, zaštite planete i obezbjeđenja mira i blagostanja, za čije je ostvarivanje neophodno globalno partnerstvo država, akademske zajednice, civilnog društva id r.

nom nivou.⁵⁸ Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, ostvarivanje ciljeva Agende je neodvojivo od pitanja približavanja Bosne i Hercegovine članstvu u Evropskoj uniji, obzirom da većina ciljeva Agende podrazumijeva i usklađivanje Bosne i Hercegovine sa *acquis-em*. U tom segmentu je, prema ocjeni Evropske komisije, nivo usklađenosti Bosne i Hercegovine sa *acquis-em* ograničen.⁵⁹ To svakako ukazuje i na smanjene potencijale Bosne i Hercegovine u pogledu ostvarivanja ciljeva održivog razvoja koje je postavila Agenda Ujedinjenih naroda.

7. Zaključak

Pandemija Covid-19 je izazvala globalnu krizu, globalne poremećaje, pa je analogno tome i odgovor na krizu trebao biti globalnog karaktera. Na početku pandemije taj je odgovor bio usmjeren samo na aktivnosti i mjere spašavanja života i zdravlja, pa su na početku dominirale mjere restrikcije (ograničavanje kretanja ljudi i roba). Kako je vrijeme odmicalo i posljedice pandemije pogađale sve oblasti i sfere društvenog života, tako su i države nastojale usmjeriti svoje aktivnosti i mjere.

Uspješnost odgovora na nacionalnom nivou zahtijevala je koordinirano i pravovremeno djelovanje velikog broja državnih organa i institucija. Države sa razvijenijim ekonomijama osim trenutnih, kratkoročnih mjera donosile su i srednjoročne i dugoročne mjere, te reformisale mnoge oblasti rada i djelovanja (digitalizacija uprave, pojednostavljenje i skraćivanje procedura donošenja odluka, reforma radnog zakonodavstva). Države su donosile mnogobrojne makroekonomske mjere, kombinujuću mjere fiskalne i monetarne politike (uz finansijsku regulaciju, intervenciju u oblasti socijalnog osiguranja i dr.). Monetarne vlasti, odnosno centralne banke su koristile raspoložive instrumente monetarne politike, politiku obaveznih rezervi, smanjenje osnovnih kamatnih stopa, kreditiranje komercijalnih banaka. Zemlje sa manjim javnim dugom mogle su voditi i ekspanzivniju fiskalnu politiku, odnosno donositi raznovrsnije mjere (formalne i materijalne prirode), kao što su: prilagođavanje poreskih postupaka uslovima pandemije, poreska izuzeća, umanjenje osnovice, umanjenje poreskih stopa i dr., te vršiti jaču intervenciju u sferi socijalne politike i tržišta rada. Države koje su članice Evropske unije su bile u prednosti obzirom da su se njihove aktivnosti koliko-toliko koordinirale od strane institucija Evropske unije, a bili su im na usluzi i evropski fondovi i Evropska centralna banka (jeftini dugoročni krediti, valutni ugovori o razmjeni). Veoma važnom se pokazala saradnja među državama, te uloga međunarodnih finansijskih organizacija (posebno IMF i Svjetska banka).

Ekonomije u razvoju, kakva je Bosna i Hercegovina, za prevazilaženje posljedica pandemije uglavnom su se oslanjale na donacije, solidarnost razvijenijih

⁵⁸ United Nations, SHARED RESPONSIBILITY, GLOBAL SOLIDARITY: Responding to the socio-economic impacts of COVID-19, March 2020

⁵⁹ Vidi: Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2021. godinu,

zemalja i finansijska sredstva međunarodnih finansijskih organizacija. Nizak nivo razvijenosti ekonomije Bosne i Hercegovine je sužavao prostor ekstenzivnijeg fiskalnog djelovanja. Pored toga dosta je još faktora zbog kojih se može zaključiti da odgovor nadležnih institucija u Bosni i Hercegovini na izazove pandemije nije bio dovoljan niti adekvatan. Kao prvo institucije i tijela vlasti na nivou države ne raspolazu nadležnostima potrebnim za efikasno djelovanje u ovakvim okolnostima, a postojeće nadležnosti se otežano provode zbog komplikovanih procedura donošenja odluka. Veoma je malo nadležnosti za koje je isključivo nadležan državni nivo vlasti, kao što je slučaj sa monetarnom politikom. Međutim, Centralna banka Bosne i Hercegovine zbog njene funkcije valutnog odbora nije imala na raspolaganju nadležnosti, odnosno sve instrumente monetarne politike kakve su imale centralne banke drugih država, pa je njena pomoć ekonomiji bila ograničenog dometa.

Čak i kada raspolazu određenim nadležnostima, kao što je politika indirektnog oporezivanja (prenesena na nivo Bosne i Hercegovine u skladu sa članom III.5.(a) Ustava BiH), proces donošenja odluka u institucijama i tijelima na nivou države je jako komplikovan. Zbog mogućnosti blokade donošenja odluka u institucijama Bosne i Hercegovine (u većini slučajeva odluke se moraju donijeti konsenzusom ili je predviđena mogućnost veta, odluke ili ne budu donesene (slučaj izmjena Zakona o porezu na dodatnu vrijednost i Zakona o akcizama u Bosni i Hercegovini pred Domom naroda PS BiH) ili budu donesene neblagovremeno (slučaj raspodjele sredstava IMF-a u Vijeću ministara Bosne i Hercegovine).

Autoritet institucija na nivou Bosne i Hercegovine u odnosu na niže nivoe vlasti je jako mali, obzirom da u većini slučajeva u kojima postoji podijeljena nadležnost između više nivoa vlasti, nije jasno propisan princip subordinacije (podređenosti i nadređenosti viših u odnosu na niže nivoe vlasti). U takvim okolnostima su se entiteti ponašali gotovo potpuno autonomno, donošenje odluka i mjera je bilo nekoordinirano, odluke i mjere su se donosile različitom dinamikom i sa razlikama u materijalnom smislu.

Obzirom na naprijed izneseno, nije teško zaključiti da sve ono što je još 2005. godine izneseno u Mišljenju Venecijanske komisije⁶⁰ u pogledu ustavne situacije i nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine vrijedi i danas. Za funkcionalniju državu je neizostavna revizija državnog Ustava da bi se ojačale nadležnosti njenih institucija, bez čega nije realno očekivati da država postigne bilo kakav napredak, jer sadašnja *“Ustavna pravila o funkcioniranju državnih organa, međutim, nisu zamišljena tako da proizvedu jaku vladu, već da spriječe da većina donosi odluke”*⁶¹. Postojeća ustavna rješenja onemogućavaju da institucije na državnom nivou vlasti budu funkcionalne i efikasne u redovnim, a pogotovo ne u vanrednim okolnostima kakva ja bila pandemija Covid-19.

Međutim, postoje područja gdje reforme ne nose sa sobom i političke odluke, niti bilo kakv drugačiji raspored nadležnosti od postojećeg, kao što su reforme

⁶⁰ Evropska komisija za demokratiju kroz pravo, „Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika“, 62. plenarna sjednica, Venecija, 11-12. mart 2005.

⁶¹ Ibid, 8

kojima se stvara bolje poslovno okruženje, pojednostavljene administrativnih procedura, digitalizacija, reforma radnog zakonodavstva, koje bi entitetske vlasti mogle provesti uz koordinaciju nadležnih institucija državnog nivoa vlasti. Ovo bi svakako podiglo nivo pripremljenosti države na sve slične buduće, nepredviđene izazove.

