

ISSN 1512-6706

**REVIJA ZA PRAVO
I EKONOMIJU**

**REVIEW FOR LAW
& ECONOMICS**

Godina 17. Br. 1. Mostar 2016.

**REVIJA ZA PRAVO I EKONOMIJU
REVIEW FOR LAW AND ECONOMICS**

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet, Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru

Za izdavača – For the Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Bord

prof. dr. Mirjana Nadaždin-Defterdarević
glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief
prof. dr. Jozo Čizmić
prof. dr. Şebnem Gökçeoğlu Balci
doc.dr. Amra Mahmutagić
viša. ass. Emina Hasanagić, MA.

ISSN 1512-6707

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

Časopis izlazi polugodišnje. Radovi se klasificiraju i referiraju po UDC i JEL publikacijama, London, Pittsburgh i Sydney

SADRŽAJ:

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

doc. dr. Amra Mahmutagić

PRAVNA HETEROGENOST U ZAJEDNIČKOJ JUGOSLAVENSKOJ DRŽAVI IZMEĐU DVA SVJETSKA RATA	7
---	----------

doc. dr. Amra Jašarbegović

BLOKADA RADA USTAVNIH SUDOVA ZBOG NEBLAGOVREMENOG IZBORA SUDIJA	22
--	-----------

doc. dr. Rebeka Kotlo

MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE U SAVREMENIM PRAVNO-POLITIČKIM SISTEMIMA I MEĐUNARODNOM PRAVU	42
---	-----------

dr. sc. iur. Senad Defterdarević

PRAVA IZBJEGLICA U MEĐUNARODNIM UGOVORIMA O LJUDSKIM PRAVIMA	58
---	-----------

v. ass. mr. sc. Šejla Maslo Čerkić,

USTAVNA ZAŠTITA ROPSTVA I PROBLEM ODBJEGLIH ROBOVA U ZAKONU I PRAKSI SAD – <i>PRIGG V. PENNSYLVANIA (1842.)</i>	76
--	-----------

v. ass. Emina Hasanagić, MA.

RAZVOJ I ZNAČAJ EVROPSKE STRATEGIJE ZAPOŠLJAVANJA U KONTEKSTU POLITIKE ZAPOŠLJAVANJA EVROPSKE UNIJE	92
--	-----------

mr. sci. iur. Davor Trlin

RASPODJELA SUDSKE FUNKCIJE IZMEĐU FEDERACIJE I FEDERALNIH JEDINICA	115
---	------------

mr. sc. Semir Šarić

PRIKRIVENI ISTRAŽITELJ KAO SREDSTVO BORBE PROTIV ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA	132
---	------------

mr. iur. Faruk Latifović

PRIKAZ FORMALNIH IZVORA SEKUNDARNOG PRAVA EVROPSKE UNIJE, SA POSEBNIM OSVRTOM NA „SOFT“ PRAVO	148
--	------------

STRUČNI RADOVI

mr. Edina Šehrić

POJAM I PRAVNA PRIRODA RADNOG ODNOSA U DRŽAVNOJ SLUŽBI	167
---	------------

OSVRTI

Maja Mirković, MA

NEKA ZAPAŽANJA U VEZI S PRAVILIMA MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA S NAGLASKOM NA ŽENEVSKE KONVENCIJE IZ 1949. GODINE I NJIHOVU IMPLEMENTACIJU U POZITIVNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE	189
---	------------

UPUTSTVO SARADNICIMA	205
-----------------------------------	------------

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Amra Mahmutagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

PRAVNA HETEROGENOST U ZAJEDNIČKOJ JUGOSLAVENSKOJ DRŽAVI IZMEĐU DVA SVJETSKA RATA

Sažetak

Nakon ujedinjenja 1918., u granicama zajedničke države, našle su se oblasti i pokrajine koje su stoljećima imale svoj poseban razvitak. Nova državna zajednica, postavila je zadatak unifikacije prava. Međutim, u radu se naglašava, da se nije mogao brzo izvršiti radikalni zahvat u pravnu heterogenost. To je bilo prije svega tehnički neizvodljivo, a izazvalo bi i krajnji nered u ekonomskom i privatnom prometu. Tako je neka oblast prava bila unificirana, a druga ne. Unificirani su propisi ustavno-pravnog karaktera i propisi o organizaciji države te funkcionisanju njenih organa, također su bili jedinstveni propisi koji su se odnosili na sudstvo, organizaciju sudova, materijalno krivično pravo i propisi o sudskom (građanskom i krivičnom) postupku. Potpuni pravni partikularizam, vladao je u cijeloj oblasti materijalnog građanskog prava. Taj partikularizam se manifestirao kroz postojanje šest pravnih područja nad kojima su jurisdikciju vršila četiri vrhovna suda, sa po dva odjeljenja. Bosanskohercegovačko pravno područje bilo je u nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu, u čijem se sastavu nalazio i Vrhovni šerijatski sud. Sva pravna područja povezivala je ista državna vlast, a s tim u vezi i jedinstveno jugoslavensko pravo. Centralna državna vlast je nastojala ukloniti kolizije, te ujednačiti i ubrzati pravni saobraćaj između različitih područja.

Ključne riječi: pravna heterogenost, unifikacija, zajednička država, partikularizam, pravna područja

Uvod

Historija stvaranja prve zajedničke države jugoslavenskih naroda, uglavnom se uklapa u historiju Prvog svjetskog rata 1914-1918. Slijed ratnih događaja ukazivao je na neminovnost propasti Austro-Ugarske monarhije. To je još više učvrstilo

jugoslavensku orijentaciju kod većeg dijela građanskih političara. Krajem juna 1918., nakon proboja solunskog fronta i istupanja Bugarske iz rata, bilo je sasvim jasno da je propast Monarhije neminovna. To je, naravno, doprinijelo ubrzanju rada na ujedinjenju u zajedničku jugoslavensku državu. Jugoslavenski građanski političari pristupaju formiranju vlastitih organa vlasti.¹ Krajem Prvog svjetskog rata, u jesen 1918., u uslovima potpunog raspada Austro-Ugarske monarhije, na južnoslavenskim prostorima koji su dotad bili u sastavu Monarhije (Slovenija, Hrvatska i BiH) organizira se jedna nova državna tvorevina, pod nazivom Država Slovenaca, Hrvata i Srba, sa glavnim organom vlasti Narodnim vijećem, sa sjedištem u Zagrebu.² U Plenum Narodnog vijeća Slovenaca, Hrvata i Srba, iz BiH ušlo je 18 predstavnika.³

U Središnji odbor Narodnog vijeća Slovenaca, Hrvata i Srba ušlo je 6 bosanskohercegovačkih predstavnika, izabranih između članova koji su birani u Plenum, i to: dr. Jozo Sunarić, Vojislav Šola, dr. Milan Jojić, Šćepan Grdić, fra Ljubomir Galić i dr. Luka Čabrajić.⁴ S obzirom da nijedan Bošnjak, kao navodni pripadnik naroda Slovenaca, Hrvata i Srba, nije ušao u Središnji odbor Narodnog vijeća, bošnjački građanski političari su oštro protestirali, pa su naknadno u Središnji odbor kooptirani dr. Halid-beg Hrasnica i Hamid Svrzo.⁵ Prve jedinice srpske vojske ušle su u Sarajevo 6. novembra 1918., a zatim postepeno i u druga mjesta u BiH.⁶ BiH je time faktički, mada ne i pravno, ušla u sastav Kraljevine Srbije. To je bio jedan status koji je predstavljao faktičku vojnu okupaciju, mada je BiH ustavno i dalje bila sastavni dio Države Slovenaca, Hrvata i Srba. Delegacija je u ime Narodnog vijeća podnijela 1.12.1918. jednu adresu regentu Aleksandru kojom ga poziva da, u ime kralja Petra, preuzme vlast u čitavoj državi. Regent je na to proglasio „ujedinjenje Srbije sa zemljama nezavisne Države Slovenaca, Hrvata i Srba u jedinstveno Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca. Profesor Imamović komentariše ovu situaciju riječima: „Tako je konzervativna srpska buržoazija, koristeći se plodovima pobjede srpske vojske u ratu, uspjela nametnuti svoj hegemonistički koncept zajedničke države. Ta činjenica je trajno opteretila sve političke odnose u građanskoj jugoslavenskoj državi i praktično

1 Bliže o BiH u užem smislu u ovom vremenu, vidjeti: Luka Đaković, *Položaj BiH u austrougarskim koncepcijama rješenja jugoslavenskog pitanja 1914.-1918.*, Tuzla 1981.

2 Ljubomir Zovko, *Studije iz pravne povijesti Bosne i Hercegovine 1878-1941*, Mostar, 2007, str. 49.

3 Kasim Isović, *Struktura i funkcioniranje organa državne uprave u BiH u vremenu od 1918. do 1924.*, Glasnik Arhiva i društva arhivista BiH, God. II, Knjiga II, Sarajevo 1962., str. 26.

4 Isto.

5 Opširnije, Atif Purivatra, *Jugoslavenska muslimanska organizacija u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Sarajevo 1984., str. 28.-42.

6 Opširno o tome, Hamdija Kapidžić, *Pokušaj ujedinjenja BiH sa Srbijom u novembru 1918., BiH u vrijeme Austro-Ugarske uprave, članci i rasprave*, Sarajevo 1968., str. 262.-282.

je dovela do aprilskog sloma 1941.⁴⁷ Objavljivanjem Prvodecembarskog akta, odnosno ujedinjenjem Države Slovenaca, Hrvata i Srba sa Kraljevinom Srbijom u jedinstveno Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca, prestala je funkcija Narodnog vijeća Slovenaca, Hrvata i Srba kao najvišeg organa vlasti u Državi Slovenaca, Hrvata i Srba. Premda je BiH Prvodecembarskim aktom ušla u sastav jedinstvene jugoslavenske države, još je duže vrijeme zadržala neke elemente i oblike svoje državnosti i autonomnosti. Zemaljska vlada za BiH djelovala je sve do donošenja Vidovdanskih ustava, 28.6.1921., kojim je uspostavljena Pokrajinska uprava za BiH, na čijem se čelu nalazio pokrajinski namjesnik, do formiranja novih ustavom predviđenih administrativno-teritorijalnih jedinica, tj. oblasti sa velikim župama na čelu.⁸ Likvidacija Pokrajinske uprave je bila veoma složen i težak posao pa je potrajao tokom cijele druge polovine 1923., a okončan je tek krajem februara 1924. Zavodjenjem šestojanuarskog režima 1929. te formiranjem novih administrativno-teritorijalnih jedinica, teritorija BiH je bila potpuno razbijena i njeno područje razdijeljeno i spojeno sa dijelovima drugih jugoslavenskih zemalja.

1. Pravni okviri nove državne zajednice

Nakon Prvog svjetskog rata, međunarodni položaj Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, bio je regulisan Versajskim mirom 1919. godine. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, da bi osigurala svoj položaj i granice, sklopila je u versajskim paviljonima i palačama pet međunarodnih ugovora. Ovim ugovorima su utvrđene granice, ali i regulisana neka druga međudržavna pitanja. Najviše problema Kraljevina je imala u vezi sa granicom prema Italiji, s kojom je u ratu bila saveznica. Italija se inače cijeli svjetski rat opirala stvaranju jedne južnoslavenske, ili jugoslavenske države. Pristavši ipak preko volje na to, okupirala je 12. septembra 1919. godine Rijeku. U tim je uslovima zaključen mirovni ugovor sa Italijom u ljetovalištu Rapallo u blizini Đenove.⁹ Senžermenski ugovor se jedini od svih međunarodnih ugovora, neposredno ticao Bosne i Hercegovine. Ovaj ugovor je dakle zaključen 10. septembra 1919. godine, mada su ga predstavnici Kraljevine SHS (Nikola Pašić, Ante Trumbić i Ivan Žogler) potpisali tek 5. decembra iste godine. Članom 204. ovog ugovora potvrđena je teritorijalna cjelovitost Bosne i Hercegovine. Pored toga, članom 10. ovog ugovora, Kraljevina se obavezala

7 Mustafa Imamović, *Historija države i prava BiH, Sarajevo 2003.*, str. 281.

8 Ljubomir Zovko, *n.dj.*, str. 60. i 61.

9 Ovim je ugovorom Kraljevina SHS (Jugoslavija) ustupila Italiji Zadar sa otocima Cres, Lošinj, Lastovo i Palagruža. Kada je u Italiji 1922. na vlast došao Mussolini, a potpisnik Rapalloa grof Carlo Sforza (Sforza) demisionirao i otišao u izgnanstvo, fašistička Italija je 24. januara 1924. anktirala Rijeku, Istru, Julijsku Krajinu, Goricu, Trst i Kvarnerske otoke. Istovremeno je Italija dobila znatne posjede u Albaniji. Svim time, sile Antante su je nagradile zato što joj nisu dale pristup podjeli bivših njemačkih kolonija. (Mustafa Imamović, *Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2006.*, str. 137.)

da će muslimanima Bosne i Hercegovine pružiti punu zaštitu svim njihovim ustanovama. Utvrđeno je da se „za muslimane, ukoliko se tiče njihovog porodičnog i ličnog statusa donose odredbe koje dopuštaju da se ta pitanja reguliraju po muslimanskim običajima.“¹⁰ Ovaj ugovor je kasnije postao dio unutrašnjeg pravnog poretka i obavezivao je novostvorenu državu na donošenje propisa koji dopuštaju da se pitanja porodičnog i ličnog statusa reguliraju po muslimanskim običajima. Međutim, u Vidovdanskom ustavu je sadržana opća proklamacija da u „porodičnim i nasljednim stvarima muslimana sude državne šerijatske sudije“. Na taj način za muslimane u Jugoslaviji primjena šerijatskog prava nije bila mogućnost već obaveza.¹¹ Članovi šerijatskih sudova, to jest kadije, mada su sudili po muslimanskom vjerskom pravu, nisu bili vjerski zvaničnici, nego državne sudije. U njihovu su nadležnost pored porodičnog i nasljednog prava spadali i vakufski poslovi. Istim članom, 109. Ustava, određeno je da će muslimani kao svog vjerskog poglavara imati reisul-ulemu. Džamije, mezarluci (groblja), vakufi i ostale muslimanske vjerske i dobrotvorne ustanove imaće odgovarajuću zaštitu. Nove muslimanske ustanove te vrste moći će se stvarati po općim zakonskim propisima. „Ovim odredbama bosanski muslimani su pravno stavljeni u poziciju vjerske manjine.“¹²

Senžermenski ugovor je 10. maja 1920. godine proglašen za privremeni, a poslije donošenja Vidovdanskog ustava za stalni zakon. Tako je predstavljao osnovni pozitivno-pravni izvor zaštite manjina u Jugoslaviji između dva svjetska rata.¹³

Po samom ujedinjenju, našle su se u granicama države oblasti i pokrajine koje su stoljećima imale svoj poseban razvitak. Neke zemlje su sve do ujedinjenja, živjele u sklopu stranih državnih tvorevina koje su u njima zavodile i primjenjivale svoje pravo. Druge, kao što su Srbija i Crna Gora, nakon pada Osmanskog carstva, stvarale su svoje pravo sa svojim specifičnostima. U zajedničku državu su dakle, pojedine zemlje ušle sa svojim ranijim pravom. Iako je sebi postavila takav zadatak (naročito Vidovdanskim ustavom i članom 133.) novostvorena država nije mogla odmah izvršiti neki radikalni zahvat u tu pravnu heterogenost, ne samo zato što je vremenski i fizički to bilo nemoguće obaviti, nego još više zbog toga, što bi to unijelo čitav kaos u ekonomsko-društvene odnose i izazvalo krajnji nered u ekonomskom i privatnom prometu.

Pravnu heterogenost je nova država tolerisala, međutim, samo u onoj mjeri u kojoj ona nije stajala na putu uspostave autoriteta državne vlasti, to jest samo u

10 Vladimir-Đuro Degan, *Međunarodnopravno uređenje položaja Muslimana sa osvrtom na uređenje položaja drugih vjerskih i narodnosnih skupina na području Jugoslavije*, Prilozi Instituta za istoriju radničkog pokreta u Sarajevu, br. 8/1972, str. 66.

11 Dr. Fikret Karčić, *Studije o šerijatskom pravu*, Zenica, 1997., str. 161.

12 Mustafa Imamović, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Sarajevo, 2006., str. 83.

13 Isto.

sferi imovniško-pravnih odnosa među građanima.¹⁴ Upravo ti odnosi i jesu bili najstrožiji, gledano sa stanovišta prava. I za njih je bilo bolje da budu regulisani na jedinstven način, ali sa tim se moglo pričekati, jer je naslijeđeno pravo bez obzira na njegovu neujednačenost, moglo privremeno, makar i ograničeno, zadovoljiti potrebe pravnog prometa. Naravno, intervencija države je bila hitnija u oblasti javnog prava, tu se heterogenost nije smjela dugo zadržavati bez opasnosti po stabilnost poretka. Upravo zato se u državi prvo započelo sa izdavanjem pravnih propisa iz tog domena, sa važnošću za čitavo državno područje, da bi se tek kasnije počele vršiti pripreme i za ujednačavanje u drugim granama prava.

Tako je neka oblast prava bila unificirana, a druga je ostala neunificirana. Unificirani su bili propisi ustavno-pravnog karaktera i propisi o organizaciji države i funkcionisanju njenih organa. Također su bili jedinstveni propisi koji su se odnosili na sudstvo, o organizaciji sudova, materijalnom krivičnom pravu i propisi o sudskom (građanskom i krivičnom) postupku.

Više zakona je izdato o organizaciji sudstva. Postojali su redovni sudovi (sudovi opšte nadležnosti) i specijalni sudovi. Redovni sudovi su bili nadležni da obavljaju opšte sudske poslove u građanskim, krivičnim i nekim drugim stvarima za sve građane. Bili su organizovani instanciono, a činili su ih: opštinski, sreski, okružni, apelacioni i vrhovni sudovi za pojedina pravna područja koja su postojala kao odraz pravnog partikularizma u imovinskim stvarima.

U posebne sudove su spadali: šerijatski sudovi (presuđivali su samo neke stvari među muslimanima), vojni sudovi, upravni sudovi, sudovi radničkog osiguranja i Državni sud za zaštitu države. Državna tužilaštva i državna pravobranilaštva su djelovala kao organi pravozastupništva građana i države.¹⁵

Već je ranije navedeno u kojoj oblasti prava je dolazilo do unifikacije i iz kojih razloga. Posebno je šestojanuarski režim ubrzao rad na izjednačavanju zakona. Može se reći uopšte „za sve evropske građanske diktature između dva svjetska rata da je karakterističan „opći zakonodavni dinamizam“, pa se njime isticao i šestojanuarski režim“. „Vrijeme šestojanuarske diktature predstavlja najplodnije zakonodavno razdoblje u historiji tadašnje Jugoslavije.“¹⁶

Krivičnim zakonikom Kraljevine SHS od 27. januara 1929. regulisano je materijalno krivično pravo. Do tada, u pojedinim zemljama Kraljevine važile su odredbe naslijeđenog krivičnog prava, s tim što su na čitavo područje države već 21. aprila 1922. godine bile protegnute IX i X glava srbijanskog Kaznenog zakonika. Tu je bila regulisana krivično-pravna zaštita kralja i države. Ozakonivši načela savremenog buržoaskog krivičnog prava (individualna odgovornost,

14 Avdo Sućeska, *Istorija države i prava naroda SFRJ*, Sarajevo, 1971., str 207.

15 Isto, str. 208.

16 Mustafa Imamović, *Uvod u historiju....*, str. 92.

indeterminizam, determinizam, subjektivno stanje, itd.) to je za svoje vrijeme bio moderan Krivični zakon.¹⁷ „Ovaj zakonik nije po formi i sadržini zaostajao za drugim evropskim zakonima svoga vremena.“¹⁸

Na čitavom području države primjenjivan je i Zakon o zaštiti države.

Sudsko pravo je dalje dopunjeno sa dva zakona o sudskom postupku, Zakonik o sudskom postupku u krivičnim stvarima (16. februara 1929. godine) i Zakonik o sudskom postupku u građanskim stvarima (13. jula 1929. godine). Do ovih zakona, procedura pred sudovima se odvijala po starom naslijeđenom zakonodavstvu.

Građanski parnični postupak je u osnovi stajao na principu materijalne istine i slobodnog sudijskog uvjerenja. U tome, Zakon nije bio do kraja dosljedan, jer je u sudskoj proceduri zadržan izvjestan formalizam. Unifikacija građanskog procesnog prava kompletirana je donošenjem Zakona o sudskom vanparničnom postupku od 24. jula 1934. godine.¹⁹ Unificirano je zemljišno-knjižno pravo, sprovedena agrarna reforma, uređeni stambeni odnosi, regulisana su pitanja zemljoradničke i radničke zaštite. Također je unificirano i finansijsko pravo.²⁰

Oblasti imovinskog i bračnog prava su ostale neujednačene i u tim granama prava primjenjivani su propisi koje je Kraljevina zatekla u pojedinim zemljama. Osnovna karakteristika pravnog sistema Kraljevine SHS, bio je pravni partikularizam, uz istovremeni rad na izjednačavanju (unifikaciji) zakona u cilju postizanja državnog jedinstva, osiguranja zajedničkog tržišta te pružanja jednake pravne zaštite svim građanima.²¹

Razlike koje su postojale među ovim pokrajinskim pravima otežavale su poslovni promet, pa su i mnogi protivnici državnog centralizma tražili što efikasnije izjednačavanje zakona, odnosno unifikaciju prava.

Unifikacija prava je bila prioritet nove vlasti, tako da je već prilikom formiranja prve vlade Kraljevine SHS, ustanovljeno Ministarstvo za izjednačavanje zakona, dok je Vidovdanski ustav članom 133. predviđao kraći zakonodavni postupak prilikom donošenja zakona koji se tiču izjednačavanja prava. Za što bržu unifikaciju prava zalagali su se i kongresi jugoslavenskih pravnika održani 1925., 1926. i 1927. godine.²² Dakle, potpuni pravni partikularizam, iz već navedenih razloga, vladao je u cijeloj oblasti materijalnog građanskog prava. Taj partikularizam se manifestirao kroz postojanje šest pravnih područja: bosanskohercegovačko, hrvatsko-slavonsko, dalmatinsko-slovensko, vojvođansko, srbijansko i crnogorsko.

17 Avdo Sućeska, *n. dj.*, str. 208.

18 Mustafa Imamović, *n. dj.*, str. 93.

19 Isto, str. 95.

20 Avdo Sućeska, *n. dj.*, str. 209.-210.

21 Mustafa Imamović, *Historija države...*, str. 301.

22 Isto.

Tom pravnom partikularizmu bila je prilagođena i organizacija vrhovnih sudova. Postojala su četiri vrhovna suda, od kojih su dva imala po dva odjeljenja: Kasacioni sud u Beogradu, sa odjeljenjem u Novom Sadu, Stol sedmorice u Zagrebu, sa Odjeljenjem A za Hrvatsku i Slavoniju i Odjeljenjem B za Sloveniju i Dalmaciju, Vrhovni sud za BiH u Sarajevu, Veliki sud za Crnu Goru u Podgorici.²³

Naravno, svako od navedenih područja imalo je u pogledu primjene partikularnog zakonodavstva svoje određene osobenosti.

Bosanskohercegovačko pravno područje bilo je u nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu, u čijem se sastavu nalazi i Vrhovni šerijatski sud. Na ovom području su važili djelomično propisi iz vremena austrougarske uprave, osmanski propisi, te šerijatsko pravo. U bračnom pravu je važilo isključivo vjersko pravo svih priznatih konfesionalnih zajednica.²⁴

Hrvatsko-slavonsko pravno područje obuhvatalo je nekadašnju Bansku Hrvatsku sa Slavonijom, kao vrhovni sud bilo je nadležno Odjeljenje A Stola sedmorice u Zagrebu. Ovdje su važila tri partikularna prava: autonomno pravo nastalo normativnom djelatnošću Hrvatskog sabora i Zemaljske vlade u Zagrebu, hrvatsko-ugarsko zajedničko pravo nastalo zakonodavnom aktivnošću Ugarsko-hrvatskog sabora u Budimpešti, recipirano austrijsko pravo čiju je okosnicu činio austrijski Opći građanski zakonik.

Autonomnim pravom Hrvatske bilo je regulisano: zadružno pravo zajedničkim hrvatsko-ugarskim pravom, trgovačko, mjenično, zanatsko i stečajno pravo, a austrijskim ostali najveći dio imovinsko-pravnih odnosa. Za te odnose u Hrvatskoj i Slavoniji važio je austrijski Opći građanski zakonik (1. juna 1811. godine), koji je u Hrvatskoj uveden posebnim Carskim *patentom* od 29. novembra 1852. godine. Novele kojim je taj zakonik nadopunjen u toku Prvog svjetskog rata nisu važile za Hrvatsku i Slavoniju.²⁵

Na slovensko-dalmatinskom pravnom području važio je austrijsko pravo i autonomno pokrajinsko pravo Dalmacije i Slovenačkih zemalja koje su ušle u sastav jugoslavenske države. Dakle, važio je austrijski Opći građanski zakonik sa dopunama (novelama) izdatim u toku Prvog svjetskog rata, kojima je unekoliko to pravo bilo modernizovano.²⁶

Na pravnom području Vojvodine, Međimurja (općina Čakovec) i Prekomurja (danas općine Murska Sobota i Lendava u Sloveniji) važio je mađarsko pravo. Prema sudsko-administrativnoj podjeli, to je područje spadalo u nadležnost Kasacionog suda u Beograda, Odjeljenja u Novom Sadu. Prema jednom

23 Mustafa Imamović, *Uvod u historiju...*, str. 84.

24 Mustafa Imamović, *Historija države...*, str. 302. i Avdo Sućeska, *n. dj.*, str. 210.

25 Isto.

26 Isto.

mađarskom zakonu iz 1894. na tom je području bio obavezan civilni brak za sve građane. U nekim dijelovima Vojvodine važno je austrijsko imovinsko pravo.²⁷

Srbijansko pravno područje obuhvatalo je teritoriju nekadašnje Kraljevine Srbije u granicama koje je imala pred Prvi svjetski rat 1914. godine. Vrhovni sud za ovo područje bio je Kasacioni sud u Beogradu, sa dva apelaciona suda, od kojih je jedan bio u Beogradu, a drugi u Skoplju. Na ovom području primjenjivani su zakoni bivše Kraljevine Srbije, među kojima je najznačajniji bio Srpski građanski zakonik iz 1844. godine.²⁸

Najzad, crnogorsko pravno područje obuhvatalo je teritoriju bivše Kraljevine Crne Gore u granicama koje je imala 1914. godine. To se područje poklapalo sa sudsko-administrativnom nadležnošću Velikog suda u Podgorici, koji je istovremeno bio i apelacioni i kasacioni sud. Najvažniji pravni zbornik primjenjivan na ovom području bio je Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine.²⁹

2. Neunificirana pravna oblast

Sva pravna područja, dakle, povezivala je ista državna vlast, a s tim u vezi i jedinstveno, unificirano, jugoslavensko pravo. Vrhovna državna vlast je nastojala uklanjati kolizije između tih prava, ali treba istaći da je svako pravno područje imalo svoj vrhovni sud, koji je u posljednjoj instanci rješavao pravni spor.

Centralna državna vlast je nastojala da se što više ujednači i ubrza pravni saobraćaj između tih pravnih područja. Pravna područja su međusobno saobraćala, a analogno, u slučaju zahtjeva za pravnu pomoć primjenjivale su se međunarodnopravne norme.

Što se tiče sudske procedure, uspjelo je u potpunosti ujednačavanje i ubrzavanje pravnog saobraćaja, ali nisu time mogle biti uklonjene sve znatne razlike u pravu između pravnih područja.

Zajednička crta neunificiranom bračnom pravu bila je ta da je ono pretežnim svojim dijelom bilo crkveno (ili konfesionalno), a manjim samo dijelom građansko (civilno), kao na području Vojvodine i Međimurja.

S obzirom na različitu vjersku pripadnost građana, postojalo je različito bračno pravo, dakle, bračno pravo za katolike, pravoslavne, muslimane, itd.

Što se tiče pitanja braka, karakteristično za bosanskohercegovačko pravno područje je to što je isključivo važno konfesionalno-crkveno pravo, a na svim drugim

27 Avdo Sućeska, *n. dj.*, str. 209-210.

28 Mustafa Imamović, *Historija države...*, str. 303.

29 Isto.

područjima Kraljevine Jugoslavije pored crkvenog bračnog prava, važno je barem djelimično i civilno bračno pravo. Šerijatsko pravo se smatra konfesionalnim, iako su šerijatski sudovi bili ne crkveni (duhovni), nego državni sudovi.

Katoličko crkveno pravo se sastojalo od crkvenih propisa o braku. Glavni izvor tog prava bio je Codex Iuris Canonici iz 1917. godine i niz drugih s njime povezanih crkvenih propisa.

Rimokatoličko crkveno zakonodavstvo je službeno kodificirano tek 1917., kada je dakle objavljen Codex Iuris Canonici, koji u pet knjiga sadrži 2414 kanona i propisa.³⁰

Bračno pravo za katolike u Hrvatskoj bilo je regulirano (na osnovu čl. X Konkordata iz 1853. godine između rimske kurije i Austro-Ugarske) tzv. Ženidbenim zakonom iz 1856. godine i članom III Uvodnog patenta za Opći građanski zakonik, a posebno ženidbenim dekretom Ne temere iz 1907. Od 1917. godine, dakle, već spomenutim, zbornikom crkvenih propisa (Codex Iuris Canonici).

Zajednička crta bračnog prava katoličke crkve je bila u nerazrješivosti crkvenog braka. Brak se smatrao za „vjersku tajnu“ (pripisao mu se tzv. „sakramentalni“ karakter) i nije bio dopustiv razvod braka, nego samo (privremena) rastava od stola i postelje. Dakle, strankama je bio dopušten samo odvojeni život, u tom slučaju, a brak je i dalje ostajao na svojoj pravnoj snazi.³¹ Razvod braka mogla je dopustiti samo rimska Kurija, i to s obzirom na naročite izuzetne razloge koji su preporučivali takvu molbu. Na ovom pravnom području bio je nadležan biskupski, dakle crkveni sud, za rješavanje bračnih pravnih sporova, a za imovinsko-pravne sporove ostao je nadležan redovni građanski sud.

Redovni građanski sudovi su, prema odredbama III Zakona od 25. maja 1868. bili nadležni za rješavanje svih bračnih pravnih sporova (dakle ne samo imovinskih) na području Dalmacije i Slavonije (a djelimično i Istre). Za sklapanje braka je bio nadležan (teritorijalno) mjesni svećenik s područja boravišta oba vjernika, ili barem jednog od njih. Propisi crkvenog karaktera - Codex Iuris Canonici, vrijedili su za pitanje dopustivosti vjenčanja.³²

Postoji jedna iznimka od pravila o isključivoj nadležnosti crkve za pitanja akta vjenčanja, a to je u slučaju tzv. „civilnog braka za nuždu“.³³

30 Isto, str. 47.

31 Više o tome, Dr. Hodimir Sirotković, Dr. Lujo Margetić, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb, 1988., str. 273-274.

32 Isto.

33 U slučaju kad je nadležni svećenik, koji je bio pozvan da obavi crkveno vjenčanje, to odbio (a to je bilo u slučajevima kada, po crkvenim propisima, zbog raznih bračnih zapreka, vjenčanje nije bilo dopušteno) dopuštalo se, iznimno, da mjesna nadležna civilna vlast (kotarski poglavar, sreski načelnik) obavi građansko vjenčanje.

Crkveno bračno pravo pravoslavne crkve, čiji su izvori bili uglavnom odgovarajući crkveni propisi, važio je za pravoslavno stanovništvo. Bračni pravilnik srpske pravoslavne crkve od 27. maja (9. juna) 1933. važio je za pitanja forme braka i ocjenu njegove valjanosti. Za pripadnike srpskopравoslavne crkve, ovo pravo je priznavalo razvod, za razliku od prava za katolike. Prije razvoda, postojala je obaveza tzv. „mirenja supružnika“.

„Duhovni sudovi“ srpskopравoslavne crkve su bili nadležni za rješavanje svih bračnih pravnih sporova, osim imovinskopravnih, koji su potpadali pod isključivu nadležnost redovnih građanskih sudova.

Za muslimane je važio Zakon od 31. januara 1930. „o Islamskoj vjerskoj zajednici“ (Službene novine br. 29-X od 07. februara 1930.), odnosno Zakon od 25. marta 1936. „o Islamskoj vjerskoj zajednici“ (Službene novine br. 74-XVI od 31. marta 1936.).

Za starokatolike su važili propisi starokatoličke crkve prema Deklaraciji Ministarstva vjera Kraljevine SHS od 18. decembra 1923. br. 3389.

Iako su to osporavale i katolička i srpskopравoslavna crkva, za pripadnike starokatoličke crkve bili su nadležni starokatolički crkveni sudovi, za rješavanje svih bračnih pravnih sporova, osim, imovinskopravnih pitanja.

Civilno pravo, a ne konfesionalno, važio je za židove i evangelike, i to uglavnom odredbe sadržane u II gl. Općeg građanskog zakonika. Brakovi su se i dalje sklapali pred svećenicima, ali su za njihove bračne pravne sporove bili isključivo nadležni građanski sudovi.

Postojale su određene suprotnosti koje su se javljale u vezi sa pitanjem zakonitosti brakova, a posebno u nasljednopravnim pitanjima. Često je dolazilo do pravnih sporova u vezi sa tzv. mješovitim brakovima, čiju je valjanost jedna crkva priznavala, a druga nije i slično.

U ovakvim pravnim okolnostima dešavalo se da su se s jedne strane neki brakovi smatrali bigamijom, i to na osnovu pozitivnog prava, a s druge strane isticala se zakonitost takvih brakova, opet na osnovu drugih pozitivnih pravnih propisa.

Sve je ovo proizilazilo upravo iz činjenice što je država područje bračnog prava uglavnom prepuštala crkvi i kompetenciji „duhovnih sudova“.³⁴

Da bi se koliko toliko otklonile suprotnosti u crkvenom bračnom pravu, pokušalo

34 Vidjeti više, Dr. Hodimir Sirotković, Dr. Lujo Margetić, *Povijest države i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb, 1988., str. 272-274., Ferdo Čulinović, *Jugoslavija između dva rata, II*. Zagreb, 1961., str. 280-310., Mustafa Imamović, *Historija države...*, str. 301-315.

se vršiti izvjesno usklađivanje u pogledu ostalog neunificiranog prava. Ovaj zadatak je bio povjeren vrhovnim sudovima svih pravnih područja u državi na tzv. Općoj sjednici kasacionih sudova (koja se održavala povremeno, ali dosta rijetko). Ovdje su delegati spomenutih vrhovnih sudova, povodom konkretnih pravnih sporova i drugih aktuelnih pravnih pitanja, donosili svoje načelne odluke. Ove odluke nisu imale normativni karakter, nisu obavezivale sudove da prema njima postupaju kao po zakonskim propisima, ali su ipak po svom porijeklu imale značenje direktiva kojih su se sudovi po pravilu pridržavali u svojoj daljoj praksi. Međutim, ovo ipak nije mnogo uticalo na sudsku praksu u Kraljevini Jugoslaviji, jer su se Opće sjednice rijetko održavale, a njihov se rad ograničavao na srazmjerno mali broj pitanja.

Ova heterogenost, odnosno neunificiranost prava u Kraljevini Jugoslaviji, nametala je pitanje o postojanju uopće jedinstvenog pravnog sistema. Jer ako se uzme da je sistem unutrašnje jedinstvo pravnih normi na određenom državnom teritoriju, a u tadašnjoj Jugoslaviji postojao je spomenuti partikularizam prava, dolazilo se do tog problema. Ipak se može reći da je sveukupno pravo Kraljevine Jugoslavije bilo jedinstveno i sačinjavalo pravni sistem, jer unutrašnju vezu čitavog prava u Kraljevini, dakle i unificiranog i neunificiranog, sačinjavala je u prvom redu državna vlast. Njena emanacija je bila upravo to pravo. Čitavo pravo stajalo je u službi države, odnosno služilo je vladajućoj skupini u njoj, da se na taj način učvrsti i razvija poredak koji je odgovarao interesima te vladajuće klase.

Također, faktor unutrašnjeg jedinstva prava predstavljala je njegova ekonomska osnova i cilj. Pravo je predstavljalo instrument vlasti za razvitak tome odgovarajućih društvenih odnosa. Pored ostalih, upravo ova dva elementa su povezivala cjelokupno pravo Kraljevine Jugoslavije, dajući mu zajednički pečat i smjer njegovog daljeg razvitka.

Zaključak

Jedna od zakonitosti u razvoju prava jeste postojanje kontinuiteta između različitih pravnih sistema, odnosno između starog i novog prava. Nova politička vlast ne može odmah zamijeniti staro pravo. Ono u pravilu, nadživljava državu i sistem u kojoj je nastajalo. Pravni kontinuitet se održava i tako dolazi do procesa postepenog dovođenja pravnih propisa u sklad sa realnim društvenim odnosima i potrebama. Tako je i u periodu austrougarske vladavine, pravni poredak, na prostorima koji su ranije bili pod Osmanskim carstvom, bio izrađen na specifičnim osnovama, razlikujući se od pravnog sistema Austrije i Ugarske kao i od pravnog sistema Osmanske carevine. U tim osnovama su ugrađeni dijelovi nasljeđenog osmanskog

sistema i novog austrougarskog pravnog poretka. U zajedničkoj jugoslavenskoj državi, u uslovima izraženog pravnog partikularizma, na pojedinim područjima su, iz oblasti imovinsko-pravnih odnosa, i dalje važili propisi iz vremena austrougarske uprave. To se naročito odnosi na oblast bračnog prava.

Po samom ujedinjenju, našle su se u granicama države, oblasti i pokrajine koje su stoljećima imale svoj poseban razvitak. Neke zemlje sa južnoslavenskih područja su sve do ujedinjenja živjele u sklopu stranih državnih tvorevina koje su u njima zavodile i primjenjivale svoje pravo. Druge, kao što su Srbija i Crna Gora, nakon pada Osmanskog carstva, stvarale su svoje pravo sa svojim specifičnostima. U zajedničku državu su dakle, pojedine zemlje ušle sa svojim ranijim pravom. Iako je sebi postavila takav zadatak (naročito Vidovdanskim ustavom i članom 133.) novostvorena država nije mogla odmah izvršiti neki radikalan zahvat u tu pravnu heterogenost, ne samo zato što je vremenski i fizički to bilo nemoguće obaviti, nego još više zbog toga, što bi to unijelo čitav haos u ekonomsko-društvene odnose i izazvalo krajnji nered u ekonomskom i privatnom prometu.

Pravnu heterogenost je nova država tolerisala, međutim, samo u onoj mjeri u kojoj ona nije stajala na putu uspostave autoriteta državne vlasti, to jest samo u sferi imovinsko-pravnih odnosa među građanima.³⁵

Oblasti imovinskog i bračnog prava su ostale neujednačene i u tim granama prava primjenjivani su propisi koje je Kraljevina zatekla u pojedinim zemljama. Osnovna karakteristika pravnog sistema Kraljevine SHS, bio je pravni partikularizam, uz istovremeni rad na izjednačavanju (unifikaciji) zakona.

Unifikacija prava je bila prioritet nove vlasti, tako da je već prilikom formiranja prve vlade Kraljevine SHS, ustanovljeno Ministarstvo za izjednačavanje zakona, dok je Vidovdanski ustav članom 133. predviđao kraći zakonodavni postupak prilikom donošenja zakona koji se tiču izjednačavanja prava.

Potpuni pravni partikularizam vladao je u cijeloj oblasti materijalnog građanskog prava. Taj partikularizam se manifestirao kroz postojanje šest pravnih područja, svako sa svojim vrhovnim sudom.

Što se tiče pitanja braka, karakteristično za bosanskohercegovačko pravno područje je to što je isključivo važno konfesionalno-crkveno pravo, a na svim drugim područjima Kraljevine Jugoslavije, pored crkvenog bračnog prava, važno je barem djelimično i civilno bračno pravo.

Šerijatsko pravo se smatra konfesionalnim, iako su šerijatski sudovi bili ne crkveni (duhovni), nego državni sudovi.

Sva pravna područja, dakle, povezivala je ista državna vlast, a s tim u vezi i jedinstveno, unificirano, jugoslavensko pravo. Vrhovna državna vlast je

35 Avdo Sućeska, *Istorija države i prava naroda SFRJ*, Sarajevo, 1971., str 207.

nastojala uklanjati kolizije između tih prava, ali treba istaći da je svako pravno područje imalo svoj vrhovni sud, koji je u posljednjoj instanci rješavao pravni spor. Centralna državna vlast je nastojala da se što više ujednači i ubrza pravni saobraćaj između pojedinih pravnih područja. Pravna područja su međusobno saobraćala, a u slučaju zahtjeva za pravnu pomoć primjenjivale su se međunarodnopravne norme.

Literatura:

1. Begović, Mehmed, *Šerijatsko bračno pravo sa kratkim uvodom u izučavanje šerijatskog prava*, Beograd, 1936
2. Blažević, Velimir, *Mješovite ženidbe u pravu katoličke crkve*, KS, Zagreb, 1975.
3. Blažević, Velimir, *Ženidbeno pravo katoličke crkve, Pravno-pastoralni priručnik*, KS,
4. Budisavljević, Srđan, *Stvaranje države Srba, Hrvata i Slovenaca*, Zagreb, 1958.
5. Bušatlić, Abdulah, *Porodično i nasljedno pravo Muslimana*, Sarajevo, 1926.
6. Čaušević, Dženana, *Pravno politički razvitak Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2005.
7. Čulinović, Ferdo, *Dokumenti o Jugoslaviji, poslovnik za Ustavotvornu skupštinu*, Zagreb 1968.
8. Čulinović, Ferdo, *Jugoslavija između dva rata, II.*, Zagreb, 1961.
9. Đaković, Luka, *Položaj BiH u austrougarskim koncepcijama rješenja jugoslavenskog pitanja 1914-1918*, Tuzla, 1981.
10. Fine, V. A. John - Donia, Jr. Robert J., *BiH, tradicija koju su izdali*, Sarajevo, 1995.
11. Gligorijević, Branislav, *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji (1919-1929.)*, Beograd, 1979.
12. Hrelja, Kemal, *Kako je živio narod — Bosna i Hercegovina 1918-1941.*, Sarajevo, 1994.
13. Imamović, Mustafa, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak Bosne i Hercegovine 1878. – 1914.*, Sarajevo 1997.
14. Imamović, Mustafa, *Vjerske zajednice u Bosni i Hercegovini i Jugoslaviji između dva svjetska rata*, Sarajevo, 2008.
15. Imamović, Mustafa, *Historija države i prava BiH*, Sarajevo, 2003.
16. Imamović, Mustafa, *Historija Bošnjaka*, Sarajevo, 1997.
17. Imamović, Mustafa, *Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2006.,
18. Imamović, Mustafa, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Sarajevo 2006.
19. Janković, Dragoslav — Krzman, Bogdan, *Grada o stvaranju*

jugoslavenske države, Beograd, 1964.

20. Janković, Dragoslav, *Jugoslavensko pitanje i Krfska deklaracija 1917.*, Beograd, 1967.

21. Karčić, Fikret *Studije o šerijatskom pravu*, Zenica, 1997.

22. Petranović, Branko, *Istorija Jugoslavije 1918-1978.*, Beograd, 1981. (198.)

23. Petranović, Branko–Zečević, Momčilo, *Jugoslavija 1918.–1984.*

24. Pilar, Ivo, *Južnoslavenko pitanje*, Wien, 1918.

25. Popović, Olga, *Stojan Protić i ustavno rješenje nacionalnog pitanja u Kraljevini SHS*, Beograd, 1988.

26. Purivatra, Atif, *Jugoslavenska muslimanska organizacija u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Sarajevo 1984.

27. Sirotković, Hodimir - Dr. Margetić, Lujo, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb, 1988.

28. Stojkov, Todor, *Opozicija u vremenu šestojanuarske diktature 1929-1935.*, Beograd, 1970.

29. Sućeska, Avdo, *Istorija države i prava naroda SFRJ*, Sarajevo, 1971.

30. Šarac, Nedim, *Uspostavljanje šestojanuarskog režima 1929. godine sa posebnim osvrtom na BiH*, Sarajevo 1975.

31. Šišić, Ferdo, *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914 – 1919.*, Zagreb 1920.

32. Škalabrin, Nikola, *Ženidba, Pravno-pastoralni priručnik*, Đakovo, 1995.

33. Troicki, Sergije, *Izjednačenje državnog verskog zakonodavstva*, Beograd, 1940.

34. Zovko, Ljubomir, *Bosna i Hercegovina 1918 – 1943*, Mostar, 1990.

35. Zovko, Ljubomir, *Studije iz pravne povijesti Bosne i Hercegovine 1878 -1941*, Mostar, 2007.

Amra Mahmutagić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law of the University “Džemal Bijedić” in Mostar

LEGAL HETEROGENEITY IN THE COMMON STATE OF YUGOSLAVIA BETWEEN TWO WORLD WARS

Summary

After unification in 1918, areas and provinces that for centuries had its own separate development found themselves within the borders of a common state. The new union of states has set the task of unification of law. However, as this paper points out, a radical intervention in the legal heterogeneity could not be quickly realized. This was technically unfeasible, and would have resulted in a disarray of the economic and private sector. Thus, some legal areas were unified, while others were not. The legal areas that were unified include constitutional regulations and regulations on the organization and functioning of the state organs, as well as regulations pertaining to the judiciary, administration of justice, substantive criminal law and regulations on the court (civil and criminal) proceedings. A complete legal particularism reigned in all of the substantive civil law. This particularism was manifested through the existence of six legal areas over which jurisdiction was exercised by four Supreme Courts, each having two departments. The legal area of Bosnia and Herzegovina was under the jurisdiction of the Supreme Court in Sarajevo, which also included the Supreme Sharia Court. All jurisdictions were connected by the same state government and, in relation to it, the unique Yugoslavian Law. The central government authorities sought to eliminate collisions and unify and accelerate the legal activities between different areas.

Keywords: legal heterogeneity, unification, shared state, particularism, legal areas

BLOKADA RADA USTAVNIH SUDOVA ZBOG NEBLAGOVREMENOG IZBORA SUDIJA

Sažetak

U savremenim državama ustavni sudovi kao samostalani i nezavisni državni organi kojima se povjerava funkcija ustavnog sudovanja, prosuđivanja i rezonovanja najvišeg nivoa predstavljaju jednu od najznačajnijih ustavnopravnih institucija. Odlučuju o ustavnosti normativnih akata, rješavaju sporove o nadležnosti, sude najvišim državnim funkcionerima, odlučuju o povredi ustavom zagarantovanih ljudskih prava i sloboda. Ostvarivanje tih funkcija zahtijeva ne samo poseban autoritet, legitimitet i nezavisnost sudija ustavnih sudova, već i adekvatan broj sudija čime se obezbjeđuje rad suda u punom kapacitetu ili rad u pojedinim vijećima. Nažalost, u posljednjih par godina, veoma često se dešavalo da zbog neblagovremenog izbora sudija, dođe do blokade rada ustavnih sudova, čime se dovodi u pitanje ostvarivanje uloge ustavnog suda u savremenim pravnim sistemima, a samim tim dovodi se u pitanje i ostvarivanje vladavina prava. Upravo iz tog razloga u radu će nakon analize mjesta i uloge ustavnih sudova u savremenim državama, biti analizirani kriteriji i način izbora sudija ustavnih sudova, razlozi zbog kojih dolazi do neizbora sudija, te mjere koje se preduzimaju u cilju sprječavanja blokade rada suda. Na kraju rada bit će dati prijedlozi i preporuke u cilju rješavanja navedenih problema.

Ključne riječi: ustavni sudovi, izbor sudija, blokada rada, produženje mandata

Uvod

Za vladavinu prava i pravnu sigurnost u jednom pravnom sistemu od velike je važnosti da ustavni sudovi nesmetano izvršavaju svoje funkcije. Ustavni sudovi moraju kontinuirano djelovati, moraju biti neosjetljivi na potrebe i krize u drugim granama državne vlasti. Ne smiju stati sa radom kada padne vlada, ili kada se raspišu izbori, jer su upravo tada najpotrebniji. Nažalost, u posljednjih par godine, krize u drugim granama vlasti se reflektuju na sam ustavni sud, koji veoma često upravo zbog neispunjenja ustavnih zadaća organa nadležnih za izbor sudija, ostaje bez odgovarajućeg broja sudija što dovodi u pitanje rad ustavnog suda uopće ili rad u pojedinim vijećima. Ove blokade uzrokovane neizborom sudija uglavnom se javljaju u tzv. novim demokratijama, odnosno državama u tranziciji u kojima veoma često dolazi do blokade rada ustavnih sudova. Kao ilustrativni primjer možemo uzeti situaciju u susjednoj Republici Hrvatskoj u kojoj će sasvim izvjesno u maju 2016. godine doći do blokade rada Ustavnog suda, jer će broj sudija, zbog prestanka mandata određenog broja sudija spasti na šest od ukupno trinaest sudija, jer Hrvatski sabor nije izabrao nove sudije.¹ Ovakve situacije smo imali i u drugim državama kao npr. u Srbiji, čiji Ustavni sud u periodu od 200. godine do danas dugo vremena nije uopće funkcionisao, zbog neizbora sudija ustavnog suda, odnosno neizbora predsjednika ustavnog suda, te nedostatka finansijskih sredstava za njegov rad.² U Češkoj je također Ustavni sud u ljeto 2003 godine izgubio pravo da odlučuje o ustavnosti zakona zbog činjenice da je broj sudija spao na manje od 12, zbog nesaglasnosti predsjednika i Parlamenta o izboru sudija.³ Ovaj problem nije zaobišao ni Bosnu i Hercegovinu. Ustavni sud Federacije BiH, čak šest godina nije mogao odlučivati o određenim pitanjima zbog nemogućnosti formiranja Vijeća za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa, također zbog neblagovremenog izbora sudija.⁴ Navedeni slučajevi iz prakse ukazuju da do blokade rada ustavnih sudova najčešće dolazi zbog neblagovremenog izbora sudija. Stoga će u nastavku rada nakon osvrta na samo ustavno sudstvo biti analizirani kriteriji i načini izbora sudija ustavnih sudova u uporednom pravu u

1 Vidjeti više, Branko Smerdl, Kriza ustavnog suda: narav pogibelji i znanstveni odgovor, Prijedlog ustavno utemeljenog rješenja obnove Ustavnog suda Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revije, Zagreb 2016., str. 1-17.

2 U periodu od 2001. do 2007 godine, Ustavni sud Srbije nije radio više od dvije godine, u 2001. godini skoro punih jedanaest mjeseci, u 2002 više od sedam mjeseci, u 2006 više od tri mjeseca i u 2007 više od 6 mjeseci, dakle skoro 1/3 vremena. Više vidjeti, Momčilo Grubač, Ustavno sudstvo u Srbiji; Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad 2011., str. 565.

3 Vidjeti više. Robert Podolnjak, Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 57. broj 3. Zagreb 2007., str. 562.

4 Vidjeti više, Branko Perić, Izbor sudija ustavnih sudova u BiH-kontraverze i moguća rješenja, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012., str. 161-179.

cilju utvrđivanja osnovnih razloga koji dovode do neizbora sudija, a samim tim i do blokade rada ustavnih sudova.

1. Uopće o ustavnom sudstvu

Ustavno sudovanje u širem smislu, sudsko rješavanje o određenim ustavnim pitanjima; u užem smislu, sudsko ispitivanje ustavnosti zakona radi ostvarivanja vladavine prava (rule of law). Ustavno sudovanje osigurava načela ustavnosti i zakonitosti te premoći ustava nad zakonom i drugim aktima, čime se ostvaruje koncepcija pravne države (Rechtsstaat).⁵

Ustavno sudstvo-ustavno sudovanje, u poređenju sa klasičnim državnim funkcijama, predstavlja državnu funkciju novijeg datuma. Svoje izvorište našla je u zahtjevu da se osigura i sačuva demokratski ustavni poredak, odnosno u zahtjevu da se uspostavi efikasna institucija koja će vršiti kontrolu ustavnosti i zakonitosti i omogućiti da se ustav kao „lex superior“ u jednom pravnom poretku i stvarno primjenjuje. U ostvarivanju tih ciljeva, odnosno uspostavljanja pravne države i vladavine prava postavilo se i pitanje ko treba biti ovlašteni subjekt koji će odlučivati jesu li zakoni i drugi propisi u skladu sa ustavom? Ko treba čuvati ustav? Mišljenja su bila različita. Neki su smatrali da o tome treba da odlučuju redovni sudovi, a drugi da je to nadležnost posebnog tijela - ustavnog suda ili njemu odgovarajućeg tijela kao što je npr. Ustavni savjet u Francuskoj. U skladu sa tim mišljenjima u uporednim ustavnim sistemima funkcija ustavnog sudovanja se povjerava različitim organima. U većini evropskih država prihvaćen je sudski sistem kontrole ustavnosti i to tzv. austrijski, Kelzenov model kontrole ustavnosti, u kojem se kontrola ustavnosti i rješavanje ustavnih sporova povjerava ustavnim sudovima.⁶ Ovaj sistem kontrole ustavnosti preovladava u zemljama članicama Evropske unije,⁷ te zemljama u okruženju.⁸

Upravnoj i političkoj teoriji već godinama postoji spor o prirodi i karakteru ustavnog sudovanja i ustavnog sudstva, odnosno njegove funkcije koji se uglavnom sastoji u sljedećem: Da li je ustavno sudstvo činjenje koje u biti ne predstavlja ništa drugo do vid posebnog i posrednog zakonodavnog djelovanja? Ili je ustavno sudstvo, na šta upućuje i sam njegov naziv, sudska funkcija primijenjena u posebnoj vrsti sporova? Da li je, upravo zbog dvije prethodne mogućnosti, ustavno sudstvo

5 Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb 2007., str.1717.

6 Vidjeti više, Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Slovo, Mostar 2000., str 462.

7 Od 28.zemalja članica Evropske unije čak 19 zemalja imaju ustavni sud: Austrija, Belgija, Bugarska, Francuska (Ustavni savjet), Hrvatska, Njemačka, Italija, Portugal, Rumunija, Španija, Kipar, Češka, Mađarska, Letonija, Litvanija, Malta, Poljska, Slovačka i Slovenija.

8 Sve zemlje nastale na području bivše Jugoslavije imaju ustavne sudove.

posebna djelatnost državnih organa koja izmiče tradicionalnim klasifikacijama i zasluuže status posebne funkcije vlasti, njihove funkcije sui generis?⁹

U vezi sa prvim svojstvom ustavnog suda mora se poći od činjenice da ustavni sud kao svoju osnovnu funkciju ima kontrolu ustavnosti zakona. Ipak, ustavni sud nije donosilac zakona, i time stvaralac važećeg zakonodavstva na način kako to čini ustavom ovlašteni zakonodavac – parlament. Ustavni sud ne odlučuje o tome šta će biti novi zakon, ne propisuje nova pravila obavezujućeg ponašanja, niti ima moć da važeći zakon mijenja, odlučujući o novoj, promijenjenoj sadržini koja nije prikladna. Ustavni sud može „samo“ odlučujući o ustavnosti jednog zakona, taj zakon da ukine, da ga proglasi nesaglasnim sa ustavom, te tako onemoguću njegov daljnji opstanak u pravnom prometu. Nesumnjivo, ustavni sud tako učestvuje u zakonodavnoj nadležnosti, ali on pozitivno zakonodavstvo ne osmišljava i uobličava stvaranjem, dopunom i izgradnjom, već ukidanjem, eliminacijom, onemogućavanjem dalje važnosti pojedinih zakona. Stoga se trebamo složiti sa Hansom Kelsenom, „ocem austrijskog Ustavnog suda“ koji kaže da Ustavni sud jeste „negativni zakonodavac“ organ koji ne odlučuje šta će zakon biti, ali odlučuje šta zakon ne može da bude.¹⁰

Iznijetom mišljenju suprotno je mišljenje po kome ustavno sudstvo nije ništa drugo do sudstvo, primjenjeno u posebnoj vrsti sporova. Ustavni sudovi, po ovom shvatanju, imaju prirodu i značaj redovnih sudova, jer vrše pravnu djelatnost kao i ostali sudovi primjenjujući norme na konkretne slučajeve, u prvom redu zakone. Sud donosi odluku o ustavnosti zakona, o njegovoj saglasnosti sa ustavom. Postupak, te način donošenja odluka je sudski. Angažovanje ustavnog suda inicirano je postojanjem spora, sud se upravo i aktivira ne bi li se nastali spor razriješio. Strane u sporu su zakonodavac i ustavotvorac, a na sudu je da odluči koja od njih je u datom slučaju u pravu. Ovakvo stajalište dijelom se može prihvatiti. Ustavni sud zaista djeluje kao sud, presuđuje u sporovima. Međutim, razlike u odnosu na redovno sudstvo su znatne i lako uočljive. Ovdje se susrećemo sa posebnim strankama, predmetom spora, pa i posebnim postupkom. Ustavno

9 Ovo su tri najrasprostranjenija i najčešće spominjana gledišta o prirodi ustavnog sudstva. Naravno u teoriji se javljaju još neki pokušaji označenja prirode ovih organa kao što su određivanje ustavnog suda kao „kabineta u sjenci“ (Schattenkabinet), jer jednako kao i zakonodavstvu, osjeća se učešće ustavnog suda i u domenu izvršne vlasti, kad se njegove aktivnosti usmjere na kontrolu akata vlade. Ukidanjem tih akata ustavni sud ne čini ništa drugo do „indirektno reformiranje“ njene normativne nadležnosti. Ustavni sud javlja se u nekim zemljama, kao npr. SR Njemačkoj, i kao instanca najvišeg stepena (Superrevisioninstanz), u odnosu na redovne, upravne i druge sudske nadležnosti koje su ostavljene kontroli ustavnog suda. Vidjeti više, R.Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, Wien 1963, p.206. prema Olivera Vučić, O prirodi Ustavnog suda, Pravni život, Beograd, broj 12/2000, str. 692.

10 H.Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veroffentlichungen der vereinigen der Deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtler za Wien am 23.und 24. April 1928, Berlin und Leipzig 1929.

sudstvo jeste sudstvo, ali ne redovno, već sudstvo čija je nadležnost osobena, drugačije sadržine od one koja se povjerava redovnim sudovima, te je zbog toga ustavni sud jedno istinsko sudsko tijelo i ustavni organ obdaren najvišim autoritetom, bitno različit od redovnih sudova.

Treće gledište je direktno uslovljeno argumentima iz prethodna dva. U suštini ono je posljedica svih činjenica koje se, u želji dokazivanja ispravnosti svakog od njih, navode. Ustavni sud jeste, ali samo u izvjesnom smislu, zakonodavac, i to „osobeni“, jer nije pozitivni znači istinski, pravi, autentični zakonodavni organ, već negativni zakonodavac. Ustavni sud jeste sudski organ, on jeste sud, ali stranke o čijim pravima on odlučuje su osobene, mjerilo kojim se služi nije zakon, nego ustav, postupak koga se pridržava je sudski ali nužno prilagođen svim navedenim svojstvima, osobena je i presuda, te u njoj sadržana sankcija. Pristalice ovog shvatanja smatraju da poslije svega navedenog ne ostaje prostora da se ustavno sudstvo kvalifikuje odnosno odredi kao jedna od već postojećih, poznatih funkcija državne vlasti. Ona je toliko osobena i različita od zakonodavstva, sudstva i izvršenja da zaslužuje status posebne državne funkcije, funkcije sui generis.

Svako od ponuđenih gledišta nesporno nosi određeni dio svojstava ustavnog sudstva, dio njegove prirode. Mana im je što njihove pristalice, zaokupljene jednim dijelom odabranih svojstava, od njih ne vide ona druga, jednako važna svojstva ustavnog sudstva. Ako ustavni sud i ima izvjesnu ulogu zakonodavnog karaktera, to se nikako ne smije razumjeti kao isključivanje njegovih suštastveno sudskih odluka, niti to negira njegovu opću posebnost.

Obzirom na sve navedeno najpriličnije je ustavni sud razumjeti kao ustavni, sudski oblikovan organ koji postupa pretežno na sudski način i istovremeno sa šefom države, parlamentom i vladom predstavlja najviši, vrhovni ustavni organ, jer je, u funkcionalnom smislu, najviši odlučujući organ s pravom kontrole ispitivanja zakona uz mogućnost njihovoga ukidanja.

U savremenim državama ustavni sudovi kao samostalni i nezavisni državni organi kojima se povjerava funkcija ustavnog sudovanja, prosuđivanja i rezonovanja najvišeg nivoa predstavljaju jednu od najznačajnijih ustavnopravnih institucija. Njima se povjerava ne samo kontrola ustavnosti, već i rješavanje brojnih drugih sporova. Savremeni ustavni sudovi rješavaju organske sporove, sude najvišim državnim funkcionerima, rješavaju izborne sporove, zabranjuju rad političkim strankama itd. Vršenje tih funkcija, odnosno nadležnosti ustavnih sudova, u velikoj mjeri ovisi o rješenjima za izbor njihovih sudija. Adekvatan način izbora treba da obezbijedi ne samo poseban autoritet i legitimitet sudija, već i da osigura blagovremen izbor sudija, što omogućava vršenje njihovih funkcija, a samim tim doprinosi ostvarivanju njegove uloge u pravnom sistemu.

2. Izbor sudija ustavnih sudova.

Tradicionalno pitanje izbora sudija ustavnih sudova uređuje se samim ustavom, spada u materiam constitutionis. Rješenja iz uporednog prava pokazuju, a to je potvrdila i sama ustavna teorija, da ne postoje općeprihvaćeni standardi kako u pogledu sastava tako i u pogledu izbora sudija ustavnih sudova. Svaka država u skladu sa svojom tradicijom, odnosom političkih snaga i drugim okolnostima kreira vlastita rješenja. U svim sistemima, bez obzira na već spomenute razlike izbor sudija je uslovljen ispunjavanjem određenih kriterija za izbor sudija te dobijanjem podrške od strane organa koji su uključeni u izbor i imenovanje sudija.

2.1. Kriteriji za izbor sudija

Nastojeći da osiguraju sastav ustavnog suda, koji će biti uslov njegovog dobrog funkcionisanja, ustavotvorci savremenih evropskih zemalja, po pravilu utvrđuju posebne uslove za izbor i imenovanje sudija ustavnog suda. Ti uslovi se određuju ustavom uz mogućnost nešto ekstenzivnijeg definisanja u zakonu o ustavnom sudu. S obzirom na značaj i ulogu ustavnih sudova u savremenim ustavnim sistemima od sudija ustavnog suda traži se ispunjenost, ne samo općih uslova (uslova za rad, odnosno uslova za izbor na javnu funkciju), već i određenih posebnih, dodatnih objektivnih i subjektivnih uslova, koji treba da obezbijede kompetentno, profesionalno i stručno vršenje ustavnosudske funkcije. Objektivni kriteriji su vezani za pravničko ili drugo obrazovanje, određene godine starosti, radno iskustvo, položen pravosudni ispit.

U najvećem broju država sudija treba biti pravnik, mada se negdje prihvataju i drugi fakulteti društvenih nauka. Na pravničkom obrazovanju ne insistiraju Armenija, Francuska, Turska i Lihtenštajn.¹¹ U ostalim državama, sudija mora biti pravnik. Naravno, ne običan pravnik već osoba koja je u svom dosadašnjem radu u pravosudnim institucijama i na pravnim fakultetima stekla odgovarajuće iskustvo koje treba doprinjeti autoritetu i kvaliteti rada samog suda. Stoga se u većini ustavnih sistema vodi računa o značaju životnog i prethodnog stručnog iskustva. Upravo iz tog razloga često se utvrđuju minimalne godine starosti kao uslov za izbor u zvanje sudije ustavnog suda. Najčešće se propisuje najniža dobnu granicu za izbor (npr. Njemačka, Slovenija i Srbija – 40 godina starosti, Mađarska - 45 godina). Drugi uslov koji je također veoma čest u uporednom pravu je minimum godina iskustva u pravnoj struci (npr. U Bugarskoj i Srbiji – 15 godina, Rumuniji-18, Mađarskoj -20, Italiji- 20) odnosno rad u pravosudnim ili drugim

11 Kasim Trnka, Nužnost revizije ustavnih rješenja o izboru sudija ustavnih sudova u BiH, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012., str. 143-161.

institucijama (npr. pravnim fakultetima) u određenom vremenskom periodu.¹² Ustavi najčešće preferiraju iskustvo iz rada u pravosudnim institucijama, državnoj administraciji i na pravnim fakultetima. Tako italijanski ustavotvorac predviđa da se sudije biraju iz reda sudija drugih sudova, profesora pravnih fakulteta i advokata sa najmanje dvadeset godina prakse.¹³ Zbog širine oblasti i različitih nadležnosti, koje istovremeno traže i razne vrste pravne specijalizovanosti, ali i različite pristupe problematici, poželjan je pravno-strukovno mješoviti sastav suda.¹⁴ Sličan stav ima i Venecijanska komisija, koja smatra da je veoma poželjno u sastavu ustavnog suda, pored karijernih pravnika, imati i univerzitetske profesore prava kao i osobe koje su radile u zakonodavnoj i izvršnoj vlasti.¹⁵

Propisivanje dobne granice (bilo života ili rada u struci) opravdava se sprječavanjem mogućnosti da na dužnost suca ustavnog suda kao jednu od najistaknutijih dužnosti pravnih zvanja budu izabrane izuzetno mlade, pravno neafirmisane osobe, ali politički bliske vladajućoj garnituri.¹⁶ Dodatni argument ovom uslovu je činjenica da bi pozicija sudije ustavnog suda trebala biti kruna karijere pravnika i njegov posljednji posao nakon kojeg ide u zasluženu penziju, a ne zanimanje na polovini pravne karijere.

Životno iskustvo, odnosno godine starosti se lako utvrđuju, dok se „stručno“ iskustvo najčešće valorizuje kroz odgovarajuće položene stručne ispite, drugi vidovi isticanja u stručnoj karijeri, objavljivanje naučnih i stručnih radova. Naravno u nekim državama zbog potrebe da sastav ustavnog suda odražava pluralističku strukturu i sastav suda, kandidati moraju ispunjavati i uslove koji se tiču pripadnosti određenom govornom području i poznavanja jezika.¹⁷

12 Tako npr. član 5.i 6. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske propisuje da se sudije biraju iz reda istaknutih pravnika, osobito sudaca, državnih odvjetnika, odvjetnika i sveučilišnih profesora pravnih znanosti, sa najmanje 15 godina radnog iskustva u pravnoj struci, koji su se u svom dosadašnjem radu istakli svojim stručnim ili znanstvenim radom, odnosno svojim javnim djelovanjem. Za doktore pravnih znanosti traži se 12 godina radnog iskustva.

13 Član 135 Ustava Italije tekst ustava dostupan na http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/costituzione_EN.pdf

14 Savo Manojlović, Izbor i položaj sudija ustavnog suda u Republici Srbiji, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012., str. 57-91.

15 Mišljenje Venecijanske komisije: Opinion of the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey CDL-AD (2004)) 024.

16 Vladan Petrov, Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik?, u Šarčević E. (ur) Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012., str. 229-249.

17 Kandidati za sudije Ustavnog suda Belgije pored ispunjavanje već spomenutih uslova moraju dolaziti sa holandskog ili francuskog govornog područja, a jedan mora poznavati njemački jezik.

Navedeni objektivni kriteriji, vezani za već spomenute godine starosti, pravničko ili drugo obrazovanje te radno iskustvo su lako provjerljivi i prihvaćeni u ustavnoj teoriji. Propisivanjem većeg broja objektivnih kriterija postiže se ne samo bolji kvalitet izabranih sudija, već se sužava prostor za politički voluntarizam. Upravo zbog toga ustavna teorija preferira objektivne kriterije. Tako npr. prof Lauc konstatuje: „Pitanje legitimacije oko odabira sudaca mora se fokusirati na to šta je esencijalni trend pravosuđa u demokratskom društvu, a to je odabir sudaca baziran na isključivo objektivnim kriterijima izvan političkog utjecaja u namjeri jačanja njegove neovisnosti o ostalim granama vlasti i njihovoj autonomiji, u smislu da mogu odlučivati isključivo na osnovu zakona (prava) bez bilo kakve presije političkog uticaja“.¹⁸

Pored navedenih uslova, većina ustava uslovljava izbor sudija navođenjem različitih atributa odnosno subjektivnih uslova (uvaženi poznavalac prava, visokoprofesionalno kompetentan, visoki moralni i stručni integritet, istaknuti pravnik).¹⁹ Savremeni ustavotvorci po uzoru na velike ustavne sudove (Njemačke, Austrije, Italije i Španije) najčešće propisuju da je uslov za izbor sudija pravni standard „istaknuti pravnik“.²⁰ Ove kriterije propisuju skoro svi ustavi bez detaljnog definisanja navedenih pojmova²¹ što ostavlja širok prostor za njihovo tumačenje od strane organa nadležnih za njihov izbor. S obzirom na činjenicu da se taj pojam ne definiše postavlja se pitanje: Ko se može smatrati istaknutim pravnikom visokog moralnog ugleda? Da li je to samo pravni stručnjak ili osoba koja po nekim drugim kvalitetima ističe od ostalih pravnika. Postoje dva tumačenja ovog pojma. Prema jednom, istaknuti pravnik je vrhunski pravni stručnjak, pravnik koji se izdvaja po profesionalnim dostignućima od ostalih pravnika. Osoba koja raspolaze najvišim znanjima u tumačenju i primjeni prava, pogotovo najvećeg pravnog akta-ustava, a njegovi stručni ili naučni kvaliteti ga izdvajaju među pravicima.²² Ono što ga izdvaja od ostalih pravnika nije samo radno iskustvo, životna dob te formalno visoke kvalifikacije,²³ već drugi dokazi njihove izuzetnosti a to mogu biti stručni i naučni radovi u određenoj oblasti prava, presude u velikim predmetima i sl.

18 Z.Lauc, Novo uređenje statusa sudaca ustavnog suda: od načina izbora do materijalnih osnova njihova rada, u Hrvatsko ustavno sudovanje, ur. J. Barbić. Zagreb 2009., str. 292.

19 Npr. Ustavi Poljske, Slovačke, Rumunije, Bugarske i Hrvatske propisuju ovakve uslove.

20 Izuzev Ustava Slovenije, gdje se sudije biraju iz reda pravnih stručnjaka, u svim ostalim državama nastalim na području bivše Jugoslavije normiran je ovaj uslov.

21 Ustavi svih država nastalih na području bivše SFRJ izuzev Slovenije navode da sudija mora biti istaknuti pravnik, bez preciznog definisanja tog pojma. Izuzetak je Republika Hrvatska gdje je ovaj uslov najjasnije definisan u članu 5 i 6. Zakona o Ustavnom sudu.

22 Vidjeti više: V. Petrov, navedeni rad, str 238.

23 Sudije najviših sudova u zemlji, profesori na pravnim fakultetima i sl.

Po drugom tumačenju, istaknuti pravnik mora posjedovati izuzetna lična svojstva, kao što su visok moralni integritet, autonomnost mišljenja, hrabrost, umjerenost, razvijenu svijest o odgovornosti. On je elitni predstavnik svoje profesije koji je spreman da sudi i političkoj vlasti, da služi samo jednom gospodarstvu – Ustavu.²⁴

Kao što vidimo u okviru prvog shvatanja akcenat je stavljen na izuzetnost u radu određenog kandidata. Vrhunske pravničke kvalitete kandidata za sudiju shodno ovom tumačenju je moguće, istina nikad do kraja, precizno pravno definisati. Po drugom shvatanju gdje je akcenat stavljen na lična svojstva kandidata, uslovi se ne mogu tako lako precizirati, niti kasnije u procesu izbora provjeriti.

Nesporno je da je drugo tumačenje pojma istaknuti pravnik šire i kompletnije, te da se primjenom ovog shvatanja obezbjeđuje izbor ne samo pravnog stručnjaka, već i osobe neprikosnovenog moralnog autoriteta, individue koja će hrabro, umjereno, osjećajući duh institucije u kojoj vrši funkciju i imajući razumijevanja za širi društveno politički kontekst u kojem odlučuje, odlučivati rukovodeći se prvenstveno ustavom.

Postojanje subjektivnih kriterija, odnosno propisivanje da kandidat za sudiju mora biti „istaknuti pravnik“ doprinosi izboru najboljih kandidata. Stoga je poželjno da se uz objektivne kriterije propišu i subjektivni, s tim da bi u slučaju normiranja subjektivnih kriterija iste trebalo detaljno pravno normirati u onoj mjeri u kojoj je to moguće. U suprotnom, organi nadležni za izbor sudija samostalno tumače ovaj pravni standard što otvara vrata političkom voluntarizmu. Propisivanje kriterija „istaknuti pravnik“ treba posmatrati u jednom širem kontekstu, kontekstu broja sudija i mandata na koji se biraju. Nije isto propisati ovaj kriterij za izbor sudija kod ustavnih sudova sa relativno malim brojem sudija i onih sa previsokoodmjernim brojem sudija. Niti je isto propisati ovaj kriterij kod vremenski ograničenog i stalnog mandata.²⁵ Ukoliko je u pitanju sud sa relativno velikim brojem sudija koji se biraju na vremenski ograničen mandat, postavlja se pitanje da li je u slučaju ovako postavljenog kriterija realno moguće pronaći toliko nesporno „istaknutih pravnika“ pogotovu u slučaju ograničenog mandata bez mogućnosti reizbora. Stoga, prilikom pravnog normiranja ovih kriterija treba voditi računa ne samo o njihovom što detaljnijem preciziranju kroz ustavne norme već i o broju sudija i mandatu na koji se biraju, jer u suprotnom zbog deficita „istaknutih pravnika“ može doći do neizbora sudija ustavnog suda.

Sama priroda Ustavnog suda, odnosno činjenica da je ustavni sudija „čuvar ustava“ nesporno govori u prilog tome da je postavljanje gore navedenih uslova,

24 Vidjeti više: V. Petrov, navedeni rad, str. 238.

25 Mandat sudija ustavnog suda može biti vremenski omeđen ili trajan. U slučaju vremenskog ograničenja mandata sudije se biraju na određen vremenski period (najčešće, 9, 10 ili 12. godina) uz mogućnost neograničenog reizbora, uz ograničenje na jedan reizbor, ili bez mogućnosti reizbora. Kod trajnog mandata, sudije obavljaju funkciju u principu do ispunjavanja uslova za penziju, odnosno do 70 godine života.

ako ne nužno onda poželjno. Ipak, mora se konstatovati da je mnogo prihvatljivije postavljati samo objektivne uslove (godine života, diploma, radno iskustvo) koji su lako provjerljivi i nesporno se dokazuju, nego subjektivne (visoki moralni integritet, uvaženi poznavalac i sl.) jer se ta svojstva u slučaju osporavanja vrlo teško dokazuju.

2.2. Organi koji vrše izbor ili imenovanje sudija

Pored ispunjavanja uslova za izbor, kandidati za sudije ustavnih sudova moraju dobiti i podršku organa nadležnih za izbor sudija. Izbor sudija ustavnih sudova se povjerava predstavničkim tijelima, vladi, šefu države, nezavisnim tijelima, koji samostalno ili kroz različite vrste saodlučivanja sa drugim tijelima vrše izbor sudija. Svaka od država samostalno odlučuje kome će povjeriti izbor sudija, odnosno opredjeljuje se za neki od tri osnovna modela izbora koja postoje u uporednom pravu.

2.2.1 Sistem izbora od strane predstavničkih tijela

Sistem izbora od strane predstavničkih tijela je prihvaćen u najvećem boju država.²⁶ U onim državama koje se opredjeljuju za ovaj način izbora postoje značajne razlike. Tako u nekim državama parlament ima ekskluzivno pravo izbora, ovlaštenje da taj izbor vrši samostalno bez prijedloga drugih organa vlasti ili institucija. Takvo rješenje imamo u Republici Hrvatskoj gdje izbor sudija vrši parlament na osnovu prijedloga odbora Hrvatskog sabora nadležnog za Ustav.²⁷ Slično rješenje imamo i u Mađarskoj. Ustavni sud Mađarske sastoji se od jedanaest članova koje bira također parlament. Sudije Ustavnog suda predlaže Odbor za predlaganje koji se sastoji od po jednog člana svake političke stranke zastupljene u parlamentu. Za izbor je potrebna dvotrećinska većina glasova.²⁸ U nekim državama, parlament ima odlučujuću ulogu u izboru sudaca, međutim izbor nije njegovo ekskluzivno pravo, već se vrši na osnovu prijedloga drugih organa vlasti. Takvo rješenje imamo u Sloveniji gdje sudije bira parlament – Državni zbor, na osnovu prijedloga predsjednika Republike koji ima isključivo pravo predlaganja kandidata.²⁹ Dosta slično rješenje predviđa i makedonski ustavotvorac. Sudije Ustavnog suda Makedonije bira Sbranje i to većinom glasova svih poslanika, na mandatni period od 9 godina uz apsolutnu zabranu reizbornosti.³⁰ Ovlašteni predlagači za

26 Njemačka, Portugal, Poljska, Mađarska, Litva, Slovenija, Rusija, Hrvatska itd.

27 Prema Poslovniku Hrvatskog sabora (Narodne novine, br 81/2013) to je Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav. Člankom 60. stavkom 1.alinejom 5. Poslovnika izrijeком je propisana nadležnost tog odbora za provođenje postupka prikupljanja kandidatura i predlaganja kandidata za izbor sudaca Ustavnog suda.

28 Član 32a. Ustava Republike Mađarske iz 2003. godine.

29 Vidjeti više, Igor Kaučić, Volitve in mandat sodnikov ustavnega sodišča, Javna uprava, Letnik 42, br.2-3, Ljubljana 2006., str. 415-419.

30 Vidjeti član 68. I član 109. Ustava Republike Makedonije. Tekst Ustava Republike Makedonije preuzet sa: <http://www.usud.gov.mk/>

izbor sudija su: Predsjednik Republike, koji predlaže dvoje sudija, Republičko sudsko vijeće, koje također predlaže dvoje sudija i Sabor koji predlaže pet sudija. U Poljskoj parlament (Sejm) bira petnaest sudija Ustavnog suda na period od devet godina bez prava reizbora, a predsjednika i potpredsjednika Ustavnog suda imenuje Predsjednik Republike između kandidata koje je predložila Opća skupština sudaca Ustavnog suda.³¹

Drugi model u okviru kojeg parlament ima odlučujuću ulogu u izboru sudija onemogućava pretjeranu politizaciju izbora, jer u izboru ne učestvuju samo političke partije zastupljene u trenutnom sazivu parlamenta, već i drugi organi koji nužno ne moraju biti iz iste političke grupacije kao i parlamentarna većina. Stoga je poželjno postupak predlaganja kandidata parlamentu dodijeliti drugim organima a posebno sudovima i drugim uglednim pravnim institucijama, a ne samo predsjedniku države ili vladi. U onim slučajevima gdje parlament samostalno ili na prijedlog šefa države vrši izbor sudija do izražaja dolazi dominantan utjecaj političkih opcija zastupljenih u parlamentu.

Posebno pitanje u okviru izbora sudija od strane parlamenta predstavlja izbor sudija u bikameralno uređenim parlamentima. Ko u tom slučaju treba vršiti izbor, donji predstavnički dom, gornji dom ili oba doma zajedno? I po tom pitanju postoje različita rješenja u uporednom pravu. U većini slučajeva izbor vrši predstavnički dom (npr. Poljska, Slovenija). Naravno, postoji i obrnuta situacija, gdje je za izbor sudija nadležan gornji dom (npr. u Ruskoj Federaciji).³² U nekim državama, u izboru sudija učestvuju oba doma parlamenta. U SR Njemačkoj, šesnaest sudija Saveznog ustavnog suda biraju se u dva odvojena senata od po osam sudija. Svaki dom parlamenta bira po osam sudija na prijedlog ministra pravosuđa, ali ne na isti način. Bundestag ne bira sudije neposredno, već formira posebno 12-člano elektorsko tijelo (Richterwahlausschuss) izabrano srazmjerno stranačkom sastavu tog parlamentarnog doma, dok Savezno vijeće (Bundesrat) neposredno bira osam sudija Saveznog ustavnog suda.³³ Izbor u donjem predstavničkom domu podrazumjeva da se pri izboru više vodi računa o volji građana iz cijele zemlje dok se u ostala dva slučaja u postupak izbora vodi računa i o interesu federalnih jedinica, koje mogu imati odlučujuću ulogu u izboru sudija kao npr. u Ruskoj federaciji. Federalno državno uređenje određene države svakako zahtijeva uključenost federalnih jedinica u izboru sudija bilo kroz glasanje u oba doma parlamenta ili dodijeljivanjem ove nadležnosti isključivo gornjem domu koji izražava jednakost federalnih jedinica.³⁴

31 Član 194. Ustava Republike Poljske iz 1997. godine.

32 Stašun Boris Aleksandrovič, Ustavni sud Ruske Federacije, Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 11, Beograd 1997., str. 1018.

33 Član 94. Osnovnog zakona SR Njemačke iz 1949. godine i članovi 1.-9 Zakona o Saveznom ustavnom sudu iz 1951. godine.

34 Vidjeti više, S. Manojlović, navedeni rad, str. 68.

Sistem izbora od strane predstavničkih tijela, bilo da se radi o modelu samostalnog ili odlučujućeg izbora obezbjeđuje dominantan politički utjecaj političkih opcija zastupljenih u trenutnom sazivu parlamenta prilikom izbora sudija. Upravo iz tog razloga ustavi nekih zemalja, imajući u vidu značaj ustavnog suda i potrebu da se obezbijedi njegova nezavisnost u odnosu na vladajuće političke stranke, propisuju da se odluka o izboru sudija donosi kvalificiranom većinom (dvotrećinskom ili tročetvrtinskom)³⁵ čime se obezbjeđuje i učešće predstavnika opozicije. Kvalificirana većina tjera političke stranke da se sporazumiju. One moraju naći konsenzus, jer nijedna stranka u principu nema dvotrećinsku većinu u parlamentu. Ukoliko se konsenzus ne postigne izbor sudija postaje upitan. Očit primjer je posljednji izbor sudija u Republici Hrvatskoj u kojoj je također predviđeno da se sudije biraju dvotrećinskom većinom. U maju 2015. zbog nedostatka političke volje i kompromisa propao je izbor sudija Ustavnog suda Hrvatske jer niti jedan od predloženih kandidata nije dobio potrebnu većinu.³⁶

2.2.2. Izbor sudija od strane šefa države

Drugi sistem izbora sudija ustavnih sudova podrazumjeva da izbor vrši šef države, dok ostali organi vlasti daju prijedloge ili saglasnost na izbor sudija. Ovaj model prihvaćen je u Austriji, Španiji, Češkoj, Slovačkoj, Danskoj. Kao uzoriti model za ovakav način izbora prihvaćen je način izbora u Austriji, gdje predsjednik Republike na prijedlog Vlade imenuje većinu sudaca- predsjednika, potpredsjednika, šest članova i tri zamjenika. Preostalih šest članova i tri zamjenika predsjednik imenuje na prijedlog dvaju parlamentarnih domova, s time da Nacionalno vijeće predlaže tri člana i dva zamjenika, a Savezno vijeće preostala tri člana i jednog zamjenika. Slično rješenje je i u Španije, gdje kralj imenuje dvanaest sudija, na osnovu prijedloga zakonodavne vlasti, izvršne vlasti – vlade i sudske vlasti.³⁷ Četvoricu sudija predlaže Kongres i to 3/5 većinom, četvoricu Senat (drugi dom) istom većinom, a po dvojicu sudija predlažu Vlada i Opće sudsko vijeće. Predsjednika suda imenuje kralj na prijedlog samih sudaca.³⁸ Ustavni sud Češke Republike sastoji se od petnaest sudija. Njih također imenuje predsjednik uz saglasnost Senata (drugog doma parlamenta).³⁹

Za razliku od Austrije u kojoj je u postupku izbora u potpunosti izostavljena sudska vlast, u Španiji ona ima ulogu jednog od predlagatelja sudija čime se ovaj model približava trećem sistemu izbora sudija, sistemu u kojem učestvuju sve grane vlasti. Šef države, u velikom broju slučajeva, ima jak utjecaj na izbor sudija bilo kad vrši imenovanje ili kad parlamentu predlaže kandidate za ta mjesta.

35 Npr. u Njemačkoj, Mađarskoj, Hrvatskoj.

36 Vidjeti više Teodor Antić, Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, Pravni vjesnik, god 31.br.1. 2015. str. 47-82.

37 Vidjeti više, Savo Manojlović, navedeni rad, str. 62.

38 Član 159. i 160. Ustava Španije iz 1978.godine.

39 Član 84. Ustava Češke Republike iz 1992.godine.

Taj utjecaj se povećava dodatno ukoliko imenuje predsjednika suda i njegovog zamjenika.

Sistem izbora od strane šefa države, a na prijedlog različitih organa vlasti djelimično obezbjeđuje disperziju političkog utjecaja na izbor jer predsjednik pogotovo u polupredsjedničkim sistemima vlasti ima neposredan izborni legitimitet, što ga čini neovisnim od drugih organa vlasti, te može dolaziti iz suprotne političke opcije u odnosu na parlamentarnu većinu. Njegova autonomnost od partijskih struktura je potpunija od parlamentaraca. No, opredjeljenost za različite političke opcije subjekata koji učestvuju u izboru može dovesti do problema u izboru sudija, pa u konačnici i do blokade rada samog suda,⁴⁰ što možda predstavlja jedan od najvećih nedostataka ovog sistema izbora. Upravo ovakvu situaciju imali smo u Federaciji BiH, čiji Ustavni sud je čak šest godina radio u krnjem sastavu bez mogućnosti formiranja Vijeća za zaštitu vitalnog interesa. Naime u više navrata, u periodu od 2008 do 2014. godine, nije dolazilo do izbora sudija, zbog neslaganja predsjednika FBIH sa prijedlogom VSTV, ili neslaganja Doma naroda sa prijedlozima predsjednika.⁴¹

2.2.3. Mješoviti sistem izbora sudija ustavnih sudova

Neke zemlje su se opredijelile za mješoviti sistem određivanja sudija ustavnog suda, odnosno svojevrsnu kombinaciju izbora i imenovanja. Jedna od zemalja sa najkompliciranijom procedurom izbora (što je utjecalo i na konstituisanje prvog saziva ustavnog suda) je Italija. Ustavni sud Italije broji petnaest članova. Pet sudija imenuje Predsjednik Republike, pet sudija bira parlament na zajedničkoj sjednici oba doma, i to kvalificiranom 2/3 većinom glasova. Ostalih pet sudija biraju članovi Vrhovnog suda i Vrhovnog upravnog suda. Predsjednika Ustavnog suda biraju same sudije između sebe.⁴² Ovakav mješoviti sistem izbora sudija ustavnih

40 U postupku imenovanja drugog saziva Ustavnog suda Češke, Senat je u razdoblju od 2003. do kraja 2005. godine odbacio 7 od ukupno 18 predloženih kandidata za sudije ustavnog suda. Nakon toga predsjednik nije žurio sa predlaganjem novih kandidata što je rezultiralo blokadom rada Ustavnog suda jer je broj sudija pao na manje od 12. Vidjeti više, Robert Podolnjak, navedeni rad, str. 562.

41 Prema odredbi člana IV.C.6(2). Ustava Federacije BiH, sudije Ustavnog suda predlaže predsjednik Federacije uz saglasnost potpredsjednika, a za imenovanje je potrebna potvrda većine delegata Doma naroda koji su prisutni i koji glasaju. Visoko sudsko i tužilačko vijeće- VSTV učestvuje u procesu izbora sudija Ustavnog suda FBIH, na način da raspisuje konkurs, razmatra aplikacije, provodi intrviju, i nadležnim ustavnim tijelima dostavlja listu kandidata sa najboljim kompetencijama. Prema članu 17. stav 1. Zakona o VSTV, prije davanja prijedloga, traži mišljenje nadležnog ustavnog suda.

42 Član 135. Ustava Italije iz 1947. godine, sa izmjenama u vezi sastava suda iz 1967. godine.

sudova prihvatile su Rumunija,⁴³ Bugarska⁴⁴ i Srbija. Naravno i kod ovakvog mješovitog sistema izbora kandidate predlažu drugi organi vlasti. Tako npr. u Republici Srbiji u kojoj je zastupljen ovaj mješoviti sistem, Narodna skupština bira pet sudija između deset kandidata koje je predložio predsjednik, predsjednik države imenuje pet sudija od deset kandidata koje je predložila Skupština, a opšta sjednica Vrhovnog kasacionog suda imenuje pet sudija od deset kandidata koje su na zajedničkoj sjednici predložili Visoki savjet sudstva i Državno vijeće tužilaca.⁴⁵

Treći mješoviti sistem ne samo da obezbjeđuje učešće sve tri grane vlasti u izboru sudija ustavnih sudova, čime se uspostavlja svojevrsan sistem ravnoteže (check&balances) između pojedinih grana vlasti, već obezbjeđuje i disperziju političkog utjecaja na izbor koji je u svim sistemima izbora sudija u manjoj ili većoj mjeri prisutan. Nijedna od vlasti nema preovlađujući većinski utjecaj na sastav ustavnog suda što ga na određen način čini i najprihvatljivijim modelom izbora sudija ustavnih sudova. Međutim, u ovom sistemu također može doći do blokade izbora upravo iz razloga što predlagači kao primae facie slabiji organi u proceduri izbora mogu putem primarne filtracije kandidata vršiti pritisak na organe koji vrše izbor. Naime, organ koji predlaže, može u slučaju nepostojanja političkog dogovora, predlaganjem „svojih kandidata“ stvoriti pritisak na organ koji vrši izbor.

3. Razlozi koji dovode do neblagovremenog izbora sudija

Svaki od navedenih načina izbora analiziranih u ovom radu može rezultirati neblagovremenim izborom sudija, a samim tim i blokadom rada ustavnih sudova. Kod izbora od strane predstavničkih tijela do neblagovremenog izbora najčešće dolazi zbog nemogućnosti postizanja kvalificirane većine u parlamentu, odnosno zbog nepostojanja konsenzusa između vladajućih i opozicionih političkih partija koje teško postižu saglasnost o izboru kandidata. Situacija se dodatno komplikuje propisivanjem tajnog glasanja o kandidatima za sudije, jer se time ostavlja mogućnost da se i u slučaju postignutog stranačkog dogovora prilikom odlučivanja o predloženim kandidatima, odnosno glasanja u parlamentu ne postigne propisana većina. U drugom sistemu izbora, gdje se izbor vrši od strane šefa države uz prijedlog ili saglasnost drugih organa vlasti, izbor odnosno imenovanje također mogu postati upitni ukoliko organi koji učestvuju u izboru ne postignu saglasnost o predloženim kandidatima. Ovakve situacije posebno su česte u polupredsjedničkim sistemima vlasti u kojima veoma često šef države ne pripada istoj političkoj opciji koja ima većinu u parlamentu, što može rezultirati ne

43 Sudije Ustavnog suda Rumunije bira predsjednik republike i svaki od domova Parlamenta.

44 Sudije Ustavnog suda Bugarske bira predsjednik republike, parlament i dva vrhovna suda redovni i administrativni.

45 Član 172. Ustava Republike Srbije iz 2006. godine („Sl.glasnik RS“ br. 98/06)

prihvatanjem predloženih kandidata. I treći model, koji se sa stanovišta političkog utjecaja na izbor sudija ustavnih sudova, smatra najprimjerenijim, može rezultirati neblagovremenim izborom sudija. Svaka od tri grane vlasti koje su u ovom modelu uključene u izbor, izbor ne vrši kao što smo vidjeli samostalno, već na prijedlog drugih organa vlasti koji iako *prima facie* slabiji organi u proceduri izbora, mogu kroz primarnu filtraciju kandidata insistirati na izboru sebi prihvatljivih kandidata koje organi koji donose odluku o izboru ne podržavaju.

S obzirom na navedeno a imajući u vidu činjenicu da neizbor sudija ustavnih sudova može dovesti u pitanje rad suda uopće ili rad u pojedinim vijećima, potrebno je predvidjeti mjere koje će spriječiti blokadu rada ustavnih sudova, odnosno obezijediti kontinuiran rad suda u onim situacijama kada sudije ne budu izabrane u predviđenom roku.

4. Produženje mandata sudija ustavnih sudova

U cilju sprječavanja blokade rada ustavnih sudova, uzrokovane neblagovremenim izborom sudija ustavnih sudova, ustavi nekih država predviđaju mogućnost produženja mandata „starim sudijama,“. Produženje mandata može biti vremenski ograničeno ili vezano za izbor novih sudija. U prvom slučaju ustavom se tačno određuje vremenski period na koji se produžava mandat „starih sudija“, dok se u drugom slučaju uvodi neka vrsta neograničenog produženog mandata koji traje do izbora „novih sudija“. Prvi vid produženog mandata imamo u Republici Hrvatskoj gdje je Promjenom Ustava iz 2010. godine,⁴⁶ predviđeno da se sudiji kojem istekne mandat, produžava mandat na šest mjeseci, i to u slučaju kada Hrvatski sabor do isteka mandata ne donese odluku o izboru ustavnog sudije (bilo da na tu dužnost izabere novu osobu ili ponovo izabere istu) ili ako osoba izabrana za sudiju ustavnog suda ne dan kada treba započeti mandat ne stupi na dužnost. Produženje mandata starom sudiji protekom tog dodatnog šestomjesečnog roka konačno prestaje po sili Ustava. Ovaj produženi mandat ugrađen je Ustav kao mehanizam sprječavanja blokade rada suda u slučaju da parlament ne izabere sudije blagovremeno nakon što je uveden izbor sudija dvotrećinskom većinom.⁴⁷ Međutim, u praksi se nije pokazao djelotvornim. Produženi mandat koji je ustvari dao dodatno vrijeme Hrvatskom saboru za unutrašnje usaglašavanje o predloženim kandidatima, nije rezultirao izborom sudija.⁴⁸ Čak šta više ostavio je prostor za

46 Narodne novine, br. 76/2010, član 25, kojim je izmjenjen član 125 Ustava; u pročišćenom tekstu Ustava (Narodne novine RH, br 85/2010), to je član 126.)

47 Prema ranijim ustavnim rješenjima, sudije Ustavnog suda Hrvatske birao je Sabor prostom većinom glasova zastupnika.

48 Već 2010. godine nakon prestanka redovnog osmogodišnjeg mandata jednog sudije, Hrvatski sabor nije ni u periodu produženog mandata uspio izabrati novog sudiju, a ista situacija se ponovila i 2015. godine, kada je istekao mandat još dvojici sudija. Ni tada Hrvatski sabor u tom produženom mandatu nije izabrao nove sudije.

različita razmišljanja i špekulacije, pogotovo što je u decembru istekao redovni mandat čak pet sudija ustavnog suda, pa se postavlja pitanje šta ukoliko Sabor ne popuni sva upražnjena mjesta, odnosno ako ne izabere sve sudije, već samo dva ili tri. Kome se onda od starih sudija produžava mandat i prema kom kriteriju.

Drugi vid produženog mandata koji traje sve do izbora novih sudija, odnosno do preuzimanja dužnosti imamo u Njemačkoj, Sloveniji, Portugalu, Albaniji. U ovim državama u skladu sa ustavnim odredbama, odnosno odredbama zakona o ustavnim sudovima, sudije ustavnih sudova ostaju na dužnosti do izbora novih sudija.⁴⁹ Produženje mandata „starih sudija“ do izbora „novih sudija“ za razliku od hrvatskog modela dakle spriječava blokadu rada suda, odnosno obezbjeđuje kontinuitet u njegovom radu. Ovaj model produženog mandata sigurno je bolji sa stanovišta funkcionisanja samog ustavnog suda. Međutim, može, pogotovu u tzv. novim demokratijama, utjecati da veći stepen neodgovornosti organa nadležnih za izbor sudija, koji svjesni činjenice da neizbor sudija neće uzrokovati blokadu rada suda, svoju ustavnu zadaću izbora sudija ustavnih sudova ne shvate ozbiljno, odnosno ne teže postizanju konsenzusa i izboru novih sudija.

Produženje mandata starim sudijama može u određenim situacijama spriječiti, privremeno ili trajno blokadu rada ustavnog suda. Međutim, ne u svim slučajevima. Naime, mandat „starih sudija“ može prestati ne samo protekom vremena na koji je izabran već i zbog nesposobnosti obavljanja sudijske funkcije, zbog osude za određeno krivično djelo, razrješenjem zbog povrede časti i ugleda suda. U pravilu kod ovakvih situacija mandat prestaje najčešće samo jednom sudiji, čije odsustvo u praksi ne može dovesti do blokade. Međutim ukoliko je u pitanju sudija koji predstavlja neku teritorijalanu zajednicu, etničku ili drugu skupinu, i čije učešće u radu suda je neophodno bilo za rad suda u plenumu ili u pojedinim vijećima, u tim slučajevima, dolazi do blokade rada, a produženje mandata nije moguće.

Navedena mjera može bar privremeno obezbijediti kontinuiran rad suda, odnosno spriječiti njegovu blokadu. Međutim, ova mjera ne samo da nije realno moguća u svim slučajevima, već na neki način abolira od odgovornosti organe nadležne za izbor sudija, koji svjesni činjenice da njihovi propusti neće dovesti do blokade u radu suda, ne teže blagovremenom izboru sudija. Ustavom i zakonom treba predvidjeti adekvatne mjere koje će obezbijediti blagovremen i siguran izbor, odnosno imenovanje sudija, te odgovornost organa nadležnih za izbor i imenovanje.

49 Prema Ustavu Slovenije i Zakonu o Saveznom ustavnom sudu Njemačke, sudija ustavnog suda „po isteku mandata za koji je izabran, obavlja funkciju do izbora novog sudije. Također, sudijama Ustavnog suda Portugala dužnost prestaje kada novoizabrane sudije stupe na dužnost. I sudija Ustavnog suda Albanije ostaje na dužnosti dok se ne nominuje njegov nasljednik, a novoizabrani sudija stupa na dužnost kad položi zakletvu. Vidjeti više, Bosa Nenadić, Ustavni sud Srbije, U svjetlu Ustava iz 2006. godine Revus, Revija za ustavnu teoriju in filozofiju prava, broj 11/2009, str. 150.

5. Zaključci i preporuke

Svaka država, u skladu sa svojom tradicijom, odnosom političkih snaga i drugim okolnostima kreira vlastita rješenja, odnosno uređuje kriterije i način izbora sudija ustavnih sudova. Pri tome treba voditi računa ne samo o legitimitetu sudija već i o efektivnosti izbora, što podrazumijeva da se prilikom formulisanja kriterija i načina izbora promisli da li je maksimalno predupređena situacija u kojoj neko od izbornih činilaca može imati veći politički interes u blokadi nego u okončanju procesa izbora. S obzirom da ne postoji mogućnost sankcionisanja organa nadležnih za izbor sudija, bilo bi poželjno unaprijed propisati mjere koje bi mogle utjecati na odgovornije ponašanje organa nadležnih za izbor sudija a time i na njihov blagovremen izbor. U tom smislu, u onim državama u kojima se izbor povjerava predstavničkom tijelu i to putem kvalificirane većine, poželjno bi bilo u slučaju nedonošenja odluke o izboru propisanom kvalificiranom većinom, predvidjeti drugi krug glasanja u kojem bi se odluka donosila prostom većinom. U tom slučaju, predstavnici svih političkih partija uključenih u izbor, svjesni činjenice da u drugom krugu glasa nja izbor može biti izvršen bez njihovog utjecaja će vjerovatno uložiti dodatne napore da postignu konsenzus o izboru predloženih kandidata u prvom krugu. Ovaj sistem tzv. većinskog odlučivanja ne treba primjenjivati sa samokandidiranjem i tajnim glasanjem o predloženim kandidatima, bez propisivanja postupka kojim bi se zagarantovao nadzor javnosti nad izborom, jer se u praksi uglavnom pokazao neefikasnim pogotovo u tzv. novim demokratijama. U onim sistemima u kojima se izbor sudija vrši od strane šefa države na prijedlog ili uz saglasnost drugih organa vlasti, kao i u mješovitom sistemu izbora, trebalo bi predvidjeti da se predlaganje sudija u kolegijalnim tijelima vrši prostom većinom glasova, a ne kvalificiranom većinom. Lista predloženih kandidata bi trebala da sadrži veći broj kandidata od broja sudija koje se biraju, čime bi se ostavila mogućnost organu nadležnom za izbor/ imenovanje da izabere najbolje kandidate sa liste. Na taj način, sužava se mogućnost neizbora predloženih kandidata jer je veoma teško obrazložiti zašto od predloženih recimo pet kandidata niti jedan nemože dobiti podršku organa nadležnog za izbor. Glasanje treba biti za svakog kandidata pojedinačno, a ne u „paketu“, odnosno za cjelokupnu listu. U cilju obezbjeđenja blagovremenog izbora najboljih kandidata potrebno je u svim navedenim sistemima detaljnije normirati postupak kandidovanja i izbora sudija, na način da se imena i kurikulumi predloženih kandidata učine dostupnim javnosti, da se obezbijedi javno saslušanje kandidata koji će pred tijelima nadležnim za izbor iznositi svoje stavove o najznačajnijim pravnim i političkim pitanjima, te javno glasanje o predloženim kandidatima. Navedene mjere bi mogle utjecati na odgovornije ponašanje organa nadležnih za izbor sudija, te doprinjeti blagovremenom izboru sudija ustavnih sudova, čiji rad ne smije biti paraliziran zbog neodgovornog ponašanja drugih grana vlasti.

Literatura:

Teodor Antić, Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, Pravni vjesnik, Zagreb, 2015.

Momčilo Grubač, Ustavno sudstvo u Srbiji; Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Novi Sad, 2011.

Igor Kaučić, Volitve in mandat sodnikov ustavnega sodišča, Javna uprava, Letnik 42, br.2-3, Ljubljana, 2006.

Zvonimir Lauc, Novo uređenje statusa sudaca ustavnog suda: od načina izbora do materijalnih osnova njihova rada, u Hrvatsko ustavno sudovanje, ur. J. Barbić. Zagreb, 2009.

Savo Manojlović, Izbor i položaj sudija ustavnog suda u Republici Srbiji, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012.

Bosa Nenadić, Ustavni sud Srbije, U svetlu Ustava iz 2006. godine Revus, Revija za ustavnu teoriju in filozofiju prava, broj 11/2009.

Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Slovo, Mostar, 2000.

Robert Podolnjak, Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 57. Broj 3. Zagreb, 2007.

Vladan Petrov, Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik?, u Šarčević E. (ur) Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012.

Branko Perić, Izbor sudija ustavnih sudova u BiH-kontraverze i moguća rješenja, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012.

Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.

Branko Smerdl, Kriza ustavnog suda: narav pogibelji i znanstveni odgovor, Prijedlog ustavno utemeljenog rješenja obnove Ustavnog suda Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revije, Zagreb 2016.

Kasim Trnka, Nužnost revizije ustavnih rješenja o izboru sudija ustavnih sudova u BiH, u Šarčević, E. (ur.), Ko bira sudije ustavnog suda?, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012.

Olivera Vučić, O prirodi Ustavnog suda, Pravni život, broj 12/2000, Bograd, 2000.

Propisi:

Ustav Federacije Bosne i Hercegovine („Sl.novine FBiH“ br.1/94, 13/97, 16/02,22/02,52/02,60/02, 18/03, 63/03,9/04, 20/04, 33/04,71/05,72/05, 32/07 i 88/08),

Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine RH“ br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 i 5/2014.)

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, („Narodne novine RH“ br. 99/1999, 29/2002 i 49/2002)

Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS“ br. 98/06)

Poslovnik Hrvatskog sabora („Narodne novine RH“ br. 81/2013)

Ustav Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13)

Ustav Republike Makedonije (tekst Ustava preuzet sa <http://www.usud.gov.mk/>)

Korištene web stranice

<http://www.ccbh.ba/>

<http://www.vfgh.gv.at>.

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>

<http://www.usud.gov.mk/>

<http://www.gesetze->

<http://www.usud.hr/>

<http://www.us.rs.si>

<http://venice.coe.int/docs>.

Amra Jašarbegović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law of the University „Džemal Bijedić“ in Mostar

The Obstruction of Constitutional Court's Work due to Untimely Appointment of Judges

Summary

Having the role of autonomous and independent state bodies entrusted with the functions of constitutional adjudication, judgment and reasoning of the highest level, constitutional courts in modern states represent one of the most significant constitutional institutions. They decide on the constitutionality of normative acts, resolve disputes on jurisdiction, judge the highest state officials, and decide on the violation of constitutionally guaranteed human rights and freedoms. The exercise of these functions requires not only a special authority, legitimacy and independence of the judges of the constitutional courts, but also an adequate number of judges which provides for the Court to work at full capacity or enable the work of specific councils. Unfortunately, in recent years, it happened very often that, due to untimely appointment of judges, there was an obstruction of work of constitutional courts, which brings into question the exercise of the constitutional court in the modern legal systems, and therefore leads to questioning the realization of the rule of law. Hence, after analyzing the role of constitutional courts in modern states, this paper will offer an analysis of criteria and methods of selection of judges of the constitutional courts, and present the reasons which cause the non-selection of judges along with the measures to be taken in order to prevent the obstruction of court's work. Finally, this paper will also give suggestions and recommendations in order to resolve the above mentioned issues.

Keywords: constitutional courts, appointment of judges, obstruction of work, extension of the mandate

Dr. sc. Rebeka Kotlo, docentica

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE U SAVREMENIM PRAVNO-POLITIČKIM SISTEMIMA I MEĐUNARODNOM PRAVU

Sažetak

U radu je naglašen teorijsko-pravni aspekt analize uloge i značaja međunarodnih organizacija kao subjekata savremenog međunarodnog prava i aktera savremenih pravno-političkih sistema, oslanjajući se na suštinu pojma, tipologiju, funkcije, opseg i sadržaj djelovanja međunarodnih organizacija. Jedan od akcenata analize u radu predstavlja i normativna djelatnost, pravna priroda i primjena dokumenata međunarodnih organizacija. Također, rad je jednim dijelom posvećen i redefinisaju klasičnog pojma državne suverenosti, odredbama i principima međunarodnog prava i međunarodnim dokumentima. Porast broja i intenzivirana aktivnost i djelovanje međunarodnih organizacija, koje danas čine značajnu i nezamjenjivu komponentu međunarodnog političkog sistema, doprinosi unaprjeđenju i preciznijem oblikovanju međunarodnog političkog sistema i međunarodnih odnosa, u skladu sa potrebama savremenih država.

Ključne riječi: međunarodne organizacije, savremeni pravno-politički sistemi, međunarodno pravo, normativna djelatnost, međunarodni odnosi, primjena dokumenata međunarodnih organizacija

1. Uvod

Međunarodne organizacije danas predstavljaju jedan od najvažnijih subjekata savremenih političkih odnosa i međunarodnog političkog sistema. Države postaju članice različitih univerzalnih ili regionalnih organizacija sa ciljem ostvarenja pojedinih važnih interesa. Vladine i nevladine međunarodne organizacije nastale su još u prošlom stoljeću, u vrijeme kada je postalo evidentno da je učešće samo država u međunarodnim odnosima i međunarodnom političkom sistemu nedovoljno da bi se adekvatno odgovorilo na rastuće potrebe nedjeljivo vezane za ekonomski, industrijski i tehnički razvoj, koje je (bilo) neophodno rješavati na međunarodnom nivou. Brojnost, raznovrsnost, intenzivne aktivnosti i značaj djelovanja međunarodnih organizacija, koje danas čine nezamjenjivu komponentu međunarodnog političkog sistema, doprinosi unaprjeđenju i preciznijem oblikovanju međunarodnog političkog sistema i međunarodnih odnosa, u skladu sa potrebama savremenih država. Međunarodne organizacije predstavljaju multilateralnim ugovorima osnovane trajne oblike međunarodne saradnje, u obavljanju svojih zadataka imaju određenu samostalnost u odnosu na svoje članice, i u okviru međunarodnih organizacija se, na način predviđen statutima i drugim osnovnim dokumentima organizacija, odvijaju procesi multilateralnog pregovaranja i zajedničkog odlučivanja država-članica u odgovarajućim oblastima međunarodne saradnje.

2. Međunarodne organizacije: pojam, tipologija, funkcije i značaj

Shvatanje suverenosti država, kao osnovnih aktera u međunarodnim odnosima, subjekata sa političkom i suverenom vlašću na svom teritoriju koje stvaraju pravni poredak i čija vlast se, zasnovana na monopolu legalne fizičke prisile i izvodi iz pravnog poretka, doživjelo je posebno tokom posljednjih decenija fundamentalne promjene u ranije dominantnom međunarodnom određenju opsega ovog kroz historiju pravne, politološke, filozofske i sociološke misli višeznačnog i kompleksnog pojma, u velikoj mjeri zahvaljujući činjenici da su moć i vrhovna vlast savremene pravne demokratske države određeni i ograničeni ustavnim propisima o organizaciji države, te ustavom, odredbama i principima međunarodnog prava i međunarodnim dokumentima deklarisanim i zaštićenim pravima i slobodama čovjeka i građanina.

Suverenost (od franc. *Souverain* - neograničen, najviši, nezavisan; *souverainicy*, *souverainete*, *Souveranitat*) je "svojstvo subjekta međunarodnog prava na temelju kojeg on ima vlast da naređuje osobama na svom području, na temelju kojeg je nezavisan od svake druge vlasti, slobodan u odlučivanju, a također ima najvišu vlast nad načelno svim osobama i stvarima na određenom području".¹ "Ovaj izraz

1 Vidjeti: Ibler, Vladimir, Rječnik međunarodnog javnog prava, Zagreb, 1987., str. 307.

se obično koristi da bi se istaklo kako država (narod) uživa neotuđivo pravo da samostalno odlučuje o svom unutrašnjem društveno-političkom i ekonomskom uređenju (tzv. unutrašnja suverenost), odnosno o svojoj spoljnoj politici, tj. pristupanju međunarodnim ugovorima, međunarodnim organizacijama i sl. (tzv. spoljna suverenost).”²

U savremenoj međunarodnoj zajednici, sa pravnog aspekta shvaćen pojam suverenosti, nije apsolutan, jer vlast, sloboda i nezavisnost suverenog međunarodnog subjekta nisu neograničeni, već nužno ograničeni međunarodnim javnim pravom, objektivnim međunarodnim poretom, te općim običajnim međunarodnim pravom, a suverenost država je i (samo)ograničena svakom preuzetom ugovornom obavezom.

Dakle, suverenost države je još uvijek čvrsta (efikasna) i vrijednosno nesporna (legitimna), ali je danas ipak znatno ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, prava ljudskih prava, poštovanjem unaprijeđenja civilnog društva pravnim aktima nastalim i prihvaćenom normativnom djelatnošću međunarodnih organizacija.

Međunarodne organizacije (vladine i nevladine), kao akteri međunarodnog političkog sistema, nastale su još u prošlom stoljeću, u vrijeme kada je postalo evidentno da je učešće samo država u međunarodnim odnosima i međunarodnom političkom sistemu nedovoljno da bi se adekvatno odgovorilo na rastuće potrebe nedjeljivo vezane za ekonomski, industrijski i tehnički razvoj, koje je (bilo) neophodno rješavati na međunarodnom nivou.

Međunarodne vladine organizacije treba da (po)služe potpunijoj kooperaciji među državama i podstiču snaženje procesa mondijalizacije, omogućavajući različite administrativne forme saradnje.

Kao “asocijacija država, ustanovljene sporazumom među njihovim članovima, koje imaju stalni organizacijski aparat, i zadužene su za ostvarenje ciljeva od zajedničkog interesa putem međusobne kooperacije”³, međunarodne vladine organizacije formiraju se na bazi međudržavne saradnje, na dobrovoljnoj osnovi, uz postojanje stalnih organa, autonomije i kooperacije, iz potrebe jačanja sigurnosti, kao i saradnje u domenu ekonomskog i tehničkog razvoja, ali i drugih regionalno i/ili globalno značajnih pitanja. Dakle, kasnije dolaze do izražaja i drugi motivi udruživanja u ovakav tip međunarodne organizacije kao aktera međunarodnog političkog sistema *sui generis*, naročito na širokom prostoru kojeg pokrivaju države “trećeg svijeta”.

2 Vidjeti: Krivokapić, Boris, Leksikon međunarodnog prava, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1998., str. 466.

3 Međunarodne vladine organizacije, prema M. Virallyu.

Tipologija međunarodnih organizacija može biti zasnovana i izvršena prema više kriterija: širina članstva (univerzalne i regionalne), stepen otvorenosti za stupanje u članstvo (otvorene i zatvorene, zavisno od mehanizama prijema u članstvo), trajnost (stalne i privremene), oblast djelovanja (opće i specijalizirane), ovlaštenja organizacije (deliberativne, operativne i naddržavne (supranacionalne)) i međunarodne vladine i nevladine organizacije.

U širem smislu otvorenim organizacijama smatraju one koje uz države osnivače primaju sve ostale države koje to žele, pod istim uslovima i bez diskriminacije, a zatvorene organizacije primaju u članstvo određene kategorije država, ili ih pozivaju u članstvo.

Trajnost organizacije prvenstveno zavisi od ciljeva, a određena je namjerom država-osnivača ili kroz statut organizacije, u praksi preovladavaju stalne međunarodne organizacije, dok se privremene osnivaju na određeni period ili do ispunjenja prethodno postavljenog cilja.

Opće međunarodne organizacije su one čije područje djelovanja obuhvata širok spektar pitanja od međunarodnog interesa, dok se specijalizirane organizacije bave nekom užom, specijaliziranom oblašću.

Deliberativne organizacije, oslanjajući se multilateralna pregovaranja, ovlaštene su za razmatranje pitanja od zajedničkog interesa i usmjerene su na traženje široke mjere saglasnosti izražene u preporuci upućenoj državama-članicama te organizacije. Takvi dokumenti, u formi preporuke, nemaju pravno obavezujući karakter, a njihovo even tualno izvršavanje ostaje u domenu nadležnosti država-članica.

Operativne organizacije ovlaštene su da izvršavaju konkretna pitanja i projekte na način da djeluju samostalno u svim aspektima izvršavanja povjerenih zadataka, dok opću politiku i načelna rješenja određuju države-članice. Naddržavne ili supranacionalne međunarodne organizacije imaju ovlaštenja da donose odluke koje će se sprovoditi neposredno na teritoriji država-članica organizacije. Takve organizacije, kako ističu Račić i Dimitrijević, imaju “zakonodavnu”, “izvršnu” i “sudsku” vlast. Kada je u pitanju ova vrsta organizacija, onda se može reći da se one nalaze između međunarodne organizacije i konfederacije, a danas u tom smislu se može govoriti jedino o Evropskoj uniji kao supranacionalnoj međunarodnoj organizaciji.

Potrebno je istaći još jednu značajnu podjelu međunarodnih organizacija, a to je podjela na međunarodne vladine i nevladine organizacije, zavisno od toga da li se kao osnivači i članovi organizacije nalaze države ili ne. Kao članovi međunarodnih nevladinih organizacija mogu biti pojedinci i različite organizacije. Kada se uzme u obzir ukupan broj međunarodnih organizacija u svijetu, više od 87% ili preko 50 000 njih su nevladine organizacije.⁴

4 Vidjeti: Smalagić, Nedžad, Međunarodne organizacije, u „Država, društvo i politika u Bosni i Hercegovini, Analiza postdejtonskog političkog sistema“, Sarajevo, 2011., str. 549-551.

Prema teritorijalnom obuhvatu i geografski gledano, međuvladine organizacije, možemo podijeliti na globalne (npr. OUN – Organizacija ujedinjenih nacija) i regionalne (npr. Vijeće Evrope), kontinentalne (npr. Organizacija afričkog jedinstva), subregionalne (npr. Benelux), poluregionalne (npr. Organizacija islamske konferencije).