Literatura

1. “Covid-19 i njegov uticaj na ljudska prava-Pregled relevantne sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava“, The AIRE Centre, Civil Rights Defenders, 2020
2. A.Čavalić/F.Hadžić/D.Bećirović, Covid-19 ekonomska perspektiva Bosne i Hercegovine, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit Bosnien-Herzegowina, Sarajevo, 2020
3. A.Čavalić/F.Hadžić/D.Bećirović, Covid-19 ekonomska perspektiva Bosne i Hercegovine, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit Bosnien-Herzegowina, Sarajevo, 2020,
4. Centralna banka Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj 2020.godina
5. Centralna banka Bosne i Hercegovine, Godišnji izvještaj za 2020.godinu
6. Centralna banka Bosne i Hercegovine, Izvještaj o finansijskoj stabilnosti za 2020. godinu, Sarajevo, 2020
7. Congressional Research Service (2020), COVID-19: Role of the International Financial Institutions, May 2020
8. Congressional Research Service (2020), COVID-19: Role of the International Financial Institutions, May 2020
9. Congressional Research Service (2021), Global Economic Effects of COVID-19
10. D.Martinović/Lj.Veselinović/J.Mangafić, “Mala i srednja preduzeća u Federaciji Bosne i Hercegovine-stanje, perspective i poslovanje u sjeni svjetske pandemije”, INTERNATIONAL JOURNAL OF MULTIDISCIPLINARITY IN BUSINESS AND SCIENCE , Vol. 7, No. 11
11. Dž.Đonlagić, Evropska monetarna unija i Bosna i Hercegovina, Ekonomski Fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006,
12. ES-11/1. Aggression against Ukraine, Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022
13. Evropska komisija za demokratiju kroz pravo, „Mišljenje o ustavnoj situaciji u Bosni i Hercegovini i ovlaštenjima Visokog predstavnika“, 62. plenarna sjednica, Venecija, 11-12. mart 2005.
14. Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2020.godinu, Brisel, 6.10.2020., SWD(2020) 350 final
15. Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2020.godinu, Brisel, 6.10.2020. SWD(2020) 350 final

16. Evropska komisija, Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2021.godinu, Strasbourg, 19.10.2021. SWD(2021) 291 final
17. F.Bilas/S.Franc, "Uloga inozemnih stranih ulaganja i načini poticanja", EFZG Serija članaka u nastajanju, br.06-13
18. Financial Stability Board (2020), COVID-19 pandemic: Financial stability implications and policy measures taken.
19. http://www.fipa.gov.ba/o_fipa/Aktuelni_propisi_i_javne_konsultacije/default.aspx?id=14378&langTag=bs-BA
20. <https://www.cbbh.ba/content/read/1053>
21. <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/49/Catastrophe-Containment-and-Relief-Trust>
22. I.Kešetović/E.Đonlagić, Javne finansije, Grin Gračanica, 2007
23. K.Hodžić/F.Čejvanović, *Ekonomska politika*, Institut za ekonomiku poljoprivrede Beograd/Ekonomski fakultet Univerziteta u Tuzli/Otvoreni Univerzitet „Apeiron“ Travnik, 2010
24. M.Sijamija, Uloga vanjske politike u borbi protiv pandemije : slučaj COVID-19 u Bosni i Hercegovini, Friedrich-Ebert-Stiftung, Sarajevo, 2021
25. N.Gregorić/N.Hodžić, "*Perspektive valutnog odbora u Bosni i Hercegovini*", Ekonomski izazovi, Godina 6, broj 11, str. 108-125
26. N.Ž.Kovačević, "*Posljedice i učinci pandemije bolesti COVID-19 na fiskalni sustav*", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 58, 2/2021
27. Odluka o oslobađanju od obračuna i plaćanja indirektnih poreza i povret već plaćenih indirektnih poreza na opremu i sredstva donirana od strane domaćih i međunarodnih subjekata za potrebe prevencije, suzbijanja i otklanjanja epidemije prouzrokovane korona virusom (Covid -19) („Službeni glasnik BiH“, br.20/20)
28. Odluka o proglašenju nastanka stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji Bosne i Hercegovine, zbog opasnosti od moguće pojave epidemije zarazne bolesti prouzrokovane novim korona virusom Covid-19, „Službeni glasnik BiH“, broj 18/20
29. Odluka o proglašenju vanredne situacije za teritoriju Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, br.25/20) i Odluka o proglašenju stanja nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (Covid-19) na području Federacije BiH („Službene novine FBiH“, br.21/20)
30. Odluka o rasporedu sredstava instrumenata za brzo finansiranje (RFI) od Međunarodnog monetarnog fonda (MMF) („Službeni glasnik BiH“, br.32/20)
31. Odluka o ratifikaciji sporazuma o zajmu(hitni projekat za Covid 19 za Bosnu i Hercegovinu) između Bosne i Hercegovine i Međunarodne banke za obnovu i razvoj („Službeni glasnik BiH“, br.11/20)
32. Odluka o uspostavljanju grupe za socioekonomski odgovor na pandemiju Covid-19 („Službeni glasnik BiH“, br.28/20)
33. Odluka o usvajanju Programa ekonomske stabilizacije i oporavka FBiH 2020-2021 (Pretpostavke za održi i ubrzan rast u 2022.godini) br.V-884/2000 od 18.04.2000.godine

34. OECD (2020), OECD Interim Economic Assessment Coronavirus: The world economy at risk
35. OECD (2021), THE COVID-19 CRISIS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA.
36. Prijedlog Zakona o dopuni Zakona o akcizama u Bosni i Hercegovini razmatran 01.09.2020.godine na 11.sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine
37. Projedlog zakona o vanrednim mjerama štednje u institucijama Bosne i Hercegovine usljed Covid 19 pandemije razmatran 01.09.2020.godine na 11.sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine
38. UNDP (2020), Economic Impact Assessment of COVID-19 in Bosnia and Herzegovina.
39. United Nations in Bosnia and Herzegovina, Socio-economic Impact Assessment of the COVID-19 crisis in Bosnia and Herzegovina, 17 September 2020
40. United Nations, SHARED RESPONSIBILITY, GLOBAL SOLIDARITY: Responding to the socio-economic impacts of COVID-19, March 2020
41. United Nations, World Economic Situation and Prospect, New York, 2020
42. United Nations, World Economic Situation and Prospect, New York, 2020
43. United Nations, World Economic Situation and Prospect, New York, 2020
44. UREDBA (EU) 2021/241 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA od 12. februara 2021. o uspostavi Mehanizma za oporavak i otpornost
45. Uredba o interventnim mjerama za podršku ugroženim sektorima privrede Federacije Bosne i Hercegovine u okolnostima pandemije COVID-19, „Službene novine FBiH“, br.74/20 i 21/21
46. Uredba o načinu finansiranja i upravljanju Garantnim fondom (“Službene novine Federacije BiH”, broj: 44/20)
47. Uredba o postupku dodjele sredstava privrednim subjektima za podršku investicionim projektima u uslovima poslovanja izazvanih pandemijom virusa korona, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 102/20
48. Uredba sa zakonskom snagom o poreskim mjerama za ublažavanje ekonomskih posljedica nastalih usljed bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2, “Službeni glasnik RS“, br.35/20 i 46/20
49. Western Balkans Investment Framework, Green for Growth Fund, Western Balkan Enterprise Development and Innovation Facility, European Fund for Southeast Europe, Regional Housing Programme, http://europa.ba/?page_id=44270
50. World Bank Group, „*Ekonomski i socijalni utjecaj Covid 19-fiskalna politika*“ Zapadni Balkan redovan ekonomski izvjetaj, br.17, proljeće 2020
51. World Bank Group, Competition and Firm Recovery Post-COVID-19, Office of the Chief Economist, Fall 2021
52. Zakon o Agenciji za unapređenje stranih investicija u Bosni i Hercegovini (“Službeni glasnik BiH” broj 56/04)

53. Zakon o ministarstvima i drugim tijelima uprave u Bosni i Hercegovini, “Službeni glasnik BiH”, broj: 5/03,42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09, 103/09, 87/12, 6/13, 19/16 i 83/17
54. Zakon o politici direktnih stranih ulaganja, (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, br. 4/1998, 17/1998, 13/2003, 48/2010 i 22/2015)
55. Zakon o sistemu indirektnog oporezivanja u Bosni i Hercegovini („Službeni glasnik BiH“, br.44/03, 52/04, 34/07, 4/08, 50/08, 49/09, 32/13 i 91/17)
56. Zakon o stranim ulaganjima (“Službeni glasnik RS” br. 25/02, 24/04 i 52/11) i Zakon o stranim ulaganjima Federacije BiH (“Službena novine FBiH”, broj: 61/01, 50/03 i 77/15)
57. Zakon o ublažavanju negativnih ekonomskih posljedica “Službene novine Federacije BiH“, br.28/20
58. Zakon o uplatama na Jedinствени račun i raspodjeli prihoda (“Službeni glasnik BiH”, br. 55/04, 34/07, 49/09 i 91/17)
59. Zakon o zaduživanju, dugu i garancijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br.52/05 i 103/09)

Aida Mulalić, Ph.D., Associate professor

Faculty of Law, University of Zenica

Mirza Dinarević, Ph.D., Assistant professor/expert in practice

Faculty of Law, University of Zenica

Safeta Sarač, Master's student

Faculty of Law, University of Zenica

IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE WORLD ECONOMY AND THE ECONOMY OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: The aim of this paper is to point out the specifics and scale of the crisis caused by the Covid-19 pandemic in the world economy and the economy of Bosnia and Herzegovina. The paper tries to show shortcomings in managing the crisis, as well as some positive examples, i.e. individual measures (reforms, changes in legislation, simplification of procedures, etc.) that had long-term effects and could serve in future crisis situations. The Covid-19 pandemic has shown how fast, efficient and flexible the decision-making procedures of organs and institutions must be. At the same time, the measures adopted should be coordinated between the competent authorities and institutions regarding their content, entry into force and duration. Speed, efficiency and flexibility of procedures, as well as coordination of activities, are needed not only at the national level, but also at the regional and global level. Adjustment of procedures and timely decision-making, in the newly created situation, proved to be important also when it comes to international organizations (IMF, World Bank).

Key words: pandemic, economic crises, measures, economic policy carriers

Dr. sc. Mustafa Alendar, docent

Fakultet humanističkih nauka, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Samira Demirović, docentica

Fakultet humanističkih nauka, Univerzitet „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVO NA INFORMIRANOST U DIGITALNOJ MEDIJSKOJ SFERI

Sažetak: Istraživanje razmatra odnos pojmova pravo na informiranost i pravo na pristup informacijama, njihove aspekte; kao i distinkciju u okviru aktuelnog nivoa medijske pismenosti bosanskohercegovačkih građana u digitalnoj medijskoj sferi.

Digitalni mediji, kojima je osnova internet su nezaobilazni dio ljudske svakodnevnice. Naša informisanost se pretežno oslanja na konzumiranje informativnih portala i društvenih mreža. Prosječan stanovnik BiH (ali i EU), ima pristup na više od deset vlastitih, različitih „poštanskih sandučića“ koje ima obavezu da provjerava u određenom vremenskom intervalu tokom dana. Digitalna medijska sfera postala je i centralna alatka marketinških timova za prodaju proizvoda i usluga; zaokružujući tako ogromnu količinu informacija kojima je prosječan recipijent danas izložen.

Prije samo dvije decenije, početkom milenija, pozicija medijske publike, koja je konzumirala pretežno klasične medije: štampu, tv i radio; bila je veoma drugačija – relaksirajuća u odnosu na ovu ogromnu promjenu danas.

Istraživanje se bavi novim medijskim navikama i praksama koje smo dolaskom digitalnih medija nepovratno usvojili, razlučujući kroz aspekt medijske pismenosti pojmove: pravo na informiranost i pravo na pristup informacijama; čije preklapanje često dovodi do nesporazuma u javnoj sferi demokratskog političkog miljea. Zaključno i veoma važno za današnju medijsku publiku zatrpaju bezbrojnim informacijama, je pravo na izbor količine i vrste informativnih sadržaja u svijetlu slobode i prava svakog pojedinca od „neprimanja informativnih sadržaja“, novog pojma koji se danas nameće kao paradigma prava na informiranost.

Ključne riječi: informiranost, medijska pismenost, digitalni mediji, pravo.

1. UVODNA RAZMATRANJA

U sadašnjem medijskom kontekstu, spoj liberalnog kapitalizma i demokratije, je prateći spoj masovnih i digitalnih medija proizveo novo, komunikacijsko društvo koje, između ostalog, procesuirala i novi medijski sadržaj - infomercial; gdje je prikrivena razlika između klasične vijesti koja predstavlja opšti javni interes i komercijalnog interesa skrivenog naručioca.

Na sadržaje „promotivne komunikologije“ nije imuna ni bosanskohercegovačka digitalna sfera, a u bezdušnoj borbi oko zadobijanja što veće pažnje kontrole i utjecaja, osim domaćih aktera uključene su i medijske megakorporacije na područjima satelitskih i digitalnih tehnologija, koje danas uključuju kablovsko, elektronsko i televizijsko tržište tehnologija. „Konzerni nastoje preuzeti kontrolu nad svim mrežama podataka, a time i kontrolu nad protokom svih informacija u 21. stoljeću, bez obzira na to je li riječ o političkim informacijama, novčanim transakcijama, kretanju robe ili kulturnim dobrima“ (Gavranović, 2006: 39).

Od tehničkog sadržaja medija (foto, živa slika, crtež), preko samog jezika poruke (pisanim ili govornim sadržajem), manipulacija medijskog sistema se završava na vrhu piramide zajedno s njegovim vlasnicima.

Sve ovo rezultira nemogućnošću drugih da spoznaju pravilnu sliku. Nakon „Velikog rata“ propaganda se tako svidjela vladama i uopće oglašivačima da je ostala u svojoj ratnoj zahuktalosti dobivajući nadogradnju na početku 21. stoljeća pomoću digitalnih medija u „marketingu javnog mišljenja“! Na početku milenija dosegнули smo krajnje granice gdje se našao Dieter Prokop, tvrdeći da „svaka upotreba medija pretpostavlja manipulaciju“? Ako je tako, onda „pitanje nije da li mediji manipuliraju ili ne, nego ko njima manipulira?“ (Prokop, 1973:426).

2. DISKUSIJA

Dvadeseto je stoljeće vrijeme masovnog komuniciranja gdje svako ima pravo na slobodu izražavanja i informiranja. Povelja EU-a o temeljnim pravima navodi da „ovo pravo uključuje slobodu mišljenja te primanja i davanja informacija i ideja bez uplitanja tijela vlasti i bez obzira na granice“ (Sloboda izražavanja i informiranja, Glava II, Članak 11.; fra.europa.eu/hr/eu-charter/article/11-sloboda-izrazavanja-i-informiranja, pristupljeno 20.5.2021.).