Sa gledišta domena djelovanja, međuvladine organizacije možemo podijeliti na (pretežno): političke (npr. OUN), vojne (npr. Atlantski savez), ekonomske (npr. EU – Evropska unija), tehničke (npr. Međunarodna unija telekomunikacija) i naučne organizacije (npr. Evropska asocijacija za nuklearna istraživanja) i sl.

Organizacija ujedinjenih nacija, kao globalna organizacija, upravo je zasnovana prvenstveno na priznavanju države-nacije kao elementarnog aktera međunarodnog sistema i počiva na suverenoj jednakosti svih država (čl. 2. Povelje Ujedinjenih nacija) a izvjesni legitimitet UN-a crpi se iz činjenice da OUN čine priznate suverene države članice, što je proizvod njihove volje, i izraz saznanja o njihovim ciljevima, koje tim putem treba da ih ostvaruju, udruženim naporima, dakle, priznajući *de facto* nemoć da to rade na klasičan način, kao odvojene zasebne, sebi dovoljne državne organizacije.

Stoga, ciljevi OUN, prema čl. 1. Povelje UN, su:

1. održanje međunarodnog mira i sigurnosti i u tu svrhu: preduzimanje efikasnih kolektivnih mjera radi sprječavanja i otklanjanja prijetnji miru i suzbijanje akata agresije ili drugih povreda mira, a u skladu s načelima pravde i međunarodnog prava, sređivanja ili rješavanja međunarodnih sporova ili situacija koji bi mogli dovesti do povreda mira;
2. razvijanje među nacijama prijateljskih odnosa zasnovanih na poštovanju načela ravnopravnosti i samoopredjeljenja naroda i preduzimanje drugih odgovarajućih mjera radi učvršćivanja općeg mira;
3. postizanje međunarodne saradnje rješavanjem međunarodnih problema, ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode, i unaprjeđivanje i podsticanje poštovanja prava čovjeka i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, spol, jezik ili vjeru; i
4. da postanu središte za usklađivanje akcija preuzetih radi postizanja ovih zajedničkih ciljeva.⁵

Prema Statutu Vijeća Evrope, kao organizacije evropskih država osnovane 1949. godine, svaka članica Vijeća Evrope priznaje princip vladavine prava i princip prema kojem svako lice koje je pod njenom jurisdikcijom mora uživati ljudska prava i osnovne slobode, a ciljevi koje su prihvatile evropske države – članice

⁵ Vidjeti: Sadiković, Čazim, Politički sistemi, Sarajevo, 2004., str. 253-260.

Vijeća Evrope, među njima i Bosna i Hercegovina, definisani su u članu 1. Statuta: "Cilj Vijeća Evrope je da ostvari veće jedinstvo među svojim članicama u cilju zaštite i daljeg unaprjeđenja ideala i principa koji su njihovo zajedničko naslijeđe i da favorizuju svoj ekonomski i socijalni progres".

Ovo svakako podrazumijeva i realizaciju odredaba koje su date u alinejama 3. i 4. Preambule Statuta Vijeća Evrope, koji glase:

- konsolidacija mira zasnovana na pravdi i međunarodnoj kooperaciji ima vitalni značaj za očuvanje humanog društva i civilizacije,
- oslonjenost na duhovne i moralne vrijednosti koje su zajedničko naslijeđe njihovih naroda i koji su u osnovi principa individualne slobode, političke slobode i vladavine prava, na kojima se zasniva cijela istinska demokratija, i
- zaštita i stalno unaprjeđenje tog ideala, kao i favorizovanje socijalnog i ekonomskog progressa, te veće jedinstvo evropskim državama, koje su animirane tim istim osjećanjima.

Osnovni ciljevi Vijeća Evrope sadržani su u saradnji u šest oblasti, i to u: razvoju ljudskih prava, ekonomskim odnosima, socijalnom domenu, u domenu javnog zdravlja, okoline i zaštite potrošača, kulturi, pravnoj i sudskoj djelatnosti i djelatnosti lokalnih regionalnih vlasti. Ovi ciljevi Vijeća Evrope, koji su izraženi u članu I Statuta, morali bi se ostvariti putem ispitivanja pitanja od zajedničkog interesa, zaključivanjem ugovora i usvajanjem zajedničke akcije u ekonomskom, socijalnom, kulturnom, naučnom, pravnom i administrativnom domenu, kao i domenu zaštite i razvoja ljudskih prava i osnovnih sloboda.

„Evidentno je da su samo za ostvarivanja ljudskih prava, uz državne, osigurani tzv. supranacionalni instrumenti, dok se svi drugi ciljevi Vijeća Evrope ostvaruju na klasičan način, karakterističan za međunarodno pravo tj. putem međunarodnih ugovora. Zaštita ljudskih prava ostvaruje se sudski, ne samo na nacionalnom nego i na evropskom planu, i jednako se odnosi na sve države-članice Vijeća Evrope - uključujući tu, pod istim uslovima, i na članice Evropske Unije - dok je briga za ostvarivanje ostalih ciljeva Vijeća Evrope koji su uglavnom ekonomskog i socijalnog karaktera, prebačeni na tzv. komunitarne organe i štite se sredstvima kojima se inače osigurava to pravo.“⁶

Uz Organizaciju ujedinjenih nacija, subjekti međunarodnog političkog sistema, su države, vladine međunarodne organizacije, nevladine međunarodne organizacije, multinacionalne kompanije i međunarodno javno mnijenje.

6 Ibid, str. 262.

Savremeni međunarodni pravno-politički sistem karakteriše i veliki porast broja (međunarodnih) nevladinih organizacija - organizacija koje čine "kooperacijsku strukturu u jednom specifičnom domenu, skupljajući nedržavne institucije ili pojedince iz više zemalja" (Braillard-Djalili). Porast broja i intenzivirana aktivnost i djelovanje organizacija nedržavnog karaktera, koje danas čine značajnu i nezamjenjivu komponentu međunarodnog političkog sistema, kao mreža aktera koji djeluju na međunarodnu političku organizaciju, čine, prije svega, sve aktivnijim postojeće globalne organizacije i doprinose unaprjeđenju i preciznijem oblikovanju međunarodnog političkog sistema i međunarodnih odnosa, u skladu sa potrebama savremenih država.

Svakako da je, u ovom pogledu, u prvom redu od značaja i:

- a) moderni razvoj nauke i tehnike, i proizvodnje na tom osnovu, te tehničkih sredstava komunikacije, razvoja medija,
- b) posljednjih nekoliko godina i raspad blokovske podjele svijeta, koji je doveo do ubrzanih procesa globalizacije ekonomije, trgovine, ujedinjavanja političkih sistema unutar pojedinih država, ukidanja barijera koje su imale ideološki vojni i blokovski karakter i
- c) nova situacija kakva je nastala, nameće urgentnije potrebu za preispitivanje sadašnjih institucijskih rješenja, u pogledu političke organizacije svijeta.

Međunarodne nevladine organizacije, kao vrsta organizacija civilnog društva, nedržavnih i neprofitnih organizacija, služe javnom dobru ili interesu određene društvene grupe, osnivaju ih pojedinci ili grupe pojedinaca iz više različitih država (za razliku od nevladinih organizacija čiji su osnivači pojedinci ili grupe iz samo jedne države), profilirane su u različitim područjima društvenog života - od politike, ljudskih prava, prava žena, prava nacionalnih manjina, edukacije, sporta, zaštite čovjekove okoline, brojne su različite strukovne organizacije, pojedine međunarodne nevladine organizacije ovlaštene su od država za obavljanje određenih poslova, a vladine organizacije se mogu saglasiti da daju nekim nevladinim organizacijama savjetodavni ili posmatrački status.

Dakle, dok je „jedno vrijeme bilo ubrzano stvaranje država, sada imamo kompletiranje druge neoficijelne strane međunarodnog političkog sistema, tako što se povećava broja aktera, koji su vandržavni, nedržavni, ali uključeni, više-manje, u sve globalne političke procese i kretanja. Povećava se broj komponenti političkog međunarodnog sistema, tako da on, malo po malo, zaista poprima karakter političkog sistema, svakako, *sui generis*“.⁷

U novije doba sve je veći značaj i međunarodnih organizacija koje su instrumenti kooperacije u brojnim specifičnim domenima, koje nisu formirane od država (npr. međunarodne sindikalne, vjerske, humanitarne, sportske organizacije, koje

7 Ibid., str 263.

imaju međunarodni sastav, međunarodne ciljeve, privatnog su karaktera i sa dobrovoljnosti njihovih aktivnosti, funkcionalne, neteritorijalne (za razliku od državnih, koje se najčešće vezuju za teritoriju)).

Ipak, praktično, danas je teško odvojiti nevladine ili nedržavne organizacije od državnih ili vladinih – (i) nevladine organizacije se javljaju pred vladama sa svojim zahtjevima, dešava se da vlade delegiraju i povjere nevladinim organizacijama obavljanje pojedinih poslova i aktivnosti, utjecaj nevladinih organizacija u kreiranju javnog mnijenja je jako veliki, pa time, svakako, analogno situaciji u nacionalnim državama, i na međunarodnom planu, a značajan je i u porastu je utjecaj nevladinih organizacija i na unutrašnje državne odnose, koje nevladine organizacije (mogu da) imaju kao nosioci i promotori izvjesnih etičkih vrijednosti univerzalnog domašaja.

Generalno, za subjekte međunarodnog političkog sistema se pretpostavlja da imaju izvjesnu autonomiju u svom djelovanju, prostor za vlastitu akciju na međunarodnom planu i moć izvjesnog odlučivanja, a sve u kontekstu djelovanja svih drugih aktera međunarodnog političkog sistema.

3. Normativna djelatnost, pravna priroda i primjena akata međunarodnih organizacija

Međunarodne organizacije u svom radu donose različite vrste akata iz svoje nadležnosti (npr. opće deklaracije, preporuke, završne akte, programe akcije, povelje, konvencije, ugovore, odluke, rezolucije, zaključke...). Postavlja se pitanja pravne obaveznosti akata međunarodnih organizacija za države članice međunarodne organizacije.

Prema pravnoj prirodi i stepenu obaveznosti moguće je razlikovati pravno neobavezujuće i pravno obavezujuće akte⁸.

U pravno neobavezujuće akte međunarodnih organizacija spadaju: obične preporuke, preporuke sa obavezom izvještavanja, tehničke preporuke, prividne preporuke.

Obične preporuke su vrlo česte u praksi međunarodnih organizacija. Državama članicama se preporučuje da nešto učine, pozivaju se ili savjetuju da postupe na određeni način, jer je to poželjno sa aspekta ciljeva međunarodne organizacije, a države mogu iskazati i negativan stav povodom ponašanja nekih država ili nedržavnih entiteta.

Preporuke sa obavezom izvještavanja, iako kao i obične preporuke neobavezujući akti za države članice, za razliku od običnih preporuka traže izvještavanje o stanju u određenoj oblasti.

8 Vidjeti: Softić, Sakib, Međunarodno pravo, Sarajevo, 2012., str. 159. i 160.

Tehničke preporuke su, u pravilu, pravno neobavezujući akti, ali stvarno su obavezujući jer se odnose na tehničke zahtjeve koji su izraz funkcionalne nužnosti za uređenje neke oblasti na određeni način.

Pravidnim preporukama se poziva na izvršenje postojeće međunarodne obaveze država članica iz djelokruga međunarodne organizacije i odnose se na pravne obaveze država članica.

Značajno je dati prikaz i mogućnosti prerastanja pravno neobavezujućih u pravno obavezujuće akte. Pravno neobavezujući akt može svojim sadržajem prerasti u međunarodno običajno pravo i tako postati formalni izvor prava. Druga mogućnost je da formalno neobavezujući akt međunarodne organizacije kodificira već postojeće običajno pravo na koji način njegov sadržaj postaje obavezujući u trenutku usvajanja i ako sam akt ostaje i dalje neobavezujući. Treća mogućnost je donošenje pravno neobavezujućeg akta koji je po svom sadržaju jednim dijelom kodifikacija postojećeg običajnog prava, a drugim njegov pozitivni razvoj, s tim što ove druge odredbe nemaju pravno obavezujući karakter ukoliko i one ne prerastu u pravila međunarodnog običajnog prava.

Pravno obavezujući akti međunarodnih organizacija su: osnivački akti međunarodnih organizacija, neki zaključci međunarodnih organizacija, akti organizacija čija obaveznost proizilazi iz osnivačkog akta organizacije, presude sudskih organa međunarodnih organizacija, ugovori o sjedištu međunarodnih organizacija, drugi ugovori koje međunarodne organizacije sklapaju sa subjektima međunarodnog prava, kao i drugi akti međunarodnih organizacija koji imaju veći ili manji stepen obaveznosti.

Osnivački akti međunarodnih organizacija su, kao međunarodni ugovori, obavezujući za članice međunarodne organizacije po pravilima međunarodnog ugovornog prava. Za osnovanu međunarodnu organizaciju to su njihovi ustavi.

Neki zaključci međunarodnih organizacija usvojeni u formi rezolucija, odluka, kojima se nužno na jedinstven način regulišu određena pitanja od značaja za funkcionisanje organizacije (članstvo, finansiranje, prava i obaveze država članica, druga važna pitanja) su pravno obavezujući.

Akti organizacija čija obaveznost proizilazi iz osnivačkog akta organizacije odnose se na pitanja iz nadležnosti organizacije (operacionalni akti, npr. odluke Savjeta sigurnosti doneseni u skladu sa Poglavljem VII Povelje).

Presude sudskih organa međunarodnih organizacija pravno su obavezujuće. Države su dužne da se povinuju odlukama sudskih i kvazisudskih organa međunarodnih organizacija.

Pravo svake međunarodne organizacije je, u njegovoj cjelini, partikularne prirode i obavezuje države članice, samu organizaciju i njene organe. Pravo međunarodne organizacije čine njen ugovor ustav, ugovori koje sama organizacija sklapa sa državama-članicama, ponekad i sa nečlanicama ili sa drugim međunarodnim

organizacijama sa kojima stalno sarađuje, pisani propisi koji nisu ugovornog značaja (npr. poslovnici stalnih i povremenih organa koje najčešće oni sami usvajaju), odluke nadležnih organa o primanju novih država u članstvo organizacije, o razrezivanju doprinosa država članica, o utrošku tih sredstava i slično. „Putem zaključaka najvažnijih općih organa, koji mogu imati karakter formalnih preporuka, ponekad se može vršiti autentično tumačenje pojedinih propisa ugovora ustava. Ti zaključci na taj način dobivaju obvezujući značaj. Napokon, pored tih pisanih propisa, pravo svake organizacije dograđuje se putem običajnih pravnih pravila nastalih u praksi njezinih organa i država članica, ukoliko među članicama prevlada svijest da je određena praksa postala pravno obvezatna (*opinio iuris*). Ali opet za razliku od općega međunarodnog prava koje je u osnovi običajno, u pravu međunarodnih organizacija običajna pravila uvijek imaju supsidijarni značaj.“⁹

Sa aspekta pravne prirode i (obaveznosti) primjene na nacionalnom nivou konvencija i preporuka, kao čestih i brojnih dokumenata donesenih pod okriljem, odnosno djelovanjem međunarodnih organizacija, neophodno je elaborirati odnos između međunarodnog prava i nacionalnog prava, pravno djelovanje ratificiranih konvencija na nacionalno zakonodavstvo država članica, odnosno način njihove implementacije u interno zakonodavstvo. U pogledu navedenog, razlikuju se dvije osnovne teorije: monistička i dualistička.

Prema izvornoj monističkoj teoriji¹⁰, međunarodni pravni poredak i interni pravni poredak određene države čine jedinstven sistem, jedinstveni pravni poredak. Samim činom ratifikacije međunarodne norme postaju dio unutrašnjeg nacionalnog pravnog poretka. Uprkos jedinstvenosti pravnog poretka, norme su hijerarhizirane, jedne su subordinirane drugima.

U tom pogledu razlikuje se monizam sa prvenstvom nacionalnog prava i monizam sa prvenstvom međunarodnog prava.

Prema monizmu sa prvenstvom nacionalnog prava, država je suverena, izvor je prava, međunarodno pravo proizilazi iz unutrašnjeg prava država koje uređuje njihove međusobne odnose, obvezujuća snaga međunarodnih normi proizilazi iz suverenosti i ustavnog poretka država, a u pogledu sukoba oko prvenstva primjene

9 Degan, Vladimir Đuro, Međunarodno pravo, Rijeka, 2000., str. 414. i 415.

10 Monističku teoriju prihvatile su: Francuska (Ustavom je propisano da ugovori ili sporazumi koji su ratificirani i odobreni imaju od trenutka njihova objavljivanja jaču pravnu snagu od unutarnjeg zakona, uz uvjet da ga primjenjuje i druga strana.), Austrija (Ustavom se predviđa poništavanje svakog zakona koji je u suprotnosti s odredbama međunarodnog prava), Nizozemska (prema Ustavu, sud se obvezuje primijeniti svaki međunarodni ugovor, čak i onaj koji je u suprotnosti s kasnije donesenim nacionalnim propisima), Velika Britanija (načelo: međunarodno pravo je dio prava države, te se primjenjuje neposredno, bez intervencije zakonodavca). Vidjeti: Bilić, Andrijana, Buklijaš, Boris, Međunarodno radno pravo – uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada, Split, 2006., str. 49., prema: Tintić, N., o.c., str.196-197.

normi međunarodnog ili nacionalnog karaktera, sud postupa prema načelima *lex posterior derogat legi priori*, što za sobom povlači i međunarodne odgovornosti u skladu sa načelom *pacta sunt servanda*.

Monizam sa prvenstvom međunarodnog prava označava jedinstvo pravnog sistema u kojem norme međunarodnog prava imaju prednost nad normama unutrašnjeg pravnog poretka.

Prema izvornoj dualističkoj teoriji¹¹, postoji neprelazna ograda između međunarodnog i unutrašnjeg pravnog poretka, kao dvaju zasebnih i neovisnih pravnih sistema. Zbog bitnih razlika u subjektima, izvorima i destinatarima ovih dvaju pravnih sistema, svaka norma vrijedi samo unutar sistema kojem pripada i da bi norma međunarodnog prava postala dio unutrašnjeg pravnog sistema, potrebno ju je prethodno uvesti u unutrašnji pravni sistem, npr. putem zakona.

„Ni monistička ni dualistička teorija ne odgovaraju u potpunosti stvarnosti. Naime, monističkoj teoriji može se prigovoriti jedinstvo pravnog poretka kojega čine norme međunarodnog i unutarnjeg, nacionalnog prava. Dualistička teorija nije prihvatljiva zbog oštro postavljene koncepcije o podjeli, suprotstavljenosti i neovisnosti unutarnjeg i međunarodnog radnog prava. U ovom slučaju došlo bi do nemogućnosti istodobne primjene pravnih pravila ovih dvaju suprotstavljenih pravnih sustava (jer ne mogu oba pravila biti istodobno valjana), što bi u konačnici dovelo do međunarodne odgovornosti države koja nije uskladila unutarnje zakonodavstvo s međunarodnim normama.

Složenosti potpune primjene jedne od ovih dviju teorija pridonosi i različita pravna priroda međunarodnih i domaćih normi. Međunarodne norme dijele se na neposredno i posredno (programske) primjenjive.¹² Za primjenu neposredno primjenjive norme (samostalne, samoprovedive) u unutarnjem pravnom sustavu nisu potrebne dodatne zakonodavne mjere. Neposredno se primjenjuju u nacionalnom pravu, i na njih se može pozivati pred nacionalnim sudovima. Posredno primjenjive norme sastoje se od programskih izjava ili načelnih, općih pravila i pojmova čije značenje nije dovoljno određeno. Zbog toga je za njihovu primjenu u nacionalnom zakonodavstvu nužno donijeti zakonske i druge norme. Većina gospodarskih i socijalnih prava na međunarodnoj razini uređena su normama programskog karaktera, dok su većina građanskih i političkih prava uređena normama koje su neposredno primjenjive u nacionalnom zakonodavstvu.“¹³

Dok su konvencije pravno-obavezujući normativni instrumenti za države članice koje su ih ratificirale, budući da tim postupkom postaju dio unutrašnjeg pravnog

11 Dualističku teoriju prihvatila je djelomice Grčka. U tzv. Zakonu o pristanku mora se unijeti tekst ratificirane konvencije.

12 Usp: Betten, L., o.c., str. 382-383; Ravnić, A., o.c., str. 636-637.

13 Bilić, Andrijana, Buklijaš, Boris, Međunarodno radno pravo – uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada, Split, 2006., str. 50. i 51.

sistema, odnosno dobivaju snagu zakona, preporuke su savjetodavnog, odnosno usmjeravajućeg karaktera. Preporuke služe i kao dopuna konvencijama i smjernice za nacionalna zakonodavstva u pogledu normiranja određenog pitanja.

4. Status i uloga međunarodnih organizacija u savremenom pravno-političkom sistemu, međunarodnom pravu i međunarodnim odnosima

Međunarodne organizacije predstavljaju „institucionaliziran i trajniji oblik suradnje njihovih država članica u izvršenju nekih zajednički postavljenih ciljeva“.¹⁴

„Povezivanje država i drugih subjekata u organizacije internacionalnog ili naddržavnog karaktera predstavlja rezultat nastojanja da se određena pitanja moraju rješavati na organiziran način na nivou saradnje država i drugih subjekata, a ne izolovanim potezima pojedinih država. U tom kontekstu, međunarodne organizacije danas predstavljaju jedan od najvažnijih subjekata savremenih političkih odnosa i međunarodnog političkog sistema. Dakle, uloga države se mijenja na način da iste postaju članice različitih univerzalnih ili regionalnih organizacija sa ciljem ostvarenja pojedinih važnih interesa. Kao

takve, međunarodne organizacije predstavljaju bolji forum za rješavanje otvorenih pitanja nego bilateralni odnosi, a jačanje svijesti o potrebi međunarodne saradnje tijesno je povezano, pa i uslovljeno ekonomskim i tehnološkim razvojem (Račić i Dimitrijević, 1988:2; Dimitrijević et alia, 2005: 103; Slomanson, 2005: 118). Tome svjedoči podatak da danas u svijetu postoji više od 57000 različitih međunarodnih organizacija i njihov broj konstantno

raste. To ilustruje podatak da je 1909. godine bilo ukupno 213 organizacija, 1960. godine bilo ih je 1.422, a broj se svake godine rapidno povećava (Slomanson, 2007: 118-9).“¹⁵

Za analizu statusa, uloge i značaja međunarodnim organizacijama možemo se osvrnuti na moguće pristupe i određenja data u djelima Shaw-a, Barkin-a, Slomanson-a, Šimonovića:

Racionalistički pristup naglašava da se svjetski poredak zasnovan na društvu država transformira u istinsku svjetsku zajednicu zasnovanu na primjeni univerzalno prihvaćenih moralnih i pravnih vrijednosti. Revolucionarni pristup shvata međunarodne organizacije u smislu konkretnih ciljeva koji se njima nastoje postići. Za razliku od racionalističkog pristupa, ovaj pristup shvata međunarodne organizacije kao način postizanja određenih ciljeva, bez obzira na to kakve su prirode ti ciljevi. Realistički pristup se fokusira na borbu za vlast i premoć i ne

¹⁴ Degan, Vladimir Đuro, Međunarodno pravo, Rijeka, 2000., str. 413.

¹⁵ Smailagić, Nedžad, Međunarodne organizacije, u „Država, društvo i politika u Bosni i Hercegovini, Analiza postdejtonskog političkog sistema“, Sarajevo, 2011., str. 547.

oslanja se na idealističke stavove. Svjetska scena se shvata kao stalno i skoro haotično preplitanje različitih i sukobljivih interesa država, dok se međunarodne organizacije i institucije shvataju u smislu traženja dominacije u tom kontekstu. Funkcionalni pristup se bazira na području međusobne zavisnosti država koja podstiče saradnju među njima, s ciljem što većeg pospješivanja saradnje na različitim poljima (Shaw, 2003: 1164–1165; slično Barkin, 2006: 9; Slomanson, 2005: 128). Na tragu funkcionalističkog pristupa je i stav da “dobrovoljno prihvatanje nekih zajedničkih smjernica pokazuje se kao jedino povoljno rješenje za sve zainteresirane strane...” (Šimonović, 2005: 23).

Međunarodne organizacije predstavljaju multilateralnim ugovorima osnovane trajne oblike međunarodne saradnje, djeluju putem svojih stalnih organa, države su članice međunarodnih organizacija, uz mogućnost da druge međunarodne organizacije ili nesamostalne teritorije budu također članice organizacije, osnivaju se saglasnošću svojih članica, najčešće međunarodnim ugovorom ili drugim dokumentom iste pravne snage, a u obavljanju svojih zadataka međunarodne organizacije imaju određenu samostalnost u odnosu na svoje članice, i u okviru međunarodnih organizacija se, na način predviđen statutima i drugim osnovnim dokumentima organizacija, odvijaju procesi multilateralnog pregovaranja i zajedničkog odlučivanja država-članica u odgovarajućim oblastima međunarodne saradnje.

„Činjenica je da postoje određeni interesi i ciljevi koji se mogu ostvariti jedino udruživanjem država. Iz tog razloga osnivaju se međunarodne organizacije u kojima države, uz poštivanja njihove ravnopravnosti i nepriznavanja nikakve više vlasti, zajednički donose odluke bitne za ostvarenje pojedinih važnih ciljeva i interesa kao faktora njihovog udruživanja (Račić i Dimitrijević, 1988: 2; Dimitrijević et al., 2005: 103; Slomanson, 2005: 118). Dakle, putem njih “rešena je protivrečnost između postojanja niza suverenih država i zahteva onih ljudskih delatnosti koje imaju svetske ili regionalne razmere i traže osnovu širu od teritorije bilo koje države” (Račić i Dimitrijević, 1988: 2).¹⁶

5. Zaključna razmatranja

Teorijsko-pravni aspekt analize uloge međunarodnih organizacija kao subjekata savremenog međunarodnog prava i aktera savremenih pravno-političkih sistema, oslanjajući se na suštinu pojma, tipologiju, funkcije, opseg i sadržaj djelovanja međunarodnih organizacija ukazuje na nesumnjiv i rastući značaj međunarodnih vladinih, ali i nevladinih organizacija u međunarodnom političkom sistemu, međunarodnom pravu i međunarodnim odnosima.

Shvatanje suverenosti država, kao osnovnih aktera u međunarodnim odnosima,

¹⁶ Ibid, str. 548.

doživjelo je posebno tokom posljednjih decenija fundamentalne promjene u ranije dominantnom međunarodnom određenju opsega ovog kroz historiju pravne, politološke, filozofske i sociološke misli višeznačnog i kompleksnog pojma, u velikoj mjeri zahvaljujući činjenici da su moć i vrhovna vlast savremene pravne demokratske države određeni i ograničeni ustavnim propisima o organizaciji države, te ustavom, odredbama i principima međunarodnog prava i međunarodnim dokumentima deklarisanim i zaštićenim pravima i slobodama čovjeka i građanina.

Sloboda i nezavisnost suverenog međunarodnog subjekta nisu neograničeni, već nužno ograničeni međunarodnim javnim pravom, objektivnim međunarodnim poretkom, te općim običajnim međunarodnim pravom, a suverenost država je i (samo) ograničena svakom preuzetom ugovornom obavezom. Dakle, suverenost države je još uvijek čvrsta (efikasna) i vrijednosno nesporna (legitimna), ali je danas ipak znatno ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, prava ljudskih prava, poštovanjem unaprjeđenja civilnog društva pravnim aktima nastalim i prihvaćenom normativnom djelatnošću međunarodnih organizacija.

Bitne odrednice značaja međunarodnih organizacija predstavljaju i normativna djelatnost, pravna priroda i primjena dokumenata međunarodnih organizacija. Porast broja i intenzivirana aktivnost i djelovanje međunarodnih organizacija, koje danas čine značajnu i nezamjenjivu komponentu međunarodnog političkog sistema, kao mreža aktera koji djeluju na međunarodnu političku organizaciju, doprinose unaprjeđenju i preciznijem oblikovanju međunarodnog političkog sistema i međunarodnih odnosa, u skladu sa potrebama savremenih država.

Literatura:

Bilić, Andrijana, Buklijaš, Boris, Međunarodno radno pravo – uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada, Split, 2006.

Degan, Vladimir Đuro, Međunarodno pravo, Rijeka, 2000.

Ibler, Vladimir, Rječnik međunarodnog javnog prava, Zagreb, 1987.

Krivokapić, Boris, Leksikon međunarodnog prava, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1998.

Sadiković, Ćazim, Politički sistemi, Sarajevo, 2004.

Smailagić, Nedžad, Međunarodne organizacije, u „Država, društvo i politika u Bosni i Hercegovini, Analiza postdejtonskog političkog sistema“, Sarajevo, 2011.

Softić, Sakib, Međunarodno pravo, Sarajevo, 2012.

Rebeka Kotlo, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

**INTERNATIONAL ORGANIZATIONS
IN CONTEMPORARY LEGAL AND POLITICAL SYSTEMS AND
INTERNATIONAL LAW**

Summary

This paper emphasizes theoretical and legal aspects of the analysis of the role and importance of international organizations as subjects in contemporary international law and as actors in contemporary legal and political systems, by referring to the essence of the concept, typology, function, scope and content of actions of international organizations. One of the highlights of the analysis represents the normative jurisdiction, the legal nature and the application of documents of international organizations. Furthermore, this paper is, to a certain extent, dedicated to the redefinition of the classic concept of state sovereignty by provisions and principles of international law and international documents. The increase in number and the intensified activity of international organizations, which nowadays constitute a significant and irreplaceable component of the international political system, contribute to the improvement and more precise shaping of the international political system and international relations, in accordance with the needs of contemporary states.

Keywords: international organizations, contemporary legal and political systems, international law, normative jurisdiction, international relations, application of documents by international organizations

Dr. sc. iur. Senad Defterdarević

Šef Službe opštih poslova

Grad Mostar – Zavod za prostorno uređenje

PRAVA IZBJEGLICA U MEĐUNARODNIM UGOVORIMA O LJUDSKIM PRAVIMA

Sažetak

Rad se bavi pitanjem prava izbjeglica u kontekstu normativnih rješenja međunarodnih ugovora o ljudskim pravima. Hipoteza od koje istraživanje polazi je da normativna rješenja predviđena međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima predstavljaju pouzdan okvir za ostvarivanje prava izbjeglica.

Analizom sadržaja međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, čije su odredbe relevantne za izbjeglice, analizom slučaja i teleološkim metodom istraživanje dovodi do zaključka da garantovana prava izbjeglica nemaju konzistentan obrazac primjene. Njihova realizacija zavisi od volje država koje prava izbjeglica tumače i primjenjuju, a koje se pri tome rukovode svojim sopstvenim interesom umjesto obavezama koje su preuzele pristupanjem međunarodnim ugovorima kojima su ta prava propisana. Djelotvornost postojećih normativnih rješenja zato je slaba i neizvjesna. Jedini način da se osigura ostvarivanje prava izbjeglica je da se postojećim normativnim rješenjima osigura djelotvoran nadzor praćen efikasnom sankcijom za države koje ne ispunjavaju obaveze koje su same preuzele.

Ključne riječi: prava, slobode i obaveze tražilaca azila i izbjeglica, međunarodni ugovori o ljudskim pravima, opšti principi zaštite izbjeglica, država prihvata.

1. Uvod

Nakon intenziviranja rata u Siriji tokom 2014. godine povećan je priliv tražilaca azila u državama Evropske unije. U 2015. godini broj osoba koji se našao na granicama država članica EU je dostigao dramatične razmjere. Po podacima Eurostata¹ od četvrtog kvartala 2014. do četvrtog kvartala 2015. godine taj broj je premašio 1,2 miliona. Najbrojniji među njima su državljani Sirije, Afganistana i Iraka, ali i osobe iz drugih država koje su se zbog raznih razloga, bježeći od rata, progona ili neimaštine, tamo uputile u potrazi za boljim životom.

Sve te osobe koje su iz Afrike preko Sredozemnog mora doputovale do granica EU bile su izložene brojnim opasnostima – na hiljade ljudi je izgubilo život u moru zbog nesigurnog načina prevoza i bezobzirnosti trgovaca ljudima.

Međutim, njihove patnje nisu završene dolaskom na granice EU. Unija, je naime,

1 http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report

ostala zatečena i apsolutno nespremna da prihvati veliki broj tražilaca azila u tako kratkom vremenu, a pojedine države članice su eksplicitno odbijale da tražioce azila puste na svoju teritoriju. Obzirom da Evropska unija nema jedinstvenu azilsku politiku, nego je ta oblast ostala u isključivoj nadležnosti država članica, one, zbog svojih interesa, često pogrešno tumače i restriktivno primjenjuju propise kao i opšteprihvaćene norme, principe i standarde zaštite prava izbjeglica². Uz to, države članice krajnje restriktivno tumače i primjenjuju odredbe Konvencije o statusu izbjeglica³ prilikom određivanja izbjegličkog statusa.⁴

Važno je napomenuti da su sve države članice EU potpisale razne međunarodne ugovore koji regulišu zaštitu prava izbjeglica, odnosno ljudskih prava generalno, te su pristupanjem tim ugovorima preuzele niz obaveza iz navedene oblasti koje moraju ispuniti nezavisno od svoje volje. Tu se prvenstveno misli na Pakt o građanskim i političkim pravima, Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Konvenciju protiv torture i Konvenciju o pravima djeteta. Tim ugovorima je preciziran krug zaštićenih prava, ali i utvrđeni međunarodni mehanizmi za nadzor preuzetih obaveza, te obavezane države članice da na unutrašnjem planu preuzmu efikasne mjere zaštite. Međutim, novije analize stanja u oblasti zaštite prava izbjeglica ukazuju na značajne promjene, bilo u državnoj legislativi, bilo kroz međudržavne aranžmane, koje imaju za rezultat otežavanje ostvarivanja prava izbjeglica. Ova ograničenja uključuju limitiranje mogućnosti i pristupa procedurama za određivanje izbjegličkog statusa, kao i vrlo restriktivnu interpretaciju definicije pojma izbjeglice, što rezultira minimalnim brojem osoba sa priznatim izbjegličkim statusom. Uz to, često se izbjegava poštivanje prava na žalbu ili davanje mogućnosti na pravne lijekove prije deportacije osoba kao i lišavanje žrtava konflikata njihovih bazičnih prava. Pojedini instrumenti za zaštitu izbjeglica, kao što je na primjer privremena zaštita, koji u principu predstavljaju pozitivan oblik reakcije država na priliv izbjeglica, zloupotrebom se pretvaraju u svoju suprotnost.

2. Opšti principi zaštite izbjeglica

Države su, bez obzira na činjenicu što se radi o hitnim i vanrednim situacijama, dužne da se prilikom tretmana izbjeglica pridržavaju određenih principa. Tu se prvenstveno podrazumijeva obaveza tretmana bez diskriminacije obzirom na rasu, religiju ili zemlju porijekla izbjeglica.

2 Detaljna analiza stanja je data u radu ovog autora: Pravni okvir za zaštitu prava izbjeglica u Evropskoj uniji - Primjena univerzalnih standarda za zaštitu ljudskih prava izbjeglica u legislativi Evropske unije, Revija za pravo i ekonomiju br.2/2014 str.7-24.

3 Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, donesena 28. jula 1951 – 1951 Convention relating to the Status of Refugees - Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 429(V) od 14.12.1950. godine.

4 Šire u radu autora: Definisanje pojma „izbjeglica“ i određivanje izbjegličkog statusa, Pravna misao (Sarajevo) broj 7-8/2014, str. 7-35.

Države su također o obavezi osigurati fizičku sigurnost tražilaca azila što podrazumijeva zaštitu od protjerivanja i zaštitu od nasilja prema istima u vlastitoj državi.

Među principima koji su posebno značajni za izbjeglice su:

2.1. Princip nediskriminacije⁵

Princip nediskriminacije je definitivno jedan od temeljnih principa međunarodnog prava ljudskih prava od značaja za zaštitu izbjeglica. Poštovanje ovog principa, koji je inkorporiran u najvažnije instrumente za zaštitu ljudskih prava (Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima itd.), garantuje izbjeglicama, koji su izvan zemlje svog državljanstva, ista prava (uz par izuzetaka kada su u pitanju politička prava) i slobode kao i državljanima zemlje prihvata.

Obzirom da gore spomenuti dokumenti, osim Konvencije o statusu izbjeglica, to eksplicitno ne regulišu, među teoretičarima je postojala dilema da li zabrana diskriminacije uključuje samo domaće državljane ili su istom obuhvaćeni i stranci, uključujući izbjeglice. Postoji saglasnost da su izbjeglice, kao i stranci, pokriveni formulacijom „drugi status“ ili „druga okolnost“ iz odgovarajućih odredbi o zabrani diskriminacije iz čl. 2 navedenih Paktova.

Tumačenje Komiteta za ljudska prava, vezano za odredbe čl. 2 Pakta o građanskim i političkim pravima, je da „svaka država članica mora osigurati prava iz Pakta svima na svojoj teritoriji i u okviru svoje jurisdikcije. Generalno, prava navedena u konvenciji važe za sve, nezavisno od reciprociteta, i nezavisno od njenog/njegovog državljanstva ili statusa bez državljanstva“.

Takvo je i tumačenje Komiteta za eliminaciju rasne diskriminacije vezano za tumačenje čl.1(2) Međunarodne konvencije o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije.

2.2 Princip non refoulementa

Ovaj princip je inkorporiran u niz međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava generalno, te dokumenta koja tretiraju zaštitu izbjeglica.

U Konvenciji o statusu izbjeglica ovaj princip je propisan u čl. 33 kao zabrana

⁵ Definiciju pojma diskriminacije dao je 1989. godine Komitet za ljudska prava u svom Generalnom komentaru broj 18 o nediskriminaciji u okviru Pakta o građanskim i političkim pravima: „...pojam „diskriminacija“ kako se koristi u Paktu treba shvatiti na način da podrazumijeva svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti po bilo kojoj osnovi kao što su rasa, boja, pol, jezik, vjera, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, imovno stanje, rođenje ili drugi status, koji će imati za cilj ili efekt uskraćivanje, otežavanje priznanja, uživanja ili ostvarivanja na ravnopravnoj osnovi svih prava i obaveza svim ljudima.“

prisilnog udaljenja ili vraćanja (»refoulement«): „1. Nijedna država ugovornica ne smije protjerati niti vratiti (»refouler«) izbjeglicu, ni na koji način, na područje gdje bi njen život ili sloboda bili ugroženi zbog njene rasne, vjerske, ili nacionalne pripadnosti ili pak zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja.

2. Olakšicu koju pruža ova odredba, međutim, ne može koristiti izbjeglica kojeg se opravdano smatra opasnim za sigurnost zemlje u kojoj se nalazi ili koji, nakon što je pravosnažno osuđen za posebno težak zločin, predstavlja opasnost za društvo te zemlje.”

Ovaj princip je imperativ u odnosu na izbjeglice i u kontekstu trenutnog stanja međunarodnog prava treba biti priznat i poštovan kao pravilo *ius cogens* što je potvrđeno i od Izvršnog komiteta UNHCR-a.

2.3. Princip jedinstva porodice

Princip jedinstva porodice je ustanovljen Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima čiji čl.13 st. 3 proklamuje da je “Porodica ... prirodna i osnovna ćelija društva i ima pravo na zaštitu države i društva.”

Načelo jedinstva porodice nije uključeno u definiciju pojma izbjeglice prema Konvenciji o statusu izbjeglica iz 1951. godine. Međutim, Završni akt Konferencije koja je usvojila navedenu Konvenciju sadrži preporuku koju poštuje većina država nezavisno od toga da li su one članovi Konvencije ili ne.

Ta preporuka je upućena vladama država da poduzmu odgovarajuće mjere za zaštitu izbjegličkih porodica radi obezbjeđenja održanja jedinstva izbjegličke porodice, a naročito u slučajevima kada je osoba, koja je glava porodice, ispunila potrebne uslove za prihvrat u određenoj zemlji, kao i radi obezbjeđenja maloljetnih izbjeglica, posebno djece i djevojaka bez pratnje.

I Generalna skupština UN-a je u nizu rezolucija ukazivala na značaj jedinstva porodice, te važnosti poduzimanja aktivnosti na njenom ujedinjenju ukoliko dođe do razdvajanja članova porodice.⁶

3. Analiza međunarodnih ugovora o ljudskim pravima čije su odredbe relevantne za izbjeglice

Izbjeglice moraju uživati ljudska prava grantovana međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava. Činjenica da se one nalaze izvan zemlje svog državljanstva u tom pogledu nema nikakvog uticaja. Treba podsjetiti da je Komitet za ljudska prava u svom Komentaru iz 2004. godine potvrdio da se Međunarodni

6 Rezolucije Generalne skupštine UN-a br. 54/146, OP21 od 17. decembra 1999. god i 55/74, OP24 od 4. decembra 2000. godine

pakt o građanskim i političkim pravima primjenjuje na sve osobe nezavisno od državljanstva ili nacionalnosti, gdje su uključeni i tražitelji azila i izbjeglice.⁷

Generalno je pravilo da izbjeglice uživaju sva prava garantovana međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava u punom obimu, osim ukoliko su neka ograničena od strane neke posebne međunarodnopravne norme koje se ima smatrati kao *lex specialis*.

3.1. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁸

Ranije je pomenuto da oba Pakta osiguravaju jednak tretman državljana i ne-državljana. Oni, naime, imaju identične odredbe u čl. 3 koji propisuje da: „Države stranke ovoga Pakta se obvezuju da će muškarcima i ženama osigurati jednako pravo na uživanje svih građanskih i političkih prava utvrđenih u ovom Paktu“, odnosno „Države stranke ovoga Pakta se obvezuju da će muškarcima i ženama osigurati jednako pravo na uživanje svih gospodarskih, socijalnih i kulturnih prava utvrđenih u ovom Paktu.“

Pojedine odredbe Pakta, iako se izbjeglice eksplicitno ne spominju, daju pravni osnov za njihovu zaštitu. Tako npr. čl. 7 propisuje da „Nitko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni.“ Time se omogućuje direktna zaštita izbjeglicama od refoulment-a u slučajevima gdje postoji rizik od torture.

Čl. 12. garantuje slobodu kretanja, a formulacijom iz st.4 navedenog člana: „Nitko ne smije biti samovoljno lišen prava ulaska u svoju zemlju“ se, u stvari, garantuje pravo na povratak.

S druge strane, članom 13. propisuje se zaštita stranaca od protjerivanja iz zemlje.⁹

7 Human Rights Committee, General Comment No. 31(80), CCPR/C/21/rev.1/Add.13. (General Comments), para. 10

8 Uz ovaj dokument treba spomenuti i Opšti komentar Komiteta za ljudska prava 15(27) c/1986 o položaju stranaca prema Paktu (1986), Opšti komentar Komiteta za ljudska prava povodom člana 26 Pakta (1989) koji se odnosi na zabranu diskriminacije, te Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966).

9 Član 13. glasi: „Stranac koji zakonito boravi na području neke države stranke ovoga Pakta može biti protjeran iz te države samo na temelju izvršenja zakonski donesene odluke, te mu se, ako drugačije ne zahtijevaju neizostavni razlozi državne sigurnosti, mora dopustiti da iznese razloge protiv svoga protjerivanja i osigurati da njegov slučaj ispita nadležno tijelo, osoba ili osobe koje nadležno tijelo posebno odredi u tu svrhu, i da u tom postupku ima zastupnika.

I neki drugi članovi Pakta su relevantni za izbjeglice u okviru odredbi o generalnoj zaštiti koje se odnose na sve osobe¹⁰.

3.2. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima¹¹

Čl. 2(2) Pakta uključuje odredbu o nediskriminaciji, a i neke druge odredbe ovog Pakta mogu biti relevantne za ostvarivanje prava izbjeglica. Npr. čl. 3. garantuje ravnopravnost muškaraca i žena; čl. 6 i 7. slobodu izbora zanimanja i jednake uslove rada; čl. 9. obavezuje države da priznaju svakome pravo na socijalnu sigurnost, uključujući socijalno osiguranje; čl. 11. obavezuje države stranke Pakta da priznaju svakome pravo na životni standard koji odgovara njemu i njegovoj porodici, uključujući odgovarajuću prehranu, odjeću i stanovanje, kao i pravo na neprekidno poboljšanje životnih uslova; a čl. 13. i 14. ustanovljavaju pravo na obrazovanje.

Zbog gore navedene specifičnosti oblasti i predmeta regulisanja, pojavile su se i dileme oko obavezujućeg karaktera mnogih odredbi sadržanih u Konvenciji.

Važno je podsjetiti da postoji generalna saglasnost da npr. „pravo na rad“ ne znači da se osobi koja stupi na tlo druge države mora odmah obezbijediti posao. Međutim, država mora, u skladu sa svojim mogućnostima, omogućiti provođenje tog prava, a ne sprečavati njegovu realizaciju. Isto tako, država ne smije sprečavati jedan segment društva da ostvari određena prava, a to u slučaju izbjeglica znači da ne smiju biti spriječeni da rade samo zbog toga što su izbjeglice.

3.3. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije¹²

Mnogi pogrešno pretpostavljaju da se ova Konvencija primjenjuje u slučajevima koji se odnose na tradicionalno poimanje rasne diskriminacije, odnosno na formalno-pravne norme koje vrše diskriminaciju obzirom na boju kože. Naprotiv, primjena ove Konvencije je mnogo šira obzirom da je rasna diskriminacija definisana kao „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili za rezultat da unište ili da ugroze priznavanje,

¹⁰ Npr. čl. 2.1. garantuje zaštitu prava svim osobama bez razlike na rasu, boju, pol, jezik, religiju; čl. 9 garantuje pravo na slobodu i ličnu sigurnost, zabranjuje samovoljno hapšenje ili pritvaranje, a čl. 19. slobodu mišljenja i izražavanja; čl. 20. zabranjuje poticanje na rat i podržavanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje; čl. 23. garantuje zaštitu porodice; čl. 26. sadrži generalnu zabranu diskriminacije – garantuje jednakost pred zakonom i jednaku zaštitu svih.

¹¹ Relevantni članovi: 2.2, 13.1 i 13.3

¹² Vezani za navedeni dokument su i: Opšta preporuka br. 8 Komiteta za uklanjanje rasne diskriminacije (CERD): Identifikacija sa određenom rasnom ili etničkom grupom (1990), i Opšta preporuka CERD o diskriminaciji po osnovu porijekla (2002).

uživanje ili vršenje, pod jednakim uslovima, prava čovjeka i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju ili na svakom drugom polju javnog života.”¹³

Po Konvenciji države nemaju samo obavezu da paze na diskriminaciju od strane državnih organa – ta zaštita se proširuje i na sprečavanje ili prekidanje rasne diskriminacije od strane osoba, grupa ili organizacija.¹⁴ Države moraju zakonski kažnjavati širenje ideja baziranih na rasnoj superiornosti ili mržnji i moraju spriječiti organizacije koje promoviraju ili šire takve ideje.¹⁵ Države također moraju usvojiti „hitne i djelotvorne mjere, posebno u oblasti nastave, obrazovanja, kulture i informacija u cilju borbe protiv predrasuda koje vode rasnoj diskriminaciji i u svrhu pomaganja razumijevanja, trpeljivosti i prijateljstva među narodima, rasnim ili etničkim grupama...”¹⁶

3.4. Konvencija o pravima djeteta¹⁷

Konvencija se fokusira na promociju i zaštitu prava djece¹⁸ i na djecu proširuje važenje većine prava priznatih „svima” u okviru drugih instrumenata zaštite prava. U članu 22 Konvencija reguliše obaveze država članica prema djeci – izbjeglicama: „1. Države stranke poduzet će prikladne mjere kako bi dijete koje traži izbjeglički status ili koje se drži izbjeglicom prema važećem međunarodnom i domaćem pravu, bilo da je bez pratnje ili je u pratnji roditelja ili koje druge osobe, primilo primjerenu zaštitu i humanitarnu pomoć u skladu s primjenjivim pravima navedenim u ovoj Konvenciji i drugim međunarodnim instrumentima ljudskih prava kao i humanitarnim instrumentima kojih su spomenute države stranke.

2. U tu će svrhu i u mjeri koju drže potrebnom, države stranke sudjelovati u svim naporima Ujedinjenih naroda i ostalih mjerodavnih međudržavnih ili nevladinih organizacija koje sarađuju s Ujedinjenim narodima, da se takvom djetetu pruži zaštita i pomoć i da se pronađu roditelji ili drugi članovi porodice svakog djeteta izbjeglice kako bi se od njih prikupile informacije potrebne za njegovo ponovno sjedinjenje sa porodicom. U slučajevima kad se djetetovi roditelji ili članovi porodice ne mogu pronaći, njemu će se osigurati ista zaštita kao i svoj drugoj djeci kojoj je iz bilo kojeg razloga privremeno ili trajno uskraćena njihova porodična sredina, kako je navedeno u ovoj Konvenciji.“

Ostali članovi Konvencije koji su posebno relevantni za zaštitu prava djece - izbjeglica su: čl. 2. koji propisuje da prava u Konvenciji moraju biti garantovana svima bez diskriminacije po nekim karakteristikama kao što su rasa, boja, jezik,

13 Čl.1 st.1. Konvencije

14 Čl.2.(1)(d)

15 Čl.4(a)

16 Čl. 7.

17 Usvojena i otvorena za potpisivanje, ratifikaciju i akcesiju rezolucijom Generalne skupštine UN 44/25 od 20.11.1989. godine. Stupila na snagu 02.09.1990. godine.

18 „dijete“ je definisano kao osoba mlađa od 18 godina.

religija, nacionalno ili etničko porijeklo; čl. 7 koji propisuje da odmah po rođenju djeteta ima pravo upis u evidencije, na ime i državljanstvo; čl. 20 koji obavezuje da se pažnja posveti djetetovom etničkom, religijskom, kulturnom i jezičkom porijeklu; čl. 28. obezbjeđuje djetetovo pravo na obrazovanje (uključujući pristup osnovnom obrazovanju); čl. 29. c. ukazuje da obrazovanje djeteta treba da bude usmjereno na razvoj “ ... njegovog kulturnog identiteta, jezika i vrijednosti, nacionalnih vrijednosti zemlje u kojoj djeteta živi i zemlje iz koje ono potiče, te civilizacije koja je različita od njegove”; te čl. 30. koji u suštini proširuje važenje člana 27. Pakta o građanskim i političkim pravima u pogledu prava na uživanje kulture, religije ili jezika.

3.5. Konvencija protiv mučenja i drugih vrsta okrutnog i nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja¹⁹

Izbjeglice također imaju pravo na zaštitu od torture i drugih okrutnih, nehumanih ili degradirajućih postupaka ili kažnjavanja kao i bilo koja druga osoba. Konvencija obavezuje države da propišu krivično djelo torture u vlastitom zakonodavstvu i da kažnjavaju ili da ispituju navodne torture kada god se za to ukaže potreba.

Ova Konvencija je vrlo značajna jer kreira pravni okvir za zaštitu izbjeglica i tražilaca azila, naravno u domenu svog regulisanja. Član 3 Konvencije propisuje da: „Nijedna država članica neće protjerati, vratiti, niti izručiti jednu osobu drugoj državi ako postoje ozbiljni razlozi za sumnju da može biti podvrgnuta torturi.

Da bi utvrdili postojanje takvih razloga, nadležni će organi voditi računa o svim relevantnim okolnostima, uključujući, eventualno, postojanje niza sustavnih, ozbiljnih, očitih ili masovnih povreda prava čovjeka u toj državi“.

Ova odredba predstavlja direktnu zaštitu od refolementa u slučaju kada postoji rizik od torture, te omogućuje tražiocima azila i izbjeglicama koje se nalaze u takvoj situaciji da zatraže zaštitu od Komiteta protiv torture. To tijelo, dakle, ima direktan mandat za zaštitu izbjeglica.

4. Prava, slobode i obaveze tražilaca azila i izbjeglica

4.1. Pravo na traženje azila

Ovo pravo je garantovano članom 14 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koja propisuje da: „Svako ima pravo da traži i uživa u drugim zemljama azil od proganjanja“²⁰.

19 Usvojena rezolucijom Generalne skupštine UN 39/46 od 10.12.1984. godine. Stupila na snagu 26.06.1987. godine (u skladu sa čl. 27 (1)).

20 Navedenim članom su propisani i izuzeci jer se na pravo na traženje azila ne mogu pozvati osobe u slučaju gonjenja za krivična djela nepolitičke prirode ili zbog postupaka koji su protivni ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija.

Pod pojmom azil se podrazumijeva teritorijalni azil – utočište izvan teritorije države porijekla izbjeglice.

Ovdje treba podsjetiti da Deklaracija nije pravno obavezujući akt, nego da njene odredbe, uključujući i ove o pravu na traženje azila imaju snagu preporuka državama. Na globalnom planu do danas nije usvojen pravno obavezujući dokument koji bi regulisao ovu materiju, mada je bilo pokušaja u tom pravcu.²¹

Međunarodno pravo priznaje pravo na azil, međutim, ne obavezuje ni jednu državu da ga osigura. To je, ujedno, i manjkavost međunarodnog sistema zaštite prava izbjeglica, obzirom da su azilske procedure u isključivoj nadležnosti pojedinih država koje mogu kroz vlastitu legislativu olakšati, otežati, pa čak i onemogućiti realizaciju ovog prava.

To je, dakle, pravo države da teritorijalni azil dâ, odnosno odobri izbjeglici, ali ne i pravo izbjeglice da isti dobije.

Međutim, u okviru međunarodnog običajnog prava, razvila su se određena pravila o teritorijalnom azilu²² koja se svode na sljedeća prava i dužnosti:

- pravo države da tražitelju odobri azil,
- obaveza države za poštivanje principa non-refoulementa,
- obaveza azilanta da poštuje pravni i društveni poredak države koja mu je odobrila azil.

Nepostojanje obavezujućih propisa daje državama širok prostor za zloupotrebe, što one često i čine s namjerom izbjegavanja preuzetih obaveza.

4.2. Pravo na jednakost i nediskriminaciju

U poglavlju Opšti principi za zaštitu izbjeglica je konstatovano da je princip nediskriminacije jedan od temeljnih principa međunarodnog prava ljudskih prava od značaja za zaštitu izbjeglica.

Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima države članice su se obavezale da poštuju i da jamče njime priznata prava „... svim pojedincima koji se nalaze na njihovoj teritoriji i potpadaju pod njihovu vlast bez ikakvog razlikovanja, naročito u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, veroispovijesti, političkog ili svakog drugog ubjeđenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovine, rođenja ili drugog statusa.“²³

21 U okviru UN-a sačinjen je nacrt Konvencije o teritorijalnom azilu koja nije usvojena. Vezano za ovu oblast usvojena je 1967. godine od strane Generalne skupštine UN-a Deklaracija o teritorijalnom azilu (koja nije pravno obavezujuća).

22 Ovu tematiku je detaljno razrađivao Prof. Dr. Davorin Lapaš: Međunarodnopravna zaštita izbjeglica, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2008. god., str. 14-17.

23 Čl. 2. st. 1 Pakta. Zabrana diskriminacije je propisana i u čl.2.st.2. Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka (član 2) zabranjuje različit tretman po osnovu rase, boje kože, pola, jezika, religije, političkog ili drugog ubjedenja ili drugog statusa.

Već u prvoj rečenici preambule Konvencije o statusu izbjeglica se navodi: „... da je Poveljom Ujedinjenih naroda i Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, koje je Generalna skupština potvrdila 10. decembra 1948., prihvaćeno načelo da će ljudska bića uživati osnovna prava i slobode bez diskriminacije.“ Navedeni princip se razrađuje u čl. 3 Konvencije koji obavezuje da se njene odredbe primjenjuju od strane država ugovornica „... bez diskriminacije s obzirom na njihovu rasu, vjeru ili zemlju porijekla.“

4.3. Pravo na zaštitu od proizvoljnog pritvaranja

Ovo pravo je propisano Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima. Članom 9 je propisano da: “Niko ne smije biti proizvoljno uhapšen, pritvoren, niti protjeran.”

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima detaljno reguliše ovo pitanje, zajedno sa pitanjem lišavanja slobode generalno²⁴. Pakt također propisuje obaveze država i način postupanja prema osobama lišenim slobode. Ove generalne odredbe su relevantne i za izbjeglice. Kako je ranije napomenuto, izbjeglice su vrlo često u zemljama azila izložene postupcima i tretmanima koji predstavljaju direktno kršenje ovih međunarodno-pravnih obaveza preuzetih od strane tih država.

UNHCR-ove Smjernice o kriterijima i standardima vezanim za pritvaranje tražilaca azila²⁵ naglašavaju da je „...pritvaranje tražitelja azila sa stanovišta UNHCR-a nepoželjno. To je pogotovo nepoželjno u slučaju ranjivih grupa kao što su neudane žene, djeca, maloljetnici bez pratnje i osobe s posebnim zdravstvenim ili psihološkim potrebama ...“.

Smjernica br. 2 sadrži generalni princip, a to je da tražioci azila ne trebaju biti pritvarani, obzirom da je pravo na traženje i uživanje azila priznato kao osnovno ljudsko pravo Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima u čl.14.

Kod tražilaca azila je poseban problem to što su prilikom ostvarenja ovog prava vrlo često prisiljeni da uđu ili dođu na teritoriju neke države ilegalno. Zbog specifičnih razloga i okolnosti njihovog dolaska, položaj tražilaca azila se drastično razlikuje od položaja „običnih“ stranaca jer nisu u mogućnosti da zadovolje sve pravne

24 U čl. 9 st.1 Pakta je navedeno da: „Svako ima pravo na slobodu i ličnu sigurnost. Niko ne može biti samovoljno uhapšen ili pritvoren. Niko se ne smije lišiti slobode osim iz razloga i u skladu sa postupkom koji su propisani zakonom.“

25 UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, 1999., Paragraf 1.

formalnosti oko ulaska u neku državu. Države moraju imati ovu činjenicu na umu prilikom određivanja ograničenja kretanja osoba – tražilaca azila, koje su ilegalno ušle u državu, kao i činjenicu da su te osobe došle u tu državu nakon traumatičnih iskustava i bijega iz svoje vlastite države.

Smjernica br. 3 utvrđuje da nije u skladu sa normama izbjegličkog prava pritvaranje tražitelja azila u cilju odvracanja budućih tražitelja azila, ili kako bi oni koji su već podnijeli zahtjeve za regulisanje svog statusa, odustali od istih. Također se ponavlja niz puta ranije iskazan zahtjev da se pritvor ne smije koristiti kao kaznena ili disciplinska mjera zbog ilegalnog prisustva u zemlji, a posebno da se pritvor ne smije praktikovati zbog neispunjavanja administrativnih zahtjeva, ili nekih institucionalnih ograničenja u prihvatnim centrima ili izbjegličkim kampovima.

Međutim, ukoliko i dođe do zatvaranja izbjeglica ili tražilaca azila, pod uslovima i na način predviđen zakonom, oni moraju biti tretirani humano uz puno poštivanje dostojanstva njihove ličnosti. Obaveza država na takvo ponašanje, odnosno pravo pritvorenih na odgovarajući tretman, utvrđeno je nizom instrumenata za zaštitu ljudskih prava.²⁶

Ovome pitanju se, inače, pridaje dosta pažnje u međunarodnom pravu ljudskih prava. U jednom izvještaju UN-ovog specijalnog izvjestioca o ljudskim pravima migranata²⁷ se navodi da „.. pritvor ... nikad ne bi trebao biti kaznene prirode.“ U tom smislu data je i preporuka da se kršenja imigracijskih zakona i propisa ne bi trebala smatrati krivičnim djelima prema nacionalnom zakonodavstvu. Specijalni izvjestilac je naglasio da „...neregularni migranti nisu kriminalci po sebi i ne bi ih trebalo tretirati kao takve. Pritvaranje migranata na temelju njihovog neregularnog statusa ne treba ni pod kojim okolnostima biti od kaznene prirode“. Stoga bi države trebale razmotriti mogućnost progresivnog ukidanja svih oblika administrativnog pritvaranja.

4.4. Sloboda kretanja

Sloboda kretanja je svakako jedno od ključnih prava koje izbjeglice treba da uživaju. Propisano je Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima²⁸ koja

26 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, član 10(1), uključujući i Generalni komentar br. 21 (1992) i Generalni komentar br.15 (1986) Komiteta za ljudska prava.

27 Report of UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, Paragraph 43

28 Čl. 13 glasi: „1. Svako ima pravo na slobodu kretanja i izbora stanovanja u granicama pojedine države.

2. Svako ima pravo da napusti svaku zemlju, uključujući svoju vlastitu, i da se vrati u svoju zemlju.“

garantuje svakome pravo na slobodu kretanja i izbora stanovanja na teritoriji države. To uključuje i pravo napuštanja svake države, pa i vlastite, kao i pravo povratka u istu.

Pakt o građanskim i političkim pravima također reguliše ovo pravo u čl. 12: „1. Svako ko se zakonito nalazi na teritoriji jedne države ima pravo da se u njoj slobodno kreće i slobodno izabere svoje mjesto boravka.

2. Svako lice slobodno je da napusti bilo koju zemlju uključujući tu i svoju vlastitu.

3. Naprijed navedena prava mogu biti predmet samo zakonom previđenih ograničenja koja su nužna za zaštitu nacionalne sigurnosti, javnog poretka, javnog zdravlja ili javnog morala, ili prava i sloboda drugih lica, i u skladu su s drugim pravima priznatim ovim Paktom.

4. Niko se ne može samovoljno lišiti prava da uđe u svoju vlastitu zemlju.“

Komiteta za ljudska prava u svom Generalnom komentaru²⁹ vezano za ovaj član Konvencije, odnosno slobodu kretanja, je detaljnije obrazložio shvatanje sintagme zakonitog boravka stranaca na teritoriji neke države. Po shvatanju Komiteta, to pitanje je regulisano internim državnim zakonodavstvom koje može postaviti određena ograničenja ulaska stranaca u dotičnu državu, ukoliko je to u skladu s njenim međunarodno preuzetim obavezama. Komitet je zauzeo stav da se stranac, koji je ušao u neku državu ilegalno, ali je naknadno regulisao svoj status, ima smatrati osobom koja se zakonito nalazi na teritoriji te države u smislu čl. 12 Pakta. Bilo kakav naknadni tretman tih osoba na način različit od tretmana domaćih državljana treba biti u izvještajima država obrazložen i opravdan u kontekstu odredbi stava 3 navedenog člana.

I Konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije u čl. 5(d)(i) također garantuje slobodu kretanja i prebivališta na teritoriji države.

Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine je to pravo regulisala u članu 26. na sljedeći način:

„Svaka država ugovornica daće izbjeglicama koji se redovno nalaze na njenoj teritoriji pravo da ovde izaberu mjesto svog boravka i da se slobodno kreću pod uslovima ustaljenim propisima koji se pod istim okolnostima primjenjuju na strance uopšte.“

Konvencija također, u čl. 31 u kojem se reguliše tretman izbjeglica koje se nezakonito nalaze u zemlji izbjeglištva, preciznije u st.2, obavezuje države članice da ne ograničavaju kretanje ovih izbjeglica, osim ako je to nužno, te da ta ograničenja primjenjuju samo dok se njihov status u dotičnoj zemlji ne odobri ili dok ne budu prihvaćeni u nekoj drugoj zemlji.

29 General Comment No. 27 (1999) of the Human Rights Committee, Freedom of movement

4.5. Pravo na zaštitu od protjerivanja i prisilnog premještanja

Generalna skupština UN-a je u nizu svojih rezolucija³⁰ konstatovala da se izbjeglice kontinuirano susreću sa problemom zaštite svojih prava koji je posljedica njihovog nezakonitog protjerivanja ili refoulementa. U tim rezolucijama države članice se pozivaju da se uzdrže od poduzimanja mjera koje mogu da ugroze instituciju azila „ ... posebno zbog vraćanja ili protjerivanja izbjeglica i tražilaca azila uprkos izričite zabrane takve prakse“. Države se također pozivaju da uspostave odgovarajuće procedure za određivanje izbjegličkog statusa i osiguraju human tretman osoba u skladu sa optšteprihvaćenim normama i standardima iz oblasti ljudskih prava, uz garantovanje azila izbjeglicama.

Paktom o građanskim i političkim pravima je propisano da: “Stranac koji se zakonito nalazi na teritoriji jedne države članice ovog Pakta može iz nje biti protjeran samo u vezi sa izvršenjem odluke donijete u skladu sa zakonom i, ako se viši razlozi nacionalne sigurnosti tome ne protive, on mora imati mogućnosti da istakne razloge protiv njegovog protjerivanja i da se od strane nadležne vlasti ili jednog ili više lica naročito označenih za to njegov slučaj preispita, u koju će svrhu on imati zastupnika.”

Slične odredbe sadrži i Konvencija o statusu izbjeglica koja u čl. 32 reguliše pitanje prisilnog udaljenja izbjeglice. Tim članom, uz zabranu državi da prisilno udalji izbjeglicu koja zakonito boravi na njenom teritoriju, osim ako je ugrožena nacionalna sigurnost ili javni red, Konvencija nalaže i provođenje određene procedure, te davanja roka izbjeglici za pokušaj razrješenja svoje situacije.

4.6. Obaveze izbjeglica prema državi prihvata

Izbjeglice prema državi prihvata imaju i određene obaveze. Te obaveze se, u čl. 2 Konvencije, propisuju kroz obavezu izbjeglica za poštivanjem zakona i propisa i na osnovu njih donesenih mjera u zemlji prihvata. Izbjeglice se, naravno, moraju pridržavati i normi međunarodnog prava. U principu, izbjeglicama se, zbog nepoštivanja normi međunarodnog prava ili poretka i prava zemlje prihvata, osim sankcija koje se izriču domaćim državljanima za nepoštivanje istih, mogu izreći i teže sankcije kao što je izgon iz zemlje prihvata, uključujući čak i vraćanje u državu porijekla ukoliko su ostvareni za to Konvencijom propisani uslovi.

30 Npr. Rezolucije Generalne skupštine UN-a br. 44/137, PP5 & OP3 od 15.12.1989. god.; br. 45/140 A, PP6 & OP3 od 14.12.1990. god.; 46/106, PP7 & OP4 od 16.12.1991. god. itd.

5. Postupci pojedinih država članica EU tokom izbjegličke krize koji nisu u skladu sa njihovim međunarodno-pravno preuzetim obavezama.

Članice EU su dočekale izbjegličku krizu potpuno nespremne. Iako su postojale naznake da će doći do naglog i masovnog priliva migranata na područje EU, zbog nepostojanja zajedničke azilske politike i slabe koordinacije među državama članicama, kreirana je haotična situacija u regiji. Dok su se države članice sredinom 2015. godine bezuspješno dogovarale oko rasporeda kvota i o tome koliko hiljada izbjeglica će prihvatiti koja država, broj azilanata koje je trebalo zbrinuti je bilježio stotine hiljada.

Uz to, pojedine države među kojima su prednjačile Mađarska, Češka i Slovačka, su se otvoreno suprotstavile relokaciji azilanata na njihovo područje prema planu Evropske komisije.

Mađarska, a kasnije i Slovenija su postavile žičane ograde na svoje granice u cilju sprečavanja ulaska azilanata na njihovu teritoriju, a neke države su u periodu septembar-oktobar 2015. promijenile svoje zakonodavstvo kako bi omogućile raspoređivanje vojske na granice s tim ciljem (npr. Mađarska, Austrija, Slovenija). Na tim granicama su zabilježeni i fizički sukobi između organa reda i azilanata uz upotrebu suzavca, vodenih topova i gumenih metaka.

Mađarska policija je sredinom septembra 2015. godine za jedan dan privela više od 9.000 osoba, a krajem mjeseca je pokrenula postupak protiv 24.000 migranata koji su ilegalno ušli u državu.

U tom periodu je postalo jasno da je ugrožen i Šengenski sporazum, jer su ga neke države privremeno suspendovale i uvele kontrole na svoje granice, što je predstavljalo udarac osnovnim principima na kojima je EU utemeljena.

Humanitarna situacija sa azilantima je bila katastrofalna. U prihvatnim centrima u kojima su smješteni vladala je dezorganizacija i nestašica namirnica, odjeće, lijekova i ostalih potrepština. Azilanti, među kojima je i veliki broj djece, je često bio smješten na otvorenom, pod improvizovanim nastambama, bez minimalnih uslova za život, uključujući i adekvatno medicinsko zbrinjavanje.

Zabilježen je i veliki broj napada na izbjegličke smještaje, te protesta protiv prijema izbjeglica. Tako je npr. samo u Njemačkoj u 2015. godini zabilježeno oko 500 napada.

Najviši funkcioneri pojedinih država (Mađarska, Češka, Slovačka), su prednjačili u ksenofobičnim izjavama i odbijanju prijema izbjeglica muslimana.

Pojedine države (Njemačka, Danska) su uveli obavezu da izbjeglice moraju predati vlastima gotovinu i vrijednosti iznad limita, koji varira od države do države.

Njemački savezni kriminalistički ured je početkom februara 2016. god. objavio da je 5.000 djece izbjeglica bez pratnje „nestalo“ u Njemačkoj. Uz to se veže informacija Europolu da je u posljednje dvije godine u Evropi nestalo 10.000 djece izbjeglica. Mnogi su pali kao žrtve kriminalnih grupa za trgovinu ljudima.

Gotovo sve države članice EU su pokrenule procedure za promjenu zakona radi pooštavanja uslova za sticanje azila (uključujući i nečlanice koje su potpisnice Šengenskog sporazuma).

Tokom izbjegličke krize Evropska komisija je pokušavala na razne, uglavnom neuspješne, načine da smanji razorne posljedice po EU, bez značajnije brige za same izbjeglice. Preko određivanja kvota za prijem izbjeglica za svaku državu članicu, pokušaja da se migranti zadrže na Balkanu što dalje od EU i pretvaranje Grčke u veliki sabirni centar, do sporazuma sa Turskom od 18.03. 2016. god, koja bi, za finansijske i političke ustupke, primila nazad migrante iz Grčke i držala sirijske izbjeglice na svojoj teritoriji. Po Sporazumu, za svakog sirijskog migranta koji bude vraćen u Tursku, po jedan Sirijac koji već boravi u Turskoj biti naseljen unutar EU.

Takav sporazum je naišao na osudu UN-a jer je kolektivno i arbitrarno protjerivanje svih migranata prema Turskoj nezakonito.

Najoštrij je bio istup direktora odjela Amnesty Internationala za Evropu i Aziju Johna Dalhuisena koji je izjavio³¹ da obećanja EU da će poštovati međunarodno i evropsko pravo „izgledaju sumnjivo poput pilule cijanida prevučene šećerom koju je Evropa prisiljena da proguta“, te da, obzirom da Turska nije sigurna zemlja za izbjeglice i migrante, nisu utemeljene garancije da će prisilni povratak svih ilegalnih migranata koji stižu na grčka ostrva biti u skladu sa međunarodnim pravom.

Pomenuti sporazum, zbog raznih razloga, nije naišao na sveobuhvatnu podršku među članicama EU, jer neke smatraju da se Turskoj daju preveliki ustupci (npr. Francuska, Kipar, Austrija, Mađarska, Grčka, Slovačka).

Takve razlike u stavovima su i natjerale njemačkog ministra vanjskih poslova Frank-Walter Steinmeiera da zaprijeti „pravnim sankcijama“ onim članicama EU koje odbiju prihvatiti izbjeglice (pri tome misleći prvenstveno na Mađarsku i Slovačku), jer smatra da „evropska solidarnost nije jednosmjerna ulica“.

Gore navedeno je kratak prikaz odluka i postupaka koji predstavljaju direktno kršenje međunarodopravnih propisa i njima priznatih prava tražilaca azila i izbjeglica koji su elaborirani u prethodnim poglavljima.

6. Zaključak

Izbjeglička kriza sa kojom se Evropa suočava nakon eskalacije ratnih sukoba u Siriji dramatično je aktuelizirala pitanje prava izbjeglica.

Mada su prava izbjeglica primarno regulisana odredbama Konvencije o statusu izbjeglica, ona se nalaze i u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima kojima je preciziran krug njihovih zaštićenih prava i predviđen mehanizam kojim se ostvaruje nadzor nad njihovom primjenom.

Međunarodni standard zaštite ljudskih prava uvijek se realizuje u okviru

31 Izjavu prenio BBC 19.03.2016. god.

nacionalnog pravnog poretka, što zapravo znači da je njegovo ostvarivanje uslovljeno efikasnošću mjera koje mu on određuje. Reakcija država na povećan broj zahtjeva za davnje azila još jednom je ukazala na nesklad koji postoji između utvrđenog međunarodnog standarda kojim se garantuju ljudska prava, u ovom slučaju prava izbjeglica, i njegovog ostvarivanja u okviru nacionalnog pravnog poretka. Izbjeglička kriza u zemljama prihvata za posljedicu je gotovo redovno imala retrogradne promjene u državnoj politici azila i restriktivna rješenja u nacionalnoj legislativi, koja su za cilj imala ograničavanje i otežavanje sticanja izbjegličkog statusa licima koja ga traže, a time i uskraćivanje prava koje njegovo sticanje osigurava.

Ovo se osobito vidi u restriktivnom tumačenju pojma izbjeglice kome su zemlje prihvata vrlo sklone, ali i zloupotrebi prava kojoj nacionalne vlasti pribjegavaju selektivnom primjenom međunarodnih normi i njihovim tumačenjem suprotno cilju zbog koga su donesene, čime ugrožavaju ne samo ostvarivanje prava izbjeglica već kompromituju čitav sistem međunarodnog prava ljudskih prava.

Postojeći normativni okvir utvrđen međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima pruža dovoljno garancija pravima izbjeglica, ali nepostojanje jedinstvenog i opšteobavezujućeg načina primjene garantovanih prava i premalo efikasnih mjera za njihovo ostvarivanje u značajnoj mjeri otežavaju njihovu realizaciju.

7. Literatura

- Human Rights Committee, General Comment No.18, Non-discrimination (1989),
- Human Rights Committee General Comment No. 27 (1999) of the, Freedom of movement
- Human Rights Committee, General Comment No. 31(80), CCPR/C/21/rev.1/Add.13.
- Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, - Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 429(V) od 14.12.1950. godine.
- Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, Rezolucija UN br. 34/180, aneks
- Konvencija protiv torture i drugog okrutnog, neljudskog ili degradirajućeg tretmana ili kažnjavanja, Rezolucija UN br. 39/46, aneks
- Konvencija o pravima djeteta, Rezolucija Generalne skupštine UN 44/25 od 20.11.1989. godine.
- Lapaš Davorin: Međunarodnopravna zaštita izbjeglica, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2008. God
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Rezolucija GS 2200 A (XXI), , UN Doc. A/6316 (1966)
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima - Dodatak Rezoluciji Generalne skupštine UN 2200 A (XXI) od 16.12.1966.
- Rezolucije Generalne skupštine UN-a (po redoslijedu navođenja/citiranja): br. 44/137, PP5 & OP3 od 15.12.1989. god.; br. 45/140 A, PP6 & OP3 od 14.12.1990. god.; 46/106, PP7 & OP4 od 16.12.1991. god.; 54/146, OP21 od 17. 12.1999. god i 55/74, OP24 od 4. 12.2000. godine
- UNHCR ExCom Conclusion No. 44 (XXXVII) – 1986, Detention of Refugees and Asylum Seekers
- UNHCR ExCom Conclusion on International Protection No. 85 (XLIX) – 1998.
- UNHCR Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, 1999.
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima OUN, Rezolucija 217 A (III)
- http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Asylum_quarterly_report

Senad Defterdarevic, LL.D.

Head of Corporate Services

The Spatial Development Insitute of the City of Mostar

RIGHTS OF REFUGEES IN THE INTERNATIONAL CONVENTIONS ON HUMAN RIGHTS

Summary

The paper deals with the issue of refugees' rights in the context of the normative solutions of international human rights treaties. The initial hypothesis of the study is that normative solutions envisaged by international agreements on human rights represent a reliable framework for realization of the rights of refugees. By analyzing the content of international human rights treaties whose provisions are relevant to the refugees, case study and teleological method, research leads to the conclusion that guaranteed rights of refugees do not have a consistent pattern of application. Their implementation depends on the willingness of states that refugee rights interpret and apply, and that at the same time manage their own interests instead of fulfillment of obligations they have undertaken under international treaties in which those rights are stipulated. Because of that, the effectiveness of the existing regulatory solutions is weak and uncertain. The only way to enable realization of the rights of refugees is to ensure, through existing legal provisions, effective monitoring followed by effective sanctions for countries that fail to meet the obligations that they themselves have taken.

Keywords: rights, freedoms and obligations of asylum seekers and refugees, international human rights treaties, general principles of refugee protection, the receiving state.

Mr.sc. Šejla Maslo Čerkić, viša asistentica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

USTAVNA ZAŠTITA ROPSTVA I PROBLEM ODBJEGLIH ROBOVA U ZAKONU I PRAKSI SAD – *PRIGG V. PENNSYLVANIA (1842.)*

Sažetak

Zaštita ropstva u američkom ustavu predviđena je nizom odredbi koje su omogućile opstanak i razvoj ove ustanove u Sjedinjenim Državama. Za odnose među savezним državama, od posebnog značaja je bila tzv. odredba o odbjeglih robovima koja je potvrdila pravo robovlasnika na povrat robova koji bi se našli u nekoj od slobodnih država. Interpretacija i primjena ove odredbe bila je povod sukoba među državama i slučajeva o kojima je odlučivao Vrhovni sud SAD. Najznačajniji među njima bio je *Prigg v. Pennsylvania (1842.)*, kojim je potvrđena ustavnost Zakona o odbjeglih robovima iz 1793. godine ali i omogućeno državnim vlastima da izbjegnu njegovu primjenu. U radu su analizirane ustavne odredbe kojima je zaštićeno ropstvo sa posebnim akcentom na odredbu o odbjeglih robovima i njen značaj za zakonodavstvo i sudsku praksu. Analiza presude *Prigg v. Pennsylvania* pokazuje na koji način je federalna sudska vlast preuzela ulogu zaštitnika ropstva u istovremnom pokušaju da očuva politički balans među državama.

Ključne riječi: ustav, ropstvo, odbjegli robovi, *Prigg v. Pennsylvania*

1. UVOD

Izjava abolicioniste W. L. Garrisona kako je američki ustav rezultat užasne pogodbe između ropstva i slobode¹, otkriva suštinu kompromisa postignutog između južnih i sjevernih država na Ustavotvornoj skupštini 1787. godine. Ropstvo kao osnovni izvor konflikta između samih država s jedne, i između država i federacije s druge strane, predstavljao je pozadinu većine ustavnih i pravnih kriza od donošenja Ustava do okončanja Građanskog rata.² Ustavne odredbe o ropstvu predstavljale temelj očuvanja robovlasničkog sistema u SAD tokom narednih decenija, a političke debate, federalni zakoni i sudske presude koji su se ticali ropstva obilježile će razdoblje do njegovog konačnog ukidanja.

Novi Ustav SAD, ratifikovan 1788. godine, zamijenio je do tada važeće Članke Konfederacije i omogućio povezivanje saveznih država u čvršću uniju sa širim nadležnostima. Iako je ropstvo u to vrijeme prožimalo ekonomski, politički i društveni život Sjedinjenih Država, ratificirani Ustav nije na eksplicitan način pominjao ropstvo i robovlasničku praksu. To nije, međutim, značilo da ropstvo nije sankcionisano i nedvosmisleno priznato u nekoliko odredbi, bez obzira što ustavotvorci nisu upotrijebili riječi poput rob, ropstvo, robovlasništvo i sl. Umjesto direktnog određivanja ropstva kao takvog, odlučili su se za eufemistički pristup, ali su takve formulacije i rješenja ipak omogućili očuvanje i napredak ropstva u okviru struktura političke moći. U konačnici, tih par eufimističkih referenci na ropstvo imalo je dalekosežne posljedice na politički razvoj i ustavnu interpretaciju.³

Problem tumačenja pojedinih ustavnih odredbi koje su na neposredan ili posredan način uredile „specifičnu ustanovu“ ropstva (*the peculiar institution*), opterećivao je odnose među državama u predratnom periodu. To se posebno odnosilo na tumačenje i primjenu tzv. odredbe o odbjeglih robovima (*Fugitive Slave Clause*), kojom je putem ustava uređeno pitanje bjegunaca iz robovlasničkih država koji bi se našli u slobodnoj državi. Ovo je bio jedan od osnovnih izvora međudržavnih napetosti i konflikata od vremena ratifikovanja ustava do izbijanja Građanskog rata.

U radu se analiziraju ustavne odredbe kojima je regulisana ustanova ropstva u novostvorenoj državi. Posebno će biti analizirana odredba o odbjeglih robovima

1 Garrison je ustav nazvao i „ugovorom sa smrću i sporazumom sa paklom.“ Garrison, W.L., *Selections from the Writings and Speeches of William Lloyd Garrison*, 1852, str. 140. Dostupno na: <https://archive.org/details/cu31924032775383>, preuzeto 23.4.2016.

2 Hall, K., Wiecek, W., Finkelman, P., *American Legal History, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 1996, str.187.

3 Reed, D.S., u *Slavery in the United States: A Social, Political, and Historical Encyclopedia*, Volume 1, ur. Rodriguez, ABC-CLIO, Santa Barbara-Denver – Oxford, 2007, str. 492.

i u odnosu na kasnije zakonodavstvo i sudsku praksu. U tom smislu od posebnog značaja su Zakon o odbjeglih robovima iz 1793. i presuda Vrhovnog suda u slučaju *Prigg v. Pennsylvania* (1842.), a oni će biti razmotreni u centralnom dijelu rada. Cilj rada je pokazati da je Ustav SAD sankcionisao ustanovu ropstva i na taj način joj dao ustavnu zaštitu u narednim decenijama. Pravo robovlasnika na povrat odbjelog roba je izričito zagarantovano, pa su savezna zakonodavna i sudska vlast preuzele ulogu zaštitnika vlasnika čija bi se imovina našla na teritoriji slobodne države.

2. Ropstvo u ustavnim odredbama

Ustavne odredbe koje se tiču ropstva mogu se podijeliti u tri kategorije. Na prvom mjestu su odredbe koje se direktno odnose na ropstvo i uređuju odnose među državama u povodu ropstva; na drugom mjestu su one su na neki način obuhvatile ropstvo i druge ustanove; u treću kategoriju spadaju odredbe koje se nisu direktno odnosile na ropstvo, ali su imale značajan, posredan ili nepredviđen utjecaj i na njega.

2.1. Odredbe koje se direktno odnose na ropstvo

Ustav je eksplicitno priznao postojanje ropstva u pet odredbi, i one predstavljaju ključne kompromise postignute na Ustavotvornoj skupštini. Na prvom mjestu je „klauzula o tri petine“ (*the three fifths clause*) iz čl. I, odjeljka 2, par. 3, prema kojoj će se broj zastupnika svake države u Predstavničkom domu i direktni porezi razdijeliti „*pribrajanjem ukupnom broju slobodnih osoba, uključujući obvezne služiti određeni broj godina, uz isključenje Indijanaca koji ne plaćaju poreze*, tri petine broja svih ostalih osoba.“⁴ Ova odredba je značila automatsko povećanje broja predstavnika južnih država, a s druge strane je umanjila mogućnost neposrednog oporezivanja. U ovom slučaju, južne države su insistirale da se robovi računaju kao osobe, a kompromisom su određeni kao osobe „umanjene vrijednosti“.⁵

Prema čl. I, odjeljak 9, par. 1, određeno je kako Kongres ne može prije 1804. zabraniti „*preseljavanje ili useljavanje osoba što ih koja od sada postojećih Država smatra opravdanim dopustiti*“,⁶ čime je jasno ozakonjena međunarodna

4 Ustav SAD, prevod Branko Smerdel, Vladavina prava, god. 1, br. 1, 1997, Zagreb, str. 179.-197.

5 U vrijeme usvajanje Članaka Konfederacije južne države su insistirale da se robovi računaju kao imovina, jer je svaka država davala jednog predstavnika bez obzira na broj stanovnika, dok je politika promijenjena kad se broj predstavnika počeo računati prema broju stanovnika. Finkleman, P., „Slavery in the United States: Persons or Property?“ u *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary* 105.-134., ur. Jean Allain, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 115.-118.

6 Čl. I, odj. 9, par. 1., Ustav SAD, op.cit. str. 183.

trgovina robljem u narednih dvadeset godina. To je dovelo do još veće zavisnosti robovlasničkih država o robovskom radu, a omogućilo je i razvoj domaćeg tržišta robova. Ovom odredbom ograničeno je pravo Kongresa da uređuje trgovinu sa stranim državama, te između pojedinih država, predviđeno odjeljkom 8, par. 3, istoga člana (tzv. *Commerce Clause* – odredba o trgovini).⁷ Iako je suština ovih odredbi o trgovini i zaštiti interesa robovlasnika u pogledu robova kao imovine, i ovdje je, osim izraza preseljavanje, odnosno uvoz (*importation*), upotrebljen i izraz useljavanje (*immigration*), što implicira da su ustavotvorci i na ovom mjestu željeli zadržati privid priznavanja osobnosti robova. Kao kompromis u korist sjevera uvedena je mogućnost oporezivanja ovakvog uvoza, ali ne više od deset dolara po uvezenoj osobi.⁸

Politička pobjeda Juga i ustupci u vidu gornjih rješenja izazvali su ogorčenje pojedinih delegata iz slobodnih država,⁹ ali to nije značilo i kraj ustavne zaštite ropstva. Robovlasničke države su zaštićene i čl. I, odj. 9, par. 3, kojim se zabranjuje diskriminacija u pogledu uvođenja novih vrsta direktnih poreza (tzv. glavarina), samo za pojedine kategorije.¹⁰ To je onemogućilo da robovi budu dodatno oporezovani i na taj način opstanak ropstva bude ugrožen.

Mogući međudržavni konflikt u pogledu odbjeglih robova su također riješeni u korist Juga. Tako se u čl. IV, odj. 2, par. 3, propisuje da „*nijedna osoba, držana zbog služenja ili rada u kojoj Državi prema njezinim zakonima, neće ako pobjegne u drugu Državu, prema njezinim zakonima ili propisima biti oslobođena takvog služenja ili rada, već će se izručiti na temelju pravnog zahtjeva stranke kojoj bi bila dužna služiti ili raditi.*“¹¹ To je značilo da će slobodnim državama biti, ne samo zabranjeno osloboditi odbjeglog roba, nego je i propisana obaveza njegovog vraćanja vlasniku od kojeg je pobjegao. Ova obaveza biće dodatno uređena naknadnim zakonima o odbjelim robovima čija će ustavnost biti ocjenjivana u slučaju *Prigg v. Pennsylvania* o kojem je odlučivao Vrhovni sud SAD. Značajno

7 Čl. I, odj. 8, par. 3., Ustav SAD, ibid. str. 182.

8 Čl. I, odj. 9, par. 1., Ustav SAD, ibid. str. 183.

9 Guverner Morris iz Pennsylvanije je bio ogorčen ovakvom izdajom revolucionarnih ideala: [Suština klauzule o tri petine i kompromisa o trgovini robljem] se svodi na sljedeće: stanovnik Georgije ili Južne Karoline koji odlazi do obala Afrike, kriši najsvetije zakone čovječnosti, razdvaja ljudska bića od njihovih najdražih i osuđuje ih na najokrutnije podložništvo, ima više glasova u vladi koja je ustanovljena zbog zaštite čovjeka, od stanovnika Pennsylvanije ili New Jerseyja koji s užasom posmatraju takvu sramotnu praksu.“ Farrand, M., *The Records of the Federal Convention of 1787*, str. 222. prema: Finkleman, P., op.cit. str. 118.

10 Čl. I, odj. 9, par. 4, Ustav SAD „Nikakva glavarina ili drugi izravni porez neće biti raspisan, osim u razmjeru s popisom ili prebrojavanjem koje je ovdje ranije određeno izvršiti.“

11 Čl. IV, odj. II, par. 3. Ustav SAD, ibid. str. 187.

je napomenuti kako su odredbe o odbjeglih robovima, za razliku od rješenja o načinu prebrojavanja, prihvaćene gotovo bez protivljenja sjevernih država.¹²

Predviđevši postupak za usvajanje amandamana na ustav u čl. V, eksplicitno je određeno da se ta mogućnost neće odnositi na „Prvu i Četvrtu odredbu u Devetom odjeljku prvog Članka“¹³ prije 1804. godine. Time je onemogućena ustavna izmjena odredbi o pravu na trgovinu robljem i obavezi vraćanja odbjeglih robova.

2.2. Odredbe koje su obuhvatile uređenje ustanove ropstva i drugih ustanova

Drugom grupom ustavnih odredbi koje su se odnosile i na ropstvo uređena su pitanja fizičke i ekonomske dominacije koja su podržavala ustanovu ropstva. Tu se, prije svega, misli na odredbu čl. IV, odj. 4 prema kojoj će Sjedinjene Države štititi svaku državu od napada i „protiv unutrašnjeg nasilja“ na osnovu njenog zahtjeva.¹⁴ Tako je propisana obaveza federalne vlasti da pruži zaštitu robovlasnicima i njihovim interesima protiv nasilja uzrokovanog robovskim pobunama. Slična obaveza predviđena je u čl. I, odj. 8, par. 15, gdje se određuje da se Kongresu daje ovlaštenje da „odobri pozivanje Milicije radi izvršavanja zakona Saveza, gušenje pobuna i suzbijanje napada,“¹⁵ uključujući i robovske ustanke.

Debate o porezima rezultirale su zabranom oporezivanja izvoza, uključujući duhan, rižu i indigo, koji su bili proizvodi robovskog rada.¹⁶ Južnjaci su strahovali od bilo kakvih federalnih mjera koje bi ugrozile ropstvo, tako da su glasnije od drugih zagovarali vladu sa ograničenim ovlaštenjima.¹⁷ Borba protiv centralizirane vlade je bila uspješna, pa se general Pinckney iz Južne Karoline pohvalio pred svojim zakonodavnim tijelom: „*Osigurati smo se da ih zajednička vlada nikada ne može osloboditi, jer takvo ovlaštenje niti smo dali niti priznali; niti zajednička vlada ima drugih ovlaštenja osim onih koje su izričito utvrđene Ustavom, a države zadržavaju sva prava koja joj nisu dodijeljena.*“¹⁸

2.3. Odredbe kojima je ropstvo indirektno zaštićeno

Ustavne odredbe kojima su uređena druga pitanja, ali je omogućena i zaštita ropstva i sprječavanje njegovog ukidanja u narednim decenijama, uređivale

12 Franklin, J. H, A. Moss, A.A., op.cit. str. 143.

13 Čl. V, Ustav SAD, ibid. str. 144.

14 Član IV, odj. 4, Ustav SAD, op.cit. str. 188.

15 Čl. I, Odjeljak 8, paragraf 15, Ustav SAD, ibid. str. 183.

16 Član I, Odjeljak 9, paragraf 4, Ustav SAD, ibid. str. 183.

17 Finkleman, P., op.cit. str. 118.

18 Finkleman, P., *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Routledge, London-New York, 2014, str.122.

su način izmjene ustava, prijem novih država u Uniju i uređivanje odnosa u teritorijama. Član V je predvidio da svaku izmjenu ustava mora odobriti tri četvrtine od ukupnog broja država, čime je omogućeno robovlasničkim državama da ulože veto na svaki pokušaj ustavnog ukidanja ropstva.¹⁹ Ove značajne političke pobjede značile su da će ropstvo preživjeti u državi zasnovanoj na ideji slobode duže nego što bi opstalo da su kolonije ostale u sastavu Britanskog carstva.^{20 21}

3. Pravni okvir robovlasništva i nadležnosti federacije

Ratifikacija Ustava u narednom periodu okončana je u kratkom roku, iako ne bez protivljenja postignutim kompromisima. Ustav je zadržao i ozakonio postojeći pravni okvir za držanje robova koji je ustanovljen još tokom kolonijalnog perioda. Države su zadržale pravo da zakonski uređuju sva pitanja koja se odnose na robove unutar njihove teritorije. Ovakva rješenja odražavala su stav koji je u to vrijeme dobivao na značaju, da je ropstvo u suprotnosti sa prirodnim pravom, i da može biti sankcionisano jedino pozitivnim zakonima (*Sommerset v. Stewart*, 98 English Reports, 499 (1772)). Ustav je priznao i potvrdio lokalno pravo ropstva koje je do tada postojalo i značajno ograničilo mogućnost federacije da ugrožava imovinska prava u povodu drugih ljudskih bića. Time je označen početak konstantne napetosti između revolucionarnih ideja „višeg prava“ i duboko političkih kompromisa o ropstvu.

Iako federacija nije imala ovlaštenja u pogledu ropstva u robovlasničkim državama, bila je nadležna u pitanjima koja su se odnosila na afričku trgovinu robljem, povratak odbjeglih robova, ropstvo u federalnim teritorijama i Distriktu Kolumbiji, prijem novih robovlasničkih država u Uniju i međudržavni prolazak i privremeni boravak robova u slobodnim državama.²² Politički i pravni problemi koji su nastajali u pogledu ovih nadležnosti tokom prve polovine devetnaestog vijeka obilježili su odnose između saveznih država i federalne vlasti.

19 Čl. V, Ustav SAD, ibid. str. 188.

20 John H. Franklin, Alfred A. Moss, Jr, op.cit. str. 144.

21 Postavlja se pitanje zbog čega su interesi južnih država prevladali u pogledu svakog spornog pitanja o ropstvu pri samom osnivanju države i donošenju ustava. M. Tushnet smatra kako je ovaj uspjeh rezultat sukoba interesa robovlasnika, s jedne strane, i osjećaja i raspoloženja protiv ropstva, s druge strane. To znači da su jasni politički, ekonomski i društveni interesi robovlasničkih država suprotstavljeni široko postavljenom protivrobovlasničkom raspoloženju zasnovanom na moralnim i vjerskim principima. Takav nedovoljno definisan stav poražen je tačno određenim ciljevima južnjaka. Glavni cilj sjevernih država bio je očuvanje političke unije, a ropstvo je bila cijena na koju su pristali uprkos moralnim i vjerskim stavovima. M. Tushnet, 1981, prema: Reed, D.S., op.cit. str. 493.

22 K. L. Hall et al., op.cit. str. 201.

3.1. Odredba o odbjeglom robovima (*Fugitive Slave Clause*)

Od svih ustavnih odredbi koje su se na direktan ili posredan način odnosile na ropstvo, jedino je odredba o odbjeglom robovima (tzv. *fugitive slave clause*) interpretirana na način da je postala osnova za federalnu intervenciju u korist zaštite ustanove ropstva.²³ Odredba koja je uvrštena u čl. IV Ustava, kao što je već istaknuto, propisala je da će postojati obaveza države da na osnovu pravnog zahtjeva zainteresovane strane izruči odbjegu osobu koju je držala zbog služenja ili rada u drugoj državi prema njenim zakonima. Time je robovlasnicima eksplicitno dato ovlaštenje koje do tada nisu imali, odnosno zabranjena je emancipacija odbjeglih robova i osigurano pravo na njihov povrat vlasniku.²⁴

Ovakva formulacija nije davala jasne nadležnosti Kongresu da implementira ovu ustavnu obavezu, nego je više imala za cilj da ograniči prava država u donošenju njihovih pojedinačnih zakona o ličnim slobodama. Činjenica da se nalazila u čl. IV kojim su uređeni odnosi među državama, ukazuje da je Kongres vjerovatno očekivao od država da usvoje dodatne mehanizme implementacije.²⁵ Dodatna potvrda došla je i od država koje su nakon stjecanja nezavisnosti krenule putem ukidanja ropstva, a koje su donijele zakone o obavezi izručenja odbjeglih robova.²⁶ U smislu ovakovog tumačenja, jedina obaveza federacije u kontekstu ove odredbe bila bi ispitivanje ustavnosti zakona država koji bi predviđjeli emancipaciju odbjeglih robova.

4. Zakon o odbjeglom robovima iz 1793. godine

Bez obzira na gore navedeno, drugi saziv Kongresa je 1793. razmatrao usvajanje dodatne legislative kojom bi se pobliže uredilo pitanje izručivanja odbjeglih robova

23 Fehrenbacher, D. E., *The Dred Scott Case, Its significance in American Law and Politics*, Oxford University Press, 1978, str. 24.

24 Odredba o odbjeglom robovima ograničila je potencijalni utjecaj odluke u engleskom slučaju *Somerset v. Stewart* iz 1772. koja je postala osnov pravne teorije protiv ropstva. Ustavnom odredbom zabranjena je puna implementacija principa iz *Somerseta* u SAD prema kojem je rob postajao slobodan kad bi ušao u slobodnu zemlju (u slučaju *Somerseta* u Englesku, a u slučaju SAD u državu u kojoj je ropstvo ukinuto). *Somerset v. Stewart* (1772) 98 ER 499.

25 Finkleman, P., „Sorting out *Prigg v. Pennsylvania*“, *Rutgers Law Journal*, Vol 24. No. 3, 1993, str. 614.

26 Pennsylvania je prva Zakonom o postepenom ukidanju ropstva iz 1878. propisala obavezu izručenja odbjeglih robova, a slijedili su je Rhode Island i Connecticut 1784. godine. Države New York i New Jersey, koje sve do 1787. nisu poduzele zakonodavne aktivnosti ka ukidanju ropstva, usvojile su istu odredbu. Massachusetts koji je 1787. ukinuo ropstvo imao je odredbu o obavezi vraćanja odbjeglih robova.

koji bi se našli na teritoriju druge države. Tako je usvojen Zakon o krivičnom izručenju i odbjeglih robovima iz 1793. u kojem je, po uzoru na ustav, u prvom djelu uređeno pitanje izručenja počinioca krivičnih djela u drugu državu, dok je drugi dio (odjelci III i IV) sadržavao odredbe o postupku izručenja odbjeglih robova. Zakonom nije određeno koje će tijelo ili službenik biti odgovorni za provođenje zakona i na koji način će se dokazivati status odbjelog roba. Odjeljkom III uređen je postupak izručenja, pa je tako dato ovlaštenje robovlasniku ili njegovom zastupniku da pređe međudržavnu granicu, uhvati navodnog bjegunca, izvede ga pred federalnog sudiju ili lokalnog magistrata i po predonošenju dokaza o vlasništvu dobije potvrdu kojom se ovlašćuje da se sa zatočenim bjeguncem vrati kući. Odjeljak IV predviđao je novčanu kaznu za ometanje vraćanja bjegunca.²⁷

Kako bi zaštitio interese robovlasnika, Kongres je ovim zakonom ugrozio suverenitet država-članica i uskratio pravo na propisan i pravičan postupak (*due process of law*) koji bi uključivao zahtjev za izdavanje *habeas corpus writa* ili postupak pred porotom. Uz to, zahtjevi u pogledu dokazivanja statusa odbjelog roba nisu bili strogo postavljeni pa je i sama usmena izjava navodnog vlasnika bila dovoljna za izdavanje potvrde o povratku bjegunca. Za navodnog bjegunca nije bila predviđena nikakva zaštita od samoinkriminacije i prava na svjedočenje u vlastitu korist. Nije bilo vremenskog ograničenja tako da je rob mogao biti uhvaćen godinama nakon navodnog bijega. Zakon nije predviđao nikakve sankcije u slučaju da je vlasnik vratio uhvaćenog bjegunca bez dobivene potvrde od suda ili lokalnog magistrata.²⁸

Kako je zakon iz 1793. godine ostavljao prostor za različite zloupotrebe, mnoge države u kojim je bilo zabranjeno ropstvo su do početka Građanskog rata donijele zakone o ličnim slobodama kojima su pokušale spriječiti otmice slobodnih crnaca i odvođenje na teritorije gdje je ropstvo bilo dozvoljeno. Cilj ovih zakona bio je da se postigne određena ravnoteža između zahtjeva robovlasnika i prava slobodnih crnaca koji su živjeli u slobodnim državama, iako su ih južnjaci smatrali instrumentom za otežavanje provođenja obaveza iz ustavne odredbe o odbjeglih robovima i Zakona iz 1793.²⁹ Tako je Pennsylvania donijela Zakon o ličnoj slobodi 1826. godine, a New Jersey je slijedio njen primjer.³⁰ Iako ovi zakoni nisu crncima garantovali pravo na pošten postupak (samo jedan službenik je umjesto porote odlučivao o statusu uhvaćenog crnca), ipak su okarakterisani „kao značajno poboljšanje u odnosu na ranije zakonodavstvo“.³¹

27 Zakon o odbjeglih robovima iz 1793 (*Fugitive Slave Law*), <https://archive.org/stream/constitutionofun00lcunit/page/16/mode/2up/search/%22fugitive+slave+act%22+1793>, preuzeto: 22.4.2016. godine

28 Loc.cit.

29 D. E. Fehrenbacher, op.cit. str. 42.

30 Uopšte o ovim zakonima pogledati: Morris, T., *Free Man All, The Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861*, 1974, The Lawbook Exchange Limited, New Jersey, 2001.

31 Ibid. str. 53.

Obzirom da je problem odbjeglih robova koji bi našli utočište u nekoj od sjevernih država bio jedan od glavnih razloga regionalnih napetosti, slučajevi u kojima se odlučivalo o pravima robovlasnika da hvataju odbjegle robove i vraćaju ih nazad u državu gdje je ropstvo bilo dozvoljeno, izazivali su pažnju i u političkim krugovima. Dok su se južnjaci žalili da se stanovnici sjevera nedopušteno miješaju u njihove napore da uhvate bjegunce, sjevernjaci su isticali kako su slobodni crnci često žrtve otmice i da se pod krinkom hvatanja bjegunaca slobodni ljudi pretvaraju u robove.³²

Pravna pitanja o kojima su sudovi raspravljali u ovom kontekstu ticala su se složenih odnosa i nadležnosti federacije i saveznih država, te ustavnosti zakona koji su uređivali pravo i postupak hvatanja odbjeglih robova. Tako je ustavnost Zakona iz 1793. osporavana u više navrata u postupcima pred različitim sudovima. Dok su federalni sudovi bez izuzetka potvrđivali ustavnost zakona, savezni sudovi su bili podijeljeni.³³ Osim toga, sporno je bilo i pitanje prava na povrat stvari, odnosno osobe (*recaption*) koristeći samopomoć preko državne granice, prema kojem nije postojala obaveza na provođenje redovnog postupka. Branioci federalnih nadležnosti su isticali da je legislativna aktivnost Kongresa imala za cilj, ne da uvede nove oblike povrata svoje imovine, nego da ograniči zakonodavna ovlaštenja država kojim bi vlasnika lišile već postojećeg prava na povrat (*recaption*).³⁴

5. *Prigg v. Pennsylvania* (1842.)

Od svih slučajeva kojima se bavio Vrhovni sud SAD, a koja su se ticala ropstva, slučaj *Prigg v. Pennsylvania* iz 1842, uz *Dred Scott v. Sandford*,³⁵ ima najveći historijski značaj.³⁶ Vrhovni sud je poništio osudu Edwarda Prigga osuđenog za otmicu crnačke porodice i kršenje Zakona o ličnoj slobodi Pennsylvanie iz 1826. godine, čime je razrješio pitanja ustavnosti federalnih i zakona država-članica, pravo na povrat imovine, odnosno odbjeglog roba preko državne granice i obavezu saveznih službenika da provode federalni zakon. Najvažnije posljedice presude koju je u ime vijeća donio sudija Joseph Story bile su oslobađanje saveznih

32 Maltz, E.M., *Slavery and the Supreme Court, 1825-1861*, University Press of Kansas, Lawrence, 2009, str. 83.

33 Do 1842. najviši sudovi četiri sjeverne države su razmatrali pitanje ustavnosti Zakona o odbjelim robovima – dva su potvrdila njegovo važenje, a dva nisu. *Wright v. Deacon*, 5 Serg. & Rawle 62 (Pa. 1819); *Commonwealth v. Griffith*, 19 Mass. (2 Pick.) 11 (1823). *Jack v. Martin* 14 Wend. 507 (N.Y. 1835), *State v. Sheriiff of Burlington* No. 36286 (N.J. 1836).

34 Maltz, E.M., op.cit. str. 92.

35 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

36 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) (1842).

vlasti od obaveze da provode Zakon o odbjeglom robovima iz 1793. i sve glasnjiji zahtjevi južnih država za strožijim federalnim zakonodavstvom koji su rezultirali kompromisom iz 1850. godine.³⁷

Edward Prigg je osuđen za otmicu Marthe Morgan i njeno nasilno odvođenje iz južne Pennsylvanie u sjeverni Maryland.³⁸ Poništenje osude na Vrhovnom sudu bilo je obrazloženo uz sljedeće zaključke: federalni zakon iz 1793. je ustavan; nijedna država ne može donositi zakone kojima bi nametala dodatne zahtjeve federalnom zakonu ili otežavala povratak bjegunaca; vlasnici ili njihovi zastupnici imaju ustavom zagaranovano *common law* pravo povrata ili samopomoći koje im omogućava da uhvate odbjeglog roba bilo gdje i odvedu ga u južnu državu u skladu sa odredbama Zakona o odbjeglom robovima; uhvaćeni rob ima pravo samo na skraćeni postupak radi utvrđenja njegovog identiteta; državni službenici bi trebali primjenjivati Zakon o odbjeglom robovima, ali se ne mogu obavezati na to.³⁹

Presuda je imala za cilj postizanje kompromisnog rješenja koje bi zadovoljilo interese juga i sjevera u pogledu pitanja odbjeglih robova,⁴⁰ pa se njeni zaključci mogu sagledati u tom kontekstu. Na prvom mjestu, potvrđeno je kako je ropstvo tvorevina lokalnog prava, te se ono ne može priznati kao međunarodno zagaranovano pravo, iako se može djelimično uvažiti u kontekstu uzajmnog priznanja pravnih propisa među državama (*comity*). Ovaj dio naišao je na odobrenje boraca protiv ropstva, iako je njme dato ekskluzivno pravo federalnim vlastima da implementiraju ustavnu odredbu o odbjeglom robovima koja je za Storya bila neizostavni dio Ustava bez koje bi „*svaka slobodno država imala pravo da oslobodi sve odbjegle robove koje bi se našli u njenim granicama i da im dâ potpuni imunitet i zaštitu protiv zahtjeva gospodara; takav put bi stvorio duboka neprijateljstva i vječni antagonizam među državama.*“⁴¹

37 Fehrenbacher, D.E., op.cit. str. 43.

38 Martha je bila dijete bivših robova J. Ashmorea koji ih je neformalno oslobodio prije njenog rođenja i dozvolio im da žive na njegovom imanju nakon oslobođenja. Ashmore je u više navrata potvrđivao da je oslobodio Marthine roditelje, a tokom života nije pokušavao upražnjavati bilo kakva vlasnička ovlaštenja u pogledu Marthe. Nakon njegove smrti 1824, imovinu je naslijedila njegova udovica, a kako Marthini roditelji nikada nisu formalno emancipovani, Martha je, prema zakonu Marylanda, pripala udovici Margharet. Martha se 1832. bez ikakvih smetnji preselila u Pennsylvaniju gdje je živjela sa mužem (slobodnim crncem) i djecom. Margarethin zet i profesionalni lovac na robove Prigg su 1837. uhvatili Marthu i njenu porodicu i odveli ih iz države bez potrebne potvrde izdane od strane nadležnog organa. Martha je bez uspjeha tužila za utvrđivanje slobodnog statusa u Marylandu, a u Pennsylvaniji je sud pod pritiskom javnosti pokrenuo krivični postupak protiv Prigga koji je i osuđen.

39 P. Finkleman, „Sorting out Prigg...“, op.cit. str. 608.

40 Maltz, E. M., op.cit. str. 112.-113.

41 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) (1842). 611.-612.

U vezi s gore navedenim, ustavna odredba o odbjeglih robovima se mogla implementirati samostalno, odnosno dala je robovlasniku „*pozitivno, potpuno pravo*“ da uz privatni angažman uhvati roba bilo gdje u Uniji, pod uslovom da ne remeti mir. Pravo na samopomoć je, prema Storyju, univerzalno pravo koje je priznato i u slobodnim državama na osnovu ove ustavne odredbe. Robovlasnik je, u tom smislu, nosio svoje pravo sa sobom pri hvatanju bjegunca u drugoj državi. Priznavanje ovakve eksteritorijalnosti značilo je da će u tim situacijama i slobodne države u kojima je je važila pretpostavka slobode za nebijelce morati priznati pretpostavku robovlasničkih država prema kojoj je crnac ili mulat rob dok se ne dokaže drugačije.⁴²

Prema izrijeku presude, Zakon o odbjeglih robovima iz 1793. bio je ustavan, a ustavno ovlaštenje Kongresa da donosi ovakvu vrstu zakona proizilazila je iz odredbe čl. IV Ustava. Sud je zanemario argument zastupnika Pennsylvanie prema kojem su ovim zakonom povrijeđena lična prava zagarantovana odredbom o privilegijama i imunitetima, Četvrtim amandmanom i odredbom o propisnom i pravičnom postupku iz Petog amandmana. Ovakvim tumačenjem je uskraćena osnovna ustavna zaštita slobodnim crncima za koje se pogrešno tvrdilo da su robovi. Presudivši kako je zakon iz 1793. „očigledno ustavan, u svim svojim bitnim odredbama“, Story je indirektno odbacio argument prema kojem je neophodno provesti postupak pred porotom prije nego se navodni bjegunac može predati podnositelju zahtjeva. Ovakvim zaključkom zanemaren je problem otmice slobodnih crnaca. Rasitička pozadina bila je očigledna jer se ovakvo rješenje i uskraćivanje prava na redovni postupak ne bi moglo zamisliti da je žrtva bila bijelac.⁴³

Poštujući doktrinu federalne supremacije, Story je istakao kako savezne države ne mogu donositi zakone s ciljem implementacije ustavne odredbe o odbjeglih robovima, čak i da Zakon iz 1793. nije bio donesen. Štaviše, one ni pod kojim uslovima ne mogu zakonom ograničavati pravo robovlasnika u ostvarenju svog zahtjeva. Na taj način je poništen Zakon o ličnoj slobodi Pennsylvanije iz 1926. godine koji je nametao dodatna ograničenja robovlasnicima u postupku povrata roba.

Ipak, presuda je napravila dva ustupka u korist autonomije saveznih država.⁴⁴ Na prvom mjestu, organi vlasti saveznih država se nisu mogli primorati da primjenjuju federalni zakon; oni su to mogli učiniti, ukoliko im zakon države to nije zabranjivao. Drugo, Story je napravio jasnu razliku između zakonskog uređenja vlasnikovog prava na povrat odbjelog roba i policijskih ovlaštenja države, zaključivši da na osnovu tog ovlaštenja države zadržavaju „*punu nadležnost da uhapse i zadrže odbjegle robove, izmjestе ih van granica ili se na drugi način osiguraju protiv*

42 Fehrenbacher, D.E., op.cit. str. 44.

43 Ibid. str. 45.

44 Maltz, E.M., op.cit. str. 102.

njihov štetnih radnji i lošeg primjera“.⁴⁵ Potvrdivši ovo razgraničenje, Vrhovni sud je učinio ustupak sjevernjacima koji nisu željeli učestvovati u omraženim poslovima hvatanja i vraćanja robova u južne države.

Uprkos priznanju prava na povrat na kojem su južnjaci insistirali i koji je činio okosnicu njihovog argumenta u kontekstu federalne zaštite ropstva, dugoročne posljedice presude koje su bile rezultat navedenih ustupaka suverenitetu saveznih država nisu išle u korist robovlasnicima. Sjeverne države su godinama nakon *Prigga* donijele niz zakona kojima su zabranile svojim organima da primjenjuju Zakon o odbjeglih robovima, što je značilo da je njegova implementacija bila prepuštena malom broju federalnih službenika i sudija u svakoj državi. Državne sudije su odbijale odlučivati u slučajevima u kojima se radilo o primjeni Zakona iz 1793, nije bilo efikasnih mehanizama za zadržavanje navodnih bjegunaca, a mali broj je vraćen nakon presude.

Južnjaci su bili nezadovoljni ovakvim ishodom, te su isticali kako je iznevjeren duh ustavne odredbe o odbjeglih robovima i kako su novi zakoni o ličnim slobodama na sjeveru učinili „*njihovu imovinu u potpunosti nesigurnom*“.⁴⁶ Uprkos garanciji federalne zaštite prava robovlasnika koju je presuda istakla, suština se ogledala u činjenici da federalne vlasti nisu imale dovoljno efikasne mehanizme njenog osiguranja. Sukobi oko odbjeglih robova koji su bili izvor neprestane napetosti među državama rezultirat će i Kompromisom iz 1850. u kojem će južne države dobit snažniju garanciju poštivanja prava na povrat kroz oštrije zakonodavstvo o odbjeglih robovima.

Iako je presuda u slučaju *Prigg v. Pennsylvanija* opsiana kao „trijumf slobode“ kojim je spriječena implementacija federalnog zakonodavstva o odbjeglih robovima, ona se može posmatrati više kao želja za kompromisnim rješenjem koje bi donijelo ravnotežu među susprotstavljenim interesima robovlasničkih i slobodnih država. Način na koji su savezne države iskoristile Storyjevu formulaciju „*ukoliko im zakon države ne zabranjuje*“ u smislu naknadne zabrane primjene federalnog zakona nije bila najznačajnija posljedica koju je Story imao u vidu, iako su na nju upozorili neki od sudija u svojim zasebnim mišljenjima.⁴⁷

45 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) (1842), 615.-616, 625.

46 Hummel, J.R., Weingast, B.R., „The Fugitive Slave Act of 1850: Symbolic Gesture or Rational Guarantee?“, 2006, str. 17, http://www.sjsu.edu/economics/docs/weingast-the_fugitive_slave_act.pdf, preuzeto: 18.4.2016.

47 Sedam sudija vijeća se složilo sa dispozitivom Storyjeve presude, iako se nisu svi složili sa njegovim obrazloženjem. Sudije Catron i McKinley su se složili bez dodatnog obrazloženja; sudija Wayne je napisao odvojeno obrazloženje kojim je u potpunosti podržao Storya. Vrhovni sudija Taney i sudije Thompson, Baldwin i Daniel su u odvojenim mišljenjima izložili razloge neslaganja sa obrazloženjem iako su podržali rješenje u dispozitivu. Sudija McLean se nije složio s ostalim članovima vijeća te je u posebnom mišljenju obrazložio razloge zbog kojih bi potvrdio osuđujuću presudu za *Prigga* i valjanost zakona *Pennsylvania*, a odbacio *common law* pravo na korištenje samopomoći radi povrata.

Novi zakon o odbjeglih robovima iz 1850. pojačao je federalnu nadležnost i predvidio imenovanje dodatnih federalnih službenika u svakoj državi koji bi bili nadležni za pitanja odbjeglih robova. Međutim, zbog protivljenja Sjevera, zakon nikada nije zaživio u praksi. Time je dodatno ugrožen autoritet sudstva i nacionalne vlade, a tvrdnje južnjaka da se na ovaj način podrija ustavni poredak i iznevjerava ustavna ideja zaštite ropstva stvorile su teren za raspad Unije i Građanski rat koji će uslijediti.