Na osnovu ove povelje nastali su različiti „pravilnici“ o informiranju. Jedna od poznatijih je Arhuska konvencija Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu (UNECE) o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima koja se tiču životne sredine¹ (<https://aarhus.osce.org/sr/node/12>, pristupljeno 20.5.2021.). Arhuska konvencija treba da osigura između ostalog „dostupnost informacija o životnoj sredini, pravo građana na informacije o životnoj sredini koje se nalaze u posjedu državnih organa“...itd. U suštini pravo na informiranost se najčešće tumači kao pravo na dostupnost informacijama kojima raspolažu tijela javne vlasti, a u našoj zemlji ta oblast je regulirana državnim i entitetskim zakonima. To su Zakon o slobodi pristupa informacijama BiH (Službeni glasnik BiH, broj: 28/00, 45/06, 102/09 i 62/11), Zakon o slobodi pristupa informacijama u Federaciji BiH (Službene novine FBiH, broj: 32/01 i 48/11) i Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske (Službeni glasnik RS, broj: 20/01).

¹ Usvojena 25.06.1998. u danskom gradu Arhus na Četvrtoj ministarskoj konferenciji „Životna sredina za Evropu“, stupila je na snagu 30.10.2001.

Ovo pravo je, kao što smo naveli zaštićeno Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama kao i Konvencijom o pristupu informacijama.

Član 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine kaže: „Svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja. To pravo obuhvata slobodu zadržavanja mišljenja bez vanjskih pritisaka te slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja putem bilo kojeg sredstva javnog saopćavanja i bez obzira na granice“ (Opća deklaracija o ljudskim pravima, UNGA, 1948.). Također, Član 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima štiti slobodu izražavanja sljedećim riječima: „Svako ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvata slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice“. Ovaj član ne sprječava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija, televizije te kinematografsku djelatnost (Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 213 UNTS 222; <https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2013/10/coe-slobodaizrazavanja.pdf>). Evropska konvencija je i sastavni dio Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, koji se ne može mijenjati, te se odnose i na pojedince i na medije.

Pri tome, u našem „stoljeću masovnog komuniciranja“, a naročito u vrijeme digitalnih medija, zanemaruje se pojam položaja recipijenta: primaoca sadržaja medija - primaoca medijskih informacija u javnog sferi i njegovo pravo da bude blagovremeno i tačno informiran sa dovoljnim brojem sadržaja koje može procesuirati te na osnovu njih donijeti zdrave i korisne stavove - za sebe i za svoje okruženje. Da li uopće postoji takvo pravo ili čak sloboda?

U procesu komuniciranja informacija je sadržaj obavijesti, a promatrana statički, kao pohranjena, informacija je dio znanja, pa je tako i određena u rječnicima. Govori se o „gustoći znanja“ (Pusić, 2007: 259). „U smislu teorije informacija, informacija nije stvar već matematička veličina koja se statistički može izmjeriti i koja je obrnuta vjerovatnoći pojave. Mjerenje te količine (ili stepena smanjenja neizvjesnosti) zahtjeva da se na trenutak zanemari njen sadržaj i pažnja zadrži samo na morfologiji signala. Naučna upotreba termina, jedina precizna ne sreće se u svakodnevnom jeziku“ (Debre, 2000: 49). Teorija informacija, dakle, daje prednost distribuciji znanja, pomoću koje subjekt na kraju donosi odluke. Ovu distribuciju u našem dobu vrše mediji.

3. MEDIJI I INFORMACIJA

Na samom početku liberalnog kapitalizma, masovni mediji² su se sastojali od novinarskog - uređivanog - i reklamnog - naručenog dijela. Za smišljanje i izradu reklama te kupovanje medijskog prostora i vremena razvilo se oglašavanje. Za ulazak u novinarske objave nastali su odnosi s javnošću. Poslovne korporacije pretvorene su u medijske kuće i nakon toga same proizvode medijske sadržaje.

² štampa, televizija i radio

Digitalni mediji su sa novim milenijem donijeli i novu praksu. Naša okolina je danas umreženi medijski vrtlog u kojem se komunikacija odvija u grandioznim razmjerama. Izvor informacija više nisu isključivo novinari već i mi sami, tako da je nestalo razlikovanje izvora, a sa tim je nestalo i razlikovanje sadržaja. Prema tom principu prostor za sadržaje je postao roba koja se kupuje od reklamne industrije, dok istovremeno medij - vlasnik prostora, zadovoljan zbog zarade, ustupa vlastiti prostor PR kupcu kao dio „gratis paketa“.

Ovaj proces ne prolazi nevidljivo. Ne samo javno mnijenje već i uposleni u medijima su zbunjeni. Sadržaji „promotivne komunikologije“ se lako uklapaju u sadržaje medija jer je prestalo skrivanje stvarnih događaja i činjenica. Dovoljno je da se posebno oblikuje samo dio izjave ili neke akcije, čime će se dobiti krajnji rezultat - preklapanje sa željenom interpretacijom.

Navedene činjenice su dovele do evidentirane velike cirkulacije „interpretacija“ u medijima od strane političkog marketinga. Istovremeno, ekonomski marketing radeći na svojim zadacima, u medijski sistem dodaje „infomercials“³. Djelovanje ove dvije tehnike, publiku, a naročito mlađu, dovodi do smanjene kritičke kompetencije prepoznavanja vrijednosnog konteksta informacije, što se pokazalo kod razlikovanja reklame i vijesti u našem istraživanju.

Kako je došlo do ovoga? Manipulacija dolazi od riječi manus koja na latinskom jeziku izvorno označava – ruku, ali ima i dva značenja. Prvo je baratanje nečim, što može biti roba ili neki predmet. Drugo značenje je „baratanje“ sa pojedincom ili društvenom grupom, javnosti u cjelini, pomoću komunikacijskih procedura, putem komunikacijskih kanala, medija i subjekata u određenoj vrsti interesa. Još u vrijeme kada nisu bile poznate nove tehnike marketinga, zabilježeni su uspješni pokušaji manipulacije fotografijama. Engleska Kraljica Viktorija je zadužila tokom Krimskog rata (1853-1856) Rogera Fentona da napravi seriju fotografija o ovome sukobu ali na način koji bi ohrabrio naciju za ratovanje. Niti jedna tada nastala fotografija ne prikazuje krvave užase rata pomognute kolerom koja je vladala, već isključivo britansku vojsku u šatorima i rovovima. Kada je više stotina engleskih vojnika poginulo u zasjedi iznad Bakalave, o tom događaju je napravljena fotografija koja ne pokazuje niti jedno mrtvo tijelo, već jedino cestu izrovanu topovima i kamenjem. Nastala je prva „interpretacija“ jer se pazilo šta se snima kamerom.

Od ovih prvih uspješnih pokušaja došli smo do masovnog protoka „vlastitih interpretacija“ u javnom medijskim prostoru. Danas, dok tražimo način da razlučimo vlastitu i tuđu istinu, tražimo i način da razlučimo reklamu od vijesti! Pri tome, naročito mlađa populacija ima manju kritičku kompetenciju razlikovanja reklame i vijesti od starijih. „Utjecaj oglašivačke industrije nije samo bosansko-hercegovački fenomen, ovaj trend prisutan je u cijelom svijetu, ali je u Bosni i Hercegovini znatno izraženije jer je manje tržište“ (Turčilo i Buljubašić, 2017: 78). Krajnji produkt je izmanipulirana informacija.

³ sadržaji u kojima je prikriivena razlika između klasične vijesti koja predstavlja opći javni interes i komercijalnog interesa skrivenog naručioca.