1. ZAKLJUČAK

Usvajanje federalnog Ustava označilo je kraj ere, ne samo u političkoj historiji SAD, nego i u historiji američkih crnaca.⁴⁸ Okončavši britansku dominaciju i uspostavivši stabilnu vlast, Amerikanci više nisu mogli okrivljavati „roditeljsku državu“ za nametanje tereta ropstva. Svojom voljom su uspostavili sistem i mehanizme koji su omogućili nastavak porobljavanja crnaca.⁴⁹

Debata o tome je li američki ustav favorizirao ropstvo i je li Unija mogla opstati da je ustavom ropstvo ukinuto, odnosno zabranjeno, još traje u akademskim krugovima. Sigurno je da je ropstvo bilo uzrok većine ustavnih kriza tokom devetnaestog vijeka. Svi konflikti do kojih je došlo uslijed različitih ustavnih tumačenja i borbe za očuvanje interesa u kontekstu međudržavnih odnosa, ekonomskih i trgovačkih interesa i širenja države na nove teritorije, vodili su se i na polju očuvanja robovlasništva. Svaki sukob je u tom smislu značio i opasnost od raspada Unije, a ta opasnost je bila prisutna još od vremena ustavnih debata i prijatni pojedinih robovlasničkih država da će istupiti u slučaju ugrožavanja ropstva. Sukobi su kulminirali Građanskim ratom, čiji rezultat su bili ustavni amandmani kojima je ropstvo u konačnici ukinuto.

Zakonodavstvo i sudska praksa koji su bili posljedica ustavnih odredbi o ropstvu potvrdili su položaj federalne vlasti kao zaštitnika i svojevrsnog pokrovitelja ustanove. To se posebno odnosi na kasniju sudsku interpretaciju odredbe o odbjeglih robovima u korist zaštite robovlasničkih imovinskih prava. *Prigg v. Pennsylvania* je u tom smislu imao mješoviti uspjeh: s jedne strane, presudom

48 Franklin, J.H., Moss, A.A., op.cit. str. 144.

49 U povodu obilježavanja 200 godina od usvajanja Ustava, sudija Thurgood Marshall, prvi Afroamerikanac u Vrhovnom sudu SAD, izjavio je kako je Ustav „*manjkav od samog početka*“. Istakao je i kako su očevi Ustava izostavili većinu Amerikanaca kada su napisali frazu „*Mi, građani*“. „*Jako su neki članovi Konventa uložili 'elokventne prigovore' ropstvu, pristali su na dokument koji je postavio temelje tragičnim događajima koji su uslijedili.*“ Digital History Website, http://www.digitalhistory.uh.edu/active_learning/explorations/revolution/revolution_slavery.cfm, preuzeto: 20.4.2016.

su potvrđena prava južnjačkih robovlasnika na povrat odbjegle imovine, dok je dugoročno gledajući, ona omogućila sjevernim državama da iznađu pravne mehanizme za odbijanje poštivanja zakonodavstva o odbjeglih robovima.

LITERATURA:

Knjige i članci:

1. Fehrenbacher, D. E., The Dred Scott Case, Its significance in American Law and Politics, Oxford University Press, 1978.
2. Finkleman, P., „Sorting out Prigg v. Pennsylvania“, Rutgers Law Journal, Vol 24. No. 3, 1993.
3. Finkleman, P., „Slavery in the United States: Persons or Property?“ u *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary* 105-134, ur. Jean Allain, Oxford University Press, Oxford, 2012.
4. Finkleman, P., Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson, Routledge, London-New York, 2014.
5. Franklin, John H, Moss, Alfred A. From Slavery to Freedom: a history of negro Americans, treće izdanje, Alfred. A. Knopf, New York, 1967.
6. Garrison, W.L., Selections from the Writings and Speeches of William Lloyd Garrison, 1852, www.archive.org
7. Hall, K., Wiecek, W., Finkelman, P., American Legal History, Cases and Materials, Second Edition, Oxford University Press, New York, 1996.
8. Maltz, E.M., Slavery and the Supreme Court, 1825-1861, University Press of Kansas, Lawrence, 2009.
9. Morris, T, Free Man All, The Personal Liberty Laws of the North, 1780-1861, 1974, The Lawbook Exchange Limited, New Jersey, 2001.
10. Ree, D.S., u Slavery in the United States: A Social, Political, and Historical Encyclopedia, Volume 1, ur. Rodriguez, ABC-CLIO, Santa Barbara-Denver – Oxford, 2007.

Pravni akti:

1. Ustav SAD, prevod Branko Smerdel, Vladavina prava, god. 1, br. 1, 1997, Zagreb, str. 179-197.
2. Zakon o odbačjenim robovima iz 1793 (*Fugitive Slave Law*), <https://archive.org/stream/constitutionofun00lcunit#page/16/mode/2up/search/%22fugitive+slave+act%22+1793>

Presude:

1. *Commonwealth v. Griffith*, 19 Mass. (2 Pick.) 11 (1823)
2. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)
3. *Jack v. Martin* 14 Wend. 507 (N.Y. 1835).
4. *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) (1842)
5. *Somerset v. Stewart* (1772) 98 ER 499.
6. *State v. Sheriiff of Burlington* No. 36286 (N.J. 1836)
7. *Wright v. Deacon*, 5 Serg. & Rawle 62 (Pa. 1819)

Izvori s Interneta:

1. Digital History Website,

http://www.digitalhistory.uh.edu/active_learning/explorations/revolution/revolution_slavery.cfm2.

2. Hummel, J.R., Weingast, B.R., „The Fugitive Slave Act of 1850: Symbolic Gesture or Rational Guarantee?“, 2006.

http://www.sjsu.edu/economics/docs/weingast-the_fugitive_slave_act.pdf

**CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SLAVERY AND THE
PROBLEM OF FUGITIVE SLAVES IN THE U.S. LAW AND
CASE LAW - *PRIGG V. PENNSYLVANIA* (1842)**

Summary

The U.S. Constitution sanctioned slavery in several provisions which enabled the institution to survive and expand in the U.S. The Fugitive Slave Clause which confirmed the owner's right to recapture of fugitive slaves was of specific importance for inter-state relations. The interpretation and implementation of this clause was cause to interstate and federal conflicts and important slavery cases decided by the Supreme Court. One of them was *Prigg v. Pennsylvania* (1842) in which Justice Story confirmed the constitutionality of the Fugitive Slave Law of 1793 while at the same time stripping the states of authority to implement it. The goal of the paper is to analyze constitutional provisions which protected slavery with special emphasis on the Fugitive Slave Clause and its significance in legal and judicial context. The analysis of *Prigg v. Pennsylvania* shows how federal judiciary asserted the role of the protector of slavery and at the same time tried to preserve political balance between states.

Keywords: constitution, slavery, fugitive slaves, *Prigg v. Pennsylvania*

RAZVOJ I ZNAČAJ EVROPSKE STRATEGIJE ZAPOŠLJAVANJA U KONTKESTU POLITIKE ZAPOŠLJAVANJA EVROPSKE UNIJE

Sažetak

Autorica u ovom radu objašnjava značaj uspostavljanja Evropske strategije zapošljavanja i njen uticaj na razvoj politike zapošljavanja Evropske unije. Stvaranje Evropske unije bilo je opredijeljeno prevashodno ekonomskim i političkim razlozima, ostavljajući socijalnu dimenziju u pozadini integracionih procesa. Ipak, postepeno se razvija i oblast radnih i socijalnih odnosa u okviru Evropske unije, a značajan impuls tom razvoju predstavljalo je donošenje Evropske strategije zapošljavanja 1997. godine, koje je bilo potaknuto visokom stopom nezaposlenosti u Evropi početkom 90-ih godina. U ovom radu autorica daje i prikaz razvoja Lisabonske strategije usvojene 2000-e godine, koja je zasnovana na Evropskoj strategiji zapošljavanja i usmjerena je na ekonomski rast i zapošljavanje. Autorica se osvrće i na donošenje revidirane verzije Lisabonske strategije koja je objavljena 2005. godine, u nastojanju da se isprave nedostaci u postizanju utvrđenih ciljeva. U radu se razmatra i otvoreni metod koordinacije kao značajan instrument mekog prava (*soft law*) u oblasti zapošljavanja. U okviru ovog rada autorica također objašnjava značaj i ciljeve Strategije „Evropa 2020“, usvojene 2010. godine, kao odgovor Evropske unije na krizu na tržištu rada prouzrokovanu recesijom iz 2009. godine. Autorica na kraju rada posebno analizira odredbe o politici zapošljavanja sadržane u Lisabonskom ugovoru, u skladu sa kojim je Evropska unija nadležna da potiče saradnju među državama članicama, podupire njihovo djelovanje, i ako je potrebno, dopunjuje ga.

Ključne riječi: Evropska unija, politika zapošljavanja, Evropska strategija zapošljavanja, otvoreni metod koordinacije, socijalna politika, radno pravo, socijalno pravo, Lisabonska strategija, Strategija Evropa 2020

1. Uvod

Stvaranje Evropske unije (u daljem tekstu EU) kao *sui generis* zajednice 50-ih godina dvadesetog vijeka bilo je vođeno primarno ekonomskim ciljevima, uz određenu prepoznatu političku namjeru, pri tome ostavljajući socijalnu dimenziju u pozadini integracionih procesa. „Put izgradnje Evropske unije je put ekonomski

utemeljenih političkih kompromisa. Ekonomski motiv njenog osnivanja bio je stvaranje zajedničkog tržišta, a krajnji cilj kreiranje jedinstvenog ekonomsko-političkog prostora.⁴¹ Socijalna dimenzija ovih odnosa nije bila u prvom planu integracijskih procesa, te su socijalni ciljevi naknadno istaknuti kao podrška dotad dominantnim ekonomskim i političkim ciljevima. „Naime razvoj područja radnih i socijalnih odnosa unutar pravnog poretka Zajednica određen je činjenicom da ideja ujedinjene Evrope nije bila socijalni, nego prvenstveno politički i ekonomski projekt.“⁴² U području radnih i socijalnih odnosa, EU preostaju ograničene mogućnosti koje se pretežno oslanjaju na primjenu principa supsidijarnosti i primjenu instrumenata mekog prava (*soft law*), kao što su strategije, smjernice, agende, te na poseban instrument mekog prava, otvoreni metod koordinacije. „Zbog prisutnog odnosa prema radnom i socijalnom pravu u okviru pravnog poretka Evropske unije, a koji je, velikim dijelom, posljedica strahovanja da se integracioni procesi nekontrolirano opterete socijalnim programima, socio-politički akcioni programi u okviru evropskih zajednica, sve negdje do kraja osamdesetih, stajali su u sjeni slobodnog saobraćaja robe i carinske unije.“⁴³ „Naime, radno pravo u okviru komunitarnog prava ulazi i razmatra se s pozicija socijalnog prava i socijalne politike.“⁴⁴

Nastanak i razvoj Evropske strategije zapošljavanja datira iz 1997. godine, kada je na sastanku Evropskog vijeća u novembru iste godine u Luksemburgu formalno pokrenut tzv. Luksemburški proces. Ovaj proces započeo je prije donošenja Ugovora iz Amsterdama, koji je stupanjem na snagu 1999. godine, u svom sadržaju ‘našao’ i mjesto odredbama o zapošljavanju. Ugovorom iz Amsterdama napravljen je značajan iskorak u daljnjem razvoju politike zapošljavanja EU jer se njime uvodi novi pravni instrument, *strategija zapošljavanja*. U okviru djelovanja EU primjetno je nastojanje da se kroz prilagođavanje i modernizaciju tržišta rada stvore uslovi za ostvarenje pune zaposlenosti, rasta i novih radnih mjesta. U skladu sa Lisabonskim ugovorom, države članice i Unija, rade na razvoju usklađene strategije zapošljavanja te, posebno, na promicanju kvalificirane, obrazovane i prilagodljive radne snage i tržišta rada koja se mogu prilagoditi ekonomskim promjenama u svrhu ostvarenja ciljeva Unije.

1 Edin, Rizvanović, *Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu*, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005, str. 105.

2 Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Radno zakonodavstvo BiH u svjetlu načela komunitarnog radnog prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLIX, 2006., (123-148) str. 126.

3 Sead, Dedić; Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005., str. 135.

4 Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Specifičnosti radnopravnog statusa zaposlenika – državljanja država članica Evropske unije*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLII, 2000, (147-166) str. 160.

2. Evropska strategija zapošljavanja

Kao posljedica slabih rezultata tržišta rada EU, i visoke stope nezaposlenosti početkom 90-ih godina u Evropskoj uniji, na Luksemburškom samitu (summit) 1997. godine, Evropska komisija je preduzela prve korake za početak tzv. „Luksemburškog procesa.“ „Broj nezaposlenih u EU15 porastao je za 4,5 miliona u periodu od 1991 – 1994. godine i dostigao nivo od gotovo 17,5 miliona.“⁵ U tom smislu, Komisija je pripremila agendu za sastanak Evropskog vijeća u Luksemburgu u novembru 1997. godine, gdje su se razmatrale teme vezane za zapošljavanje, te je sačinila prijedloge Smjernica za zapošljavanje, predlažući 19 Smjernica. Sastanak je bio označen kao „Samit poslova“, te je to službeno bio početak „Luksemburškog procesa“, čiji naziv proizilazi iz sačinjenih dokumenata i komunikacija Komisije i Vijeća na ovu temu. Ovo je bio najvažniji trenutak za razvoj Evropske strategije zapošljavanja (European Employment Strategy – EES). Impuls njenom razvoju prethodno je dat usvajanjem 1993. godine Bijele knjige o rastu, konkurentnosti i zapošljavanju što je predstavljalo početak uspostavljanja saradnje na komunitarnom nivou. Nakon toga je Evropsko vijeće 1994. godine na zasjedanju u Essenu potvrdilo posvećenost EU ciljevima zapošljavanja. Prva faza razvoja EES obuhvata upravo nastanak i razvoj Luksemburškog procesa, koji je započeo, neposredno prije stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama 1999. godine.⁶

Nakon toga utvrđeno je pet važnih tema u ovoj oblasti koje su zajednički sačinjavale Evropsku strategiju zapošljavanja, a one su obuhvatale: promovisanje zapošljavanja; reorganiziranje rada; borbu protiv socijalne isključenosti; rodnu ravnopravnost; konsolidaciju, slaganje i provedbu socijalnog zakonodavstva. Značajna promjena je unošenje odredbi o zapošljavanju u Ugovor iz Amsterdama u poseban Naslov VIII (čl. 125-130). „Do 1997. godine države su imale različite političke perspektive prema reguliranju tržišta rada. Tako, novi Naslov VIII ne pravi eksplicitnu vezu između politike zapošljavanja i ekonomske politike već umjesto toga otkriva evolutivni pristup stvaranju veza između dviju politika.“⁷ „Pristupanje 1995.-e Švedske, Finske i Austrije kao novih država članica dovelo je u EU države sa impresivnim povjerenjem u polje aktivnih politika tržišta rada, nacionalne politike koje su zabrinuto htjele sačuvati, i snažne sindikalne pokrete.“⁸ Ugovor iz Amsterdama unatoč uvođenju posebnog Naslova o zapošljavanju, očuvao je nadležnosti država članica u pogledu politike zapošljavanja, osiguravajući time

5 Drenka, Vuković, Socijalna politika Evropske unije, Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011., str. 174.

6 Potpisan je 2. oktobra 1997. godine, a stupio na snagu 1. maja 1999. godine. Ugovorom iz Amsterdama izvršena je i prenumeracija članova prethodnih Ugovora.

7 Erika, Szyszczak, *The Evolving European Employment Strategy*, s. 204 (197-223), in: *Social Law and Policy in Evolving European Union*, ed. Jo Shaw, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2000.

8 Brian, Bercusson, *European Labour Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2009., str. 169.

pristup Zajednice na jedinstven način za sve države članice uz fokusiranje na koordiniranu strategiju zapošljavanja. Putem Evropske strategije zapošljavanja treba da se osigura koordinacija nacionalnih politika zapošljavanja. „U tom kontekstu, od Ugovora iz Amsterdama pitanje zaposlenosti je apostrofirano kao pitanje od „zajedničkog interesa“, čime je stvorena mogućnost koordiniranja nacionalnih politika na području nezaposlenosti.“⁹ Evropska strategija za zapošljavanje je bila zasnovana na članu 128., a sada je to član 148. UFEU, i ostvaruje se u postupku koji uključuje usvajanje Smjernica o zapošljavanju, zatim donošenje Nacionalnih akcionih planova država članica putem kojih se preduzimaju mjere za provedbu politika zapošljavanja u svjetlu Smjernica, nadzor nad primjenom Smjernica od strane Komisije na temelju godišnjih izvještaja država članica, te usvajanja preporuka od strane Vijeća EU upućenim državama članicama, kada je to potrebno. U okviru ovog procesa usvojene su i prve Smjernice koje su obuhvatale četiri oblasti, odnosno četiri „stuba“: poboljšanje zaposlenosti, razvoj poduzetništva, ohrabrivanje prilagodljivosti i promovisanje jednakosti u mogućnostima.¹⁰ Pregledom sadržaja Smjernica bilo je uočljivo da one, između ostalog, pokazuju tendenciju ka uvođenju aktivnih politika tržišta rada, kao i prelazak pasivnih politika u aktivne.

3. Lisabonska strategija

Evropsko vijeće je na zasjedanju u Lisabonu 2000.-e godine usvojilo Lisabonsku strategiju koja je bila zasnovana na Evropskoj strategiji zapošljavanja, postavljajući kao cilj da EU do 2010. godine postane „najkonkurentnija i najdinamičnija ekonomija na svijetu zasnovana na znanju, i da se pritom ostvari održivi ekonomski rast sa dodatnim i boljim radnim mjestima i sa većom socijalnom kohezijom“¹¹. Ovaj proces je uticao na razvoj i značaj politike zapošljavanja EU, koja je za kratko vrijeme prerasla u oblast politike u centru aktivnosti i mjera u sklopu djelovanja EU.

„Od sjednice Evropskog savjeta održane u Stokholmu (mart 2001. godine) evropska politika zapošljavanja je pretrpjela promjene. Postavljaju se sve značajnija pitanja o kvalitetu rada, naročito u pozadini budućeg demografskog razvoja, i naglašava značaj konkretnih mjera na polju jednakosti za hendikepirane, jednakosti muškaraca i žena, fleksibilnog radnog vremena, permanentnog obrazovanja, zdravlja i bezbjednosti na radnom mjestu i aktivnog uključivanja zaposlenih.“¹² Komisija je u julu 2002. godine usvojila Komunikaciju o realizaciji Evropske strategije zapošljavanja, koja pokazuje, s jedne strane postignute uspjehe, a

9 Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, 2011. (113-144) str. 122.

10 Četiri stuba, Luxembourg Jobs Summit, 1997 (COM(99) (442)).

11 Zaključci Evropskog vijeća sa sastanka u Lisabonu, 2000 godine, para. 5. (23 i 24 mart).

12 Vuković, D., op.cit., str. 172.

s druge strane i slabosti u ostvarenju Strategije.¹³ Ova Komunikacija razmatra petogodišnje iskustvo Evropske strategije zapošljavanja na osnovu svukupne procjene učinka tržišta rada EU i evaluaciju politika implementiranih od strane država članica u okviru Luksemburškog procesa. U Komunikaciji se navodi da je učinak tržišta rada EU vidljivo poboljšan, sa više od 10 miliona novih poslova kreiranih od 1997. (od toga 6 miliona poslova se odnosi na zapošljavanje žena) i 4 miliona manje nezaposlenih, dok je aktivna populacija nastavila da raste do 5 miliona ljudi. Evaluacija potvrđuje strukturalni karakter ovih poboljšanja, putem redukcija u nivoima strukturalne nezaposlenosti, većeg obrasca intenzivnog zapošljavanja u kontekstu ekonomskog rasta i bržeg odgovora tržišta rada na ekonomske i socijalne promjene. Sve u svemu, Strategija je donijela preokret u formulaciji nacionalne politike i fokus - od bavljenja nezaposlenošću, prema bavljenju rastom zaposlenosti. Unatoč napretku, i dalje ostaju ozbiljni izazovi za zapošljavanje - u smislu odgovara na demografska kretanja, pojavu uskih grla, regionalne razlike u učinku, kao i tekuća ekonomska i socijalna restrukturiranja, globalizaciju i proširenje.¹⁴ „Štokholmsko Evropsko vijeće je dopunilo Lisabonske ciljeve sa intermedijarnim ciljevima za stopu zaposlenosti koji se trebaju dostići do 2005: 67 % ukupno i 57 % za žene. Dodatno, novi cilj stope zaposlenosti od 50 % postavljen je za starije osobe (za 2010).“¹⁵

Luksemburški proces je prošao kroz određene reforme radi provođenja navedenih ciljeva, te je 2003. godine postojeća struktura sa četiri stuba zamijenjena novim ciljevima: puna zaposlenost, kvalitet i produktivnost na radu, kohezija i socijalna inkluzija, rukovodeći se sadržajem tada usvojenih novih smjernica i preporuka izraženih kroz deset posebnih naslova. Kasnije je EU revidirala Lisabonsku strategiju koja je usvojena 2005. godine, i ona je usmjerila prioritetne ciljeve na ekonomski rast i zapošljavanje (dinamičniji dugotrajni rast i veći broj kvalitetnijih radnih mjesta), jer Strategija iz 2000. godine nije ostvarila predviđene rezultate. „U pozadini revizije, nalazila se potreba posticanja efikasnosti nacionalnih mjera i akcija Zajednice.“¹⁶ „Do 2005. Lisabonska strategija se našla pred brojnim kritikama. Ovo je dovelo do ponovnog objavljivanja u 2005.“¹⁷ Kao razlozi ‘neuspjeha’ Lisabonske strategije iz 2000. godine navode se spora provedba reformi zbog previše široko definiranih ciljeva, obimnog programa, slabe koordinacije, evidentnih konflikata među prioritetima i nedostatka političke volje, kao i nejasna podjela nadležnosti između država članica i EU. Revidirana Lisabonska strategija nije dovela do većih izmjena u pogledu usvojenih smjernica u odnosu na prethodne,

13 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 17 July 2002: taking stock of the five years of the European Employment Strategy [COM (2002) 416 final - not published in the Official Journal]

14 Sažeti prikaz rezultata evaluacije Komisije preuzet iz Communication from the Commission..., ibid, str. 2-3.

15 Ibi., fn. 3, str 6.

16 Drenka, Vuković, op.cit., str. 174.

17 A.C.L. Davies, EU Labour Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2012., str. 57

ali je došlo do približavanja i povezivanja ovih smjernica o politici zapošljavanja sa smjernicama iz oblasti ekonomske politike. „Integrirane smjernice značajno su pojednostavile provođenje Lisabonske strategije.“¹⁸ Revidirana Lisabonska strategija obuhvatila je integrisane smjernice koje čine dva dijela Strategije i sastoje se od: Širokih smjernica za ekonomsku politiku, te Smjernica za zapošljavanje. „Spajanje smjernica za zapošljavanje sa makroekonomskim i mikroekonomskim smjernicama je došlo iz razloga što se tržište rada, i stopa zaposlenosti kao njegov glavni pokazatelj, ne mogu posmatrati odvojeno od šireg konteksta strukturalnih i mjera ekonomske politike kako na prostoru pojedine države tako i na prostoru regiona.“¹⁹ Odgovor EU na krizu na tržištu rada treba da sadrži i određene promjene u kontekstu radnih i socijalnih odnosa, jer politika zapošljavanja predstavlja značajan segment socijalne sigurnosti, te treba ponuditi rješenja za povećanje stope zaposlenosti odnosno smanjenje stope nezaposlenosti, ali i odgovarajuće programe mjera zapošljavanja (aktivne i pasivne mjere zapošljavanja).²⁰ „Jedno je neosporno: radni odnosi predstavljaju složen i delikatan sistem, te djelotvornost promjena podrazumijeva uvijek i potrebu vertikalne i horizontalne usklađenosti sa propisima kojima se regulira ekonomska i socijalna politika date države, oslonom na načela da *rad nije roba* i da je *radno zakonodavstvo bez „poslodavca“ – golo pravo – nullum ius*.“²¹ Revidirana Lisabonska strategija iz 2005. godine sada se preusmjerila u svom sadržaju na održivi rast i zapošljavanje. Komisija je 2005. predložila, a Vijeće EU usvojilo Smjernice o opštim odlikama ekonomske i politike zapošljavanja²², koje su doživjele izmjene 2008. godine. Usvojene su Integrirane smjernice, u okviru kojih su Smjernice za zapošljavanje za period 2008-2010 označene rednim brojevima od 17 do 24 obuhvatile sljedeće:

18 Tomislav, Sokol, *Europska socijalna politika*, str. 502, U: *Europska unija*, uredila: Ljerkica, Mintas-Hodak, Mate d.o.o., Zagreb, 2010.

19 Mehmed, Hadžić, *Individualna i kolektivna prava na radu i u vezi sa radom i fleksibilnost u radnom zakonodavstvu*, doktorska disertacija, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo, oktobar 2012., str. 27.

20 „Ekonomska kriza koja je započela 2008. godine, ozbiljno je uticala na evropsku privredu i tržišta rada, a posljedice su se osjetile u promjenama uvjeta rada. Osnovni trendovi i tendencije u reformama radnog zakonodavstva u kojima se provodila fleksibilizacija, odnosno u kojima se ogleda deregulacija radnog prava vezuju se za: a) radno vrijeme, b) fleksibilne oblike zapošljavanja, c) postupke otkazivanja i d) promjene u politici kolektivnog pregovaranja i ugovaranja.“ Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Komentar Zakona o radu Federacije BiH*, Privredna štampa d. o. o. Sarajevo, 2016., str. 18-19.

21 Ibid., str. 19.

22 Commission of the European Communities, *Communication from the President, in agreement with vice-President Verheugen and Commissioners Almunia and Spidla, Integrated guidelines for Growth and Jobs (2005-2008)*, COM (2005) 141 final 2005/0057 (CNS), Brussels, 12.4.2005.

- **Smjernica broj 17:** Implementirati politike zapošljavanja, čiji je cilj postići punu zaposlenost, poboljšati kvalitet i produktivnost na radu te jačanje socijalne i teritorijalne kohezije.
- **Smjernica broj 18:** Promovirati pristup radu u svim životnim dobima.
- **Smjernica broj 19:** Osigurati uključujuća tržišta rada, unapređenje privlačnosti rada i osigurati da se rad isplati za tražioce posla, uključujući podčinjene ljude i neaktivne ljude.
- **Smjernica broj 20:** Poboljšati podudaranje potreba tržišta rada.
- **Smjernica broj 21:** Promicati fleksibilnost u kombinaciji sa sigurnošću zaposlenja i smanjiti segmentaciju tržišta rada, uzimajući u obzir ulogu socijalnih partnera.
- **Smjernica broj 22:** Osigurati kretanja troškova rada povoljnih za zapošljavanje i mehanizme određivanja plaća
- **Smjernica broj 23:** Osnažiti i poboljšati ulaganja u ljudski kapital
- **Smjernica broj 24:** Prilagoditi sisteme obrazovanja i osposobljavanja kao odgovor na nove zahtjeve u pogledu sposobnosti.

Pored Smjernica za zapošljavanje, Integrirane smjernice činile su i makroekonomske i mikroekonomske smjernice, koje ćemo ovdje nabrojati. Makroekonomske smjernice čine: 1. Osiguravanje ekonomske stabilnosti za održivi razvoj, 2. Sačuvati ekonomsku i finansijsku stabilnost kao bazu za porast zaposlenosti, 3. Promovisati rast i zapošljavanje orijentisane ka efikasnoj alokaciji resursa, 4. Osigurati da razvoj prihoda doprinosi makroekonomskoj stabilnosti i rastu, 5. Promovirati veću koherentnost između makroekonomskih, strukturalnih i politika zapošljavanja, 6. Doprinositi dinamičnoj i dobro funkcionalnoj evropskoj monetarnoj uniji.

Mikroekonomske smjernice čine: 1. Pojačati i osnažiti investiranje u istraživanje i razvoj (R&D), posebno od strane privatnog biznisa, 2. Omogućiti odnosno olakšati sve forme inovacija, 3. Omogućiti širenje i efektivnu upotrebu informaciono komunikacijskih tehnologija i izgradnja informatičkog društva sa punom uključenošću, 4. Osnaživanje kompetitivnih prednosti svojih industrijskih baza, 5. Ohrabrivanje održive upotrebe resursa i osnaživanje sinergije između zaštite okoline i rasta, 6. Proširenje i produbljivanje internih tržišta, 7. Osiguravanje otvorenosti i kompetitivnosti tržišta unutar i izvan Evrope i skupljati beneficije globalizacije, 8. Kreirati više kompetitivnih okruženja za biznis i ohrabrivati privatnu inicijativu kroz bolju regulaciju, 9. Promovisati više preduzetničke kulture i kreirati okruženja koja će podržavati mala i srednja preduzeća.²³

²³ Communication from the Commission to the Spring European Council, Integrated guidelines for Growth and Jobs (2008-2010), COM (2007) 803 Final Part V, Brussels, 11.12.2007. Vijeće je kasnije usvojilo ove Smjernice u sljedećim odlukama: Makroekonomske i mikroekonomske smjernice – Council Recommendation 2008/390/EC of 14 May 2008 on the broad economic policy guidelines for the Member States and the Community (2008-2010) Official Journal L 137 of 27.5.2008. Smjernice o zapošljavanju – Council Decision 2008/618/EC of 15 July 2008 on guidelines for the employment policies of the Member States, Official Journal L 198 of 26.7.2008.

Kroz strategiju se ističu četiri cilja: obrazovanje i usavršavanje, stvaranje većeg broja i kvalitetnijih poslova, modernizacija socijalne zaštite i promocija socijalne inkluzije. U pogledu pune zaposlenosti, postavljen je cilj da se do 2010. ostvari 70 posto zaposlenosti (uključujući 60 posto zaposlenih žena), a 50 posto za starije radnike (55-64 godina). Komisija je u svom Evaluacijskom dokumentu Lisabonske strategije od 2.2.2010. godine iznijela glavne zaključke o Lisabonskoj strategiji. U okviru glavnih nalaza Komisije, navodi se, da, sveukupno, Lisabonska strategija je imala pozitivan utjecaj na EU, iako njeni glavni ciljevi (i.e. 70% stopa zaposlenosti, i 3% BDP-a utrošeno na R&D) neće biti postignuti. EU stopa zaposlenosti dostigla je 66% u 2008. godini (od 62% u 2000.) prije nego što je ponovo pala kao rezultat krize. Međutim, EU nije uspjela da zatvori jaz u rastu produktivnosti sa vodećim industrijaliziranim zemljama: ukupno R&D troškova u EU izraženo kao postotak BDP-a samo se marginalno poboljšalo (od 1,82% u 2000 na 1,9% u 2008. godini). Bilo bi, međutim, previše pojednostavljeno zaključiti da strategija nije uspjela jer ovi ciljevi nisu bili ispunjeni.²⁴

4. Otvoreni metod koordinacije

Evropsko vijeće u Lisabonu u martu 2000.-e godine formalno je usvojilo Otvoreni metod koordinacije (Open method of coordination), kao novi pristup u politici zapošljavanja. Otvoreni metod koordinacije potiče iz Evropske strategije zapošljavanja iz 1997. godine, a kasnije je reguliran odredbama Ugovora iz Amsterdama kao sastavni element strategije zapošljavanja. „Lisabonski samit, održan u martu 2000. godine, označio je početak razvijanja i primjene novih, uglavnom soft instrumenata u širenju politika Evropske unije (EU).“²⁵ Zamišljen je kao jedan od glavnih instrumenata Lisabonske strategije. „Od sredine 2000-ih, sveobuhvatni interes Komisije je bio da poveže evropske koordinacijske efekte sa reformom politika blagostanja na nivou država članica.“²⁶ Otvoreni metod koordinacije predstavlja instrument putem kojeg se osigurava dobrovoljna saradnja država članica, a vezan je za primjenu mehanizama *mekog prava* (*soft law*) koji obuhvataju smjernice, indikatore, razmjene najboljih iskustava i vrednovanje u oblastima zapošljavanja, socijalne zaštite, socijalne inkluzije, obrazovanja i sl.

Ovaj postupak podrazumijeva da se na nivou EU, na godišnjoj ravni usvajaju smjernice, koje države članice trebaju da provode na nacionalnom nivou iako se ne radi o pravno obavezujućim aktima. Države članice zatim redovno podnose

²⁴ Commission staff working document, Lisbon Strategy evaluation document, Brussels, 2.2.2010 SEC(2010) 114 final.

²⁵ Natalija, Perišić, Karakteristike i dometi primjene otvorenog metoda koordinacije u evropskom i nacionalnom kontekstu, Fakultet političkih nauka, Godišnjak br. 7, juni 2012 III DEO: *Socijalna politika i socijalni rad*, str. 215.

²⁶ Simon, Deakin; Ralf, Rogowski, Reflexive labour law, capabilities and the future of social Europe, (229-251) U: eds: Ralf, Rogowski; Robert, Salais; Noel, Whiteside, 2011, Edward Elgar Publishing Limited, Transforming European Employment Policy – Labour Market Transitions and the Promotion of Capability, str. 237.

izvještaje o preduzetim mjerama, koje ocjenjuje Evropska komisija, te se održava diskusija o njima u Vijeću EU, sve s ciljem da se vrši određeni pritisak na države članice i da se olakša ostvarenje nacionalnih reformskih procesa. „Zbog nemogućnosti da se u području zapošljavanja donesu zajednički standardi na nivou čitave EU jer ono spada u domene nacionalnih zakonodavstava, a zbog značaja koji ova oblast ima kako za sve države članice tako i za EU u cjelini, pristupilo se iznalaženju načina i metoda za ujednačavanje i utjecaj u ovoj oblasti. Ovi zajednički standardi se nalaze u ESZ-a (...) Implementacija ciljeva ESZ će se provoditi na temelju nove regulacione tehnike nazvane Otvoreni metod koordinacije – OMC (Open method of coordination) ustanovljenog u Lisabonskoj strategiji.“²⁷

U okviru Predsjedničkih zaključaka Evropskog Vijeća iz Lisabona iz 2000.-e godine, navodi se da ovaj metod (Otvoreni metod koordinacije), koji je dizajniran da pomogne državama članicama da progresivno razviju njihove vlastite politike, uključuje:

- učvršćivanje smjernica za Uniju, u kombinaciji sa specifičnim vremenskim rasporedom za postizanje ciljeva koji se postavljaju kao kratkoročni, srednjoročni i dugoročni;
- ustanovljavanje, tamo gdje je to podesno, kvantitativnih i kvalitativnih indikatora i pokazatelja, u odnosu na najbolje na svijetu i usklađivanje različitih potreba država članica i sektora u smislu poređenja najboljih praksi,
- prevođenje ovih Evropskih smjernica u nacionalne i regionalne politike, postavljanjem specifičnih ciljeva i usvajanjem mjera uzimajući u obzir nacionalne i regionalne različitosti;
- periodične monitoringe, evaluacije i preglede (‘ravnopravne revizije’) organizovane kao procesi uzajamnog učenja²⁸

„Lisabonsko vijeće vidi OMC kao „proces učenja za sve“, otvaranje političkog područja između integrativne regulacije i jednostavne komunikacije i kooperacije. Dizajniran je kao mogućnost širenja dobre prakse, pokretač promjena kako bi se postigla saglasnost u vizijama i dogovor o ishodima.“²⁹ Sva ova nastojanja da se uspostavi i ojača saradnja država članica u oblasti politike zapošljavanja na nivou EU u suštini se svodi na različite nivoe koordinacije nacionalnih politika, ali koje ne vode harmonizaciji nacionalnih propisa u oblasti zapošljavanja. „Naime, karakteristika OMC jeste da usvajanje politika i izbora ostaje na nacionalnom

27 Mehmed, Hadžić, doktorska disertacija, op.cit., str. 28.

28 Lisbon European Council, Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, 2000., tačka 37.

Dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm Pristupljeno: 13.4.2016.

29 Paul, Stubbs; Siniša, Zrinščak, Proširena socijalna Europa? Socijalna politika, socijalna uključenost i socijalni dijalog u Hrvatskoj i Europskoj uniji, Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji - Ususret izazovima pregovora, treći svezak, urednica Katarina Ott, Institut za javne financije, Zaklada Friedrich Ebert, Zagreb, 2005. str. 161.

nivou, uz postizanje dogovora o zajedničkim ciljevima i indikatorima postizanja tih ciljeva, na komunitarnom nivou.³⁰

5. Strategija Evropa 2020

Evropska unija je 2010. usvojila Strategiju za pametan, održiv i inkluzivan rast „Evropa 2020“.³¹ Strategijom rasta Evropa 2020. EU postavlja određene ciljeve i predviđa načine za njihovo ostvarenje u desetogodišnjem periodu. Strategija Evropa 2020. zasniva se na već opisanoj Lisabonskoj strategiji i nastavlja djelovati na njenim osnovama, uz uvođenje novih i preciznijih ciljeva shodno aktuelnim problemima u EU. „Sukcesorna inicijativa, ‘Evropa 2020’, gradi se na Lisabonu ali također i inkorporira odgovor EU na globalnu finansijsku krizu i uslijedilo recesiju.“³² Njeno usvajanje potaknuto je nastupanjem ekonomske krize iz 2009. godine, te posljedicama koje je kriza ostavila na tržišta rada država članica, i posljedično na unutrašnjem tržištu EU. Tako i Komisija navodi u Komunikaciji iz 2010. godine: „2010. mora označiti novi početak. Želim da Evropa izađe jača iz ekonomske i finansijske krize.“³³ „Dokument 2020 predlaže ograničeniji set ciljeva u odnosu na Lisabonsku strategiju, iako ovi su još uvijek ambiciozni.“³⁴ Strategijom 2020. se žele stvoriti uvjeti za pametan, održiv i inkluzivan (sveobuhvatan) rast, a to se nastoji realizovati određivanjem pet glavnih ciljeva: zapošljavanje, obrazovanje, istraživanje i inovacije, socijalno uključivanje i smanjenje siromaštva te klimatske promjene/energiju. Među najvažnijim ciljevima iz Strategije Evropa 2020. je 75 % zaposlenog aktivnog stanovništva (između 20 i 64 godine) do kraja desetljeća.³⁵ Ciljevi Strategije se ostvaruju, s jedne strane, na osnovu „vodećih inicijativa“ kojih

30 Natalija, Perišić, op.cit., str. 216.

31 Strategija je predstavljena u Komunikaciji Evropske komisije od 03. marta 2010. godine. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final.

32 A.C.L. Davies, op.cit., str. 16.

33 Ibid. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final, str. 2.

34 Catherine, Barnard, *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2012., str. 116.

35 Ciljevi strategije koji se trebaju postići do 2020., pored već navedenog cilja da 75% populacije starosti između 20-64 godine treba biti zaposleno, tu još spadaju i sljedeći ciljevi: 3% GDP-a EU treba biti investirano u istraživanje i razvoj; reducirati karbonske emisije 20% (30% ako to uslovi dozvoljavaju), porast udjela obnovljive energije za 20% i porast energetske efikasnosti za 20%; udio onih koji rano napuštaju školu treba biti manji od 10%, a treba da budu najmanje 40% ljudi u dobi 30-34 godine sa kompletiranim trećim stepenom obrazovanja; reduciranje broja ljudi koji se nalaze u pod prijetnjom siromaštva za 20 miliona. Ibid. European Commission, Communication from the Commission, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final, str. 5.

ima sedam³⁶ kojima se pruža okvir kojim EU i nacionalni organi zajednički jačaju napore u područjima kojima se podupiru prioritete Strategije Evropa 2020: kao što su inovacije, digitalno poduzetništvo, zapošljavanje, mladi, industrijska politika, siromaštvo i učinkovitost resursa. S druge strane, ciljevi Strategije se ostvaruju i primjenom drugih instrumenata kao što je jedinstveno evropsko tržište, budžet EU i vanjskopolitička agenda. Provođenje Strategije i praćenje njene realizacije vrši se u okviru tzv. Evropskog semestra, koji predstavlja godišnji ciklus koordinacije ekonomskih i budžetskih politika.³⁷

„Evropa 2020“ u fokus stavlja potrebu da se politike preusmjere s upravljanja krizom na uvođenje srednjoročnih i dugoročnih reformi koje bi trebale promicati rast i zapošljavanje, a istodobno osiguravati održivost javnih finansija.“³⁸ „(...) Komisija u Strategiji predlaže uvođenje novog ekonomskog pristupa. Izlaz iz krize, kako se to predlaže u Strategiji, mora biti tačka ulaza u novu ekonomiju.“³⁹

5.1. Evropa 2020 - integrisane smjernice

Usvajanjem Strategije Evropa 2020 došlo je i do zamjene dotadašnje 24 integrisane smjernice (makroekonomske, mikroekonomske i smjernice o zapošljavanju) novim integrisanim smjernicama čiji je broj sada smanjen na deset. Nove integrisane smjernice čine Široke smjernice za ekonomske politike država članica i EU te Smjernice o zapošljavanju. Široke smjernice o ekonomskim politikama država članica i EU sadržane su u Preporuci Vijeća EU od 13. jula 2010. godine (2010/410/EU).⁴⁰ U pitanju je šest širokih smjernica označenih rednim brojevima od 1 do 6 kojima su zamijenjene ranije makroekonomske i mikroekonomske smjernice.

Radi se o sljedećim smjernicama:

- **Smjernica broj 1:** Osiguravati kvalitetne i održive javne finansije
- **Smjernica broj 2:** Adresirati odnosno izbjeđavati makroekonomske imbalanse odnosno neravnoteže
- **Smjernica broj 3:** Reducirati imbalanse odnosno neravnoteže u okviru euro područja

36 „Unija inovacija“, „Mladi u pokretu“, „Digitalna agenda za Evropu“, „Učinkovito iskorištavanje resursa u Evropi“, „Industrijska politika za eru globalizacije“, „Agenda za nove vještine i poslove“, „Evropska platforma protiv siromaštva“. Ibid, European Commision, Communication from the Commision, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final, str. 5 - 6.

37 Vidjeti: http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_en.htm.
Pristupljeno: 16.4.2016.

38 Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji...* 2011. op.cit., str. 123-124.

39 Mehmed, Hadžić, doktorska disertacija, op.cit., str.148.

40 Council Recommendation 2010/410/EU of 13 July 2010 on broad guidelines for the economic policies of the Member States and of the Union [Official Journal L 191 of 23.7.2010].

- **Smjernica broj 4:** Optimizirati podršku istraživanju i razvoju i inovacijama, jačati trokut znanja (edukacija-istraživanje-inovacija) i osloboditi potencijal digitalne ekonomije
- **Smjernica broj 5:** Unaprijeđivati efikasnost resursa i reducirati stakleničke plinove (efekat staklenika)
- **Smjernica broj 6:** Unaprijeđivati biznis i potrošačko okruženje, i modernizirati i razvijati industrijske baze u namjeri da se osigura puno funkcionisanje internog tržišta.

Pored ovih smjernica, drugi dio Evropa 2020 integriranih smjernica čine smjernice za politike zapošljavanja država članica usvojene Odlukom Vijeća EU od 21 oktobra 2010 godine (2010/707/EU).⁴¹ Ove smjernice obuhvataju sljedeće četiri smjernice navedene pod rednim brojevima od 7 do 10.

- **Smjernica broj 7:** Povećanje učešća žena i muškaraca na tržištu rada, smanjenje strukturne nezaposlenosti i promicanje kvalitete radnih mjesta
- **Smjernica broj 8:** Razvoj osposobljene radne snage u skladu s potrebama na tržištu rada i promicanje cjeloživotnog učenja
- **Smjernica broj 9:** Poboljšanje kvalitete i učinkovitosti sistema obrazovanja i osposobljavanja na svim nivoima i povećanje učešća u tercijarnom ili ekvivalentnom obrazovanju
- **Smjernica broj 10:** Promicanje socijalne uključenosti i borba protiv siromaštva

„Akcentat na socijalnoj dimenziji ovih Smjernica, ili možda još preciznije rečeno povratku socijalnoj dimenziji EU, se može prepoznati u tački (2) preambule ove Odluke. Njome se poziva na član 3(3) Ugovora o EU u kome se predviđa da Unija treba težiti ka punoj zaposlenosti i treba se boriti protiv socijalne isključenosti i diskriminacije, i treba promovirati socijalnu pravdu i zaštitu, i omogućiti inicijativama Unije da osiguraju koordinaciju socijalnih politika država članica. Takođe, Unija treba voditi računa o zahtjevima povezanim sa promocijom visokog stepena zaposlenosti, garantovanjem adekvatne socijalne zaštite, borbi protiv socijalne isključenosti i visokim stepenom edukacije i treninga.“⁴²

Evropska komisija je u martu 2015. godine predložila revidirane smjernice koje bi, nakon usvajanja, zamijenile integrisane smjernice iz 2010. godine. Prijedlog obuhvata široke smjernice za ekonomske politike država članica i Unije⁴³ te nove smjernice za politike zapošljavanja država članica.⁴⁴

41 Council decision of 21 october 2010 on guidelines for the employment policies of Member States (2010/707/EU), objavljene u: Official Journal of the European Union L 308/46 od 24. 11. 2010 godine.

42 Mehmed, Hadžić, doktorska disertacija, op.cit., str. 151.

43 European commission, annex to the recommendation for a council recommendation on broad guidelines for the economic policies of the Member States and of the Union Brussels, 2.3.2015 COM(2015) 99 final.

44 European commission, annex - integrated guidelines - to the proposal for a council decision on guidelines for the employment policies of the Member States, Brussels, 2.3.2015 COM(2015) 98 final ANNEX 1.

Vijeće EU je zatim u formi Preporuke 2015/1184 od 14.07.2015. godine usvojilo navedene opće smjernice ekonomskih politika država članica i Evropske unije.⁴⁵ Široke smjernice za ekonomske politike država članica i Unije obuhvataju manji broj smjernica koje čine četiri smjernice sa rednim brojevima od 1 do 4, za razliku od ranijih šest smjernica koje su bile usvojene 2010. godine. To su sljedeće četiri smjernice:

- **Smjernica broj 1:** Promicanje ulaganja
- **Smjernica broj 2:** Povećanje rasta provedbom strukturnih reformi u državama članicama
- **Smjernica broj 3:** Uklanjanje ključnih prepreka održivom rastu i stvaranju radnih mjesta na nivou Unije
- **Smjernica broj 4:** Povećanje održivosti javnih finansija i njihova doprinosa rastu

Zatim, Vijeće EU je 5. oktobra 2015. godine donijelo odluku o usvajanju predloženih novih smjernica za politike zapošljavanja država članica za 2015. godinu, koje će činiti dio integrisanih smjernica Evropa 2020.⁴⁶ Vijeće se 8. marta 2016. godine usaglasilo o općem pristupu za potvrđivanje smjernica za tekuću godinu, odnosno Smjernice iz 2015. godine primjenjivat će se u 2016. godini. Ovaj postupak provodi se u skladu sa čl. 148 (2) UFEU, prema kojem važenje ovih smjernica za 2016. mora da bude potvrđeno odlukom Vijeća EU, nakon prethodne konsultacije sa Evropskim parlamentom, Evropskim ekonomskim i socijalnim komitetom, Komitetom regija i Komitetom za zapošljavanje.

U preambuli ove Odluke Vijeća od 05. oktobra 2015. godine o smjernicama za politike zapošljavanja država članica za 2015. utvrđeni su razlozi i ciljevi donošenja ovih smjernica, te su potcrtani neki osnovni aspekti reguliranja zapošljavanja u EU, odnosno razvoja politika zapošljavanja. Najprije se ističe da države članice i Unija rade na razvoju usklađene strategije zapošljavanja, te se navodi značaj promicanja kvalifikovane, obrazovane i prilagodljive radne snage i prilagodljivih tržišta rada, vraćajući se ponovo ostvarenju ciljeva pune zaposlenosti i društvenog napretka utvrđenih u članu 3. Ugovora o Evropskoj uniji. Naznačava se da države članice, uzimajući u obzir nacionalnu praksu povezanu s odgovornošću poslodavaca i radnika, trebaju promicanje zapošljavanja smatrati pitanjem od zajedničkog interesa i u okviru Vijeća usklađivati svoje djelovanje u tom pogledu. Pored toga, u Preambuli se ističu i ciljevi kao što je borba protiv socijalne isključenosti i diskriminacije, promicanje socijalne pravde i zaštite te ravnopravnost žena i muškaraca. Također se navodi da pri utvrđivanju i provedbi svojih politika i aktivnosti Unija treba u obzir uzeti zahtjeve povezane s promicanjem visokog

45 Council recommendation (eu) 2015/1184 of 14 July 2015 on broad guidelines for the economic policies of the member states and of the european union, objavljene u: Official Journal of the European Union L 192/27 od 18. 7. 2015. godine.

46 Council decision (eu) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of the Member States for 2015, objavljene u: Official Journal of the European Union L 268/28 od 15. 10. 2015. godine.

nivoa zapošljavanja, garancijom dovoljne socijalne zaštite, borbom protiv socijalne isključenosti te visokim nivoom obrazovanja i osposobljavanja. Iz ovih odredbi proizilazi da su ciljevi usmjereni na ostvarenje pune zaposlenosti, praćeno socijalnom sigurnošću, što ukazuje na uslove za provedbu principa fleksigurnosti, uključujući i aktivne mjere zapošljavanja čija primjena je primjetna u naglašenosti ciljeva promicanja kvalifikovane, obrazovane i prilagodljive radne snage. Prilagodljiva radna snaga je preduslov i za prilagodljivost tržišta rada ekonomskim promjenama i izazovima koji su rezultat ekonomske krize. Dalje se navode instrumenti koje je razvila i provela EU za usklađivanje politika za fiskalne, makroekonomske i strukturne politike. Zatim se ističe važnost evropskog semestra navodeći kako se različiti instrumenti kombiniraju unutar krovnog okvira za integrirani multilateralni nadzor ekonomskih, budžetskih i socijalnih politika, kao i politika zapošljavanja, te se njime nastoje ostvariti ciljevi strategije Evropa 2020., a posebno oni koji se odnose na zapošljavanje, obrazovanje i smanjenje siromaštva, kako je utvrđeno u Odluci Vijeća 2010/707/EU.⁴⁷ U nastavku se ističu i očekivanja daljnjeg poboljšanja funkcionisanja evropskog semestra, navodeći da bi se to trebalo postići njegovom racionalizacijom i jačanjem, kako je utvrđeno u Komisijinom Godišnjem pregledu rasta za 2015. Zatim se tekst preambule osvrće na ekonomsku krizu koja je otkrila nedostatke u ekonomiji EU i njenih država članica, te koja je ujedno pokazala i da postoji uska međuzavisnost ekonomija i tržišta rada država članica. U vezi s tim, ukazuje se da osiguravanje napretka Unije prema pametnom, održivom i uključivom rastu te stvaranju radnih mjesta predstavlja ključan izazov današnjice. Zato je potrebno usklađeno, ambiciozno i djelotvorno političko djelovanje i na nivou Unije i na nacionalnom nivou, u skladu s UFEU-om i s ekonomskim upravljanjem Unije. Zatim se reforme tržišta rada povezuju sa socijalnim dijalogom na nacionalnim nivoima. Pored toga, od država članica i Unije se traži da razmotre socijalni učinak krize te da nastoje izgraditi bolje povezano društvo. Trebalo bi osigurati pristup i mogućnosti za sve, te smanjiti siromaštvo i socijalnu isključenost, posebno osiguravanjem djelotvornog funkcionisanja tržišta rada i sistema socijalne zaštite te uklanjanjem prepreka učestvovanju na tržištu rada. Djelovanje u skladu s integriranim smjernicama Evropa 2020. važan je doprinos ostvarenju ciljeva strategije Evropa 2020. za pametan, održiv i uključiv rast („strategija Evropa 2020.”). Strategiju Evropa 2020. trebao bi podupirati integrirani skup evropskih i nacionalnih politika koje bi države članice i Unija trebale provesti radi postizanja pozitivnih učinaka prelijevanja usklađenih strukturnih reformi, prikladne sveobuhvatne kombinacije ekonomskih politika i sistematičnijeg doprinosa evropskih politika ostvarenju ciljeva strategije Evropa 2020. Ističe se značaj uključivanja regionalnih i lokalnih organa u provedbu integriranih smjernica, kao i socijalnih partnera i civilnog društva, na način da se smatra da iako su integrirane smjernice Evropa 2020. upućene državama članicama i Uniji, treba ih provesti u partnerstvu sa svim

47 Council Decision 2010/707/EU of 21 October 2010 on guidelines for the employment policies of the Member States. (OJ L 308, 24.11.2010.), str. 46.

nacionalnim, regionalnim i lokalnim organima, u bliskoj saradnji s parlamentima, kao i sa socijalnim partnerima te predstavnicima civilnog društva. Dalje se navodi u preambuli odluke da se u integriranim smjernicama Evropa 2020. državama članicama ukazuje na smjer provedbe reformi te se u njima odražava međuzavisnost između država članica. Odbor za zapošljavanje i Odbor za socijalnu zaštitu trebali bi pratiti kako se odgovarajuće politike provode s obzirom na smjernice za zapošljavanje, u skladu sa svojim ovlaštenjima na osnovu Ugovora. Ti odbori i drugi pripremni organi Vijeća koji su uključeni u usklađivanje ekonomskih i socijalnih politika trebali bi blisko sarađivati.

Ove nove smjernice iz 2015. godine predstavljaju drugi dio (dio II) integriranih smjernica, te obuhvataju četiri smjernice pod rednim brojevima od 5 do 8, i odnose se na sljedeće:

- **Smjernica broj 5:** Povećanje potražnje za radom,
- **Smjernica broj 6:** Jačanje ponude radne snage, vještina i kompetencija
- **Smjernica broj 7:** Poboljšanje funkcionisanja tržišta rada
- **Smjernica broj 8:** Promocija socijalne inkluzije, borba protiv siromaštva i promocija jednakih mogućnosti

Komisija u svojoj Komunikaciji iz 2014. godine analizira ostvarenje ciljeva i inicijativa iz Strategije, u kontekstu aktuelne ekonomske krize. Komisija u zaključnim razmatranjima iz Komunikacije navodi da su razlozi za postojanje Strategije Evropa 2020 jednako hitni kao što su bili i 2010. godine. Iskrsnuvši iz najgore ekonomske i finansijske krize u generaciji, EU treba da ojača svoju pametnu, održivu i inkluzivnu strategiju rasta tako da može odgovoriti očekivanjima građana i zadržati svoju ulogu u svijetu. Komisija dalje ističe da je to dobro vrijeme (2014) da se revidira strategija tako da pravi post-krizni prioriteti politika mogu biti uspostavljeni za EU u drugoj polovini desetljeća vodeći do 2020. Analiza postavljena u ovoj Komunikaciji pokazuje da je iskustvo sa ciljevima i inicijativama strategije Evropa 2020. pomiješano. EU je na putu da susretne ili da se približi svojim ciljevima u obrazovanju, klimi i energiji, ali ne u zapošljavanju, istraživanju i razvoju ili smanjenju siromaštva. Ipak, postojanje EU ciljeva je pomoglo fokusiranju na dugoročne, osnovne karakteristike koje su krucijalne za budućnost EU društva i ekonomije. Prevođenje ovih ciljeva na nacionalnom nivou je također pomoglo da se istakne nekoliko neugodnih trendova – rastuća praznina između najboljih i onih država članica koje su manje dobro nastupile i rastuće praznine između regija unutar i širom država članica. Ovo su izazovi kojima se treba pozabaviti u reviziji i kasnijem prilagođavanju strategije. Ekonomsko upravljanje EU, implementirano godišnje putem evropskog semestra, je značajno ojačano posljednjih godina i to je potencijalno moćan instrument za ostvarivanje post-kriznih prioriteta koji bi trebali susresti ciljeve strategije Evropa 2020.⁴⁸ Na

48 Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, Taking stock of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels, 19.3.2014 COM(2014) 130 final/2, str. 20 - 21.

osnovu napravljenog pregleda razvoja strategija, od donošenja Evropske strategije zapošljavanja, zatim usvajanja Lisabonske strategije te Strategije Evropa 2020. i integrisanih smjernica i drugih instrumenata za ostvarenje njihovih ciljeva, primjećena je promjena u shvatanju uloge i prava radnika u EU, odnosno u reguliranju uvjeta rada i radnog prava općenito, na način da se od radnika očekuje da u skladu sa društvenim i ekonomskim promjenama (finansijska kriza, porast nezaposlenosti, pad tražnje radne snage i sl.) aktivnije ulažu u svoje znanje, kvalifikacije i sposobnosti čime će sebi osigurati konkurentnost i bolju poziciju na tržištu rada. U tom smjeru se preduzimaju i aktivnosti EU, koja se fokusira na povećanje znanja, ulaganja u stručno osposobljavanje i stvaranje prilagodljive radne snage spremne da odgovori izazovima tržišta rada, kao i promicanje primjene modernih načela tržišta rada kao što je princip fleksibilnosti, u skladu sa savremenim tendencijama u razvoju radnog prava.