S dolaskom Donalda Trampa na vlast (SAD) te prvim nastupima njegovih predstavnika za štampu, službeno je formalizovano doba „alternativnih činjenica“, koji je kao nov termin ušao u svjetske političke rječnike. Alternativne činjenice su „interpretacije“ koje su uspješno predstavljane i prihvaćane kao jedine činjenice, ali i one nisu toliko važne: da li nam stiže bolji predsjednik, ide li ekonomiji lošije, da li nam je diplomatska mreža efikasnija ili skandaloznija. Važnije je da se priče slažu s unaprijed određenim stavovima. Najbolje je da priče ne uče ničemu novom, već da se slažu s onim što već znamo i vjerujemo. Jer stav je prizma kroz koju čovjek sagledava svaku donesenu odluku. A ljudi ne vole mijenjati svoje stavove. Stavovi se vole i stalno se učvršćuju. „Potreban je izuzetni napor da bi se promijenili stavovi“ (Godin, 2007: 19).

Digitalni mediji su nas, za ralikom od masovnih medija, uvukli u kompleksan odnos. Naše vrijeme za Facebook, Instagram, Snapchat i Twitter, četiri velike društvene mreže je rezervirano. Trošimo vrijeme koje smo uzeli od nečega drugog. Ponekad od spavanja, ponekad od posla ili čak od vremena za porodicu, jer se količina raspoloživog vremena nije povećala. A u suštini, iza svake društvene mreže, iza svakog lijepo dizajniranog okruženja su ugrađeni roboti sa jednim zadatkom - otimanje naše pažnje. Njih je kreirala sofisticirana tehnološka industrija čija se vrijednost procjenjuje na bilijarde. Robote pri tome ne zanima (nisu programirani) da li uzimaju naše slobodno vrijeme ili mi uzimamo/krademo vrijeme od nečega. Snapchat podražaji tjeraju na stalno komuniciranje školaraca, čak i za vrijeme nastave, YouTube i Netflix (sa novom opcijom „autoplay“) njihove roditelje također priključuju za stolicu, društvene mreže uzimaju redovno svoj dio naše aktivnosti, i za sve to, nam treba više i više vremena. Problem nije do kraja u nama. Roboti su efikasniji u otimanju naše pažnje, nego što je mi možemo kontrolirati. „Kao nikada prije u svojoj historiji čovjek za zadovoljenje svojih svakodnevnih potreba i prohtjeva zavisi od mašine. Ne samo da većina današnjih poslovnih zaduženja nije moguća bez internet-konekcije, već gotovo da postaje nemoguće odgovoriti i na privatne potrebe bez umrežavanja“ (Kljajić, 2014: 114). Trenutno je na sceni smjena generacije, koje su svoju memoriju povjeravali papiru i olovci sa generacijom Milenialsa, koje svoju memoriju drže na mreži, a interakciju sa njom vrše putem ličnog medija. „Globalna komunikaciona mreža, svojevrсни sajber-prostor (cyberspace), prijeti da preoblikuje gotovo svaki segment naših života, uključujući modalitete rada i odmora, zabavu, potrošnju, obrazovanje, politički angažman, porodično iskustvo i društvenu strukturu“ (Tomić, 2004: 10).

Recipijenti informacija postaju sve više medijski nepismeni odnosno nemaju vještine detektiranja tačnih i provjerenih informacija. Manjina, medijski pismena i osposobljena za čitanje medija, nalazi se na nevidljivim marginama. Situacija podsjeća na „kulturnu podjelu iz doba Claudea Frolloa između onih koji umiju čitati rukopise, i stoga se kritički odnositi prema vjerskim, naučnim filozofskim pitanjima; i onih koji su obrazovani samo na slikama s katedrale, koje su odabrali i načinili njihovi gospodari, pismena nekolicina“ (Eco, 1996).

Očigledno da nemamo pravo tj. slobodu na izbor količine i vrste informativnih sadržaja u svijetlu slobode i prava svakog pojedinca od „neprimanja informativnih sadržaja“, kao novog pojma koji se danas nameće kao paradigma prava na informiranost. Naše pravo na informiranost ovisi o nivou naše lične medijske pismenosti, o sposobnosti da kritički rezonujemo informaciju i na prvom (ali ne zadnjem) mjestu da prepoznamo lažnu vijesti i selektiramo dobre informacije.

4. MEDIJI I REGULATIVA U BIH

Masovni mediji u BiH su pod stalnim političkim i ekonomskim pritiskom, što se odražava i na pad kvaliteta sadržaja u pojedinim medijima, a digitalni su izgubljeni u “džungli” gdje nema pravila. Bosni i Hercegovini je hitno potreban zakon o medijima, i jedna je od rijetkih zemalja u Evropi koja ga još nema.

Ovaj zakon je važan kako bi se uredili odnosi i obaveze novinara i urednika, ali i poboljšala transparentnost vlasništva nad medijima, kao i rad javnih servisa i obezbijedila njihova puna nezavisnost.

Samoregulatorno tijelo u Bosni i Hercegovini nadležno za štampane medije i web portale je Vijeće za štampu i online medije u BiH, koje djeluje slijedeći i poštujući Kodeks za štampu i online medije BiH. Vijeće za štampu djeluje na području cijele BiH. Kako je navedeno u Statutu Vijeća u članu 12., ciljevi i djelatnosti su unapređenje i zaštita novinarske profesije kroz unapređenje i zaštitu etičkih standarda u štampanim i online medijima, te kroz jačanje samoregulacije za štampane i online medije u Bosni i Hercegovini. Misija Vijeća za štampu je unapređivanje etičkih i profesionalnih standarda u štampanim i online medijima, nadgledanjem primjene Kodeksa za štampu i online BiH, te stalnom edukacijom novinara i javnosti o potrebi poštivanja slobode izražavanja i odgovornog, profesionalnog izvještavanja u štampi i online medijima. Djelovanje Vijeća za štampu zasniva se na Kodeksu za štampu i online medije u BiH (Vijeće za štampu Bosne i Hercegovine: www.vzs.ba, pristupljeno 26.01.2022. godine).

Kada je riječ o elektronskim medijima u kontekstu regulacije, u Bosni i Hercegovini djeluje Regulatorna agencija za komunikacije. U skladu sa Zakonom o komunikacijama BiH, nadležnosti Agencije su kreiranje i promoviranje pravila u sektorima emitovanja i telekomunikacija, licenciranje operatora u sektorima emitiranja i telekomunikacija, planiranje, upravljanje i dodjeljivanje frekventnog spektra, primjenjivanje tehničkih i drugih standarda koji se tiču kvaliteta, te uspostavljanje i održavanje sistema naknada za dozvole. Misija Agencije je reguliranje tržišta elektronskih komunikacija i audiovizuelnog sektora u Bosni i Hercegovini, te upravljanje i nadzor nad frekvencijskim spektrom, sa ciljem stvaranja uslova za primjenu novih tehnologija, razvoja konkurentnog sektora elektronskih komunikacija i ponude kvalitetnih usluga u najboljem interesu krajnjeg korisnika, te kontinuiran razvoj medijskih sloboda za dobrobit građana i društva u cjelini (Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine: www.rak.ba, pristuplje-

no 15.02.2021.). Također, u kontekstu kvalitetnog djelovanja medija i novinara u Bosni i Hercegovini djeluje Udruženje novinara BiH. Udruženje/udruga BH novinari je nepolitička, neprofitna organizacija čiji su članovi novinari, slobodni novinari, studenti novinarstva i drugi medijski uposlenici čija je osnovna profesija novinarstvo.