6. Ugovor iz Lisabona i politika zapošljavanja

Ugovorom iz Lisabona u skladu sa čl. 145-150 UFEU-a i dalje je oblast zapošljavanja zadržana u nadležnosti država članica, a Unija doprinosi visokom stepenu zaposlenosti tako što potiče saradnju među državama članicama, podupire njihovo djelovanje i, ako je potrebno, dopunjuje ga. Države još uspijevaju da se opiru različitim pritiscima, uključujući i recentnu ekonomsku krizu te zadržavaju ovu osjetljivu oblast društveno-pravnih odnosa u svojoj nadležnosti. „Nacionalna autonomija je i savremeni i vječni izazov za radno pravo EU“.⁴⁹ Ipak, nije zanemarljiv ni stepen aktivnosti Unije i njene saradnje sa državama članicama, kao i država međusobno u promovisanju zaposlenosti i stvaranju kvalifikovane radne snage prilagodljive promjenljivoj naravi tržišta rada. Aktivnosti Unije počivaju na razvoju usklađene strategije zapošljavanja sa državama članicama te promicanju prilagodljive radne snage i tržišta rada. „Politika zapošljavanja se od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora (1999) pojavljuje kao strategija otvorene koordinacije država članica u borbi protiv nezaposlenosti.“⁵⁰ Poticanje zapošljavanja smatra se predmetom od zajedničkog interesa. Države članice u svojim nacionalnim politikama zapošljavanja uzimaju u obzir smjernice za zapošljavanje koje usvaja Vijeće EU koje moraju da budu u skladu sa općim smjernicama ekonomskih politika država članica i Unije. Vrlo je bitno podsjetiti da se u skladu sa odredbama Lisabonskog ugovora cilj postizanja visokog stepena zaposlenosti uzima u obzir pri oblikovanju i provedbi politika i aktivnosti Unije. Relevantni članovi Lisabonskog ugovora za područje zapošljavanja obuhvataju član 3. stav 3. Ugovora o Evropskoj uniji (UEU) s jedne strane, te s druge strane, članove 8. do 10., članove 145. do 150., 156. do 159. te članove 162. do 164. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU). Na ovom mjestu će biti

49 A.C.L. Davies, op.cit., str. 16.

50 Jasminka, Gradašćević-Sijerčić, *Radno zakonodavstvo BiH u svjetlu načela komunitarnog radnog prava*, 2006., op.cit., str. 128.

ukratko analizirani određeni relevantni članovi Lisabonskog ugovora u ovoj oblasti. U okviru odredbi Ugovora o Evropskoj uniji (UEU) naznačeni su ciljevi Unije, gdje Unija, između ostalog, radi na održivom razvoju Evrope koji se zasniva na uravnoteženom ekonomskom rastu i stabilnosti cijena, visoko konkurentnoj socijalnoj tržišnoj ekonomiji, s ciljem pune zaposlenosti i društvenog napretka, te visokom nivou zaštite i poboljšanja kvalitete okoliša... (...).⁵¹ U svim svojim aktivnostima, Unija teži uklanjanju nejednakosti i promicanju ravnopravnosti između muškaraca i žena.⁵² Pri utvrđivanju i provedbi svojih politika i aktivnosti, Unija uzima u obzir zahtjeve povezane s promicanjem visokog nivoa zapošljavanja, garancijom dovoljne socijalne zaštite, borbom protiv društvene isključenosti te visokim nivoom obrazovanja, osposobljavanja i zaštite zdravlja ljudi.⁵³ Pri utvrđivanju i provedbi svojih politika i aktivnosti, Unija je usmjerena borbi protiv diskriminacije na osnovu spola, rase, etničkog porijekla, religije ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolne orijentacije.⁵⁴ Zatim, konkretnije odredbe o zapošljavanju su sadržane u Glavi IX UFEU-a u članovima 145 do 150. Države članice i Unija, u skladu s ovom glavom, rade na razvoju usklađene strategije zapošljavanja te, posebno, na promicanju kvalificirane, obrazovane i prilagodljive radne snage i tržišta rada koja se mogu prilagoditi ekonomskim promjenama u svrhu ostvarenja ciljeva utvrđenih u članu 3. Ugovora o Evropskoj uniji.⁵⁵ Države članice svojim politikama zapošljavanja doprinose ostvarivanju ciljeva iz člana 145. na način koji je u skladu s općim smjernicama ekonomskih politika država članica i Unije, usvojenih na temelju člana 121. stava 2.⁵⁶ Države članice, uzimajući u obzir nacionalne prakse s obzirom na odgovornost socijalnih partnera, smatraju poticanje zapošljavanja predmetom od zajedničkog interesa te u Vijeću usklađuju svoje djelovanje u tom pogledu u skladu sa odredbama člana 148.⁵⁷ Unija doprinosi visokom stepenu zaposlenosti tako što potiče saradnju među državama članicama, podupire njihovo djelovanje i, ako je potrebno, dopunjuje ga. Pritom se poštuju nadležnosti država članica.⁵⁸ Dalje se navodi da se cilj postizanja visokog stepena zaposlenosti uzima u obzir pri oblikovanju i provedbi politika i aktivnosti Unije.⁵⁹ Evropsko vijeće svake godine razmatra stanje u području zapošljavanja u Uniji i o tom pitanju usvaja zaključke na temelju zajedničkog godišnjeg izvještaja Vijeća i Komisije.⁶⁰ Na osnovu zaključaka Evropskog vijeća, Vijeće svake godine, na prijedlog Komisije i nakon savjetovanja s Evropskim parlamentom, Ekonomskim i socijalnim odborom,

51 Član 3. st. 3 UEU (bivši član 2. UEU).

52 Član 8. UFEU (raniji član 3. st. 2. UEZ).

53 Član 9. UFEU.

54 Član 10. UFEU.

55 Član 145. UFEU (bivši član 125. UEZ-a).

56 Član 146. st. 1. UFEU (bivši član 126. UEZ-a).

57 Član 146. st. 2. UFEU.

58 Član 147. st. 1. UFEU (bivši član 127. UEZ-a).

59 Član 147. st. 2. UFEU.

60 Član 148. st. 1. UFEU (bivši član 128. UEZ-a).

Odborom regija i Odborom za zapošljavanje iz člana 150. utvrđuje smjernice koje države članice uzimaju u obzir u svojim politikama zapošljavanja. Te smjernice moraju biti u skladu s općim smjernicama usvojenim na osnovu člana 121. stava 2.⁶¹ Svaka država članica dostavlja Vijeću i Komisiji godišnji izvještaj o najvažnijim mjerama koje je poduzela u provedbi svoje politike zapošljavanja u svjetlu smjernica za zapošljavanje iz stava 2.⁶² Vijeće svake godine na osnovu izvještaja iz stava 3. i po prijemu stajališta Odbora za zapošljavanje provodi ispitivanje provedbe politika zapošljavanja država članica u svjetlu smjernica za zapošljavanje. Vijeće može, na preporuku Komisije, uputiti državama članicama preporuke ako to smatra primjerenim s obzirom na rezultate tog ispitivanja.⁶³ Na temelju rezultata tog ispitivanja Vijeće i Komisija sastavljaju zajednički godišnji izvještaj za Evropsko vijeće o stanju u području zapošljavanja u Uniji i o provedbi smjernica za zapošljavanje.⁶⁴ Evropski parlament i Vijeće mogu, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Ekonomskim i socijalnim odborom te Odborom regija, donijeti mjere namijenjene poticanju saradnje među državama članicama i podupiranju njihovog djelovanja u području zapošljavanja inicijativama koje su usmjerene na razvijanje razmjene podataka i najboljih praksi, pružanje uporednih analiza i savjeta te promicanje inovativnih pristupa i ocjenu iskustava, a posebno korištenjem pilot-projekata. Ove mjere ne uključuju usklađivanje zakona i propisa država članica.⁶⁵ Vijeće, odlučujući običnom većinom nakon savjetovanja s Evropskim parlamentom, osniva Odbor za zapošljavanje koji ima savjetodavnu ulogu za promicanje koordinacije među državama članicama u pogledu politika zapošljavanja i tržišta rada. Zadaće Odbora su: – pratiti stanje zapošljavanja i politike zapošljavanja u državama članicama i u Uniji, – ne dovodeći u pitanje član 240., na zahtjev Vijeća ili Komisije ili na vlastitu inicijativu oblikovati mišljenja te doprinositi pripremi rasprava Vijeća iz člana 148. U ispunjavanju svojih zaduženja Odbor se savjetuje sa socijalnim partnerima. Svaka država članica i Komisija imenuju po dva člana Odbora.⁶⁶ Komisija potiče saradnju među državama članicama i olakšava koordinaciju njihova djelovanja u svim područjima socijalne politike, posebno u pitanjima koja se odnose na: – zapošljavanje, – radno pravo i uvjete rada, – osnovno i napredno stručno obrazovanje, – socijalnu sigurnost, – sprečavanje nesreća na radu i profesionalnih bolesti, – higijenu na radu, – pravo na udruživanje i kolektivno pregovaranje između poslodavaca i radnika.⁶⁷ Svaka država članica osigurava primjenu načela o jednakim plaćama muškaraca i žena za jednak rad ili za rad jednake vrijednosti.⁶⁸ Države članice nastoje održati postojeću jednakost

61 Član 148. st. 2. UFEU.

62 Član 148. st. 3. UFEU.

63 Član 148. st. 4. UFEU.

64 Član 148. st. 5. UFEU.

65 Član 149. UFEU (bivši član 129. UEZ).

66 Član 150. UFEU (bivši član 130. UEZ).

67 Član 156. UFEU (bivši član 140. UEZ).

68 Član 157. UFEU (bivši član 141. UEZ).

između sistema plaćenih neradnih dana.⁶⁹ Komisija svake godine izrađuje izvještaj o postignutom napretku u ostvarivanju ciljeva.⁷⁰ Odredbe o Evropskom socijalnom fondu sadržane su u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije u čl. 162-164 (ranije članovi 146-148). Radi se o nastojanju da se putem Fonda poboljšaju mogućnosti za zapošljavanje radnika i time doprinese porastu životnog standarda, a pomoć se, u najvećoj mjeri, pruža onim kategorijama lica koji su u slaboj poziciji na tržištu rada i regijama sa strukturalnim problemima. Evropski socijalni fond bio je predviđen u okviru socijalnih odredbi već i Ugovorom iz Rima. „Rimskim ugovorom formiran je Evropski socijalni fond, sa zadatkom da stvori mogućnosti za unapređenje zaposlenosti i lakšu teritorijalnu i profesionalnu fluktuaciju radne snage.“⁷¹

Zaključak

Uspostavljanje i razvoj Evropske strategije zapošljavanja u okviru Evropske unije dovelo je do promjena u razvoju politike zapošljavanja Evropske unije, u smjeru većeg fokusiranja na uređenje pitanja zapošljavanja, koje je kasnije rezultiralo uvođenjem i primjenom pravila koordinacije nacionalnih politika. Ti rezultati dolaze do izražaja već usvajanjem Amsterdamskog ugovora kada je uvedeno posebno poglavlje o zapošljavanju. Politika zapošljavanja spada u nadležnost država članica, a Evropska unija ima ovlaštenja da koordinira i dopunjuje njihove nadležnosti. Oblast zapošljavanja na komunitarnom nivou regulira se usvajanjem akata mekog prava (*tzv. soft law*), bez harmonizacije nacionalnih zakonodavstava. Najvažniji instrumenti putem kojih se to čini su strategije, smjernice, agende, preporuke te poseban instrument u ovoj oblasti, koji je razmatran u ovom radu, a označava se kao otvoreni metod koordinacije. Evropska strategija zapošljavanja je prvi značajan pomak u reguliranju pitanja zapošljavanja i borbe protiv nezaposlenosti na nivou EU 90-ih godina. Kasnije je došlo do preciziranja ciljeva EU u oblasti ekonomskog rasta i zapošljavanja kroz usvajanje Lisabonske strategije iz 2000. godine, koja se zasniva na Evropskoj strategiji zapošljavanja. Lisabonska strategija pretrpjela je reviziju 2005. godine zbog slabijeg ostvarivanja ciljeva koji su bili preširoko određeni, uz nejasne prioritete i kontradiktorne zadatke. Nastojanjem EU da nađe najbolji odgovor na krizu na tržištu rada, pristupilo se usvajanju Strategije Evropa 2020. koja se zasniva na određenim smjernicama iz oblasti ekonomske politike i politike zapošljavanja. Države članice trebaju voditi svoje nacionalne politike u skladu sa navedenim smjernicama, te se uz primjenu predviđene procedure u okviru Strategije osigurava da države članice međusobno sarađuju i upoređuju svoje rezultate u postizanju ciljeva, te tako uče jedna od druge putem razmjene najbolje prakse i iskustava. Evropska unija uspostavljena

69 Član 158. UEFU (bivši član 142. UEZ).

70 Član 159. UFEU.

71 Edin, Rizvanović, op.cit., str. 31-32.

je na sistemu socijalne tržišne privrede s ciljem postizanja pune zaposlenosti i društvenog napretka. Tako se odredbama Lisabonskog ugovora među osnovnim ciljevima navode: puna zaposlenost, društveni napredak, suzbijanje društvene isključenosti, socijalna pravda i zaštita, solidarnost i ekonomska, socijalna i teritorijalna kohezija. Također, u skladu sa Lisabonskim ugovorom pri utvrđivanju i provedbi svojih politika i aktivnosti, Unija uzima u obzir zahtjeve povezane s promicanjem visokog nivoa zapošljavanja, garancijom dovoljne socijalne zaštite, borbom protiv društvene isključenosti te visokim nivoom obrazovanja, osposobljavanja i zaštite zdravlja ljudi. Zapošljavanje se navodi među najbitnijim ciljevima i prioriternim oblastima EU, iako je u nadležnosti država članica. EU nastoji korištenjem određenih mehanizama, mjera i pravila koordinacije uspostaviti okvir za saradnju država članica na nivou EU u ovoj oblasti, kao što je primjena otvorenog metoda koordinacije, kao značajnog instrumenta Evropske strategije zapošljavanja. U odnosu na početke evropskih integracionih procesa, u današnjim evropskim uslovima uloga EU u socijalnim pitanjima, a posebno u pitanjima zapošljavanja postaje sve važnija.

Literatura

Knjige i članci:

1. Barnard, Catherine, *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2012.
2. Bercusson, Brian, *European Labour Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2009.
3. Davies, A.C.L. *EU Labour Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
4. Deakin, Simon; Rogowski, Ralf, *Reflexive labour law, capabilities and the future of social Europe*, (229-251) U: *Transforming European Employment Policy – Labour Market Transitions and the Promotion of Capability*, eds: Ralf, Rogowski; Robert, Salais; Noel, Whiteside, 2011, Edward Elgar Publishing Limited
5. Dedić, Sead; Gradašević-Sijerčić, Jasminka, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
6. Gradašević-Sijerčić, Jasminka, *Komentar Zakona o radu Federacije BiH*, Privredna štampa d. o. o. Sarajevo, 2016.
7. Gradašević-Sijerčić, Jasminka, *Specifičnosti radnopravnog statusa zaposlenika –državljanja država članica Evropske unije*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLII, 2000, (147-166)
8. Gradašević-Sijerčić, Jasminka, *Radno zakonodavstvo BiH u svjetlu načela komunitarnog radnog prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLIX, 2006., (123-148)

9. Gradašćević-Sijerčić, Jasminka, *Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, 2011. (113-144)
10. Hadžić, Mehmed, *Individualna i kolektivna prava na radu i u vezi sa radom i fleksigurnost u radnom zakonodavstvu*, doktorska disertacija, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet, Sarajevo, oktobar 2012.
11. Perišić, Natalija, *Karakteristike i dometi primjene otvorenog metoda koordinacije u evropskom i nacionalnom kontekstu*, Fakultet političkih nauka, Godišnjak br. 7, juni 2012 III DEO: *Socijalna politika i socijalni rad*
12. Rizvanović, Edin, *Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu*, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005, str. 105.
13. Sokol, Tomislav, *Europska socijalna politika*, str. 502, U: *Europska unija*, uredila: Ljerka, Mintas-Hodak, Mate d.o.o., Zagreb, 2010.
14. Stubbs, Paul; Zrinščak, Siniša, *Proširena socijalna Europa? Socijalna politika, socijalna uključenost i socijalni dijalog u Hrvatskoj i Europskoj uniji*, Pridruživanje Hrvatske Europskoj uniji - Ususret izazovima pregovora, treći svezak, urednica Katarina Ott, Institut za javne financije, Zaklada Friedrich Ebert, Zagreb, 2005.
15. Szyszczak, Erika, *The Evolving European Employment Strategy*, s. 204 (197-223), in: *Social Law and Policy in Evolving European Union*, ed. Jo Shaw, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2000.
16. Vuković, Drenka, *Socijalna politika Evropske unije*, Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011.

Propisi, dokumenti i ostalo:

1. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 17 July 2002: taking stock of the five years of the European Employment Strategy [COM (2002) 416 final - not published in the Official Journal]
2. Communication from the Commission to the Spring European Council, Integrated guidelines for Growth and Jobs (2008-2010), COM (2007) 803 Final Part V, Brussels, 11.12.2007.
3. Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions, Taking stock of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels, 19.3.2014 COM(2014) 130 final/2.
4. Commission of the European Communities, Communication from the President, in agreement with vice-President Verheugen and Commissioners Almunia and Spidla, Integrated guidelines for Growth and Jobs (2005-2008), COM (2005) 141 final 2005/0057 (CNS), Brussels, 12.4.2005.

5. Commission staff working document, Lisbon Strategy evaluation document, Brussels, 2.2.2010 SEC(2010) 114 final.
6. Council Recommendation 2008/390/EC of 14 May 2008 on the broad economic policy guidelines for the Member States and the Community (2008-2010) Official Journal L 137 of 27.5.2008.
7. Council Decision 2008/618/EC of 15 July 2008 on guidelines for the employment policies of the Member States, Official Journal L 198 of 26.7.2008.
8. Council Recommendation 2010/410/EU of 13 July 2010 on broad guidelines for the economic policies of the Member States and of the Union [Official Journal L 191 of 23.7.2010].
9. Council decision of 21 october 2010 on guidelines for the employment policies of member states (2010/707/eu), objavljene u: official journal of the european union l 308/46 od 24. 11. 2010 godine.
10. Council recommendation (eu) 2015/1184 of 14 july 2015 on broad guidelines for the economic policies of the member states and of the european union, objavljene u: official journal of the european union l 192/27 od 18. 7. 2015. godine.
11. Council decision (eu) 2015/1848 of 5 october 2015 on guidelines for the employment policies of the member states for 2015, objavljene u: official journal of the european union l 268/28 od 15. 10. 2015.
12. Council Decision 2010/707/EU of 21 October 2010 on guidelines for the employment policies of the Member States. (OJ L 308, 24.11.2010.).
13. European Commision, Communication from the Commision, Europa 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 3.3. 2010 COM(2010)2020 final.
14. European commission, annex to the recommendation for a council recommendation on broad guidelines for the economic policies of the member states and of the union brussels, 2.3.2015 com(2015) 99 final.
15. European commission, annex - integrated guidelines - to the proposal for a council decision on guidelines for the employment policies of the Member States, Brussels, 2.3.2015 COM(2015) 98 final ANNEX 1.
16. Luxembourg Jobs Summit, 1997 (COM(99) (442)).
17. Lisbon Strategy evaluation document – Commision staff working document, European Commision, Brussels, 2.2.2010, SEC(2010) 114 final.
18. Lisbon European Council, Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000, Presidency Conclusions, 2000., tačka 37.
19. Zaključci Evropskog vijeća sa sastanka u Lisabonu, 2000 godine, (23 i 24 mart).
20. http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm
21. http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_en.htm

Emina Hasanagić, LL.M. Senior Assistant,
Faculty of Law Dzemal Bijedic University of Mostar

DEVELOPMENT AND IMPORTANCE OF EUROPEAN EMPLOYMENT STRATEGY IN THE CONTEXT OF EMPLOYMENT POLICY OF THE EUROPEAN UNION

Summary

In this paper the author explains the importance of establishing the European employment strategy and its influence on development of employment policy of the European union. The creation of the European union was determined primarily by economic and political reasons, leaving the social dimension in the background of integration processes. However, the field of labour and social relations has undergone gradual development within the EU, and a significant impetus to this development represented the adoption of the European employment strategy in 1997, driven by high unemployment in Europe at the beginning of the 90s. In this paper the author gives a view of development of the Lisbon Strategy that was adopted in the 2000. and is based on the European employment strategy and is directed towards economic growth and employment. The author especially considers the adoption of revised version of Lisbon Strategy that was published in 2005., in order to correct the shortages in achieving the set targets. The paper especially considers open method of coordination as an important instrument of *soft law* in the employment area. In this paper the author also explains the importance and goals of the Strategy „Europe 2020“ adopted in 2010, representing the European union's response to the crisis in the labor market caused by the recession in 2009. The author at the end of this paper especially analyses the provisions on employment policy in the Treaty of Lisbon, according to which the EU has a jurisdiction to encourage cooperation between the Member states, supporting their action, and, if necessary, complement it.

Keywords: European union, employment policy, the European employment strategy, open method of coordination, social policy, labor law, social law, the Lisbon strategy, Europe 2020

mr. sci. iur. Davor Trlin

Viši stručni saradnik

Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji Bosne i Hercegovine

RASPODJELA SUDSKE FUNKCIJE IZMEĐU FEDERACIJE I FEDERALNIH JEDINICA

Sažetak

Organizacija pravosuđa u konkretnoj državi je u neposrednoj vezi sa oblikom državnog uređenja koji je apliciran u konkretnoj državi. Savremena teorija države i komparativno ustavno pravo poznaju dva oblika državnog uređenja: unitarnu državu i federaciju. Kod unitarne države postoji samo jedan sistem organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, a kod federalne države najčešće postoji više takvih sistema. Organizacija sudske vlasti u federalnim državama (raspodjela sudske funkcije između federacije i federalnih jedinica) je izvršena na više načina, i ne postoji poopćiv način organizacije pravosuđa u federalno uređenoj državi. Iz teorijskih osnova (mjerila) federalne države proizilazi da je Bosna i Hercegovina federalno uređena država. Pitanje raspodjele sudske funkcije između federacije i federalnih jedinica je posebno važno za Bosnu i Hercegovinu, kao federalno uređenu državu, u svjetlu aktuelnog pitanja da li je Bosni i Hercegovini potreban apelacioni/vrhovni sud i ako treba koji bi bili argumenti za njegovo postojanje. Rad treba shvatiti kao naučni prilog raspravi o ovom pitanju.

Ključne riječi: sudski sistem, federalizam, BiH, vrhovni sud, apelacioni sud, apelaciona jurisdikcija.

1. UVOD

Federalna država, kao oblik državnog uređenja ima kao jednu od svojih bitnih elemenata raspodjelu državnih funkcija. Federacija kao oblik *interfederalizma* podrazumijeva dva nivoa političko-teritorijalnih jedinica, nivo federalne države i nivo federalnih jedinica. Ova dva nivoa mogu vršiti vlast samo ako će ona biti podijeljena. Podjela vlasti postoji kod sve tri državne funkcije (ako se prihvati trijalistička teorija o diobi državnih funkcija), i kod zakonodavne funkcije, i kod izvršne, i kod sudske. Sudska funkcija se u okviru federalne države mijenja u skladu sa promjenama strukture i forme federalizma. Hoće li redovni sudovi intervenirati u pravne sisteme federalnih jedinica ovisi prvenstveno o tome da li je apliciran decentralizirani ili centralizirani federalizam. Međutim, i u okviru ovog drugog, centraliziranog, rijetka je situacija da sudovi koji se nalaze na nivou centralne vlasti federalne države imaju instancionu nadležnost u odnosu na vrhovne sudove federalnih jedinica, s ciljem jedinstvene primjene prava uopće, a ne samo primjene federalnog prava¹. U svakoj federaciji postoje pravni teoretičari koji se zalažu za jedinstvo društveno – političkog sistema i koji naglašeno zagovaraju centralizam, odnosno širenje broja državnih organa i jačanje prava i dužnosti (nadležnosti) federacije, ali i oni drugi koji smatraju da je širenje prava i dužnosti federacije („slabljenje federalizma“) svojevrsna opasnost za federalne jedinice, posebno ako se granice federalnih jedinica poklapaju sa etničkim grupiranjem stanovništva („etnički federalizam“), pa to širenje treba ograničavati na svim poljima, uključujući i organizaciju sudova.

Federacije imaju mogućnost da utvrde redovne sudove, da procesnopravnim propisima, donesenim na ustavni način, utvrde pravila postupka pred tim sudovima, te da normama organizacionog karaktera urede unutrašnju organizaciju sudova i hijerarhijski odnos među njima. U okviru toga svakako je posebno pitanje da li se sudovima na nivou federacije obezbjeđuje isključivo primjena federalnih zakona i drugih propisa i da li, uz to, ti sudovi mogu imati nadzornu i instancionu nadležnost u odnosu na sudove federalnih jedinica.

2. PODJELA SUDSKE NADLEŽNOSTI KAO BITNO OBILJEŽJE FEDERALIZMA

U unitarnoj državi se ne radi o diobi sudske funkcije između centralne vlasti i lokalnih vlasti nego se radi o takvoj organizaciji jedinstvenog sudskog sistema u kojem egzistiraju sudovi različitih stupnjeva². Sudski sistem je u saveznoj

1 Marković, G. (2011) „Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud: prilog raspravi“, Jedan vrhovni sud za BiH?, Sarajevo, Centar za javno pravo, str. 94.-108.

2 Tako npr. u Republici Hrvatskoj, sudova na nivou županije i „lokalne zajednice“ nema. Županijski i općinski sudovi su dio jedinstvenog sudskog sistema i ni u kom slučaju nisu vezani za županije i općine, osim djelimično po nazivu i mjesnoj nadležnosti. Trgovački i upravni sudovi nisu čak ni po nazivu vezani za županije i općine.

(federalnoj) državi najčešće podijeljen između federacije i federalnih jedinica. U federalnoj državi najčešće postoje: sudovi federacije, sudovi federalnih jedinica i, vrlo često, sudovi lokalne samouprave. U federalnim državama postoje dva zasebna sudska sistema: paralelno egzistiraju i sudska vlast federacije i sudska vlast federalnih jedinica. U ovakvom sistemu, federalni sudovi, na osnovu federalnog ustava, federalnih zakona i međunarodnih ugovora, rješavaju sporove opšteg karaktera, dok sudovi federalnih jedinica, primjenom zakona federalnih jedinica, rješavaju sporove za koje su nadležni. Samo u slučaju donošenja odluke od strane suda federalne jedinice, na osnovu federalnog zakona, može se izjaviti pravni lijek na tu odluku. Sistem paralelnog pravosuđa postoji u SAD (i sastoji se od 94 okružna prvostepena suda, 12 apelacionih sudova, sa mjesnom nadležnošću koja se prostire po cijelom teritoriju SAD i, Vrhovnog suda³ sa sjedištem u Washingtonu; ovaj sistem u izvjesnom smislu, postoji i u Kanadi i u Argentini). Pojedini autori konstatiraju da SAD nema pravosudni sistem, već više pravosudnih sistema, jer svaka od 50 saveznih država ima pravosuđe, a sistemi nisu isti ni u dvije države⁴. U federacijama postoje zajedničke nadležnosti federacije i federalnih jedinica. To je i razlog što se postavlja pitanje postojanja u svakoj federaciji „jednog najvišeg, vrhovnog suda koji kao jedan od osnovnih zadataka mora da ima i ujednačavanje prakse sudova pojedinih federalnih jedinica (putem svoje apelacione odnosno revizione nadležnosti), jer bi u protivnom mogle da se pojave i značajne razlike u shvatanju pravde federacije.“⁵. Pored postojanja jednog vrhovnog suda na nivou federacije (kao npr. u Švicarskoj, Njemačkoj, Kanadi, Australiji, Brazilu i Indiji), gdje su svi ostali sudovi na nivou federalnih jedinica, postoji i sistem u kojem pored vrhovnog suda, na federalnom nivou postoje i drugi savezni sudovi. Neophodno je postojanje barem jednog vrhovnog suda na nivou federacije, jer se, kako to kaže profesor Ratko Marković, njime osigurava „krajnji autoritet federaciji i njenom pravnom poretku s jedne, i izlazi u susret zahtjevu za izjednačavanje sudske prakse u tumačenju i primjeni pravnog poretka federacije, s druge strane.“⁶. U ex-SFRJ na nivou federacije je postojao Savezni sud, dakle, ovaj sud nije nosio epitet vrhovni, ali je imao neke elemente klasičnog vrhovnog suda⁷. Specifičan oblik organizacije pravosuđa postoji u Austriji. Austrijski federalni sudovi (dakle, na nivou federacije ne postoji samo jedan najviši sud, već više njih), primjenjuju i pravo federacije i pravo federalnih jedinica. Zato je profesor Nurko Pobrić, pri razmatranju ovog sistema, isticao da „on (sistem) ne odgovara federalizmu i federalno uređenoj državi“⁸.

3 Marković, R. (2009.) Ustavno pravo. Beograd: Službeni glasnik. str. 395.

4 Hogan O. S. (ed.) (2006), The Judicial Branch of State Government: People, Process, and Politics, str. 17.

5 Jovičić, M. (1973.) Savremeni federalizam. Beograd, str. 140.

6 Marković, R., navedeno djelo, str. 395.

7 O ovoj instituciji vidjeti npr: Fira, A. (1979) Ustavno pravo. Beograd: Privredni pregled. str. 423. i 424.

8 Pobrić, N. (2000.) Ustavno pravo. Mostar: „Slovo“. str. 349.

Federalno sudstvo koje rješava opće sporove, ovisno od toga je li riječ o *Common law* pravnom sistemu ili na pravnom sistemu zasnovanom na rimskom pravu, može da rješava i upravne sporove protiv upravnih akata. Može se, u tu svrhu, formirati i posebni federalni upravni sud. I federalno sudstvo koje rješava opće sporove (ukoliko ne postoji ustavni sud na nivou federacije, to je uvijek vrhovni sud federacije)⁹, i posebni federalni upravni sudovi rješavaju sukob nadležnosti koji nastane između federacije i federalnih jedinica¹⁰ (federalni sud pomoću takvih sporova, u skladu sa federalnim ustavom, može „povući granicu između federalne vlasti i federalnih jedinica“)¹¹, a takođe i sporove koji nastaju o ustavnosti ustava federalnih jedinica, te ustavnosti zakona i drugih propisa federalnih jedinica i federalnih zakona.

3. FEDERALNI USTAV KAO PRAVNI OSNOV ZA RASPODJELU SUDSKE FUNKCIJE IZMEĐU FEDERACIJE I FEDERALNIH JEDINICA

Federalnim ustavom se daje nadležnost stvaranja prava u određenim odnosima i federaciji i federalnim jedinicama. Međutim, to nije slučaj sa nadležnošću primjene prava. Postoje federacije u savremenom društvu, kao što su to npr. Austrija i Venecuela kojim je pravo primjene prava od strane redovnih sudova federacije dato ustavom, a nije federalnim jedinicama. Federalne jedinice u ovim federacijama nemaju redovnih sudova.

Osnovno je da federalni ustav kreira dva pravna poretka-federacije i federalnih jedinica, a da raspodjela nadležnosti mora biti uvijek i isključivo uređena ustavom federacije¹². To nije slučaj kod unitarne decentralizovane države, u kojoj su nadležnosti oblika decentralizacije ustanovljene i mogu se mijenjati zakonom (oblici decentralizacije nemaju ustav, za razliku od federalnih jedinica).

Federalna država može, ali i ne mora imati nadležnost da formira redovne sudove, a isti je slučaj i sa federalnim jedinicama. Međutim, takva podjela nadležnosti mora biti navedena u federalnom ustavu. U klasičnom poimanju, snažno, nedjeljivo i nezavisno sudstvo je suštinski element u federalnom ustavu. Ono je „savjest“ i „točak ravnoteže“ federalnog ustava¹³. Da bi se riješili konflikti između različitih nivoa vlasti, sudska grana vlasti je kreirana u angloameričkom pravnom krugu. Sudsku kontrolu ustavnosti u državama tog pravnog kruga obavljaju redovni

9 Đorđević, J. (1940) Osnovna pitanja federalne države. Beograd.

10 Đorđević, J. (1940) Osnovna pitanja federalne države. Beograd.

11 Festić, I. (2003) Raspodjela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica (studija), Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.

12 Burdeau, G. (1965) Droit Constitutionnel et institutions politiques, Paris. str. 51.

13 Ray, N. S. (2004), Modern Comparative Politics: Approaches, Methods and Issues, str. 165.

sudovi¹⁴, dok su u evropskokontinentalnom pravnom krugu za to nadležni ustavni sudovi¹⁵.

Raspodjela bilo koje nadležnosti (zakonodavne, izvršne, sudske...) između federacije i federalnih jedinica nije ustavom ustanovljena jednom za sva vremena i ona se može mijenjati¹⁶. Budući da se osnov (volja) za raspodjelu nadležnosti organizacije sudske funkcije između federacije i federalnih jedinica nalazi u ustavu, on se pravno može mijenjati isključivo kroz promjenu ustava. Ali, taj osnov se može mijenjati i nasilnim putem, ali i faktički – ponašanjem koje ustav ne spominje, ali i ne zabranjuje, te kojem se, uz to, ne protive subjekti u odnosu koje se vrše takve faktičke promjene. Faktičko mijenjanje federalnog ustava se vrši na tri načina: ustavnim običajem, sudskim tumačenjem ustava i putem zakona i drugih propisa (kao aktima državnog prava). *Ustavni običaj* (dugotrajno ponavljanje ponašanja sa kojim je većina relevantnih subjekata saglasno i kojim se vrše faktičke promjene ustavnog teksta) spada u nepisano ustavno pravo i u evropskokontinentalnom pravnom krugu ne može biti jače od pisanog ustavnog prava. Sudskim tumačenjem zakona se vrši promjena ustava kada se ocjenjuje da li je određeni zakon saglasan sa ustavom, gdje (ustavni) sudovi vrlo često tumače norme federalnog ustava na način da utvrde da je zakon ustavan, takav zakon ostaje na snazi na osnovu ustavne odluke (res iudicata) koja sudskim tumačenjem mijenja smisao ustavne odredbe ili koja popunjava pravnu prazninu. Ovaj treći način faktičke promjene federalnog ustava *zakonom i drugim propisima državnoga prava*, moguć je u onim federacijama koje nemaju ustavnosudsku kontrolu ustavnosti zakona. Ukoliko se u tim državama donese zakon (ili drugi propis) čije su norme suprotne normama ustava, takav zakon ili drugi propis ostaje na snazi a ustavne norme se derogiraju i ne primjenjuju se dok je takav zakon ili drugi propis na snazi¹⁷. Bez obzira koji je od načina promjene raspodjele nadležnosti između federacije i federalnih jedinica primijenjen, federalne jedinice uvijek imaju mogućnost zaštite (najčešće u federalnom parlamentu) ako smatraju da su im protivustavno oduzete nadležnosti ili da je federacija preuzela neke funkcije (pa i sudske) za koje smatraju da ona nema ustavno pravo.

14 Kelley, R. L. (1992), *Federalism and the Judicial Mind: Essays On American Constitutional Law and Politics*, Volume 4, 1992., str. 168.

15 Mahler, S. (1987) *New Dimensions of Canadian Federalism: Canada in Comparative Perspective*, str. 34.

16 Kutlešić, V. (1986) *Raspodjela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica u razvitku jugoslovenskog federalizma*. Beograd, str. 32.

17 Stavom 3 člana 113. Ustava Švicarske predviđena je obaveza Saveznog suda da primjenjuje zakone koje je donijela Savezna skupština.

4. UTICAJ SUDSKE FUNKCIJE NA RAZVOJ FEDERALIZMA

Vrhovni sud SAD je, u ranom 19. stoljeću, pod predsjednikom suda (Chief Justice) Johnom Marshallom (obnašao funkciju od 1801. do 1835. godine), odigrao ključnu ulogu u raspodjeli nadležnosti između federalne vlasti i vlasti saveznih država (*states*). Budući da Ustav SAD eksplicitno ne određuje mnoge vertikalne linije razgraničavanja nivoa vlasti, Vrhovni sud je u nekoliko sudskih odluka, razriješio pitanje balansa odnosa federalne vlasti i vlasti federalnih jedinica. U periodu rukovođenja sudom od strane gospodina Marshalla, ovaj organ je kontinuirano potvrdio supremaciju federalnog prava nad pravom saveznih država, i podržao ekspanzivno tumačenje liste nadležnosti utvrđenih članom I, Sekcija 8 Ustava SAD. Pitanje je posebno odgovoreno u slučajevima *McCulloch v. Maryland*¹⁸ i *Gibbons v. Ogden*¹⁹, kojima su proširene nadležnosti centralne vlasti. Neke Marshallove odluke bile veoma nepopularne, ali bez obzira na tu činjenicu, Marshall je izgradio treću granu federalne vlasti i povećao u veličini i vrijednosti, federalne nadležnosti i vladavinu prava²⁰. Vrhovni sud SAD je kroz historiju svoje jurisdikcije znatno uticao na pomjeranje težišta federalizma u SAD s dominacije prava saveznih država, prema dvojnog federalizmu, do supremacije federalne države (centralizirani federalizam). Posljednje dvije važne odluke Suda u kontekstu slabljenja federalizma u raspodjeli sudske funkcije u SAD bile su: *Arizona v. United States*, 567 U.S. ____ (2012), u kojoj je utvrđeno da države ne mogu implementirati svoje sopstveno imigracijsko zakonodavstvo i *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012), kojom je Sud podržao nadležnost Kongresa da donese određene akte iz sistema zaštite pacijenata i zdravstvene zaštite.

U evropskokontinentalnom pravnom krugu su, s druge strane, odluke ustavnih (ne redovnih) sudova imale značajan utjecaj na raspodjelu nadležnosti u federalnoj državi. Uzmimo za primjer njemački federalizam. Rješavanje sporova između centralne vlasti i vlasti Zemalja (*Länder*) ima neodložne posljedice po federalizam. Posebno su važne odluke o alokaciji zakonodavne nadležnosti i finansijskih resursa u federalnom sistemu. Nakon davanja podrške unitarnom i kooperativnom

18 Usporedi: *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

19 Usporedi: *Gibbons v. Ogden* 22 U.S. 1 (1824). Ovom presudom je Kongresu data nadležnost da donosi sve legislativne mjere koje se tiču trgovine između dvije države. Riječ je o jednoj o popularnijih Marshallovih odluka, koja je pored parobroda, oslobodila put i avionima, telegrafu, željeznici, gasovodima i cjevovodima, podvrgavši ih sve pod navedeni presedan. Vidjeti: Garraty, A. J. (1964), "Quarrels That Have Shaped the Constitution", Harper & Row, Publishers Inc., str. 61.

20 Hobson F. C. (2000), *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, str. 121.

federalizmu do 1970. godine²¹, Sud trenutno kreira decentralizaciju, autonomiju vlada zemalja i jasnu raspodjelu nadležnosti. Poslije ujedinjenja Njemačke (1990. godine), postojale su ekonomske nejednakosti između Zemalja. U to vrijeme je Sud podržavao koncept „unitarnog federalizma“. U postupku o primjeni prava na jednak tretman u socijalnoj politici i oporezivanju, Sud je ustanovio harmoniziranje javne politike u Njemačkoj. Međutim, u kasnim 1990-im godinama prošlog stoljeća, Sud je promijenio svoje mišljenje o federalizmu i da podržava zahtjeve Zemalja za decentralizacijom. Kada je riječ o zakonodavnoj nadležnosti, uticaj Suda je bio drugačiji. Temeljni zakon je propisao uslove za konkurentno i okvirno zakonodavstvo kojima je dozvoljeno federalnoj vlasti da donosi zakone da bi se postigli ili održali jednaki uslovi života u svim regionima. Do 1990-tih, federalna vlast je ekstenzivno koristila ovu klauzulu i davala Zemaljskim parlamentima malo prostora za autonomno zakonodavstvo. Sud je to prihvatio i smatrao raspodjelu zakonodavne nadležnosti više političkim pitanjem nego materijom pravičnog rezonovanja. 1994. godine, Temeljni zakon je izmijenjen i od tada je Ustavni sud obavezan da odlučuje o ovom pitanju. Nakon ustavne izmjene neke Zemlje su dovele u pitanje federalno zakonodavstvo za brojne zakone i pokrenuli su postupak pred Sudom da se te nadležnosti onemoguće. Sud je počeo da restriktivnije interpretira uslove za federalno zakonodavstvo. Na ovaj način su Zemlje, ovaj put uz pomoć Suda mogle da spriječe federalno zakonodavstvo. Nakon što je Sud promijenio *status quo* prema koristi Zemalja, balans nadležnosti u ustavnoj politici se takođe promijenio²². Implicitna ustavna izmjena se pretvorila u eksplicitnu. Novembra 2004. godine, nakon četvrte odluke Suda o zakonodavnim nadležnostima, federalna vlast je postala svjesna ovakvih promjena u stavovima jurisdikcije, pa su ustavni amandmani o reformi njemačkog federalizma, koji su sadržavali katalog zakonodavnih nadležnosti koji trebaju biti transferirani na razinu Zemalja, stupili 2006. godine. Sud je uticao i na drugu ustavnu reformu federalnog sistema, nakon što je presudio protiv Berlina i naglasio odgovornost vlada Zemalja za njihove fiskalne politike. 2009. godine su kreirana nova ustavna pravila za reduciranje javnog duga i koordiniranje fiskalne politike između federalne vlasti i vlasti Zemalja. Sud je također ojačao njemački federalizam odlukom o Evropskim sporazumima.

21 Usporedi npr. odluku Ustavnog suda SR Njemačke BverfGE 12, 205 (1. Rundfunkentscheidung), u: Izabrane odluke Njemačkog Saveznog Ustavnog suda (2009), jubilarno izdanje, prevod: prof. dr. Edin Šarčević, Konrad Adenauer Stiftung, str. 522. i 523.

22 Scharpf, W. F. (2006.), „Recht und Politik in der Reform des Föderalismus, in Michael Becker and Ruth Zimmerling“ (eds) Politik und Recht (PVS special issue 36), Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, str. 307-332.

5. SUDSKA FUNKCIJA U KOMPARATIVNOM FEDERALIZMU

5. 1. SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE

Američki federalizam karakteriše odvojen sistem sudova. Slučajeve koji se odnose na savezno zakonodavstvo (ali ne u cjelini) presuđuju Vrhovni sud SAD, apelacioni sudovi (ima ih ukupno 13, i mjesna nadležnost im je područje nekoliko država; oni osiguravaju izvršenje odluka federalnih administrativnih organa i oni su žalbene instance na federalne okružne sudove) i federalni okružni sudovi, kao prvostepeni sudovi (ima ih ukupno 94). Takođe i posebni sudovi koji se ne spominju u Ustavu, ali za čije formiranje postoji ustavno ovlaštenje za Kongres (Sud za patente, Vojni sud, stečajni sudovi...). Organizacija ovog, saveznog sudstva je uređena članom III Ustava SAD, Jedanaestim Amandmanom na Ustav SAD, Sudskim zakonikom (Judicial Code) od 1948. godine i Zakonom o poboljšanju federalnih sudova, iz 1982. godine. Drugi sudski sistem je sudski sistem država. One imaju zasebne sudove koji presuđuju predmete koji se odnose na zakonodavstvo država (najniži su mirovni sudovi, pa sudovi opšte nadležnosti i vrhovni ili apelacioni sudovi). Jurisdikcija sudova država se, u osnovi, odnosi na bilo koji tip predmeta koji ne spada u isključivu jurisdikciju federalnih sudova. Veliku ulogu u javnom sistemu SAD ima Vrhovni sud SAD²³. Vrhovni sud ima funkcije koje u većini drugih federacija ima ustavni sud. On arbitrira između federacije i država, te između pojedinih organa državne vlasti. Ovaj sud raspravlja i sve slučajeve eventualne neustavnosti zakona²⁴ ili ustava država, a takođe razrješava i kolizije oko prava koja proizilaze iz ustava, zakona ili ugovora. Dakle, kao dopuna principa diobe vlasti javlja se mogućnost sudske vlasti da ukine bilo koji akt zakonodavne²⁵ i izvršne vlasti koji je u koliziji s Ustavom. Isto tako, ovaj sudski organ može odobriti određeni zakon koji na prvi pogled nije saglasan sa nekom ustavnom odredbom, ali će se on ipak primjenjivati. Dakle, Vrhovni sud može tako izvršiti preraspodjelu nadležnosti u SAD, tako što federaciji dadne neku funkciju koja prije nije bila u njenoj nadležnosti. Vrhovni sud štiti individualna i kolektivna²⁶ ljudska prava. Pravne posljednice utvrđene neustavnosti zakona (ova funkcija, iako je najvažnija funkcija ovog suda, nije navedena u Ustavu)²⁷, je njegovo poništavanje. Zato se za Vrhovni sud SAD kaže da je negativni (prikriveni) ustavotvorac²⁸. Vrhovni sud

23 „Sudsku vlast Sjedinjenih Država – vrši Vrhovni sud i svaki drugi niži sud koji će s vremenom odrediti i ustanoviti Kongres“: član III , Sekcija. 1. Ustava Sjedinjenih Američkih Država.

24 Jovičić, M. (1984) Veliki ustavni sistemi (elementi za jedno uporedno pravo). Beograd: IRO Svetozar Marković, str. 101.

25 Đorđević, J. (1940) Osnovna pitanja federalne države, Beograd.

26 Duraković, N. (2000) Uporedni politički sistemi, Sarajevo: Fakultet političkih nauka, str. 108.

27 Uvedena je tek 1803. godine, presudom Vrhovnog suda SAD u slučaju *Marbury vs. Medison*.

28 Isto: Trnka, K. (2006) Ustavno pravo, Sarajevo: Fakultet za javnu upravu, str. 61.

SAD daje mogućnost da se u različitom vremenu istom ustavnom tekstu daje različito tumačenje, zavisno od toga koja je garnitura na vlasti²⁹. Vrhovni sud SAD sudi i u prvom i u posljednjem stepenu (ima tzv. „originalnu jurisdikciju“) u svim slučajevima koji se tiču ambasadora, javnih ministara i konzula, kao i u onim u kojima je jedna parnična stranka država. U svim ostalim slučajevima iz svoje nadležnosti, ovaj sud je apelacioni sud i odlučuje konačno.

5.2. ŠVICARSKA KONFEDERACIJA

Saveznu (federalnu) sudsku vlast u Švicarskoj čine: savezni vrhovni sud, savezni krivični sud i savezni upravni sud. Savezni sud je jedini vrhovni sud na saveznom nivou u Švicarskoj³⁰. Ovi sudovi apliciraju švicarsko federalno pravo i međunarodno pravo. Savezni sud je posljednja sudska instanca u sudskom sistemu Švicarske. Rješava žalbe u svim slučajevima o kojima su odlučivali kantonalni sudovi, i u većini slučaja u kojima su u prvoj instanci odlučivala dva ostala savezna suda. Ovaj organ rješava slijedeće sporove koji se tiču povrede: saveznog prava, međunarodnog prava, interkantonalnog prava, kantonalnih ustavnih prava, autonomije zajednica i ostalih kantonalnih garancija u korist korporacija javnog prava; te rješava sporove između federacije i kantona, i između dva ili više kantona, a nadležnost mu se može proširiti zakonom³¹. Zbog široke primjene direktne demokratije u Švicarskoj, prvenstveno putem referenduma, ovaj sud ne može kontrolirati odluke federalnog parlamenta, osim ako je takvo što propisano zakonom. Odluke arbitražnih tribunala koji su uspostavljeni po švicarskom pravu (kao što je npr. Sud arbitraže za sport), mogu biti po žalbi prosljeđene na rješavanje Saveznom vrhovnom sudu, ali je kontrola od strane saveznog vrhovnog suda tada ograničena samo na kratak katalog pravnih pitanja. Do 2000. godine je Savezni federalni sud postupao i kao prvostepeni i kao instancioni sud u brojnim predmetima. Nakon sudske reforme, a radi rasterećenja ovog suda, kreirani su Savezni krivični sud³² i Savezni upravni sud³³. Sada Savezni vrhovni sud djeluje isključivo kao apelacioni sud. Savezni krivični sud ima sjedište u Bellinzoni i rješava relativno mali broj krivičnih predmeta federalne krivične jurisdikcije kao što su: organizirani kriminal, terorizam i krivična djela protiv federalnih institucija. Takođe rješava sporove između kantonalnih tužilaštava. Savezni upravni sud, sa sjedištem u Bernu, nadzire odluke u kojima su savezne i, u nekim slučajevima,

29 Duraković, N. (2000) Uporedni politički sistemi, Sarajevo: Fakultet političkih nauka, str. 109.

30 Marković, R. (2009.) Ustavno pravo. Beograd: Službeni glasnik, str. 394.

31 Usporedi: član 198. Ustava Švicarske konfederacije od 1999. godine.

32 „Konfederacija će imenovati krivični sud, koji sasluša u prvoj instanci krivične predmete koji po zakonu dođu pod federalnu jurisdikciju. Zakon može dodijeliti još ovlaštenja Saveznom krivičnom sudu“: stav 1 člana 191. Ustava Švicarske.

33 „Konfederacija će imenovati sudske vlasti koji će saslušavati javnopravne sporove koji se pojave pod jurisdikcijom savezne administracije.“: stav 2 člana 191. Ustava Švicarske.

kantonalne vlasti, primijenile savezne upravne propise. U Švicarskoj od 2012. godine postoji i Federalni patentni sud, sa sjedištem u St.Gallenu³⁴. To je državni sud prve instance koji rješava građansko-pravne sporove u vezi sa patentima. Po žalbi na odluke Federalnog patentnog suda rješava Savezni vrhovni sud. Svaki kanton ima svoje kantonarne sudove. Okružni sudovi imaju od tri do pet članova i rješavaju minornije krivične i građanske predmete. Svaki kanton ima apelacioni i kasacioni sud, čija je jurisdikcija svedena na nadziranje sudskih procedura.

5. 3. RUSKA FEDERACIJA

Pravosuđe u Rusiji je ustanovljeno ustavom i zakonom, sa hijerarhijskom strukturom, sa Ustavnim sudom, Vrhovnim sudom i Vrhovnim arbitražnim sudom na federalnom nivou vlasti, te okružnim sudovima i regionalnim sudovima, koji imaju jurisdikciju za niže političko-teritorijalne jedinice. Ustavni sud Rusije je nadležan za predmete koji se tiču usaglašenosti pravnih i političkih akata s Ustavom, zatim sporova između dva ili više federalnih organa vlasti, između federalnog organa vlasti i člana Federacije i između članova Federacije³⁵. Dakle, ovo je poseban sud (za razliku od SAD i Švicarske), koji obavlja kontrolu ustavnosti i odlučuje da li su federalni zakoni, predsjednički dekreti i direktive, i lokalni ustavi, povelje, i zakoni usklađeni sa federalnim ustavom, a takođe i ocjenjuje ustavnost sporazuma između državnih vlasti i regionalnih vlasti, kao i sporazuma zaključenih između regionalnih vlasti. Sud odlučuje u proceduri koju je pokrenuo Predsjednik, Federalno vijeće, državna Duma, 1/5 članova bilo kojeg doma Federalne skupštine, Vlade, Vrhovnog suda, ili ostalih tijela zakonodavne ili izvršne vlasti. Takođe odlučuje o apelacijama građana u kojima oni navode da su im ustavna prava prekršena. Po ruskom Ustavu od 1993. godine, Vrhovni sud Ruske Federacije je najviši sudski organ za građanska, krivična, administrativna i druga djela koja sude sudovi opšte nadležnosti i koji vrši, u predviđenim federalnim zakonom procesualnim formama, sudski nadzor nad njihovim radom i daje tumačenje o pitanjima sudske prakse³⁶. Obično postupa i kao sud prve instance u slučajevima kada su važni interesi države u pitanju; u takvim predmetima obično postupa jedan sudija sa porotom, ali može to biti i vijeće od troje sudija. Vrhovni sud Ruske Federacije na plenarnim sjednicama analizira odluke nižih sudova o brojnim pitanjima i donosi rezolucije, koje etabliraju preporuke nižim sudovima o interpretaciji pojedinih pravnih normi, kako bi se omogućilo ujednačavanje sudske prakse i uniformna primjena prava. Na kraju, treba reći da su odluke Vrhovnog suda obavezne za sve i da su one izvršujuće na cijelom teritoriju Ruske Federacije. Regionalni sudovi su sudovi na nižim nivoima vlasti. Oni su istovremeno i sudovi prve (saslušavaju kompleksnije građanske i

34 „Zakon može predvidjeti još federalnih sudskih organa vlasti“: stav 3. člana 191. Ustava Švicarske.

35 Usporedi: stav 2. i 3. člana 125. Ustava Ruske Federacije.

36 Vidjeti: član 126. Ustava Ruske Federacije.

krivične predmete) i sudovi druge instance (nastupaju kao apelacioni sudovi gdje odlučuju o odlukama okružnih sudova). Okružni sudovi su primarno sudovi prve instance. O odlukama ovih sudova po žalbi odlučuju regionalni sudovi. Mirovni sudovi rješavaju minorne slučajeve. U pravosudnom sistemu Ruske Federacije postoje još i arbitražni sudovi.

5. 4. SAVEZNA REPUBLIKA NJEMAČKA

Sudsku vlast u SR Njemačkoj na saveznom nivou vrše Savezni ustavni sud, savezni sudovi koji su predviđeni Ustavom (Savezni sud pravde Savezni upravni sud, Savezni finansijski sud, Savezni radni sud i Savezni socijalni sud, te ostale savezne sudove – Savezni sud za zaštitu industrijske svojine, vojni sudovi za oružane snage, sudovi za osobe koje stoje u javnopravnoj službi savezne države, savezni sudovi za odlučivanje u disciplinskom postupku i postupku žalbe) i sudovi saveznih zemalja. Izvanredni sudovi su zabranjeni. Sudije su nezavisne i podređene su samo zakonu. *Savezni ustavni sud* odlučuje u pet, Osnovnim zakonom određenih slučajeva³⁷, ali će odlučivati i o slučajevima koji mu budu povjereni nekim saveznom zakonom³⁸. Saveznim ustavnim sudom mogu zemaljskim zakonima biti dodijeljeni na odlučivanje ustavni sporovi unutar jedne zemlje. Savezni sud pravde je vrhovni sud, sud zadnje instance u svim materijama krivičnog i privatnog prava. Odluku Saveznog suda pravde može da izmijeniti samo Savezni Ustavni sud Njemačke u rijetkim slučajevima u kojima odlučuje o ustavnosti, odnosno o kompatibilnosti sa Temeljnog zakona Savezne Republike Njemačke. Savezni upravni sud je sud zadnje instance generalno za sve slučajeve upravnog prava, najčešće sporove između građana i države. Odlučuje o apelacijama na odluke Viših upravnih sudova, koji su apelacioni sudovi u odnosu na upravne sudove. Savezni finansijski sud je sud krajnje instance za poreze i carine u predmetima o kojima je već bilo odlučivano na nižim instancama, to jest finansijskim sudovima.

5. 5. SAVEZNA REPUBLIKA AUSTRIJA

Prema članu 82. Ustava SR Austrije³⁹, kako smo ranije naveli, sudsku vlast u potpunosti ima Savez⁴⁰. Saveznim su zakonom određeni i tačno opisani slučajevi u sudstvu, u prvom stepenu građanskih prava. Vrhovna instanca u građansko-pravnim i krivično-pravnim stvarima je povjerena vrhovnom sudu⁴¹. SR Austrija ima i Ustavni sud. Prvi put je Ustavni sud kao ustavni organ uveden upravo u SR Austriji, Ustavom SR Austrije od 1920. godine⁴². Upravni sud rješava sve

37 Stavovi 1.-4. člana 43. Osnovnog zakona.

38 Stav 2. člana 93. Osnovnog zakona.

39 „Svako sudstvo polazi od Saveza. Ustav i zaduženost sudova su ustanovljeni saveznom zakonom“.

40 Marković, R. (2009.) Ustavno pravo. Beograd: Službeni glasnik, str. 394.

41 Član 92. stav 1. Ustava SR Austrije.

42 Sokol, S. - Smerdel, B. (1998) Ustavno pravo. Zagreb: Informator str. 108.

predmete u kojima su uključene *ex officio* sve odluke javnih funkcionera ili organa, a kojima se ne bavi Ustavni sud Austrije. Sve ostale pravosudne nadležnosti su dodijeljene sistemu civilnih i krivičnih sudova. Najviše predmeta riješe okružni sudovi, regionalni sudovi su apelacijski sudovi u odnosu na okružne, a vrhovni sud je sud posljednje instance. U slučajevima koji se smatraju posebno teškim, regionalni sudovi postupaju kao sudovi prve instance, apelacioni regionalni sudovi postupaju po žalbama na njihove odluke, a vrhovni sud je i dalje sud posljednje instance. Postoji zakonsko pravo žalbe u pravosudnom sistemu Austrije, za razliku od SAD. Iako je u posljednje vrijeme sužena mogućnost pristupa Vrhovnom sudu Austrije, viši sudovi ne mogu tek tako da odbiju odlučivanje po žalbi na odluku subordiniranog suda. Da rezimiramo, u Austriji na saveznom nivou postoje tri najviša suda: Vrhovni sud, Ustavni sud i Upravni sud i nijedan nije „viši“ u odnosu na druga dva.

6. STANJE U BOSNI I HERCEGOVINI

6. 1. Opće naznake o sudskom sistemu Bosne i Hercegovine

Kreatori „Dejtonskog“ Ustava (Aneks 4 Općeg okvirnog sporazuma) nisu prihvatili uobičajenu diobu vlasti. Sudska vlast, prema Ustavu BiH, se svodi na Ustavni sud Bosne i Hercegovine, koji ne odgovara redovnom sudstvu. Ovaj sud obavlja funkciju zaštite ustavnosti i zakonitosti, tj. ne obavlja klasičnu sudsku funkciju. Aktivitetom međunarodne zajednice, formiran je Sud BiH⁴³. Nadležnosti ovog suda (krivična, upravna i apelaciona⁴⁴) su regulirane zakonom. Samo su tri nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine prema sudovima u F BiH, RS i BD BiH⁴⁵. Sud BiH:

1. rješava sukob nadležnosti između sudova entiteta, između sudova entiteta i Suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, te između Suda Bosne i Hercegovine i bilo kojeg drugog suda⁴⁶;
2. zauzima konačan i pravno obavezujući stav vezan za provođenje zakona Bosne i Hercegovine i međunarodnih ugovora na zahtjev bilo kojeg suda entiteta ili bilo kojeg suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine kojem je povjereno provođenje zakona Bosne i Hercegovine⁴⁷.

43 Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10).

44 Usporedi: član 13., 14. i 15. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

45 U FBiH: općinski sudovi, kantonalni sudovi i Vrhovni sud F BiH; u RS: osnovni sudovi, okružni sudovi, okružni privredni sudovi i Viši privredni sud i Vrhovni sud RS, a u BD BiH: Osnovni sud BD BiH i Apelacioni sud BD BiH.

46 Stav 2. tačka d) člana 13. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

47 Stav 2. tačka a) člana 13. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

3. nadležan je za donošenje praktičnih uputstava za primjenu krivičnog materijalnog prava Bosne i Hercegovine iz nadležnosti Suda u vezi s krivičnim djelima genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i kršenje zakona i običaja rata, te pojedinačnom krivičnom odgovornošću za ova djela, po službenoj dužnosti ili na zahtjev bilo kojeg entitetskog suda ili suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁴⁸.