Poseban problem u bosanskohercegovačkoj digitalnoj medijskoj sferi predstavlja nepostojanje regulative koja uređuje vlasništvo i rad portala. Nerijetko su upravo portali izvori lažnih vijesti i neprovjerenih informacija. Pri tome građani gube povjerenje u medije. Takva situacija opasna je za razvoj i funkcioniranje demokratskog društva. Pored toga, prijeko je potrebno raditi na medijskom opismenjavanju građana, kako bi bili u stanju da sami prepoznaju lažne vijesti. Ovdje treba naglasiti da poseban segment predstavljaju komentari ispod tekstova objavljenih na internetu, kako na web portalima, tako i na njihovim naložima na društvenim mrežama. Oni daju mogućnost ostvarenja prava na slobodu mišljenja, pa time i na plasiranje informacije. Međutim, taj segment samo formalno predstavlja ostvarenje interaktivnosti i učešće u komunikaciji, pri tome ostavljajući otvoren prostor za čestu pojavu manipulacije, širenja neprimjerenih sadržaja, pa i diskriminacije, prijetnji, vrijeđanja i uznemiravanja.

U areni dostupnosti informacija i konzumiranja prava na slobodu mišljenja i davanja informacija, te uz dostupnost medijskih kanala i interneta, tako javnost nerijetko izdvaja vrijeme za posmatranje „privatnih“ konverzacija u javnom online prostoru, koje zabavljaju brojnu publiku okupljenu u virtualnoj zajednici, a željnu senzacionalizma, dramaturgije i zabavnih sadržaja.

Upravo ovdje, u online areni u kojoj je svakom pojedincu u svakom trenutku dostupna svaka informacija i sloboda da plasira svoj sadržaj, postavlja se pitanje - gdje je granica dostupnosti, do koje granica ide sloboda mišljenja, ima li odgovornosti za javno izneseno mišljenje i informaciju i šta je to informacija!?

5. METOD ISTRAŽIVANJA

Prvi dio istraživanja se zasnivao na anketiranju na osnovu kojeg smo htjeli saznati koliko bh. građana koristi internet, pomoću kojih uređaja najčešće pristupaju informacijama i koje kanale najčešće koriste. Tokom zadnjih šest mjeseci 2020. godine, reprezentativni uzorak ispitivanja građana bio je 1% (1000/100.000) ravnopravne genderske zastupljenosti, podjeljen na dobnu granicu do 30 godina i od 30 do 60 godina.

Drugi dio istraživanja se zasnivao na analizi sadržaja gdje nas je zanimao kvalitet informiranja bh. građana u digitalnoj sferi putem portala. U 279 intervala (01/2020) analizirano je objavljivanje političkih izjava i saopštenja u odnosu na ostali sadržaj tokom januara 2020. godine, gdje je izvor sadržaja PR tim političkih ličnosti i partija u BiH. Prema istraživanju Gemiusa među najposjećenijim “news portalima” u BiH, između ostalih, se nalaze Klix.ba, (2), Nezavisne.com (5) i

Bljesak.info (15), koji su naš predmet istraživanja jer imaju sjedište u tri ključna grada u BiH: Sarajevo, Banja Luku i Mostar.

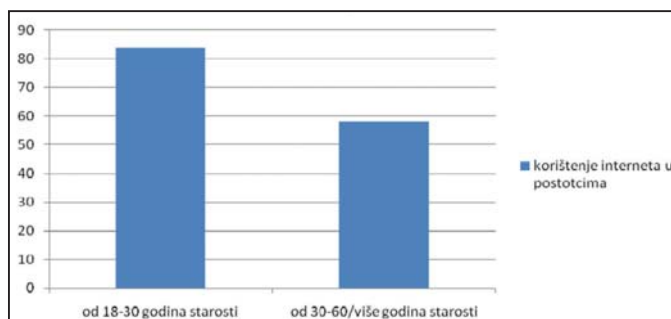
U trećem dijelu istraživanja (01/2020) anketnim upitnikom ispitan je nivo medijske pismenosti kroz sposobnost razlikovanja reklame i vijesti u slučaju kada je ponuđen reklamni tekst o sapunu koji proizvodi izmišljena fabrika Sapo, u dvije različite forme: klasični tekst reklame i vijest u kojoj je skrivena reklama s pitanjem: Šta je od ovo dvoje reklama?

Konstruiran je i anketni upitnik s općim podacima: godine starosti (*min 18 - 30, 30+ *max 60), spol (M, Ž), obrazovanje (S - srednja i viša škola, V- fakultet, student). Anketiranje je ograničeno na gradsko urbano područje u koje ulaze tzv. „rubne općine“, a koje broje 30% ukupnog stanovništva Mostara. Sakupljajući podatke dok nismo dobili ravnopravan omjer anketiranih u odnosu na starosnu dob, spol i obrazovanje, kako bi se fokusirali na varijablu životne dobi ispitanika, ali i na prepoznavanje reklame i prepoznavanje skrivene reklame u vijesti. Reprezentativni uzorak ispitivanja građana je bio 1% (912/c.a.100.000). Ciljano je na ravnopravnu gendersku zastupljenost i podijelu ispitanika na dobnu granicu do 30 godina i od 30 do 60 godina. Podaci su obrađeni programskim paketom STATISTICA, version 7.1., StatSoft, Inc.

6. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

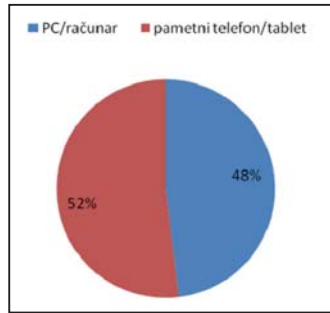
Kako smo već kazali prvi dio istraživanja zasnivao se na anketiranju koliko bh. građana koristi internet, pomoću kojih uređaja najčešće pristupaju i koje kanale najčešće koriste. Kada je riječ o korištenju interneta u BiH, rezultati su pokazali da 84% građana starosne dobi od 18 do 30 godina koristi internet.

Kada je riječ o starosnoj dobi građana, od 30 do 60 godina, njih 58% posto koristi internet.



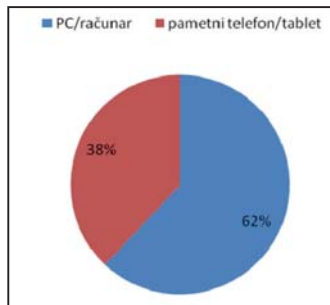
Grafikon br. 1

Korištenje uređaja: 48%, građana starosne dobi od 18 do 30 godina koristi PC računar, dok ih 52% koristi pametni telefon/tablet.



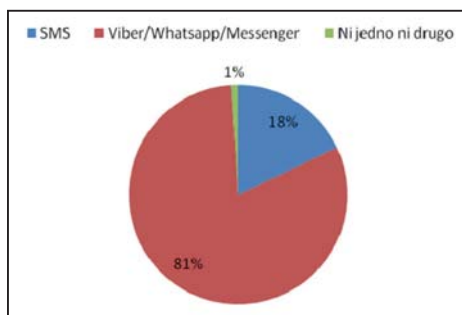
Grafikon br. 2

Kada je riječ o starosnoj dobi od 30 do 60 godina, PC računar koristi 62% , a pametne telefone/tablete njih 38%.



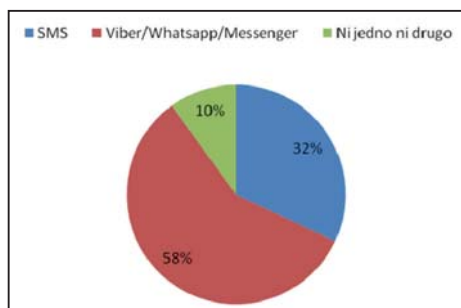
Grafikon br. 3

Kanali za komunikaciju: Od 18 do 30 godina starosti građani koriste: SMS - 18%, Viber / Whatsapp / Messenger - 81%, a ni jedno ni drugo - manje od 1%.



Grafikon br. 4

Građani od 30 do 60 godina starosti koriste: SMS - 32%, Viber / Whatsapp / Messenger - 58%, te ni jedno ni drugo 10%.



Grafikon br. 5

Drugi dio istraživanja se zasnivao na analizi sadržaja gdje nas je zanimalo kvalitet informiranja bh. građana u digitalnoj sferi putem portala.

U 279 intervala (01/2020) analizirano je objavljivanje političkih izjava i saopštenja u odnosu na ostali sadržaj tokom januara 2020. gdje je izvor sadržaja PR tim političkih ličnosti i partija u BiH.

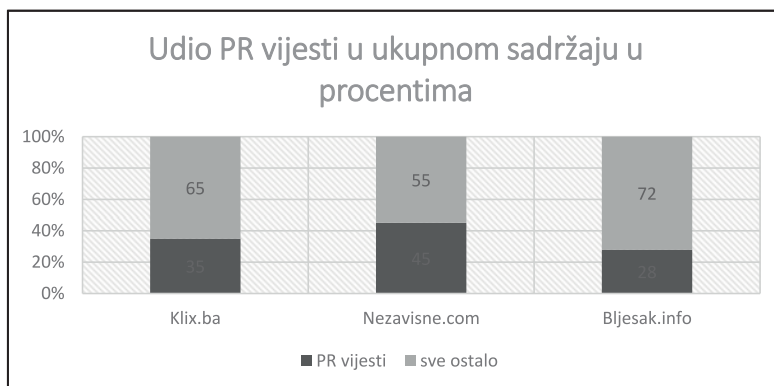
Također, metodom analize sadržaja istraživana su prema ranije utvrđenom nalazu „A i/ili B“ na uzorku od 18 najposjećenijih informativnih portala u BiH, kako bi utvrdili opseg širenja označenih vijesti na ostale portale. Ukupni obim analize je 558 vijesti tokom 31 dana.

Predmet istraživanja je kvalitet informisanja BH građana u digitalnoj sferi putem portala. Analizirno je objavljivanje političkih izjava i saopštenja u odnosu na ostali sadržaj tokom januara 2020. gdje je izvor sadržaja PR tim političkih ličnosti i partija u BiH.

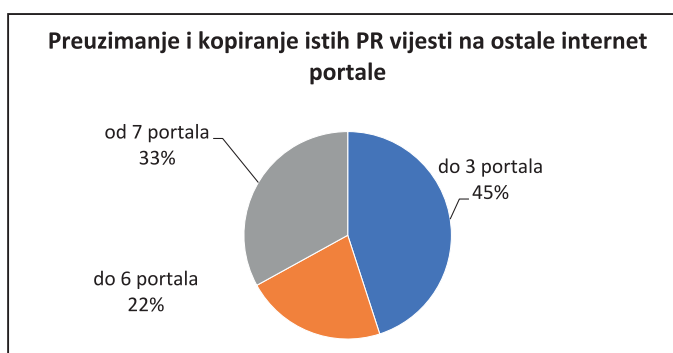
Rezultati:

- Klix.ba: 35% PR vijesti, 65% sve ostalo,
- Nezavisne.com: 45% PR vijesti, 55% sve ostalo,
- Bljesak.info 28% PR vijesti 72% sve ostalo.

Nastavak istraživanja je procentualna analiza preuzimanja i kopiranja istih PR vijesti na više bh. info portala tokom januara 2020. Izvor je sadržaja PR tim političkih ličnosti i partija u BiH na uzorku od 18 najposjećenijih informativnih portala u BiH, prema martovskom (2016) istraživanju Gemiusa: do tri portala 45 posto, do 6 portala 22 posto i više od 6 portala 33 posto (<http://www.audienceba.gemius.com/pages/display/reach>, pristupljeno 18.5. 2020).

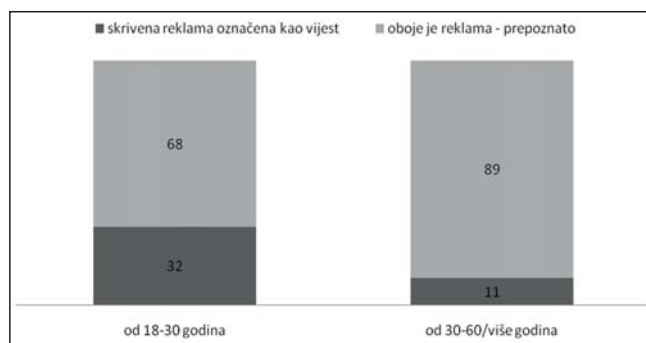


Grafikon br. 6



Grafikon br. 7.

U trećem dijelu istraživanja (01/2020) anketnim upitnikom ispitan je nivo medijske pismenosti kroz sposobnost razlikovanja reklame i vijesti u slučaju kada je ponuđen reklamni tekst o sapunu koji proizvodi izmišljena fabrika Sapo, u dvije različite forme: klasični tekst reklame i vijest u kojoj je skrivena reklama s pitanjem: Šta je od ovo dvoje reklama? Podaci su obrađeni programskim paketom STATISTICA, version 7.1., StatSoft, Inc.



Grafikon br. 8

Evidentirana je stalna cirkulacija „interpretacija“ u medijima od političkog marketinga u značajnom opsegu. Istovremeno ekonomski marketing, radeći na svojim zadacima u medijski sistem dodaje „infomercials“ za čije pravilno percipiranje publika nema odgovor.

Djelovanje ove dvije tehnike, publiku, a naročito mladu, dovodi do smanjene kritičke kompetencije prepoznavanja vrijednosnog konteksta informacije, što se pokazalo kod razlikovanja reklame i vijesti u našem istraživanju. Sadržaji „promotivne komunikologije“ se lako uklapaju u sadržaje medija, jer je prestalo skrivanje stvarnih događaja i činjenica. Marketinški timovi posebno oblikuju samo dio izjave ili neke akcije čime se dolazi do krajnjeg rezultata - preklapanje sa željenom interpretacijom.

U prvom dijelu istraživanja utvrđeno je kako bosanskohercegovački građani koriste internet na tragu EU prosjeka. Drugi dio istraživanja pokazao nam upitan kvalitet informiranja u digitalnoj sferi gdje na nekvalitetne/lažne vijesti i interpretacije otpada i do 45% u odnosu na ostale sadržaje, u zavisnosti od pojedinog medija. Primjećeno je i gotovo eksponencijalno širenje takvih sadržaja

Kopiranjem na druge internet portale, do tri portala 45%, te do šest portala 22%, kao i na više od šest portala 33%. Završno istraživanje nam je ukazao da mladi imaju značajan nedostatak medijske pismenosti jer nešto više od 30% mlađe populacije nije uspjelo razlikovati vijest i reklamu. Starija populacija pokazala je drugačije rezultate, samo je 11% od njih zavedeno.