Naveli smo ranije da pravna teorija smatra da je u federacijama neophodno postojanje jednog vrhovnog suda, radi ujednačavanja sudske prakse u tumačenju i primjeni prava. Međutim, pravna teorija nije iskonstruisala stav kakva bi slika pravosudnog sistema federalne države trebala biti, odnosno kako bi izgledala „piramida“ na čijem vrhu bi bio vrhovni sud koji bi ujednačavao sudsku praksu. Svaka federacija je *sui generis*, ne postoji općeprihvaćen model organizacije pravosuđa u komparativnom federalizmu. Uređenje brojnih federacija, po mom mišljenju, nije referentno za Bosnu i Hercegovinu, nema npr. dodirnih tačaka Bosna i Hercegovina ni sa Sjedinjenim Američkim Državama, ni sa npr. Južnom Afrikom, Brazilom, Argentinom... ni u istoriji, ni u pravnoj tradiciji, niti su trenutna normativna rješenja ista. Za Bosnu i Hercegovinu bi mogle kao uzor poslužiti federacije iz evropskokontinentalnog pravnog kruga, prvenstveno Njemačka i Austrija. Međutim, pravosuđe u Austriji (kao i Venecueli i Belgiji) je u totalitetu na saveznom nivou vlasti. Bolje bi bilo, kao uzor za neka rješenja, analizirati pravne sisteme Hrvatske ili Srbije, koje, iako su unitarne države, imaju sličnu, jugoslovensku tradiciju.

6. 2. Da li BiH treba Apelacioni/Vrhovni sud?

Vrhovni sud postoji u komparativnom federalizmu. U državama američkog modela sudskog nadzora ustavnosti, ovaj sud je nadležan da isključi iz pravnog sistema sve pravne akte koji nisu u skladu sa ustavom. U evropskom sistemu nadzora ustavnosti propisa, ovu funkciju ima poseban državni organ-ustavni sud, ne i redovno sudstvo (izuzetak je Švicarska gdje redovni sudovi mogu vršiti nadzor nad propisima koje su donijele kantonalne vlasti, ne i savezne). Smatramo da nadležnosti Ustavnog suda Bosne i Hercegovine nisu adekvatno postavljene, i da su to odredbe Ustava koje se, među prvim, moraju revidirati.

Smatramo da je neophodno u Ustav Bosne i Hercegovine pozicionirati Vrhovni sud Bosne i Hercegovine. Preporuke Venecijanske komisije Vijeća Evrope iz *Mišljenja o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini*, kojeg je Komisija usvojila na svojoj 91. plenarnoj sjednici, održanoj 15. – 16. juna 2012. godine, idu u smjeru potrebe formiranja Vrhovnog suda BiH, *dugoročno* gledajući⁴⁹, a *kratkoročno* – uspostavljanje posebnog Apelacionog suda, kao drugostepenog suda za preispitivanje odluka usvojenih od Suda BiH, posredstvom

48 Stav 2. tačka b) člana 13. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

49 Tačka 102.b Mišljenja.

transformacije postojećeg Apelacionog odjeljenja i koristeći postojeće finansijske resurse Suda BiH⁵⁰. Izvorni tekst Aneksa 4 ne sadrži odredbe o vojsci, policiji i sudskoj vlasti, a to su tri poluge na kojima počiva svaka država.

Ustav Bosne i Hercegovine u članu III/1. navodi uzak krug nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine. Međutim, ovo nisu jedine nadležnosti države Bosne i Hercegovine. Nadležnosti Bosne i Hercegovine su takođe i: pitanje državljanstva (član I/7 Aneksa), zaštita ljudskih prava (član II/1 Aneksa 4), izborni zakon (član IV/2.a) Aneksa 4), Predsjedništvo Bosne i Hercegovine je civilni zapovjednik oružanih snaga (član V/5.a) Aneksa 4), nadležnosti Ustavnog suda BiH (član VI/2. Aneksa 4) i Centralne banke (član VII/1. Aneksa 4), su također određene Aneksom 4... I na kraju, Aneks 4 u članu III/5. predviđa i mogućnost prenosa nadležnosti sa entiteta na državu BiH.

Aktivitetom Visokog predstavnika formirane su određene institucije na nivou BiH. Među njima je i Sud Bosne i Hercegovine. Ova odluka Visokog predstavnika je doživjela svoju ustavnu verifikaciju u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, usvajanjem Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine. Ustavnost ovih akata je potvrđena *res iudicata* odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U – 26/01. Floskula je da je isključivi povod za uspostavljanje ove pravosudne institucije bilo procesuiranje ratnih zločina. Sud Bosne i Hercegovine je formiran prvenstveno da bi se odluke državnih organa mogle osporiti pred nadležnim, državnim sudom, budući da su do osnivanja Suda Bosne i Hercegovine državne zakone primijenjivali entitetski sudovi. Sud BiH se sastoji od tri odjeljenja: Krivičnog, Upravnog i Apelacionog⁵¹. Uz nadležnost po žalbi u postupku provođenja izbora, Apelaciono ima instancionu nadležnost u odnosu na prva dva. Teorija zaštite ljudskih prava ne gleda blagonaklono na činjenicu da isti organ koji odlučuje o povredi ljudskih prava je onaj organ za kojeg se tvrdi da je ljudsko pravo povrijedio. Ne postoje zakonski kriteriji za raspoređivanje sudija iz ostala dva odjeljenja u Apelaciono⁵². Zato bi trebalo formirati Apelacioni sud BiH izmiještanjem Apelacionog odjeljenja iz Suda BiH, odnosno njegovim transformisanjem u zasebnu sudbeni instituciju-Apelacioni sud BiH koji bi imao nadležnosti odlučivanja o redovnim i vanrednim pravnim lijekovima na odluke Suda BiH.

Apelacioni sud BiH bi trebao biti kratkoročno rješenje, i treba njegovu organizaciju i funkcionisanje urediti zakonom, a ne bi ga trebalo pozicionirati u Aneks 4, upravo iz razloga da se ne bi na veoma dug rok onemogućilo formiranje

50 Tačka 63. i 102. Mišljenja.

51 Član 10. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

52 Stav 4. člana 10. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine je propisao da je, u skladu sa Poslovníkom Suda, predsjednik Suda nadležan da sudije raspoređuje na opće i posebne zadatke u bilo koje odjeljenje, vijeće ili predmet, osim ako zakonom nije drugačije propisano.

Vrhovnog suda BiH, kao suda koji bi imao instancionu nadležnost u odnosu na vrhovne sudove entiteta, Apelacioni sud BD BiH i Sud BiH. Vrhovni sud treba formirati u dugoročnom periodu, ali trenutno prirodi bosanskohercegovačkog federalizma („decentralizovani federalizam“) ne odgovara Vrhovni sud koji bi intervenisao u pravne sisteme entiteta. Kao odredbe koje mogu poslužiti kao ustavni osnov za formiranje Vrhovnog suda mogu poslužiti: član II. 1. Aneksa 4: „*Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda*“; član II. 6., koji određuje obavezu Bosne i Hercegovine i svih sudova, ustanova i organa vlasti, te organa kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta da primjenjuju ljudska prava predviđena u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima. Ustavni osnov se takođe može pronaći i u prvoj rečenici preambule Aneksa 4 (koja, prema Odluci Ustavnog suda BiH broj U 5/98, proizvodi normativna dejstva) u kojoj se proklamuje poštovanje ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti. Od međunarodnih instrumenata zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, formiranjem Apelacionog/Vrhovnog suda, ostvarili bi se zahtjevi iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i to iz: člana 6., člana 13. i člana 2. Protokola 7, te iz tačke 5. člana 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Dakle, riječ je o zaštiti prava na pravično suđenje, prava na žalbu u krivičnim stvarima i prava na djelotvoran pravni lijek.

7. ZAKLJUČAK

Vrhovni sud postoji u komparativnom federalizmu. Posebno smo dali pregled vrhovnih sudova Sjedinjenih Američkih Država, kao najstarije federacije, u kojoj je i dalje akceptirana koncepcija paralelnog postojanja i federalnog sudstva i sudstva federalnih jedinica. Organizacija pravosuđa u SAD nije referentna i nema dodirnih tačaka sa Bosnom i Hercegovinom u povijesti ni u pravnoj tradiciji. Ipak, dosta rješenja je slično sa nadležnostima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Uzor u komparativnom federalizmu bi trebali tražiti u državama evropskokontinentalnog pravnog kruga čiju je pravnu tradiciju (npr. u krivičnom ili građanskom pravu), Bosna i Hercegovina recipirala, a to su npr. Savezna Republika Njemačka i Savezna Republika Austrija (u kojoj je, kao dosta centralističkoj federaciji redovno sudstvo isključivo federalno). Takođe i (uz unitarne države regiona koje sa Bosnom i Hercegovinom dijele istu, jugoslovensku pravnu tradiciju, Republiku Hrvatsku, Republiku Srbiju i Republiku Crnu Goru), i Ruska Federacija, kao ex-socijalistička federacija, kao država koja ima, kao i Bosna i Hercegovina, real – socijalističku pravnu tradiciju, pa bi organizacija sudske vlasti i ove federacije mogla biti referentna za Bosnu i Hercegovinu.

LITERATURA:

1. Burdeau, G. (1965) *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence
2. Festić, I. (2003) *Raspodjela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica (studija)*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
3. Fira, A. (1979) *Ustavno pravo*. Beograd: Privredni pregled
4. Garraty, A. J. (1964), "Quarrels That Have Shaped the Constitution", Harper & Row, Publishers Inc.
5. Hobson, F. C. (2000), *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*
6. Hogan, O. S. (ed.) (2006), *The Judicial Branch of State Government: People, Process, and Politics*
7. Izabrane odluke Njemačkog Saveznog Ustavnog suda (2009), jubilarno izdanje, prevod: prof. dr. Edin Šarčević, Konrad Adenauer Stiftung
8. Jovičić, M. (1973) *Savremeni federalizam*. Beograd: Savremena administracija
9. Kelley, R. L. (1992), *Federalism and the Judicial Mind: Essays On American Constitutional Law and Politics*, Volume 4, 1992.
10. Kutlešić, V. (1986) *Raspodjela zakonodavne nadležnosti između federacije i federalnih jedinica u razvitku jugoslovenskog federalizma*. Beograd: Naučna knjiga
11. Mahler, S. (1987) *New Dimensions of Canadian Federalism: Canada in Comparative Perspective*
12. Marković, G. (2011) *Treba li Bosni i Hercegovini jedan vrhovni sud: prilog raspravi „Jedan vrhovni sud za BiH?“*. Sveske za javno pravo. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo
13. Marković, R. (2009) *Ustavno pravo*. Beograd: Službeni glasnik
14. Pobrić, N. (2000) *Ustavno pravo*. Mostar: „Slovo“
15. Ray, N. S. (2004), *Modern Comparative Politics: Approaches, Methods and Issues*
16. Scharpf, W. F. (2006), „Recht und Politik in der Reform des Föderalismus, in Michael Becker and Ruth Zimmerling“ (eds) *Politik und Recht (PVS special issue 36)*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften
17. Sokol, S. - Smerdel, B. (1998) *Ustavno pravo*. Zagreb: Informator

Davor Trlin, M.Sc.,

Higher professional associate

Public Institution Center for Judicial and Prosecutorial Training of F B&H

SHARING OF JUDICIAL FUNCTION BETWEEN THE FEDERATION AND FEDERAL UNITS

Summary

The organization of the judiciary in the specific state is directly related to the kind of government that is applied in a specific country. Modern theory of state and comparative constitutional law knows two forms of state structure: unitary state and federation. In a unitary state there is only one system of legislative, executive and judicial authorities, and in the federal state usually there are more such systems. The organization of the judicial authorities in the federal states (allocation of judicial functions between the federation and the federal units) is done in several ways, and there is no general way of the organization of the judiciary in federally regulated states. From the theoretical basis (criteria) of federal state implies that Bosnia and Herzegovina is a federally organized state. The question of allocation of judicial functions between the federation and the federal units is especially important for Bosnia and Herzegovina, as federally regulated state, in the light of the actual question whether the Bosnia and Herzegovina needs appeals / supreme court and, if the answer is positive, to make arguments for its existence. This paper should be understood as a scientific contribution to the debate on this issue.

Key words: judicial system, federalism, Bosnia and Herzegovina, supreme court, appellate court, appellate jurisdiction.

PRIKRIVENI ISTRAŽITELJ KAO SREDSTVO BORBE PROTIV ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA

Sažetak: Kao jedan od odgovora društva na opasnost koji širi organizovani kriminalitet jeste uvođenje u pravni sistem posebnih istražnih radnji. Upotreba prikrivenog istražitelja predstavlja najsloženiju i najkompleksniju, a s druge strane najvažniju posebnu istražnu radnju od koje u konačnici u najvećem broju slučajeva, zavisi uspješna primjena nekih drugih posebnih istražnih radnji. U ovom radu prikazano je pozitivno krivično-procesno zakonodavstvo u BiH i praktična primjena provođenja posebne istražne radnje upotreba prikrivenog istražitelja i upotreba informatora, te izvršena komparacija s rješenjima u procesnim zakonodavstvima i praksi nekih drugih zemalja. Nakon izvršene analize predstavljene su istovjetnosti ali i razlike u odnosu na pravna rješenja i praksu u drugim državama te konstatovane potrebe izmjene krivično-procesnog zakonodavstva u BiH. U današnje vrijeme, u kome kriminal, posebno organizovani, doživljava ekspanziju, može se zaključiti da je angažovanje prikrivenog istražitelja veoma opravdano i neophodno.

Ključne riječi: organizovani kriminal, posebne istražne radnje, prikriveni istražitelj, informator.

UVOD

Potrebu za uvođenjem posebnih istražnih radnji u krivično-procesno zakonodavstvo nametnula je rastuća pojava organizovanog kriminala, specifičnog i sofisticiranog načina vršenja krivičnih djela, te organizovanosti i konspirativnosti izvršilaca ovih krivičnih djela, usljed čega je otkrivanje i gonjenje počinitelja ovih krivičnih djela „klasičnim“ istražnim radnjama postalo znatno otežano. Struktura kriminalnih organizacija je potpuno zatvorena prema „vanjskom svijetu“. To posebno vrijedi za ljude „iz pozadine“, koji nemaju direktnog kontakta s kriminalnom organizacijom i bez posebnih istražnih radnji njihovu povezanost je nemoguće dokazati.

Ako se uzme u obzir činjenica da je kriminal, posebno organizovani, transnacionalni, u ekspanziji, da su kriminalne grupe i bande veoma organizovane, pri čemu u vršenju krivičnih djela koriste najsavremenija tehnička sredstva i opremu, onda je sasvim jasno da je primjena novijih metoda otkrivanja

i dokazivanja postala sušta potreba svake države, ako želi da se izbori s ovim društvenim zlom. Veliki broj zemalja je pravovremeno reagovao na preporuke međunarodnih dokumenata u pogledu novih savremenijih i efikasnijih krivično-procesnih standarda namijenjenih borbi protiv organizovanog kriminaliteta. BiH kao i susjedne zemlje, također, su prihvatile preporuke međunarodnih tijela i u pravni sistem uvela specijalne istražne tehnike koje se zakonski nazivaju „posebne istražne radnje”¹.

U Zakonu o krivičnom postupku BiH (u daljnjem tekstu: ZKP BiH), u članu 116. stav 2. tačka e)² propisuje se posebna istražna radnja „Upotreba prikrivenog istražitelja i upotreba informatora”. Tretiranje korištenja dva pravna instituta, prikrivenog istražitelja i informatora, jednom zakonskom odredbom ima utemeljenje u svojoj praktičnoj upotrebi jer se gotovo u pravilu poduzimaju zajedno. Organizovani kriminal doživljava ekspanziju, te je iz tog razloga angažovanje prikrivenog istražitelja opravdano i neophodno.

U pogledu razumijevanja, sam termin „prikriveni istražitelj” zaslužuje posebnu pažnju. U literaturi i stručnoj praksi, u opoticaju su različiti termini: „prikriveni isljednik”, „prikriveni istražitelj”, „tajni agent”, „tajni policajac”, „policajac provokator”, „ubačeni policajac” i slično.³

1 Pored posebnih istražnih radnji i mjera savremeni zakonodavac za uspješno sprečavanje savremenih oblika kriminaliteta primjenjuje i druge aktivnosti kao što su, npr.: „prebacivanje” tereta dokazivanja na osumnjičenog odnosno okrivljenog u postupku oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom, svjedočenje zaštićenog svjedoka, davanje potpunog ili djelimičnog krivično-procesnog imuniteta tzv. svjedocima pokajnicima ili otkrivanje bankarske tajne; Prema Sijerčić-Čolić, i saradnici: Komentar zakona o krivičnom postupku u BiH, Zajednički projekat Vijeća Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005. str. 349.

2 Analogno: Član 130. stav 2. tačka e) ZKP FBiH; Član 234. stav 2. tačka e) ZKP RS BiH; član 116. stav 2. tačka e) ZKP BD BiH.

3 U autora Boškovića, M: Kriminalistički leksikon, Matica Srpska, Novi Sad, 1999. god., ne tretira se prikriveni istražitelj jer kao takav pojam u to vrijeme nije ni postojao. Međutim, postoji termin „prikrivene istrage”, koje podrazumjevaju operativne aktivnosti kriminalističke službe (sa prikrivenim istražiteljem u kriminalnoj sredini). Autor prikrivene istrage dijeli na dopustive i nedopustive, pa u dopustive (legalne) prikrivene istrage navodi korištenja agenta i operativnih veza (pod uslovom da sami ne počine ili ne provociraju, tj. podstiču na krivična djela. Autor kao nedopustive prikrivene istrage smatra konstitutivno postupanje odnosno podsticanje i provociranje drugih na vršenje krivičnih djela.

1. KORIŠTENJE PRIKRIVENOG ISTRAŽITELJA

1.1. Prikriveni istražitelj sa teorijskog aspekta

Prikriveni istražitelji se u literaturi definišu kao policijski službenici, kojima je dodijeljen promjenjen identitet (legenda)⁴ u određenom vremenskom periodu da bi djelujući tajno u kontaktu s određenim kriminalnim krugovima, prikupljali informacije koje će moći da se koriste za otkrivanje, razjašnjavanje i sprečavanje krivičnih djela i to prije svega onih koji se odnose na organizovani kriminal.⁵

Prikriveni istražitelj djeluje s tačno određenim ciljem i radi po nalogu pretpostavljenih i pod kontrolom drugih organa, kao i po nalogu tužilaštva i suda. Pri tome on mora imati dobro kreiranu legendu, namještenu biografiju, za koju mora posjedovati dokumente, mora dobro poznavati jezik kriminalnog podzemlja, način ponašanja i oblačenja i sve svoje djelatnosti poistovjetiti s kriminalnom organizacijom u koju se uključuje. Također, pri uključivanju on mora dobro proučiti i psihologiju ponašanja kriminalne organizacije, kako bi na temelju svega sagledanog mogao igrati ulogu člana kriminalne organizacije, a na drugoj strani, u okviru zakonskih normi, što je velika obaveza uvedena zbog moguće diskreditacije. Pri tome treba voditi računa i o mogućnostima njegovog povratka u realno stanje po završenom zadatku.⁶

U literaturi koja se bavi problematikom prikrivenog istražitelja se navodi da je najuobičajeniji, a ujedno i najpouzdaniji metod uspostavljanja prvog kontakta s osumnjičenom osobom kad se upoznavanje vrši preko informatora. Prilaz osumnjičenom, koji se koristi pri prvom susretu često predstavlja najkritičniju tačku tajne istrage.⁷

1.2. Korištenje prikrivenog istražitelja sa zakonskog i praktičnog aspekta

Prema odredbi ZKP-a BiH prikriveni istražitelj⁸ se definiše kao „posebno obučena ovlaštena službena osoba koja istražuje pod izmjenjenim identitetom. Prikriveni istražitelj smije pod svojim izmjenjenim identitetom učestvovati u

4 Pod „legendom“ se podrazumjevaju izmišljene (fiktivne) karakteristike ličnosti istražitelja sa kojima će nastupati na tajnom zadatku, poput imena i prezimena, posla kojim se bavi (legalnog i nezakonitog), sredine iz koje dolazi, priče o prošlosti osobe za koju se predstavlja („zaštitna priča“ – *en. cover story*) itd.

5 Škulić, M: Organizovani kriminalitet, Dosije, Beograd, 2013. str. 394.

6 Šaković, A: Organizovani ekonomski kriminalitet, Kriminalističke teme, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, br. 1/02, str. 140.

7 Više o tome Marinković, D: Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode, Prometej, Novi Sad, 2010. str. 465.

8 Član 116. stav 6. ZKP BiH; član 130. stav 6. ZKP FBiH, član 234. stav 6. ZKP RS i član 116. stav 6. ZKP BD BiH.

pravnom prometu. Ukoliko je to potrebno za formiranje i održavanje tog identiteta, mogu se izraditi, izmjeniti ili koristiti odgovarajući dokumenti.“ Iz navedene zakonske odredbe proizilazi da je to posebno obučena ovlaštena službena osoba a u članu 20., stav 1. tačka g) ZKP-a BiH se navodi: „Ovlaštena službena osoba je osoba koja ima odgovarajuća ovlaštenja unutar policijskih organa Bosne i Hercegovine...”“

Upravo na osnovu dosadašnjih iskustava nekih stranih zemalja može se konstatovati da se prikriveni istražitelj uglavnom angažira iz policijskog sastava, da ima lažni identitet, lažni izgovor, odnosno razloge i motive uspostavljanja kontakta s kriminalnom sredinom, a njegov cilj je otkrivanje strukture organizovanog kriminaliteta, njegovih veza s državnim, političkim i drugim relevantnim organima, šefovskog sastava i, uopće, cjelovite kriminalne djelatnosti jedne kriminalne organizacije. Prikriveni istražitelj je usmjeren na konkretne ciljeve, ima svog pretpostavljenog s kojim održava vezu i u toj ulozi je određeno vrijeme. Također, ne smije da vrši krivična djela, može se saslušati kao svjedok u krivičnom postupku, njegov identitet se ne otkriva i iskaz se uglavnom daje pod šifrom.⁹

Jedna od specifičnosti vezano za postupanje prikrivenog istražitelja je to što su radnje koje poduzima po svojoj prirodi i u određenoj mjeri neformalnog karaktera. Izuzetak postoji samo u slučaju kada se prikriveni istražitelj sasluša u svojstvu svjedoka, što bi trebalo da bude izuzetak, a ne pravilo. U takvoj situaciji saslušanje prikrivenog istražitelja obaviće se tako da se ne otkrije njegov identitet, odnosno da podaci o njegovom identitetu predstavljaju službenu tajnu.¹⁰ Prikriveni istražitelj inače, koristi pseudonim od prvog upućenog prijedloga za izdavanje naredbe za provođenje posebnih istražnih radnji od strane policije prema tužilaštvu, u kome se navode osumnjičene osobe prema kojim će se mjere primijeniti, osnov sumnje u počinjenje krivičnog djela, obrazloženje da se klasičnim dokaznim radnjama ne mogu prikupiti dokazi ili bi njihovo prikupljanje bilo skopčano sa nesrazmjernim teškoćama, te prijedlog da se ishodi naredba suda i odrede posebne istražne radnje u cilju prikupljanja dokaza. U tom smislu se predlaže i korištenje prikrivenog istražitelja te u zapečaćenoj koverti dostavljaju generalijski podaci prikrivenog istražitelja s kodnim imenom. Na prijedlogu za izdavanje naredbe za određivanje posebnih istražnih radnji koje policija dostavlja tužilaštvu odmah se navodi kodno ime koje je dodjeljeno prikrivenom istražitelju. Zapečaćenu kovertu s generalijskim podacima tužilaštvo uz svoj prijedlog za izdavanje naredbe dostavlja sudu, koji kovertu s podacima pohranjuje i čuva. Korištenje prikrivenog istražitelja može se odvojeno koristiti od korištenja informatora, ali

9 Bošković, M: Organizovani kriminalitet – karakteristike i pojavni oblici, Fakultet za Pravne i Poslovne Studije, Novi Sad, 2009. str. 222.

10 Bejatović, S: Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih dela organizovanog kriminaliteta, Zbornik radova - organizovani kriminalitet, stanje i mere zaštite, Policijska akademija, Beograd, 2005.

gotovo u pravilu ta dva instituta se koriste zajedno iz praktičnih razloga. Naime, prikrivenom istražitelju je potrebna legenda od imena do izmišljene biografije ali „uvođenje“ prikrivenog istražitelja u kriminalnu organizaciju gotovo u pravilu uspješno može izvršiti samo informator i „pripremiti teren“ za prikrivenog istražitelja, dati određene „garancije“, odnosno pomoći oko njegove infiltracije u kriminalnu grupu i stvaranje određene doze povjerenja kako bi osumnjičene osobe prikrivenog istražitelja prihvatile kao takvog bez sumnjičenja. To je u stvari najteži i najrizičniji dio provođenja ove posebne istražne radnje, da se uspješno učini taj prvi korak i stekne povjerenje. Po svakom izvršenom kontaktu ili radnji, prikriveni istražitelj sastavlja službenu zabilješku ili službeni izvještaj koji se dostavljaju tužilaštvu, dok tužilaštvo dalje izvještaj dostavlja sudu u cilju kontrole zakonitosti provođenja naredbe koju je izdao. Ove zabilježke ili izvještaji se kasnije koriste kao dokaz u postupku koje prikriveni istražitelj elaborira prilikom svjedočenja.

Posebna istražna radnja simulirani i kontrolirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine, poduzima se od strane prikrivenog istražitelja kod prikupljanja dokaza o krivičnim djelima kao što je promet opojne droge, pranje novca, krijumčarenje ljudima, koruptivna krivična djela itd.. U izvršenju ove dvije posebne istražne radnje¹¹ prikriveni istražitelj ne smije poduzimati aktivnosti koje predstavljaju podsticanje na krivično djelo, mada je ovo često na glavnom pretresu jedan od glavnih prigovora advokata optuženih osoba,¹² za djela u kojima su se koristile posebna istražna radnja prikrivenog istražitelja i simulirani i kontrolirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine.

11 U članu 116. stav 5. navodi se da „...pri izvršenju istražnih radnji iz stava 2. tačke e) i f) policijski organi ili druge osobe...“ Ovdje se na druge osobe može odnositi na informatora.

12 U presudu Suda BiH br. X KŽ 07/329 od 10.07.2008. godine odlučujući o žalbenim prigovorima optuženog i njegovog branioca kojim se prigovara da je prilikom provođenja posebne istražne radnje „prikrivenog istražitelja“ učinjeno podstrekavanje od strane prikrivenog istražitelja. Sud navodi da podstrekavanje treba posmatrati u krivičnopravnom smislu, što znači da ovlašteno službeno lice kao prikriveni istražitelj svjim radnjama ne smije uticati da se kod izvršioca krivičnog djela stvori ili učvrsti odluka za izvršenje krivičnog djela. Međutim, navedeno ne znači da se prikrivenom istražitelju ne može nametnuti zahtjev apsolutne pasivnosti prilikom izvođenja ove posebne istražne radnje, nego se njegova aktivnost u odnosu na izvršioca mora kretati u granicama već stvorene i učvršćene odluke za izvršenje krivičnog djela. Dakle, ukoliko je kod izvršioca donesena definitivna odluka o izvršenju krivičnog djela i ukoliko isti nije kolebljiv te je izvršenje krivičnog djela samo stvar prilike i vremena, onda ne postoje radnje podstrekavanja. U konkretnoj žalbi branilac navodi da su prikriveni istražitelji tražili još robe i u većim količinama, te da u tome vide podstrekavanje na činjenje krivičnog djela. Međutim, Sud zaključuje da to što su istražitelji tražili veću količinu zabranjene robe nije ni slučajno uticalo da se kod njihovih branjenika stvori ili učvrsti odluka da nastave s rasturanjem krivotvorenog novca.

Identitet prikrivenog istražitelja i informatora do kraja ostaje zaštićen. Po završetku istrage prikriveni istražitelj će se saslušati kao svjedok ili kao zaštićeni svjedok, jer Zakon daje tu mogućnost. Prema tome, saslušanje prikrivenog istražitelja je fakultativnog karaktera, odnosno to predstavlja samo određenu procesnu mogućnost. Ukoliko se odluči na zaštitu identiteta, što je naravno potrebno iz više razloga, kao što su zaštita policijskog službenika iz sigurnosnih razloga, te dalja mogućnost da nastavi s obavljanjem svoje dužnosti i u budućnosti. Iz navedenih razloga se ne navode njegovi generalijski podaci već kodno ime, isto kao i kod informatora, te kasnije na glavnom pretresu po zahtjevu tužioca koji zastupa optužnicu, sud donosi Rješenje da se prikriveni istražitelj sasluša kao zaštićeni svjedok, da svjedoči iz druge prostorije, ispitivanje uz pomoć tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka, tako da stranke i branilac mogu postavljati pitanja bez prisustva u prostoriji gdje se svjedok nalazi, da se ne otkrivaju njegovi generalijski podaci koji su, u stvari poznati sudu. U konačnici, praksa je pokazala da vrijednost prikrivenog istražitelja nije u njegovom svjedočenju pred sudom, nego u usmjeravanju operativno-taktičkih i istražnih aktivnosti policije u konkretnom predmetu.

Što se tiče predmeta svjedočenja prikrivenog istražitelja, ZKP BiH¹³ navodi „...o toku provođenja radnji ili o drugim važnim okolnostima“. Ova odredba nije u dovoljnoj mjeri jasna i određena, pa se može zaključiti da se predmet svjedočenja odnosi na objašnjenje načina provođenja same radnje, odnosno načina na koji je došao do određenih dokaza. Međutim, zakonodavac je najnovijim izmjenama uveo formulaciju „...ili o drugim važnim okolnostima“ pa se postavlja pitanje da li se to odnosi na podatke koje je prikriveni istražitelj prikupio tokom svog angažovanja, pri čemu se ti podaci mogu odnositi i na njegova indirektna saznanja do kojih je došao tokom kontakta s pripadnicima kriminalne grupe (svjedoci po čuvenju) tako da se dokazni kredibilitet takvih iskaza treba cijeliti prema općim pravilima u skladu s načelom slobodne ocjene dokaza, s tim što je načelno uvijek manji stepen dokaznog kredibiliteta ovih saznanja, u odnosu na neposredna saznanja.¹⁴

U današnje vrijeme, u kome kriminal, posebno organizovani, doživljava ekspanziju angažovanje prikrivenog istražitelja je veoma opravdano i neophodno.

13 Član 122. ZKP BiH; član 136. ZKP F BiH; član 240. ZKP RS BiH i član 122. ZKP BD BiH.

14 Antonić, V., Mitrović, D: Posebne istražne radnje – Modul, Jačanje tužilačkih kapaciteta, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Sarajevo, 2012., str. 63.

2. KOMPARATIVNO PRAVO

2.1. Sjedinjene Američke Države

U Sjedinjenim Američkim Državama (u daljnjem tekstu: SAD), se pod pojmom prikrivenog istražitelja (*undercover agent*) podrazumjevaju policijski istražitelji, koji pod prikrivenim identitetom-legendom, dugoročno (stepen I) vode istrage u određenom kriminalnom miljeu, kao i istražitelji koji, samo radi simuliranog otkupa predmeta krivičnih djela ili davanja potkupnine, pod lažnim identitetom, kratkoročno (stepen II do šest mjeseci) sudjeluju u dokazivanju nečije kriminalne djelatnosti u vezi s krijumčarenjem droge, korupcijom i ostalim vrstama organiziranog, te privrednog kriminala, odnosno drugih teških krivičnih djela.¹⁵

Upotreba prikrivenih istražitelja, u literaturi i sudskoj praksi SAD-a, vrlo je razrađena radnja. U okviru upotrebe prikrivenog istražitelja u SAD-u postoji nekoliko važnih problema, od kojih se ističu zabrana poticanja na počinjenje krivičnog djela (*entrapment*), te mogućnost odbrane okrivljenika pozivom na to da je okrivljenik naveden na počinjenje krivičnog djela. Kako bi se riješilo pitanje navođenja izrađeni su tzv. objektivni kriteriji za procjenu koji u osnovi trebaju odgovoriti na pitanje bi li okrivljenik djelo počinio i bez policijskog istražitelja, jer je bio predisponiran na počinjenje tog djela. Postupanje prikrivenog istražitelja kojim se narušava pravo na privatnost osumnjičenika prema amandmanu 4. Ustava SAD-a (*United States Constitution - Amendment 4*), prema odluci Vrhovnog suda u predmetu „Lewis protiv SAD-a“ (*Lewis v. United States*) iz 1966.,¹⁶ u slučajevima kada prikriveni istražitelj koristi lažni identitet i tako dolazi do određenih informacija, ulazi u stan osumnjičenika – spadaju u područje općeg životnog rizika povezanog sa svakodnevnim odabirom sagovornika, prijatelja i slično. Postupanje prikrivenog istražitelja kojim se čini krivično djelo ostaje kontradiktorno područje, te unatoč određenim formalnim pravilima, u pojedinim državama se temeljem načela oportuniteta opravdava počinjenje krivičnog djela od strane prikrivenog istražitelja, dok u nekim državama to nije slučaj.¹⁷

Uporište za svakodnevnu praksu saveznih istražnih vlasti u vezi sa upotrebom prikrivenog istražitelja sadržana su u smjernicama Saveznog ministarstva pravosuđa, koje uređuju detaljan postupak odobrenja provedbe za sve tajne istrage u kojima sudjeluju pripadnici FBI-a ili službenici drugih saveznih istražnih organizacija, koje rade zajedno sa FBI-om.

15 O tome šire: Lutnzer, A: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in USA*, 1993. str. 788.

16 *Lewis v. United States* - 385 U.S. 206 (1966); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/206/case.html>

17 Gluščić, S.: *Posebne dokazne radnje*, Policijska sigurnost (Zagreb), godina 21. (2012), broj 3, str. 565.

Policijska provokacija (*entrapment*) označava posebnu vrstu odbrane optuženika u krivičnom postupku koji je stvarno počinio krivično djelo, ali pod presudnim utjecajem i poticajem od agenta provokatora. U presudi Vrhovnog suda SAD-a „SAD protiv Russell“ (*United States v. Russell*)¹⁸ iz 1973. godine, navodi se i ponašanje agenta provokatora kao posebno problematično, ako seže predaleko u zajedništvo prilikom počinjenja krivičnog djela s optuženikom, kada se ne može prihvatiti „*defense of entrapment*“, zbog općenite spremnosti optuženika na počinjenje krivičnog djela, ali prijekor se upućuje i agentu provokatoru, jer je prekršio „*fundamental fairness*“, sadržanih u klauzulama o redovnom sudskom postupku u članu 5. i 14. amandmana na Ustav SAD¹⁹.

U poređenju sa zakonodavnim rješenjima i praksi u BiH može se primjetiti da su slična procesnim rješenjima kao i u SAD. U SAD-u su razvijeni i vrlo učinkoviti nadzorni mehanizmi pomoću kojih se onemogućava zloupotreba ovlasti za borbu protiv nosioca organizovanog kriminala, a što se odnosi na primjenu ekskluzijskih pravila na dokaze koji su prikupljeni prekoračenjem ovlaštenja kao nezakonite dokaze i dalje prema „doktrini otrovne voćke“ i dokaze koji su prikupljeni na osnovu samih rezultata nezakonito korištenih mjera i radnji. U SAD-u ekskluzijska pravila se primjenjuju i na zabranu poticanja na krivično djelo od strane „agenta provokatora“. Ipak jedino je u američkoj kriminalističkoj praksi zabilježena mogućnost da prikriveni istražitelj sudjeluje u počinjenju krivičnog djela kada je to nužno za ostvarenje ciljeva prikrivene misije, a ne samo u situacijama krajnje nužde i nužne odbrane.

2.2. Republika Francuska

Upotrebi prikrivenih istražitelja u Francuskoj (u daljnjem tekstu: FR), pristupa se vrlo restriktivno. U prvi plan se stavlja potreba zaštite prava građana, a prilikom odobravanja takve istražne radnje nalaže se poštivanje načela razmjernosti što znači da se koristi samo kada, neka druga jednostavnija mjera i radnja, s kojom se manje zadire u zaštićenu zonu ljudskih prava i sloboda, ne bi dala očekivani rezultat.²⁰ Na taj način se istovremeno osigurava racionalno korištenje ove prikrivene istražne mjere samo u najsloženijim i bitnim slučajevima,

18 *United States v. Russell* - 411 U.S. 423 (1973); <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/411/423/case.html>

19 Kao primjer takvog neprihvatljivog postupanja navodi se slučaj, kada je DEA-in doušnik, uz pomoć DEA raspolagao laboratorijem i kemikalijama za proizvodnju sintetičkih droga, dok je sam optuženik raspolagao samo potrebnim znanjem nužnim za otpočinjenje te proizvodnje. (O tome šire: Zupančić B. i dr: *Ustavno kazensko procesno pravo*, Atlantis, Ljubljana, 1996. str. 441.-444.) Istovremeno, prigovoru odbrane se nije udovoljilo kada je prikriveni istražitelj učestvovao u provalnoj krađi koju je isplanirao optuženi. Sačić, Ž: *Organizirani kriminal - metode suzbijanja*, op. cit., str. 80.

20 Sačić, Ž: *Organizirani kriminal - metode suzbijanja*, Informator, Zagreb, 2001. str. 135.

na visokom profesionalnom nivou. Danas se u FR prikriveni istražitelj može koristiti, radi razjašnjavanja tačno određenih krivičnih djela zloupotrebe droge. Također, nakon što su o tome izvjestili nadležnog tužioca, policajci mogu izvršiti i nadzirani prevoz droge ili prekursora nužnih za proizvodnju droge. Ove istražne mjere mogu se poduzeti samo uz dopuštenje nadležnog istražnog suca (ili tužioca) koji je dužan tražiti od policije iscrpne informacije o stvorenim preduslovima za njihovo poduzimanje. S tim u vezi postoji i propisana obaveza tužioca, da prije nego što izda odobrenje za provedbu te mjere mora proučiti cijeli plan te policijske intervencije. Tu prikrivenu istražnu mjeru (uključujući i infiltraciju u zločinačku organizaciju) mogu u FR provoditi samo za to osposobljeni djelatnici policije i carine bez ograničenja vremena trajanja same misije. Dakle, u FR je isključena mogućnost (kao i u Njemačkoj) angažmana i infiltracije građana u zločinačku organizaciju u ulozi prikrivenog istražitelja.²¹

Prikriveni istražitelji nisu krivično odgovorni, kada zbog postizanja cilja te policijske intervencije (uz odobrenje nadležnog tužioca ili istražnog sudije) kupuju, posjeduju, prenose, isporučuju drogu ili druge proizvode (prekursore) – predmete krivičnih djela, te kada ih stavljaju na raspolaganje osobama koje se bave počinjenjem tih krivičnih djela, što je uređeno odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Francuske (*Code de procédure pénale de la République de France*)²² (u daljnjem tekstu: ZKP FR) i Carinskog zakona Republike Francuske (*Code des douanes de la République de France*).²³ Ilegalna je i protiv-zakonita policijska provokacija (prouzročenje krivičnog djela) koja navodi potrošača na kupnju droge, kao i prodaja droge potrošačima kao i trgovcu drogom, jer u FR vlada mišljenje da pravna država ne bi smjela sama pridonositi kršenju zakona. Međutim, zakon dopušta prikrivenom istražitelju da igra ulogu kupca, ako bi tako prikupio podatke i bio u prilici otkriti logističku mrežu zločinačke organizacije. Prikrivenom istražitelju pravno je nedopustivo počinjenje krivičnog djela, zbog uspješne infiltracije u zločinačku organizaciju, ali ako je prikriveni istražitelj počinio krivično djelo tokom same misije s ciljem da ga se ne otkrije, isključena je protivpravnost takvog djela. Isto tako prikriveni istražitelji mogu prilikom istraživanja krivičnih djela u vezi s pranjem novca otvoriti bankovni račun pod izmjenjenim identitetom, simulirano osnovati neku pravnu osobu, ali pritom ne smije izdavati krivotvorene dokumente trećim osobama, članovima narko kartela ili osobama koje bi mogle pomoći pri razjašnjavanju slučaja.²⁴ Odredbe Zakona za

21 Sačić, Ž: Organizirani kriminal - metode suzbijanja, op. cit., str. 135-136; Usp. Bovers, Kontrollierte Lieferung, verdachte Ermittler und V-personen, Leipziger Juristische Vortage, Leipzig, 1998. str. 20-21.

22 Code de procédure pénale de la République de France (version consolidée du 27 Mars 2014) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20140508>

23 Code des douanes de la République de France (version consolidée du 1^{er} Avril 2014) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071570>

24 O tome šire: Lorentz, F. L: Besondere ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisirten Krininalitat in Frankreich, 1993. str. 350 - 358.

borbu protiv droge (*Relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses – 1970*)²⁵, također, preciziraju uslove za poduzimanje posebne policijske istražne mjere, nadzirane isporuke predmeta krivičnog djela, koja se u FR može poduzeti, zbog razjašnjavanja krivičnih djela u vezi sa zloupotrebom opojne droge.²⁶

Ako se izvrši poređenje sa procesnim zakonodavstvom u BiH, može se vidjeti da su zakonska rješenja skoro identična. Razlika u rješenjima se ogleda kod prikrivenog istražitelja u slučaju kad počini krivično djelo tokom same misije s ciljem da ga se ne otkrije, u tom slučaju je isključena protivpravnost takvog djela. Dalje, prikriveni istražitelji mogu prilikom istraživanja krivičnih djela u vezi s pranjem novca otvoriti bankovni račun pod izmjenjenim identitetom, simulirano osnovati neku pravnu osobu, ali pritom ne smije izdavati krivotvorene dokumente trećim osobama, članovima narko kartela ili osobama koje bi mogle pomoći pri razjašnjavanju slučaja i ovo smatramo veoma kvalitetnim rješenjem za izgradnju legende prikrivenog istražitelja i kako bi isti stvorio uslove za uspješno izvršenje svoje misije u smislu prikupljanja kvalitetnih dokaza za krivični postupak i dokazivanje krivnje pripadnika organizovane kriminalne grupe.

2.3. Savezna Republika Njemačka

Upotreba prikrivenih istražitelja u Njemačkoj (u daljnjem tekstu: DE), je uređena odredbama Zakona o krivičnom postupku (*Strafprozessordnung (StPO)*), (u daljnjem tekstu ZKP DE), u člancima 110. a) do 110. e) ali i odredbama policijskih zakona pojedinih njemačkih pokrajina. Prikriveni istražitelj u DE djeluje pod „posuđenim“, odnosno na određeno vrijeme, promjenjenim identitetom tzv. legendom, pod kojom smiju sudjelovati u pravnom prometu i sklapati pravne poslove, kao i registrirati fiktivna preduzeća.²⁷ U interesu postavljanja što vjerodostojnije „legende“ za prikrivenog istražitelja dopušteno je izrađivati, mijenjati i koristiti odgovarajuće isprave, no, pritom treće osobe ne smiju pretrpjeti štete. Prikriveni istražitelji se u njemačkoj pravnoj literaturi razlikuju od povjerljivih osoba, doušnika i izazivača. DE zakonodavac je odredio da se prikriveni istražitelj smije koristiti, samo ako postoji početna sumnja da je počinjeno neko kataloški određeno krivično djelo od znatne važnosti ili kada postoji opasnost od ponavljanja djela kao i kada je istraga drugim istražnim mjerama bila bezizgledna ili bitno otežana te ako posebno značenje krivičnog djela nalaže njihovu upotrebu, iz čega se vidi potreba uvažavanja načela supsidijarnosti i razmjernosti. Primjenu

25 *Relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses - Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970.*; [http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte= JORFTEXT000000321402](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000321402)

26 Sačić, Ž: Organizirani kriminal - metode suzbijanja, op. cit., str. 136.

27 Usp. Gropp, W: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, Freiberg in Breisgau, 1993. str. 871.

te istražne mjere odobrava nadležni tužilac, ali tek po izraženoj spremnosti samog policijskog službenika koji će preuzeti ulogu prikrivenog istražitelja. Posebno, ako postoji opasnost od odgode, kada se odobrenje nadležnog tužioca ne bi moglo ishoditi u tako kratkom roku, prikriveni istražitelj može početi sa svojim djelovanjem po odluci policijskog rukovoditelja. Tada tu odluku mora potvrditi (u roku od tri dana) nadležni tužilac. Odobrenje za upotrebu prikrivenog istražitelja mora se izdati u pisanom i obrazloženom obliku, sa jasnim obimom, vremenskim trajanjem i smjerom upotrebe prikrivenog istražitelja. U slučajevima kada početna sumnja ukazuje na tačno određenu osobu kao mogućeg počinitelja kataloški određenog krivičnog djela koju treba i pronaći, mora se ishoditi sudsko odobrenje upotrebe te mjere, kao i u slučajevima kada je izgledno da će prikriveni istražitelj na poziv pogođene osobe ući u njen stan te drugi boravišni ili poslovni prostor. Ova mjera se jednim odobrenjem određuje na tri mjeseca, a može se višestruko određivati. Prikriveni istražitelj mora o svakoj poduzetoj kriminalističko-istražnoj mjeri sastaviti zabilješku te je dostaviti nadležnom tužiocu. Prikriveni istražitelj tokom svoje misije ne smije počiniti krivično djelo uslovljeno kriminalnim miljeom.²⁸ Stoga, prema Korneru, prikriveni istražitelji nerjetko „lebde na žici, između dopuštenih lukavosti i zabranjenih prevara, riskirajući svoj život i zdravlje za dobrobit našeg društva, a radi suzbijanja najteže vrste kriminala“.

Zakonska rješenja u BiH u velikoj mjeri su identična rješenjima u DE, gdje se poštuje temeljni princip legaliteta, supsidijarnosti, razmjernosti i sudskog nadzora. Razlika je u tome što tužilac dozvoljava upotrebu prikrivenog istražitelja, a ukoliko tačno određenu i identifikovanu osobu treba i pronaći i ući u njen stan, potrebno je ishoditi naredbu suda. Za „ozvučenje“ prostorija potrebna je naredba suda i to vijeća sastavljenog od trojice sudija. Prikrivenom istražitelju je dozvoljeno sudjelovati u pravnom prometu i sklapati pravne poslove, kao i registrovana fiktivna preduzeća. U interesu postavljanja što vjerodostojnije „legende“ za prikrivenog istražitelja dopušteno je izrađivati, mijenjati i koristiti odgovarajuće isprave, no pritom treće osobe ne smiju pretrpjeti štetu. Prikriveni istražitelj, isto kao i u BiH, tokom trajanja misije ne smije počiniti krivično djelo, ne smije navoditi i poticati na izvršenje djela. U DE kao i u BiH je propisana gotovo beziznimna obaveza obavješćavanja osobe prema kojoj se takva mjera primjenjivala (tzv. notifikacija), a također primjenjuju se stroga eskluzijska pravila.

2.4. Republika Hrvatska

Posebne dokazne radnje²⁹ u Republici Hrvatskoj (u daljnjem tekstu: RH), se prema odredbi Zakonom o kaznenom postupku iz 2008. godine, (u daljnjem

28 Schafer, H. C: Organized Kriminalität aus Sicht der Justiz, Kriminalistik, 17/97. str. 27.

29 Zakonski izraz za institut posebnih istražnih radnji u Hrvatskoj su “posebne dokazne radnje”.

tekstu: ZKP RH/2008),³⁰ preuređene su u „dokazne radnje“. Prema odredbama istog zakona je propisano da prilikom izvođenja posebnih dokaznih radnji „Upotreba prikrivenog istražitelja i pouzdanika“³¹ i „Simulirana prodaja i otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine“³², ne smiju predstavljati poticanje na počinjenje krivičnog djela. Upotreba prikrivenih istražitelja uključuje pravo prikrivenog istražitelja na ulazak u tuđi stan ako su ispunjeni uslovi što ih predviđaju zakonski propisi o ulasku policije u stan bez sudskog naloga³³.

Prikriveni istražitelj i pouzdanik mogu se ispitati kao svjedoci o sadržaju razgovora koje su vodili s osobama prema kojima je određena radnja, kao i svim sudionicima krivičnog djela radi čijeg otkrivanja i dokazivanja je ta radnja bila određena, a njihovi iskazi se mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku.

Pored općih uslova za određivanje posebnih dokaznih radnji potrebno je da postoje i dokazi za osnovanu sumnju da će doći do počinjenja, osobito, teških krivičnih djela za koje se mogu odrediti posebne dokazne radnje ili su neka već počinjena, sudac istrage na prijedlog državnog odvjetnika rješenjem će odrediti da prikriveni istražitelj uz ulazak u tuđi stan, može upotrijebiti sredstva za snimanje nejavnih razgovora.

Prema odredbi ZKP RH/2008 primjena radnji prestaje čim prestanu razlozi radi kojih su bile određene. Državni odvjetnik i sud po službenoj dužnosti paze na postojanje razloga iz kojih je radnja određena.

Državni odvjetnik i sudac istrage, dužni su spriječiti (prepisom zapisnika ili službenih zabilješki bez navođenja osobnih podataka, izdavanjem službene zabilješke iz spisa i sl.), da neovlaštene osobe, te okrivljenik i njegov branilac saznaju identitet osoba koje su provele radnju tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta, te identitet prikrivenih istražitelja i pouzdanika, a ako se te osobe ispituju kao svjedoci sud će u pravilu postupiti prema odredbama o zaštititi svjedoka³⁴.

Analizom i komparacijom posebnih dokaznih radnji u ZKP RH i posebnih istražnih radnji u ZKP BiH, vezano za odredbe koje regulišu postupanje prikrivenog istražitelja i informatora/pouzdanika, vidljivo je da su gotovo identične. Razlika je u tome da je katalog posebnih istražnih radnji u RH širi za posebnu istražnu

30 ZKP RH („Narodne novine“ RH br.152/08, 76/09, 80/11 i 121/11, 91/12, 143/12, 56/2013 i 145/13). http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2008_12_152_4149.html: <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=366>

31 Član 332. stav 1. tačke 5) ZKP RH/2008.

32 Član 332. stav 1. tačke 6) ZKP RH/2008.

33 Član 337. stav 4. ZKP RH/2008.

34 Član 294. do 299. ZKP RH/2008.

radnju „*Pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova*“, koju smatramo veoma važnom posebnom istražnom radnjom koju u praksi provodi prikriiveni istražitelj i pouzdanik/informator a kako bi mogli lakše legendirati svoju ulogu pri provođenju posebne istražne radnje „Simulirana prodaja i otkup predmeta, te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine“ i prikupiti dokaze, a posebno kod krivičnih djela vezanih za koruptivna krivična djela i krivičnog djela pranje novca.

ZAKLJUČAK

U ovom radu prikazano je pozitivno krivično-procesno zakonodavstvo u BiH i praktična primjena provođenja posebne istražne radnje upotreba prikriivenog istražitelja i upotreba informatora, te izvršena komparacija s rješenjima u procesnim zakonodavstvima i praksi nekih drugih zemalja.

Istovjetnost sa zakonskim rješenjima i praksom u drugim zemljama se ogleda u tome da se poštuje temeljni princip legaliteta, supsidijarnosti, razmjernosti i sudskog nadzora, obavješćavanje osobe tzv. notifikacija, te važe stroga eskluzijska pravila. Dalje, zabranjeno je poticanje na izvršenje krivičnog djela, ova radnja nije vremenski ograničena, predviđena je zaštita od otkrivanja identiteta, propisano je svjedočenje na sudu sa mjerama zaštite identiteta u svojstvu zaštićenog svjedoka.

Razlika između zakonskih rješenja u BiH i drugim zemljama se ogleda u tome da je u BiH zabranjeno počinjenje krivičnog djela od strane prikriivenog istražitelja u odnosu na pravna rješenja u SAD ili FR u jednom dijelu, te razlika u odnosu na rješenja u DE u smislu da poduzimanje radnji naređuje tužilac, ili u hitnim slučajevima policijski rukovodilac a ne sudija. Za različita pravna rješenja u odnosu na navedena, mišljenja smo da su u BiH dobra i da za njihove izmjene nema potrebe niti opravdanja.

Dalje, provedena uporedno-pravna analiza ukazuje na neka pravna rješenja u FR, DE i HR gdje prikriiveni istražitelji u interesu postavljanja što vjerodostojnije „legende“ prilikom istraživanja krivičnih djela u vezi s pranjem novca, mogu otvoriti bankovni račun pod izmjenjenim identitetom i simulirano osnovati neku pravnu osobu, simulirano sklapati pravne poslove i simulirano pružati poslovne usluge. Prikriivenom istražitelju navedena pravna rješenja pomažu za uspostavljanje „legende“, te kako bi stvorio uslove za uspješno izvršenje svoje misije u smislu prikupljanja kvalitetnih dokaza.

Simulirane usluge se mogu odnositi i na odgovarajuće novčane transakcije i usluge u bankarsko-finansijskom sektoru, kojima se nastoji prikriti porijeklo ili izvršiti pranje prljavog novca, omogućiti ostvarenje drugog samostalnog krivičnog djela u oblasti finansija ili privrednog poslovanja (zloupotreba položaja), kao i za

uspostavljanje potupune „legende” prikrivenog istražitelja kada se krijumčarenje narkotika odvija u sklopu privrednog poslovanja, odnosno uvoza ili izvoza robe u koje se skrivaju veće količine narkotika, što pokazuju mnogi primjeri iz prakse, te korupcijska krivična djela. U tom cilju, s pravnog i kriminalističkog stajališta važno je normiranje simuliranog osnivanja pravne osobe – preduzeća. Ovo je posebno naglašeno zbog potrebe za harmonizacijom, i usklađenost krivično-procesnog zakonodavstva što je preduslov pružanja međunarodne pravne pomoći i provođenja zajedničkih istraga.

Na kraju, može se konstatovati da je posebna istražna radnja, *“simulirano osnivanje pravne osobe, simulirano sklapanje pravnih poslova i simulirano pružanje poslovnih usluga”*, dobro pravno rješenje i smatramo da je isto u ovom obliku potrebno ugraditi u krivično-procesno zakonodavstvo BiH s kojim će biti rukovođeno od strane policije, odnosno prikrivenog istražitelja ili informatora, pod kontrolom tužioca i sudije za prethodni postupak.

LITERATURA

A. KNJIGE, MONOGRAFIJE, ČLANCI

- Antić, V., Mitrović, D: Posebne istražne radnje – Modul, Jačanje tužilačkih kapaciteta, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Sarajevo, 2012.
- Bejatović, S: Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih dela organizovanog kriminaliteta, Zbornik radova - organizovani kriminalitet, stanje i mere zaštite, Policijska akademija, Beograd, 2005.
- Bošković, M: Organizovani kriminalitet – karakteristike i pojavnici oblici, Fakultet za Pravne i Poslovne Studije, Novi Sad, 2009.
- Bošković, M: Kriminalistički leksikon, Matica Srpska, Novi Sad, 1999.
- Bovers, Kontrollierte Lieferung, verdachte Ermittler und V-personen, Leipziger Juristische Vortage, Leipzig, 1998.
- Gluščić, S.: Posebne dokazne radnje, Policijska sigurnost (Zagreb), godina 21. (2012), broj 3.
- Gropp, W: Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, Freiburg in Breisgau, 1993.
- Krause, G.: Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten in Bundesrepublik Deutschland. 1993.
- Lorentz, F. L: Besondere ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Frankreich. 1993.

- Marinković, D: Suzbijanje organizovanog kriminala - specijalne istražne metode, Prometej, Novi Sad, 2010.
- Sačić, Ž: Organizirani kriminal – metode suzbijanja, Informator, Zagreb, 2001.
- Sijerčić-Čolić, i saradnici: Komentar zakona o krivičnom postupku u BiH, Zajednički projekat Vijeća Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005.
- Šaković, A: Organizovani ekonomski kriminalitet, Kriminalističke teme, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, br. 1/02.
- Škulić, M: Organizovani kriminalitet, Dosije, Beograd, 2003.
- Zupančić B. i dr: Ustavno kazensno procesno pravo, Atlantis, Ljubljana, 1996.

B. ZAKONI I DRUGI PRAVNI AKTI

- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, („Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09, 72/13).
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik FBiH” br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10).
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“ br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09 i 100/09)
- Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“ br. 10/03, 6/06, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08, 17/09 i 10/10).
- Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske („Narodne novine“ RH br.152/08, 76/09, 80/11 i 121/11, 91/12, 143/12, 56/2013 i 145/13).
- Smjernice Saveznog ministarstva pravosuđa o uslovima upotrebe prikrivenih istražitelja na području SAD-a.
- Code de procédure pénale de la République de France (version consolidée du 27 Mars 2014) Code des douanes de la République de France (version consolidée du 1er Avril 2014)
- Relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l’usage illicite des substances vénéneuses - Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970.
- Presuda Suda BiH br. X KŽ 07/329 od 10.07.2008. godine
- United States v. Russell - 411 U.S. 423 (1973);
- Lewis v. United States - 385 U.S. 206 (1966)

Semir Šarić, M.Sc.

State Investigation and Protection Agency (SIPA)

UNDERCOVER INVESTIGATOR AS A TOOL IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME

Summary

As one of the responses of society to the danger expanded by organized crime is the introduction in the legal system of special investigative measures. The use of undercover agents is the most complicated and complex, and on the other hand, the most important special investigative measure, of that in the end, in most cases, depends the successful application of other special investigative actions implemented the that same investigation. In this paper is presented the criminal procedural legislation in force in BiH and the practical application of conducting special investigative procedure use of undercover agents and the use of informants, and a comparison with legislation containing solutions in proceedings legislation and practices of other countries. After the analysis are presented common points but also differences related to the legal solutions and practices in other countries and determined need for amendments to criminal legislation in BiH. Nowadays, in which crime, particularly organized, is expanding, it can be concluded that the use of undercover investigators is very reasonable and necessary.

Keywords: organized crime, special investigative actions, undercover investigators, the informant.