7. ZAKLJUČAK

Početak novog milenija je označio udruživanje starih - masovnih i digitalnih medija. U pozadini toga procesa odnosi s javnošću i oglašavanje okupljeni u marketinške timove donijeli su zajedno integrisanu marketinšku komunikaciju. Politički marketing je tako počeo proizvoditi „interpretacije“, a ekonomski marketing „infomercials“. Kao rezultat dobili smo smanjenu kritičku kompetenciju publike, naročito mladih.

Naše nove medijske navike i prakse koje smo dolaskom digitalnih medija nepovratno usvojili, nisu povećali ili na bilo koji način unaprijedili našu sposobnost kritičke kompetencije kao osnovni aspekt medijske pismenosti. Pravo na informiranost je pojam o kojem se malo govori, tj. najviše iz pogrešnog ugla kao prava na pristup informacijama. Preklapanje ova dva pojma često dovodi do nesporazuma u javnoj sferi demokratskog političkog miljea.

Pravo na informaciju treba posmatrati prevashodno kao pravo na dostupnost tačnim, jasnim i objektivnim sadržajima, te činjenicama i podacima. Time fokus stavljamo na mogućnost pristupa sadržajima koji su, pogotovo u online sferi, dostupni u neograničenim uslovima, što znači da nije upitna dostupnost, nego sadržaj same informacije u javnom prostoru, odnosno online sferi.

Mogućnost pristupa i prava pristupa, te konzumiranja sadržaja i informacija postoje, ali pravo na tačne informacije, podatke i činjenice u sferi gdje radi brzine

kvantitet postaje prioritet i uz nedovoljnu medijsku pismenost, ostavlja izuzetno ogroman prostor za diskusiju. U takvom okruženju upravo sadržaji „promotivne komunikologije“, bez obzira da li političke, ekonomske ili druge prirode, jednako se poziciraju sa ostalim sadržajima medija, pri tome ne ostavljajući prostor publici za njihovo jasno razlikovanje.

Uz nedovoljno reguliran medijski prostor i nedovoljno razvijenu medijsku pismenost, koja osigurava kritičko promišljanje sadržaja, medijski sistem postaje izuzetno pogodan prostor za plasman „interpretacija“ i „infomercialsa“.

Stoga, prava i informativni sadržaji u online sferi otvaraju nova poglavlja stručnoj javnosti za analizu komunikacijskih preobražaja, a koje su nametnule nove tehnologije.

Zaključno i veoma važno je za današnju medijsku publiku, zatrpanu bezbrojnim informacijama, pravo na izbor količine i vrste informativnih sadržaja u svijetlu slobode i prava svakog pojedinca od „neprimanja informativnih sadržaja“, novog pojma koji se danas nameće kao paradigma prava na informiranost.

LITERATURA

1. Balle, F. Moć medija. Beograd. Clio. 1997.
2. Bourdieu, P. Narcisovo ogledalo - Rasprava o televizijskom novinarstvu. Beograd. Clio. 2000.
3. Breton, F. Izmanipulisana reč. Beograd. Clio. 2000.
4. Ćirilov, M. Od vijesti do kolumne, u: Todorović, N: Savremeno novinarstvo. Beograd. Čigoja. 1998.
5. Davis, A. Public Relations and News Sources, u: S. Cottle (ur.): News, Public Relations and Power. London. Sage Pub. 2006.
6. Diggle, K. Marketing umjetnosti. Beogra. Clio. 1998.
7. Dodds, K. Screening terror: Hollywood, the United States and the construction of dange. Critical Studies on Terrorism. Vol. ½. 2008.
8. Gavranović, A. Utjecaj globalizacije na novinarstvo: Globalizacija i odgovornost novinara. Zagreb. ICEJ. 2006.
9. Godin, S. Svi marketinški stručnjaci su lažovi. Beograd. Logos Art. 2007.
10. Inglis, F. Teorija medija. Zagreb. Barabat. 1997.
11. Kljajić, M. Prednosti i nedostaci internet komunikacije i interneta kao medija, Mediji i komunikacije ½. Bijelo Polje. Akademija društvenih nauka Crne Gore. 2014.
12. Malović, S. Utjecaj globalizacije na novinarstvo: Javno novinarstvo anakronizam ili potreba?. Zagreb. ICEJ. 2006.
13. McLuhan, M. Razumijevanje medija. Zagreb. Golden marketing-Tehnička knjiga. 2008.
14. Panjeta, L. Utjecaj globalizacije na novinarstvo: Javno i privatno oglašavanje u igranom dugometražnom sadržaju globalnih medija (Mainstream filmska industrija SAD-a). Zagreb. ICEJ. 2006.

15. Pusić, E. Država i državna uprava. Društveno veleučilište i Pravni fakultet u Zagrebu. 2007.
16. Radović, V. & Cvetanović, I. & Vidojković, D. Diskurs javne komunikacije u polju sučeljavanja PR menadžmenta i medija, Mediji i komunikacije 1/2-11. Bijelo Polje. Akademija društvenih nauka Crne Gore. 2014.
17. Tanta, I. & Lesinger, G. Izlaganje sa znanstvenog skupa Conference paper. Zagreb Veleučilište Vern. 2014.
18. Tomić, Z. Uvod u Sajber-prostor i problemi razgraničenja. Beograd. Zavod za proučavanje kulturnog razvitka. 2004.
19. Turčilo, L. & Buljubašić, B. Mediji i shrinking space u Bosni i Hercegovini: Utišani alternativni glasovi. Sarajevo. Amos Graf. 2017.
20. Umberto Eco: Od interneta do Gutenberga, predavanje na Italijanskoj akademiji za napredne studije u Americi, 12.11.1996.
21. Vreg, F. Demokratsko komuniciranje. Sarajevo. FPN. 1991.

Ostali izvori

1. www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=aXVyaFmQNk# (A Magazine Is an iPad That Does Not Work).
2. Gemius baza podataka
3. Opća deklaracija o ljudskim pravima, UNGA, 1948.
4. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 213 UNTS 222, dostupno na <https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2013/10/coe-slobodaizrazavanja.pdf>
5. b92.net/mobilni/tehnopolis/1231197(16.02.2017)

Mustafa Alendar, Ph.D., assistant professor

Faculty of Humanities, University „Džemal Bijedić“ of Mostar

Samira Demirović, Ph.D., assistant professor

Faculty of Humanities, University „Džemal Bijedić“ of Mostar

RIGHT TO INFORMATION IN THE DIGITAL MEDIA SPHERE

Summary: The research examines the relationship between the concepts of the right to information and the right to access information, their aspects; as well as a distinction within the current level of media literacy of the citizens of Bosnia and Herzegovina in the digital media sphere.

Digital media, based on the Internet, are an indispensable part of human everyday life. Our information is mainly based on the consumption of information portals and social networks. The average resident of Bosnia and Herzegovina (as well as the EU) has access to more than ten different “mailboxes” of their own; which has the obligation to check in a certain time interval during the day. The digital media sphere has also become the central tool of marketing teams for selling products and services; rounding out the enormous amount of information that the average recipient is exposed to today.

Just two decades ago, at the beginning of the millennium, the position of the media population, which consumed mostly classic media: press, TV and radio; it was very different - relaxing compared to this huge change today. The research deals with new media habits and practices that we have irreversibly adopted with the arrival of digital media, distinguishing through the aspect of media literacy the terms: the right to information and the right to access information; the overlap of which often leads to misunderstandings in the public sphere of the democratic political milieu. In conclusion, and very important for today's media audience, overwhelmed by countless information, is the right to choose the amount and type of informational content in the light of the freedom and right of each individual from “not receiving informational content”, a new term that is being imposed today as a paradigm of the right to information.

Keywords: information, media literacy, digital media, law.