Mr. iur. Faruk LATIFOVIĆ,

sudija Osnovnog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine¹

PRIKAZ FORMALNIH IZVORA SEKUNDARNOG PRAVA EVROPSKE UNIJE, SA POSEBNIM OSVRTOM NA „SOFT“ PRAVO

Sažetak

Pred Bosnom i Hercegovinom je obaveza usklađivanja nacionalnih propisa sa pravnom stečevinom Evropske unije. Na platformi neupitne nužnosti harmonizacije evropskih unutrašnjih zakonodavstva, na horizontalnoj i vertikalnoj ravni, su uvedeni svi evropski pravni instrumenti regulacije – uredbe i direktive. Značajno praktično sredstvo regulacije su i akti tzv. mekog prava (soft law-a) kojima je posvećena nešto veća pažnja u ovom radu. To nužno vodi prikazu i analizi relevantnih instrumenata prava Evropske unije, a što je predmet ovog istraživanja, obzirom na njihov impakt na razvoj nacionalne legislative članica i kandidata za članstvo u Evropskoj uniji.

Ključne riječi: *aquis communautaire*, pravo Evropske unije, direktive, uredbe, soft law

Uvod

Analogno važećoj podjeli izvora pozitivnog nacionalnog prava u pravnoj nauci, mogu se i izvori evropskog unijskog prava podijeliti na materijalne i formalne izvore. U materijalne izvore prava spadaju osnovni i odlučujući motivi i razlozi donošenja unijskih propisa a u ovom kontekstu se obično navodi „*međunarodna solidarnost i volja da se sačuva mir i kreira bolja Evropa preko ekonomskog povezivanja*“, dok formalni izvori obuhvataju pravno – tehničke instrumente u kojima su pretočeni materijalni izvori i u kojima se pojavljuju konkretni pravni propisi.² U literaturi se mogu naći različite klasifikacije evropskih formalnih izvora prava, a najčešće se koristi podjela, zasnovana na subjektima koji ih donose i njihovoj snazi, na: formalne izvore primarnog³ i formalne izvore sekundarnog unijskog prava. A upravo su potonji izvori „*sekundarne*

1 Iznesceni stavovi predstavljaju lične stavove autora i nužno ne odražavaju shvatanje pravosuđa u Bosni i Hercegovini.

2 Vukadinović, R. D., (2008.), Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kragujevcu, str. 125. i 126.

3 Predmet ovog rada nisu izvori primarnog prava, pa se njima nećemo detaljnije niti baviti.

regulacije“ imali odlučujuću ulogu, na praktičnoj ravni, u izgradnji unutrašnjeg tržišta.⁴Usljed takvog pristupa i znatan dio reformi predstavničko-političkog, izvršno-političkog i administrativnog aparata Evropske unije (EU) (kao i donijetih legislativnih instrumenata) se odnosio na reformu procesa odlučivanja i tehnika regulacije pitanja od zajedničkog (evropskog) interesa, a sa neuspjelim Ugovorom o uspostavi Ustava za Evropu je propao pokušaj uvođenja ustanove evropskih okvirnih zakona i evropskih zakona.⁵

1. Formalni izvori sekundarnog unijskog prava

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije - UFEU⁶određuje da, radi izvršavanja nadležnosti Unije, unijske institucije donose slijedeće instrumente sekundarnog prava: uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja.⁷

Uredba (*engl. regulation, franc. reglement, njem. Verordnung*)⁸ je najvažniji izvor sekundarnog prava. Uredba ima neindividualizirani odnosno opći karakter,⁹

4 U ovom radu se nećemo baviti teorijskim raspravama o razlikama između pojmova „zajedničko“, „unutrašnje“ i „jedinstveno“ tržište EU, već se, iz metodoloških razloga, priklanjamo stavovima da se radi, praktično, o istoznačnim terminima. Uostalom, i sam Evropski sud pravde zaključuje, u predmetu C-350/92, Spain v. Council (1995.) ECR I-1985, da razlika između tih pojmova nije značajna za razgraničenje pravnih osnova zakonodavnih akata EU-a.

5 Prema članu I-33. Ugovora o uspostavi Ustava za Evropu (OJ C 310/2004), kao pravni instrumenti EU, navode se: evropski okvirni zakoni (definišu se kao akti općeg karaktera, obavezujući u cijelosti u pogledu rezultata koji treba postići, a nacionalnim vlastima se ima prepustiti izbor oblika i metoda), evropski zakoni (to bi bili akti zakonodavnog i općeg karaktera, obavezujući u cijelosti i direktno primjenjivi u svim državama članicama), evropske uredbe (to bi bili akti ne-zakonodavnog i općeg karaktera, služili bi za primjenu zakonodavnih akata pojedinih odredbi tog Ustava, a bili bi ili obavezujući i direktno primjenjivi ili obavezujući i primjenjivi kroz indirektnu daljnju zakonodavnu aktivnost domaćih vlasti a članice imaju pravo slobodnog izbora forme i metode), odluke (akti ne-zakonodavnog i pojedinačnog karaktera, obavezivali bi samo subjekte kojima je namijenjena), te preporuke i mišljenja.

6 Konsolidovana verzija Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije (OJ C 326/2012). Sva numeracija članova u ovom radu je navedena prema ovoj verziji ugovora.

7 Član 288. UFEU (bivši čl. 249. Ugovora o osnivanju EZ-a). Međutim, uz navedene akte, izvori sekundarnog prava mogu biti i drugi, *sui generis*, akti, za koje je samo važno da proizvode izvjesne pravne učinke bez obzira na njihov formalni naziv(vidjeti predmet C-22/70 Commission v. Council (ERTA) (1970.) ECR-263.).

8 Član 288. stav 2. UFEU.

9 Opći karakter podrazumijeva apstraktan način regulisanja pravnih odnosa neodređenog ili neodređeno definisanog broja subjekata, navedeno Misita, N., (2002.) Osnovi prava Evropske Unije, Magistrat, Sarajevo, str. 358.

obavezujuća je u cijelosti¹⁰ i direktno je primjenjiva u svim državama članicama¹¹. Donošenjem uredbe, postupak harmonizacije nacionalnog prava sa EU pravom, jednako počinje i završava na istom „*naddržavnom*“ nivou,¹² dajući time uredbi evropski „*naddržavni karakter*“, bez potrebe za bilom kojom dodatnom transpozicijom, preforumulacijom ili referiranjem unutar nacionalnog pravnog sistema¹³. Donošenjem uredbe se, u cijelosti, normira određeni pravno relevantan društveni odnos, pa implicitno evropski zakonodavac djeluje u svom legislativnom punitetu, potpuno sužavajući (po obimu) i prazneći (po sadržini) legislative

10 Obaveznost podrazumijeva da države članice nisu ovlaštene da samostalno odluče da li će (i ako hoće u kom obimu) i na koji način će iste akte primjenjivati.

11 Uvodno, radi konzistentnosti izlaganja, treba podcrtati razliku između termina direktne (neposredne) primjenjivosti („direct application“) i termina direktnog (neposrednog) dejstva (djelovanja) („direct effect“). Direktna (neposredna) primjenjivost („direct application“) podrazumijeva samoizvršivost (self-executing), izvršivost po automatizmu navedenog akta, bez posebne potrebe za donošenjem provedbenih propisa. Ovaj princip je posljedica monističkog pristupa u definisanju odnosa između međunarodnog i nacionalnog prava i pojedinih odredbi pojedinih međudržavnih ugovora pa i Osnivačkih akata unije. Direktno djelovanje predstavlja kvalitativni atribut normi unijskog prava da neposredno stvaraju prava i nameću obaveze na koje se mogu pozvati pojedinci, osobito u situaciji kada je izostala prethodna efektivna intervencija državnog zakonodavca. Ovo djelovanje se, pak, javlja u dvije varijante i to vertikalno /odnos: država – pojedinac/ i horizontalno /odnos: pojedinac – pojedinac/ djelovanje, a izvedeno je iz sudske prakse Evropskog suda pravde. Misita opisuje prvi termin kao samoizvršivu odredbu („self-executing“) kojoj uopće nije potrebna izričita inkorporacija u domaće pravo tako da takva norma izaziva „proboj“ vanjskog ustavnog zida, a drugi termin opisuje kao samodovoljnu odredbu („self-sufficient“) koja, sa obzirom na sadržaj konstituišu prava i obaveze privatno-pravnih adresata pa se uz „proboj“ vanjskog ustavnog zida „probijaju“ i ostali pravni propisi hijerarhijski niže pravne snage. Navedeno prema Misita N., op.cit., str. 228.

12 Basedow, J., (2000.), EC Regulations in European Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, T.M.C Asser Press, str. 17., u Alihodžić, J., (2012.), Razvoj Evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, Off set Štamparija Tuzla, Tuzla, str. 71. Doduše, iako načelno nije dopušteno donošenje nacionalnih mjera za njihovu primjenu jer to predstavlja povredu prava EU (vidjeti više predmet: C-34/73, Variola v. Amministrazione delle Finanze (1973.), ECR 981, kao i predmet: C-39/72, Commission v. Italy, (1973.), ECR 101), u određenim izuzetnim slučajevima je to ipak moguće, i to u onim slučajevima kada same uredbe to neposredno nalažu ili kada je zbog neodređenosti pojedinih dijelova uredbi dopušteno njihovom preciziranje nacionalnim mjerama, pod uslovom da nisu suprotne s odredbama uredbe, ali i tada se ne radi o transpoziciji, preformulaciji ili referiranju već se radi o izvršenju uredbe (vidjeti o dopuštenim izuzecima: Barić, S., Ružić, L., (2008.), Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 29., br. 2., str. 789., i tamo citiranu sudsku praksu).

13 Neizostavno se ovdje nameće podsjećanje na, u istoj mjeri, lucidnu i duhovitu, opasku koju prenosi Misita, N., op.cit., str. 289, upućujući se na autora Usher, J., (1998.), EC Institutions and Legislation, Logman, London-New York, str. 130., da uredba djelujući kao moćni laserski zraci, od nacionalnog prava pravi „švicarski sir“, u kojemu ima više rupa nego sira.

nadležnosti svih država članica za svaku buduće normiranje odnosnog pitanja na nacionalnom planu, a slijedom toga, stavljaju van snage sve ranije donesene nacionalne propise i trajno stopiraju donošenje novih nacionalnih propisa, pa slijedom ovoga evropski zakonodavac – normativno „uniformno“ djelujući – vrlo efektivno „fabrikuje“ novo autonomno unijsko pravo. Stoga se, u krajnjoj liniji, može slobodno reći da se instrumentom uredbi nikako ne vrši bilo kakva harmonizacija domaćih propisa sa unijskim normama (jer prestaju postojati nacionalne pravne norme u konkretnoj oblasti, pa nestaje i predmet harmonizacije), već se stvara isključivo novo pravo zajedničko za sve članice EU. U pravnoj teoriji, uredbi se pripisuje atribut „najsnažnijeg regulativnog instrumenta u rukama komunitarnih institucija“¹⁴, odnosno uredbe (i direktive) predstavljaju, *par excellence*, izražavanje snage zakonodavnih institucija¹⁵. Kako uredbe imaju opći, obavezujući i samoizvršivi karakter, karakter direktne primjenjivosti, onda je posve jasna i logična praksa Evropskog suda pravde iz koje slijedi da odredbe prava EU koje imaju samoizvršivi karakter uživaju prioritet nad odredbama nacionalnih propisa uključujući i odredbe nacionalnih ustava država članica.¹⁶

Direktiva, smjernica ili uputstvo (*engl. directive, franc. directive, njem. Richtlinie*),¹⁷ predstavlja instrument unijske harmonizacije nacionalne legislative, administrativnih odredbe i prakse, i također obavezuje, sa obzirom na rezultat¹⁸ koji se ima ostvariti, svaku državu članicu kojoj je upućena, ali ostavlja nacionalnim vlastima slobodu izbora konkretnih nacionalnih normativnih formi i metoda. To, dalje, znači da se direktivom, *ipso iure*, ne stavljaju van snage doneseni nacionalni propisi, nego se nalaže državama članicama (*i to čak, ne nužno svima*) donošenje novih ili izmjena postojećih propisa, a direktiva stoga predstavlja obavezni model zakona koji nacionalni zakonodavac treba unijeti u vlastito zakonodavstvo. Preciznije, nakon donošenja direktive, proces harmonizacije se odvija na dva nivoa i to ponajprije, unijskom, kada se za regulaciju datog pitanja donosi direktiva, a potom, nacionalnom nivou, kada se vrši primjena direktive donošenjem novih odnosno izmjenama i dopunama postojećih nacionalnih propisa,¹⁹ pa shodno tome djelovanjem direktive ne nastaje novo evropsko pravo (kao kod uredbe) nego novo, tek doneseno, ili izmijenjeno i dopunjeno, pozitivno nacionalno

14 Misita, N., Ibid, str. 288.

15 Rizvanović, E., (2005.), Državna pomoć u zemljama Evropske unije - iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Štamparija Fojnica, str. 42.

16 Više o tome: Kapteyn, P.J.G., P. VerLoren van Themaat, (1989.), Introduction to the Law of the European Communities, Deventer, str. 39. Također, više o uredbama vidjeti i Rizvanović, E., op.cit., str. 42. sa tamo citiranom literaturom.

17 Član 288. stav 3. i član 114. UFEU

18 Stoga se i njihova implementacija u nacionalno pravo bilo transpozicijom, preformulacijom ili referiranjem, očito, vrši pretežno ciljnom metodom tumačenja prava.

19 Basedow, J., (2000.), EC Regulations in Private International Law, Private Law in the International Arena – From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification, Liber Amicorum Kurt Siehr, the Hague, str. 17., navedeno prema Alihodžić, J., op.cit., str. 75.

pravo. Upravo zbog toga direktive, za razliku od uredbi, imaju općenitiji karakter, pretežno normirajući opća pravila i principe koja će kasnije poslužiti domaćem zakonodavcu. Kako opisano djelovanje direktive, predstavlja ishod zajedničkog rada, evropskog i nacionalnog zakonodavca, onda se, u pravnoj teoriji, mogu zateći stavovi da direktiva predstavlja instrument regulisanja koji nema niti nacionalni niti nadnacionalni karakter.²⁰ Kako je adresat pravne norme iz direktive jedino država članica, onda direktiva načelno nema neposredno horizontalno djelovanje /odnos: pojedinac-pojedinac/²¹ nego se privatnopravna lica –u situaciji kada je država istu direktivu propustila blagovremeno i/ili potpuno provesti u unutrašnji pravni poredak –mogu pozivati na subjektivna prava izvedena iz direktive samo prema državnim vlastima.²² Naime, Evropski sud pravde je zaključio da, uz ispunjenost određenih uslova,²³ pojedincima treba omogućiti da se pozovu na sadržinu direktive u odnosu prema državnim vlastima i zahtijevaju naknadu štete zbog propusta državnih vlasti da istu implementiraju (princip „estoppel”),²⁴ a svakako se od nacionalnih sudova traži da tumačeći „...nacionalno pravo u svjetlu teksta i svrhe direktive kako bi se postigao rezultat o kojem govori član 189. stav 3. Ugovora o osnivanju EEZ (ovdje se misli na sadašnji član 288. stav 3. UFEU,

20 Ciavarini Azzi, G., The Slow March of European Legislation: the Implementation of Directives, u: Neunreither, K., Wiener, A., (2000.), European Integration After Amsterdam: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy, Oxford University Press, Oxford, New York, str. 32.-67., navedeno prema Alihodžić, J., Ibid.

21 Predmet C-152/84 Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, (1986.), ECR I-723, te predmet C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, (1994.), ECR I-3325.

22 Ibid. Inače, ovdje se pod terminom „državom“ smatrala vlada samo kada djeluje kao subjekat javnog prava („acta iure imperii“), ali i razni oblici „emanacije“ države. Isto navodi i Hartley, T.C., (1998.), Osnovi prava Evropske zajednice, COLPI, Beograd, str. 199. i 200.

23 Hartley, T.C., Ibid, str. 205. i 206. Također, predmeti C-9/90, Francovich and Bonifaci v. Italy (1991.), ECR I-5357 kao i C- 148/78 Pubblico Ministero v. Tulio Ratti, (1979.), ECR 1629.

24 Pored obaveze na implementaciju direktive (koja i dalje egzistira), neuspješnim istekom roka, nastaje još jedna obligacija – obligacija naknade štete. Očito se ECJ, u situaciji kada se država pozivala na vlastito nečinjenje u ispunjenju unijskih obaveza, rukovodio poznatom rimskom maksimom da se „niko ne može pozivati na vlastiti propust sebi u korist“ („*nemo censetur propriam turpitudinem allegans*“). Interesantno, na isto načelo, će se pozvati i naš Ustavni sud BIH u jednom predmetu (odluka o meritumu br. AP 301/04 od 23.09.2005.godine) u kojemu je odbijen zahtjev jednog građanina u upravnom postupku, jer državne vlasti nisu donijele niži provedbeni propis.

naša opaska).²⁵, pa se time u suštini traži da nacionalni sudovi dovrše neurađeni ili loše urađeni posao nacionalnog zakonodavca.²⁶

Odluke (*engl. decision, franc. decision, njem. Entscheidung*) su, pak, obavezujući pojedinačni akti, namijenjeni državama članicama i raznim pravnim i fizičkim licima.²⁷

Svakako da značajan i autoritativan, premda formalno neobavezan, izvor prava čine odluke Evropskog suda pravde (ECJ, ESP), a predmet njegovog tumačenja su uvijek norme evropskog a ne nacionalnog prava.²⁸ Njegov autoritet se upoređuje sa autoritetom koji ima francuski Cour de Cassation ili britanski House of Lords.²⁹ Odluke ESP-a su imale presudnu ulogu, u pojedinim fazama postojanja EU, ponašajući se poput zahuktalog motora evropskih integracija, razvijajući doktrine o ograničenom nacionalnom suverenitetu i nepovratnom transferu ovlaštenja, o pravu zajednice kao integralnom dijelu pravnih sistema članica koji su njihovi sudovi dužni primjenjivati, različitom od međunarodnog i nacionalnih pravnih poredaka, o vlastitom pravnom subjektivitetu Zajednice, o jedinstvenom tumačenju normi unijskog prava *etc.*, često time dajući birokratskim odlukama i pravnim tekstovima vizionarski značaj koji, vrlo vjerovatno, niti sami normotvorci nisu, u prvi mah, imali na umu. Implicitno, ESP u svojim odlukama, popunjavajući pravne praznine, progresivno, uvijek teži višem stepenu evropskog zajedništva i jačanju evropskog (unijskog) političkog i pravnog identiteta. Ako su „*osnivački ugovori*“ bili pravni temelj EU, onda su nedvojbeno odluke ESP bile svojevrsna unijska armatura, dovoljno stamena da spriječi razgradnju ili urušavanje „*evropske građevine*“.

25 Predmet C-14/83, Sabine von Colson and Kamman v Land ordrhein-Westfalen, (1984.), ECR 1891.

26 Vjerovatno iz ovih razloga direktive sadrže odredbu po kojoj će donijeti nacionalni propisi direktno upućivati na odredbe direktiva. ECJ, zanimljivo, insistira upravo na zadatku nacionalnih sudova da, u okviru svojih nadležnosti, moraju primijeniti evropsko pravo i štititi prava pojedinaca kao i odbiti primijeniti bilo koju nacionalnu pravnu normu koja je u suprotnosti sa unijskim pravom. Vidjeti, *ad exemplum*, predmet C-6/64 Costa v. ENEL (1964.), ECR 585.

27 Član 288. stav 4. UFEU

28 O položaju i ulozi Evropskog suda pravde vidjeti Vukadinović, R., D., (1991.), Evropska ekonomska zajednica – institucije, Preduzeće Nova, Beograd, str. 83.-140., Hartley, T.C., op.cit., str. 51.-76., Misita, op.cit., str. 485.-623., Alihodžić J., op.cit., str. 20.-22.

29 Rizvanović, E., op.cit., str. 96.

2. Soft law³⁰

Općenito, zbirnim terminom evropskog „*soft law*-a“ su mogu, uslovno, obuhvatiti svi akti evropskog unijskog prava koji nemaju formalno pravni obavezujući karakter (otuda i naziv „*soft law*“, engl. „*meko pravo*“). UFEU (ili drugi osnivački ugovori) nikako ne pominje termin „*soft law*“-a, a to ne čini niti ESP, pa se ne radi o ustanovi pozitivnog prava ili sudske prakse, već se radi o teorijskoj kovanici. Pod tim terminom, pored izričito navedenih preporuka i mišljenja,³¹ zatičemo i neke druge pojavne forme pravnih akata.³² „*Soft law*“ se, teorijski, pozicionira kao pojam koji se koristi prilikom interdisciplinarnog i transdisciplinarnog diskursa, negdje na tromedi prava, ekonomije i politologije.³³ Autori Guzman i Mayer navode da je „*meko pravo*“ rezidualna kategorija definisana u oprečju kategorija prava.³⁴

U zadnje vrijeme, različiti internacionalni i evropski, državni i nedržavni akteri, na polju politički interesantnih i pravno relevantnih društvenih odnosa, sve češće posežu za tim instrumentom regulacije. Otuda i povećan naučni interes za ovim izvorom evropskog prava. U postojećoj evropskoj pravnoj literaturi se, iz posmatrane oblasti, daje analiza, tri moguće varijante odnosa normi „*soft law*“-a spram pravnih i nepravnih normi.³⁵

30 Iako, slijedeći tradicionalnu podjelu, smatramo da je „*soft law*“-a dio sekundarnog prava EU, napominjemo da postoje i razmišljanja da ono čini zasebnu kategoriju izvora tzv. tercijarnog prava. Takvi tercijarni izvori, prema L. Senden, ispunjavaju pretppravnu, postpravnu te parappravnu funkciju u političkom i pravnom sustavu EU-a. Ipak, ne ulazeći u raspravu o utemeljenosti tih razloga, iz metodoloških razloga, cijeneći obim i značaj „*soft law*“-a, ali i činjenicu da ovaj izvor prava nije dovoljno predstavljen u našem pravu, obrađujemo ga u odvojenom poglavlju ovog rada.

31 član 288. stav 3. UFEU (raniji čl. 189. Ugovora o EEZ)

32 To su: Preporuke Komisije (*Commission Recommendations*), Pravilnici Vijeća i Komisije o ponašanju (*Council and Commission Codes of Conduct*), Preporuke Vijeća (*Council Recommendations*), Deklaracije i rezolucije (*Declarations and Resolutions*), Mišljenja Komisije (*Commission Opinions*), Povelje (*Charters*), Zaključci Vijeća (*Council Conclusions*), Zelene knjige (*Green Papers*), Bijele knjige (*White Papers*), Akcijski programi (*Action Programmes*), Priopćenja ili komunikacije (*Communications*), Smjernice i okviri za odlučivanje (*Decisional Guidelines and Frameworks*), Neobavezujuća pravila upravnih tijela (*Administrative Non-Binding Rules*), Međuinstitucijski sporazumi (*Inter-Institutional Agreements*), Mješoviti zaključci (*Mixed Conclusions*) i Napomene o odlukama (*Decisional Notices*). Navedeno prema: Vuletić, D., (2011.), Pravni aspekti lisabonske strategije i budući izazovi – razrada s motrišta pravne prirode mekog prava (*soft law*), Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, Zagreb, str. 1016.

33 Ibid., str. 1012.

34 Ibid., str. 1013.

35 Terpan, F., (2014.), *Soft Law in the European Union The Changing Nature of EU Law*, European Law Journal, Wiley, str. 6-8.

- „*soft law*“ se ograničava na neobavezujuće pravne norme sa pravnom relevantnošću (tabela 1);
- „*soft law*“ se ograničava na neobavezujuće pravne norme sa „*mekom dimenzijom*“ (tabela 2);
- „*soft law*“ predstavlja kombinaciju dva naprijed navedena značenja (tabela 3).

Tabela 1.

Norme		
Obavezujuće norme	Neobavezujuće norme	
Obavezujuće norme	Neobavezujuće norme sa pravnom relevantnosti	Neobavezujuće norme bez pravne relevantnosti
„Hard Law“	„Soft Law“	„Ne-pravne norme“

Tabela 2.

Norme		
Obavezujuće norme		Neobavezujuće norme
Obavezujuće norme	Obavezujuće norme sa „mekom“ dimenzijom	Neobavezujuće norme
„Hard Law“	„Soft Law“	Ne-pravne norme

Tabela 3.

Norme			
Obavezujuće norme		Neobavezujuće norme	
Obavezujuće norme	Obavezujuće norme sa „mekom“ dimenzijom	Neobavezujuće norme sa pravnom relevantnosti	Neobavezujuće norme bez pravne relevantnosti
„Hard Law“	„Soft Law“		Ne-pravne norme

U literaturi iz oblasti međunarodnih odnosa i međunarodnog prava, distinkcija između „*hard law*“-a³⁶ i „*soft law*“-a, se temelji na kriterijima: obaveznosti, preciznosti i delegacije.³⁷ Kako navedene kategorije nisu nikada jednoznačne, slažemo se i sa onim autorima koji primjećuju da razlika između „*hard law*“ i „*soft law*“ nije binarna.³⁸ Sa druge strane, autori Abbott i Snidal

36 Ovdje se „*hard law*“, u kontekstu obaveznosti njegove primjene, posmatra kao antipod „*soft law*“-u.

37 Vidjeti Terpan, F., op.cit., str. 8. i tamo citiranu literaturu.

38 Trubek D., et al., ‘Soft Law,’ ‘Hard Law’ and EU Integration, u Gráinne de Búrca & Joanne Scott (ur.), (2006.), Law and New Governance in the EU and the US, str. 70.

ne protežiraju atribut obaveznosti, već forsiraju osobinu određenosti preuzete obveze koja razlikuje „meko pravo“ od klasičnih pravnih instrumenata.³⁹ Na koncu, „soft law“ se pokušava definisati kao „neobavezujući normativni okvir čija je provedba uvjetovana isključivo voljom adresata norme.“⁴⁰ Korištenjem pojma „normativnog okvira“, kao višeg rodnog pojma u navedenoj definiciji pomaže se diferencijaciji „mekog prava“ od pukih političkih obećanja, a da bi normativni okvir obuhvatio sve ono što formalno nalikuju pravu, ima oblik ili naličje pravnog akta, poput deklaracija, preporuka, ciljeva i sl., odnosno općenito, nomotehnička struktura „mekog prava“ je ono što ga razlikuje od pukih političkih obećanja, dok obaveznost i provedivost (isključivo uslovljena dobrom voljom adresata norme) jesu elementi koji razlikuju ovo pravo u odnosu na pozitivno pravo.⁴¹

Iako smo uvodno kazali da se radi o pravno – teorijskoj konstrukciji, koja označava pravne akte koji nemaju formalno – pravni obavezujući značaj, ne može se zanemariti njihova praktična dimenzija.⁴² Preporuke i mišljenja su, donekle, ipak, pravno obavezujući akti, jer ne samo da služe kao smjernice za donošenje odgovarajućih preporučenih legislativnih mjera kojima prethode u zakonodavnom postupku, nego i nakon što se „meko pravo“ pretopi u „tvrdo pravo“, panacionalne vlasti donesu propise (sa ciljem provedbe donesenih preporuka), a potom se pred državnim sudovima pojave predmeti u kojima se primjenjuju donijeti propisi klasičnog tj. „hard“ prava, onda su državni sudovi prilikom podvođenja utvrđenog činjeničnog stanja pod važeću pravnu normu „hard“ pravu obavezi cijeliti sadržinu tih preporuka, a također su preporuke obavezujuće u slučajevima kada tijelo koje ih je donijelo preuzima neku obavezu stvarajući tako legitimno očekivanje koje se kasnije valja ispuniti.⁴³ U pravnoj teoriji se, pak, može zamijetiti obilje argumentacije kojim se osporava pozitivna uloga ovog instrumenta (nedostatak preciznosti i jasnoće potrebne da bi se pružio predvidiv i pouzdan okvir za djelovanje; EU ugovori uključuju norme „hard law“ koje se tiču tržišnih načela i oni mogu biti nadoknađeni samo propisima istog nivoa obaveznosti; „soft law“ nema nikakav stvarni učinak već je to skrivena taktika za proširenje unijskih nadležnosti; „soft law“ potkopava legitimitet EU, jer stvara

39 Više u Abbott, K. W., Snidal D., 2000. Hard and Soft Law in International Legal Governance, International Organization, vol. 54, 2000., u Vuletić, D., op.cit., str. 1013.

40 Vuletić, D., op.cit., str. 1013.

41 Ibid

42 Vidjeti Trubek, D., Cottrell, M. and Nance, M. (2005.), „Soft law“, „hard law“, and European integration: toward a theory of hybridity, Legal Studies Research Paper No. 1002, University of Wisconsin, str. 1. i 2. Misita N., op.cit., str. 306. i tamo citiranu literaturu. I Francis Snyder, u svojoj definiciji, „soft law“ definira kao skup pravila koji u principu nemaju obavezujuću snagu, ali imaju praktične efekte (navedeno prema Trubek D., et al., ‘Soft Law,’ ‘Hard Law’ and EU Integration, u Gráinne de Búrca & Joanne Scott (ur.), (2006.), Law and New Governance in the EU and the US, str. 65.

43 Priručnik za usklađivanje propisa Bosne i Hercegovine sa propisima Evropske unije, Direkcija za evropske integracije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2005, dostupno na www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/uskladjivanje/?id=3959 (datum zadnjeg pristupa 09.03.2016. godine). Također, o primjerima obavezujućeg djelovanja preporuka i mišljenja vidjeti N. Misita, op.cit., str. 301.

očekivanja koja ne mogu donijeti promjene; *etc.*), odnosno, općenito uzevši, većina se kritika temelji, eksplicitno ili implicitno, na stajalištu da se ciljevi regulacije mogu postići samo uz primjenu ustanova „*hard law*“-a jerevropske integracije traže jasnu regulaciju, ujednačeno postupanje, sankcije za neusklađenost a do toga se može doći isključivo putem ugovora, uredbi ili direktiva.⁴⁴ Stoga, pojedini autori navode da je „*meko pravo*“, u suštini, beskoristan i obmanjujući koncept koji zamagljuje razliku između pravnih normi i političkih stavova, umjesto da objasni prirodu i utjecaj zakona.⁴⁵ Pored toga, „*meko pravo*“ se opisuje kao vrlo fluidan pojam, a paradoksalno je da taj, često korišteni, koncept ima različito poimanje i da kod njega ne postoji niti konsenzus u nauci.⁴⁶ Evropski „*soft law*“ se, katkada, poredi sa 12 miliona zaključenih društvenih dogovora i samoupravnih sporazuma u bivšoj Jugoslaviji⁴⁷ ili naziva „*nedržavnim pravom*“⁴⁸. Sa druge strane, kao očite prednosti mehanizama „*mekog prava*“, ističu se: niži „*ugovorni i pregovarački troškovi*“ jer manje „*koštaju*“ pregovarače (uslijed neobaveznosti) kod visokih pregovaračkih „*uloga*“; niži su „*troškovi gubitka nacionalnog suvereniteta*“, jer meko pravo ne vodi gubitku ovlaštenja već promicanju saradnje uz očuvanje suvereniteta; „*meko pravo*“ radije dopušta državama da prilagode svoje obveze njihovim pojedinačnim situacijama nego da smjeste divergentne stavove u jedan pravni akt pa se na taj način mogu „*razbiti*“ zastoji u onim pregovorima kod kojih razlike u interesima onemogućavaju zaključenje obavezujućih sporazuma a različiti kulturne i ekonomske strukture i interesi mogu biti smještene kroz aplikaciju vokabulara „*mekog prava*“ („*odgovarajuće mjere*“, „*napori*“, „*po mogućnosti*“, *etc.*); „*meko pravo*“ je fleksibilnije kod ponovnog pregovaranja ili izmjene ugovora zbog promijenjenih i nepredvidivih okolnosti, može se odnositi na različite pravne sisteme; upotreba „*soft law*“-a može biti motivisana željom da se izbjegnu formalna državna obećanja, formalne ratifikacije i uopće „*meko pravo*“ može biti izazvano željom da se izbjegnu formalna i vidljiva obećanja od strane države, da se izbjegnu ratifikacija ili druge glomazne domaće procedure (amandmansko djelovanje, *etc.*), pa čak i da se izazove participacija najmanje privrženih zemalja, te je pogodno sredstvo u oblastima u kojima postoji potreba za brzim postizanjem sporazuma; načelno, „*meko pravo*“ dopušta integraciju svih zainteresiranih strana u procesu donošenja odluka, povećava se otvorenost, podstiče aktivnije sudjelovanje nedržavnih aktera, promiče transparentnost,

44 Vidjeti Trubek, D., Cottrell, M. and Nance, M. (2005.), „Soft law, „hard law”, and European integration: toward a theory of hybridity, op.cit., str. 2. i 3., i tamo citiranu literaturu.

45 Terpan, F., op.cit., str. 5.

46 ibid

47 Barbić, J., (2012.), Prilagodba hrvatskog prava europskoj pravnoj stečevini i pravnička struka, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse” broj: 10, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Neum, str. 28.

48 Misita, N., op.cit., str. 306.

olakšava širenje znanja, *etc.*; „meko pravo“, također, može predstavljati prvi korak na putu do obvezujućih sporazuma ili „hard law“-a.⁴⁹

Svakako i da interakcija između „soft law“-a i „hard law“-a ne mora biti uvijek konvergentna, već bi korištenju „hard law“-a trebalo pribjegavati uvijek tamo gdje postoji „velika korist od saradnje, ali i visok potencijal za oportunizam i troškove“.⁵⁰

Odluke ESP daju dodatno svjetlo raspravama o pravnim reperkusijama akata iz reda „soft“ prava.⁵¹ U zadnje tri decenije zapažen je rapidan rast broja odluka

49 Vidjeti Trubek, D., Cottrell, M. and Nance, M. (2005.), ‘Soft law, “hard law”, and European integration: toward a theory of hybridity’, op.cit., str. 11., i tamo citiranu literaturu kao i Shaffer, C.G., Pollack, A. M., (2011.), ‘Hard Versus Soft Law In International Security’, 52 Boston College Law Review, Rev. 1147, str. 719. i 720.

50 Shaffer, C.G., Pollack, A. M., (2011.), ‘Hard Versus Soft Law In International Security’, 52 Boston College Law Review, Rev. 1147, str. 1165.

51 Treba, prije svega, ukazati na predmet C-322/88 Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles, (1989), ECR 4407., kao i kasnije odluke zasnovane na tom predmetu (C-207/01, Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA, (2003), ECR I-08875, potom spojeni predmeti C-317/08, C-318/08, C-319/08 i C-320/08, etc.). Gdin Grimaldi je obolio od profesionalne bolesti koja nije na listi belgijskih profesionalnih oboljenja, ali jeste bila sadržana na evropskoj listi preporučenih profesionalnih oboljenja, staroj skoro četvrt vijeka, koju su belgijske vlasti odbile primijeniti tvrdnjom da ih takva (preporučena) lista ne obavezuje. U sudskom postupku se nametnulo vrlo jednostavno pitanje – da li preporuke iz čl. 189. Ugovora o EEZ imaju direktni učinak?! Pozitivan odgovor bi nedvojbeno omogućio pozivanje pojedincima na prava sadržana u tim aktima u postupcima pred nacionalnim tijelima vlasti. U tom predmetu (*landmark case*), ESP zauzima stav da preporuke – iako ne mogu stvarati prava na koja se pojedinci mogu pozivati pred nacionalnim sudom – nisu bez bilo kakvog pravnog učinka. Naime, nacionalni sudovi ih moraju uzimati u obzir prilikom rješavanja sporova koji se pred njih iznose, osobito kada se tim preporukama rasvjetljava tumačenje nacionalnih odredbi usvojenih radi osiguravanja njihove primjene ili kada im je svrha nadopunjavanje obvezujućih odredbi prava Unije. ESP je etablirao stav da predmet sudskog preispitivanja mogu biti svi akti koji se mogu pobijati a to su sve odredbe koje su usvojile institucije, u bilo kojem pravno tehničkom obliku, koje imaju obvezujuće pravne učinke presude (predmet C-22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities*, European Agreement on Road Transport, (1971.), ECR 263; spojeni predmeti C-463/10 i C-475/10, *Deutsche Post AG and Federal Republic of Germany v European Commission*, (2011.), ECR I-09639; predmet C-31/13, *Hungary v European Commission*, (2014.) ECR -00000), dok nisu predmet sudskog preispitivanja akti koji ne stvaraju obvezujuće pravne učinke, poput pripremnih akata, potvrđujućih akata i čisto provedbenih akata, običnih preporuka i mišljenja kao i načelno internih uputa (C-131/03, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. and Others v Commission of the European Communities*, (2006.), ECR I-07795; C-477/11, *Sepracor Pharmaceuticals (Ireland) Ltd v European Commission*, (2012.), ECLI identifier: ECLI:EU:C:2012:292). Prilikom utvrđivanja mogućnosti da osporeni akt stvara pravne učinke se podrazumijeva ispitivanje njegova teksta i konteksta u koji je smješten (C-57/95, *French Republic v Commission of the European Communities*, (1997.), ECR I-01627;

tog suda u kojima se, iz ovih ili onih razloga, analiziraju dokumenti „soft law“-a.⁵² Pa ipak, nije bilo moguće pronaći niti jednu odluku ESP koja bi se isključivo zasnivala na „soft“ pravu. Čini se, ipak, da rasprave teoretičara i praktičara oko pitanja definitivnog dometa i totaliteta „mekog prava“ još zadugo neće biti završene.⁵³

Na praktičnoj ravni, primjećujemo da se – prikazane prednosti i nedostaci instrumentarija „mekog prava“ – međusobno ne poništavaju, već čine komplementaran i interaktivan skup „alata“, koji treba umješno i dosljedno primjenjivati na *ad hoc* principima u nacionalnim i nadnacionalnim pravnim sistemima. Pravna kreacija „soft law“-a, najprije, afirmativno djeluje, već prilikom legislativnih zahvata, na kontrolisano i predvidivo, normiranje „prednormativnih“ pravnih odnosa, pa slijedom funkcionalne analize zakonodavnog mehanizma „soft“ pravo treba posmatrati (iz diskursa „hard“ prava), kao svojevrsnu „mapu puta“ i „predsoblje“ novih propisa. Na teorijskoj ravni, zaključujemo da je „soft“ pravo, ishodišno, postalo atraktivna „produktno-eksportna platforma“ za „hard“ pravo. Produkcijom novog „hard law“-a, na temeljima i tezama postojećeg „soft law“-a, potonje pravo iz postojeće sfere „van-pravne“ imaginacije jasno prelazi u novu sferu – sferu „pravne“ racionalizacije. Štaviše, i tada je opet prisutna povratna spreza sa „soft law“-om, jer instrumenti „mekog prava“ – uslijed neformalnosti izričaja izvornog normotvorca – vrlo efikasno, mogu poslužiti i kao pomoćno autentično sredstvo tumačenja donesenih propisa i „postnormativnih“

C-301/03, Italian Republic v Commission of the European Communities, (2005.), ECR I-10217), njegova smisla (C-147/96, Kingdom of the Netherlands v Commission of the European Communities, (2000.), ECR I-04723; C-366/88, French Republic v Commission of the European Communities, (1990.), ECR I-03571; C-303/90, French Republic v Commission of the European Communities, (1991.), ECR I-05315) kao i namjere njegova autora (C-362/08, Internationaler Hilfsfonds eV v European Commission, (2010.), ECR I-00669 i C-521/06, Athinaiki Techniki AE v Commission of the European Communities, (2008.), ECR I-05829), a sam formalni naziv i pravno tehnički oblik nisu od odlučnog značaja, što je vodilo i opciji sudskog preispitivanja samih preporuka (*ad exemplum*, vidjeti predmet C-536/14).

52 Prema objavljenim istraživanjima Stefan, O. (2008), European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?. European Law Journal, 14(6), str. 753.-772., analizom predmeta ESP iz oblasti prava tržišne konkurencije (bez državne pomoć), u vremenskom intervalu od 30.10.1953.godine pa do 01.10.2007.godine, utvrđeno je u 154 akta ESP (odluke suda i mišljenja općeg advokata) izričito korištenje dokumenata „soft“ prava – napomena (notice) i smjernica (guidelines), a svakako se može pretpostaviti da su takvi akti prećutno, bez izričitog navođenja, korišteni u nizu drugih neutvrđenih sudskih slučajeva. Prema našim istraživanjima u 2014.godini je bilo sedam predmeta u kojima se ESP pozivao na evropske Preporuke, u 2013.godini je bilo 12 takvih predmeta a samo u 2012.godini je bilo 27 takvih sudskih predmeta.

53 Pitanje je vrlo prosto: da li dokumenti „soft“ prava mogu, u postojećim uslovima, biti (a ako mogu biti – u kojoj mjeri?) čvrst i kredibilan pravni okvir za odluke evropskih tijela, pa i za društvene procese u „vanpravnim“ relacijama?

pravnih odnosa. Slijedom toga, na sceni jeste prisutno, vrlo jasno i uzajamno, impliciranje „*hard law*“-a i „*soft law*“-a. Dopunjavajući donesene propise „*hard law*“-a i djelujući na njegove adresate – bez mehanizama državne prinude – „*soft law*“, napokon, daje njegovim korisnicima nove smjernice i istodobno ostvaruje posebnu reinterpetaciju i remodernizaciju statike „*hard law*“-a u savremenom i vrlo dinamičnom društvenom, ekonomskom, pravnom i političkom okruženju. U potonjem kontekstu, po nama, fenomenologija „*soft*“ prava nedvojbeno jeste pravne prirode, pa bi bilo pretjerano tvrditi da je to „nekakvo“ pravo „razvodnjeno“ u politici, ali ovo „*pravo*“ jeste sve drugo osim klasičnog pravnog dogmatizma i pravnog redukcionizma. Također, zbog postojanja izvjesne doze „ne-pravnih“ normi u tekstovima „*soft law*“, otvara se interaktivni prostor za elaboraciju i integrisanje „ne-pravnih“ znanja i upravljanje pojedinim aspektima složenih društvenih fenomena sa „van-pravnom“ dimenzijom (sa refleksijom društvene i etičke odgovornosti na formulisane stavove). Stoga, ne možemo se nikako složiti sa autorima koji, simplificirano uzevši, negiraju obaveznost (a u krajnjoj liniji i sve pravne učinke) pravne norme „*soft law*“-a. Pravilnije bi bilo kazati da je „*soft law*“ kompleksan skup pravnih normi (atribucija njihove „pravnosti“ slijedi iz njihove jezičke, logičke i nomo-tehničke strukture), koje naglašavaju i potiču dominantne vrijednosti modernog društva (ali potiču i na regulaciju postojećih društvenih odnosa i konstrukciju novih relevantnih pravnih odnosa) i koje, u odsustvu dobre volje adresata, ne mogu biti sprovedene uz pomoć sudske prisile.⁵⁴

U konačnici, ako smo osnivačke ugovore usporedili sa temeljem EU, a odluke ESP sa armaturom, onda je „*soft law*“ svakako neizostavan izraz vizionarskih arhitektonskih težnji za adaptacijom i nadogradnjom „*evropske zgrade*“.

ZAKLJUČAK

Bosna i Hercegovina kao zemlja kandidat, težeći da ostvari članstvo u Evropskoj uniji, ima obavezu potpune, blagovremene i efektivne harmonizacije nacionalnih propisa sa pravnom stečevinom Evropske unije. To implicira obavezu proučavanja instrumenata harmonizacije propisa u Evropskoj uniji. Uredbe i direktive, kao dva najvažnija instrumenta harmonizacije, su obavezujući akti, namijenjeni različitim adresatima, trajno regulišu određenu oblast na evropskom

⁵⁴ To, naravno, ne znači da neki oblik prisile (vansudske) na određeni obrazac ponašanja, ipak, ne postoji. Kao praktičan primjer, u domaćem pravu, ćemo uzeti preporuke Institucije Ombudsmena za ljudska prava BiH. Iako se, na prvi pogled, čini da iste nisu obavezujuće, ne može se prenebregnuti da je – poglavljima VIII i IX Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH br. 19/02, 35/04 i 32/06) – propisano ponašanja Ombudsmena za ljudska prava u slučaju nepoštovanja preporuke i utvrđenja odgovornosti zvaničnika i službenika.

ili nacionalnom nivou. Smisao harmonizacije zakonodavstva, u konačnici, jeste dostizanje skupa vrijednosti i ciljeva koje pravne norme Evropske unije postavljaju kao svrhu integracije, a kod takvog zadatka ustanova „*soft law*“-a ima odlučujući značaj. Iako se, u većini domaće (pa i ranije strane) literature, „*soft law*“ naziva izvorom prava koji nema obavezujući značaj nego samo praktični (a na toj konstataciji se često i završava rasprava oko ovog instituta), ipak se u uporednim istraživanjima ističu mogući dometi ovog izvora prava i potencira njegova distinkcija u odnosu na „*hard law*“ i ne-pravne norme (društvene, religijske, etičke), a sve u svjetlu impakta izvjesne doze obaveznosti tog izvora prava na regulaciju i razvoj pravno relevantnih i (ne) regulisanih društvenih odnosa. Postizanjem konsenzusa svih faktora, u zakonodavnom procesu, „*soft law*“ razvija i generira nove propise.

LITERATURA:

- Alihodžić, J., (2012.), Razvoj Evropskog međunarodnog privatnog prava: pravci reforme zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, Off set Štamparija Tuzla, Tuzla,
- Barbić, J., (2012.), „Prilagodba hrvatskog prava europskoj pravnoj stečevini i pravnička struka“, Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ broj: 10, Sveučilište u Mostaru, Pravni fakultet, Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet, Neum,
- Barić, S., Ružić, L., (2008.), „Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 29., br. 2.,
- Direkcija za evropske integracije Bosne i Hercegovine, (2005.), Priručnik za usklađivanje propisa Bosne i Hercegovine sa propisima Evropske unije, Sarajevo, dostupan na: www.dei.gov.ba/dei/dokumenti/uskladjivanje/?id=3959
- Gráinne de Búrca & Joanne Scott (ur.), (2006.), Law and New Governance in the EU and the US,
- Hartley, T.C., (1998.), Osnovi prava Evropske zajednice, COLPI, Beograd,
- Kapteyn, P.J.G., P. VerLoren van Themaat, (1989.), Introduction to the Law of the European Communities, Deventer,
- Konsolidovana verzija Ugovora o Evropskoj Uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije (OJ C 326/2012),
- Misita, N., (2002.) Osnovi prava Evropske Unije, Magistrat, Sarajevo,
- Odluka o meritumu Ustavnog suda BIH br. AP.301/04 od 23.09.2005. godine,
- predmet C-131/03, R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. and Others v Commission of the European Communities, (2006.), ECR I-07795,
- predmet C-14/83 Sabine von Colson and Kamman v Land ordrhein-Westfalen, (1984.), ECR 1891,

- predmet C-148/78 Publico Ministero v. Tulio Ratti, (1979.), ECR 1629,
- predmet C-152/84 Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, (1986.), ECR I-723,
- predmet C-207/01, Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA, (2003), ECR I-08875,
- predmet C-22/70 Commission v. Council (ERTA) (1970.) ECR-263,
- predmet C-22/70, Commission of the European Communities v Council of the European Communities, European Agreement on Road Transport, (1971.), ECR 263,
- predmet C-301/03, Italian Republic v Commission of the European Communities, (2005.), ECR I-10217, predmet C-147/96, Kingdom of the Netherlands v Commission of the European Communities, (2000.), ECR I-04723,
- predmet C-303/90, French Republic v Commission of the European Communities, (1991.), ECR I-05315,
- predmet C-31/13, Hungary v European Commission, (2014.) ECR -00001,
- predmet C-322/88 Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles, (1989), ECR 4407,
- predmet C-34/73, Variola v. Amministrazione delle Finanze (1973.), ECR 981,
- predmet C-350/92, Spain v. Council (1995.) ECR I-1985,
- predmet C-362/08, Internationaler HilfsfondseV v European Commission, (2010.), ECR I-00669,
- predmet C-366/88, French Republic v Commission of the European Communities, (1990.), ECR I-03571,
- predmet C-39/72, Commission v. Italy, (1973.), ECR 101,
- predmet C-477/11, Sepracor Pharmaceuticals (Ireland) Ltd v European Commission, (2012.), ECLI identifier: ECLI:EU:C:2012:292,
- predmet C-521/06, Athinaïki Techniki AE v Commission of the European Communities, (2008.), ECR I-05829,
- predmet C-536/14, European Commission v Grand Duchy of Luxembourg,
- predmet C-57/95, French Republic v Commission of the European Communities, (1997.), ECR I-01627,
- predmet C-6/64 Costa v. ENEL (1964.), ECR 585,
- predmet C-9/90, Francovich and Bonifaci v. Italy (1991.), ECR I-5357,
- predmet C-91/92, Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, (1994.), ECR I-3325,
- predmeti C-463/10 i C-475/10, Deutsche Post AG and Federal Republic of Germany v European Commission, (2011.), ECR I-09639,
- Rizvanović, E., (2005.), Državna pomoć u zemljama Evropske unije - iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Štamparija Fojnica,
- Shaffer, C., G., Pollack, A. M., (2011.), „Hard Versus Soft Law In International Security“, 52 Boston College Law Review, Rev. 1147,
- Stefan, O. (2008), European Competition Soft Law in European Courts: A

- Matter of Hard Principles?. European Law Journal, 14(6),
- Terpan, F., (2014.), Soft Law in the European Union The Changing Nature of EU Law, European Law Journal, Wiley,
 - Trubek, D., Cottrell, M. and Nance, M. (2005.), ‘Soft law, “hard law”, and European integration: toward a theory of hybridity’, Legal Studies Research Paper No. 1002, University of Wisconsin,
 - Ugovor iz Lisabona /Ugovor o funkcionisanju EU/ (OJ C 306/07),
 - Ugovor o uspostavi Ustava za Evropu (OJ C 310/2004),
 - Vukadinović, R. D., (2008.), Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kragujevcu,
 - Vukadinović, R., D., (1991.) Evropska ekonomska zajednica – institucije, Preduzeće Nova, Beograd,
 - Vuletić, D., (2011.), „Pravni aspekti lisabonske strategije i budući izazovi – razrada s motrišta pravne prirode mekog prava (soft law)“, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, Zagreb, <http://hrcak.srce.hr/zbornik-pfz> Vol. 61 No. 3,
 - Zakon o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (Sl.glasnik BIH br. 19/02, 35/04 i 32/06).

Faruk LATIFOVIĆ, MA.

judge of the Brcko District Basic Court

REVIEW OF FORMAL SOURCES OF EUROPEAN UNION SECONDARY LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO „*SOFT LAW*”

Summary

Bosnia and Herzegovina should harmonize national legislative with the law acquis (acquisition) of European Union. On the platform of the unquestionable imperative of harmonization of European inner legislatures, at horizontal and vertical shaft, there were introduced European instruments of regulation – acts and directives. The important instruments of regulation are the “soft law” acts, to which we paid higher attention in this paper. That leads to overview and analysis of relevant instruments of European Union law, which is the object of this research, regarding their impact to the development of national legislative of member states and European Union membership candidates.

Key words: aquis communautaire, European Union law, directives, acts, soft law

STRUČNI RADOVI

Mr. Edina Šehrić, viši asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

POJAM I PRAVNA PRIRODA RADNOG ODNOSA U DRŽAVNOJ SLUŽBI

Sažetak

Radni odnosi su najučestaliji pravni odnosi u društvu. Zavisno od tipa organizacije u kojoj se rad obavlja, radni odnosi se javljaju u različitim oblicima. Jedan od tih oblika su i radni odnosi u državnoj službi. S obzirom da se u vezi s pojmom radnog odnosa u državnoj službi javljaju brojne nedoumice i dileme, u radu će se analizirati osnovni elementi i subjekti tog odnosa, a sve u cilju njegovog što potpunijeg razumijevanja.

U radu se određuje teorijski i pozitivno-pravni pojam državnog službenika kojem se različito pristupa u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Iako je radni odnos u državnoj službi predmet mnogih teorijskih istraživanja, nesumnjivo je da je to odnos između državnog službenika, kao zaposlenog, i države kao poslodavca i da se ta pravna veza uvijek reguliše posebnim propisima. Zbog toga će se u radu dati i odgovarajući osvrt na normativnu regulativu radnih odnosa državnih službenika u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: državni službenik, bitni elementi službeničkog odnosa, službenički odnos.

UVOD

Radni odnosi u državnoj službi,¹ u savremenom smislu, predstavljaju jednu veoma kompleksnu i obimnu materiju kojoj se u razvoju službeničkog sistema posvećuje posebna pažnja. Pitanja koja se tiču pojma i pravne prirode službeničkog odnosa, te prava, obaveza i odgovornosti koje proizlaze iz službeničkog odnosa aktuelna su problematika kako u svijetu tako i u Bosni i Hercegovini.

Određivanje pojma službeničkih odnosa nameće potrebu da se, prvenstveno, odgovori na neke teorijske nedoumice koje se javljaju u vezi s pravnim odnosom između države i državnog službenika. U vezi s tim, potrebno je utvrditi pravnu prirodu službeničkog odnosa, o kojoj još uvijek ne postoji jedinstveno shvatanje, odnosno odgovoriti na pitanje da li je službenički odnos predmet radnog ili upravnog prava. Da bi se odgovorilo na ovo pitanje potrebno je poći od činjenice da je materija službeničkih odnosa granično područje radnog i upravnog prava, te da se danas, kao što su se vodile i u prošlosti, vode diskusije o prirodi pravnih normi kojima se uređuje položaj državnih službenika.

Kada je riječ o Bosni i Hercegovini, u našoj zemlji je prihvaćen poseban pravni režim zaposlenih u državnoj službi, koji se bitno razlikuje od opšteg pravnog režima zaposlenih u drugim djelatnostima. Službenički odnosi primarno su regulisani službeničkim zakonodavstvom, a supsidijarno opštim radno-pravnim propisima.

U cilju što potpunije analize službeničkih odnosa u radu su izložena teorijska i pozitivno-pravna shvatanja pojma državnog službenika kako u Bosni i Hercegovini, tako i pojedinim evropskim zemljama, iz kojih je razvidno da ne postoji jedinstven model za određivanje tog pojma. Međutim, za državu radi i veliki broj drugih osoba koje su s njom u određenom pravnom odnosu, ali u drugačijem svojstvu u odnosu na državne službenike. Zbog toga će se u radu razgraničiti državni službenici u odnosu na te osobe. U prvom redu u pitanju su politički funkcioneri (dužnosnici), dok drugu grupu osoba od kojih treba razgraničiti državne službenike čine namještenici. Bez obzira za obavljanje kojih poslova u organu državne službe su angažovani (upravni, stručni i dr.), državni službenici kao i politički dužnosnici i namještenici čine kadrove u upravi, odnosno njen personalni sastav od čije sposobnosti, stručnosti i moralnih kvaliteta zavisi i kvalitet rada uprave.

1 U nastavku teksta koristit će se pojam *službenički odnos*.

1. Službenički odnos

Radni odnosi su posebna vrsta pravnih odnosa koje naspram ostalih pravnih odnosa karakterišu određene specifičnosti.² To su najživlji i najučestaliji pravni odnosi u društvu koji nastaju, razvijaju se, mijenjaju i prestaju između konkretnih subjekata³ povodom posebnog pravnog objekta - zavisnog rada iz kojeg proizilaze prava, obaveze i odgovornosti koja se između njih uspostavljaju i reguliraju. S obzirom da se kao poslodavac u radnom odnosu može pojaviti fizičko ili pravno lice koje na temelju valjanog pravnog osnova angažuje rad drugog lica, radni odnos se može zasnovati sa privrednim subjektima, javnopravnim tijelima, raznim udruženjima, ustanovama i drugim fizičkim i pravnim licima. U zavisnosti od toga ko su poslodavački subjekti, radni odnosi su različito uređeni i mogu se svrstati u dva odvojena i različita pravna režima: opći i posebni.

Opći režim radnih odnosa uređuje osnovna prava koja se odnose na sve zaposlene i sve poslodavce, dok poseban režim uređuje posebnosti radnih odnosa pojedinih kategorija zaposlenih lica. Toj kategoriji pripadaju i državni službenici.

Stupajući na rad u službu određenog državnog organa lice stiče status državnog službenika, a odnos koji se pri tome uspostavlja naziva se službenički odnos. Službenički odnos je, dakle, posebna vrsta radnog odnosa koji se odlikuje određenim specifičnostima, a koje proizlaze, prije svega, iz posebnog položaja državnih službenika koji u ime države obavljaju javne poslove.⁴

Pri određivanju pojma i sadržaja službeničkog odnosa u prvi plan se stavljaju bitni elementi koji ga razlikuju od drugih pravnih odnosa, a to su: dobrovoljnost,

2 Osobine i obilježja radnih odnosa po kojima se oni bitno razlikuju od svih ostalih društveno pravnih odnosa mogu se posmatrati u užem i širem smislu. Te razlike se „najčešće označavaju kao osnovni (bitni) i sporedni (nebitni) elementi pojma radnog odnosa“. „Osnovni, bitni elementi opredjeljuju pravne odnose na radu i povodom rada kao radne odnose, tj. ukoliko jedan nedostaje nema ni radnih odnosa, dok nebitni (sporedni) elementi utiču na oblike i vrste radnih odnosa (trajanje radnog odnosa, vrsta radnog vremena i slično).“ Dedić, S. Gradašćević-Sijerčić, J., *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2005., 164.

3 Subjekti radnog odnosa su poslodavac i posloprimac. Poslodavac je pravno ili fizičko lice koje angažira rad drugog lica, a posloprimac je fizičko lice koje prihvata ponuđeni posao u skladu sa važećim pravnim propisima.

4 Specifičnosti službeničkih odnosa su: a) službenički odnos je dvostrani odnos između države i državnog službenika; b) kod službeničkog odnosa postoji primat zakonskog uređenja, dok su podzakonski akti izvori sekundarne prirode; c) rad državnih službenika plaća se iz javnih sredstava; d) osobine na kojima se insistira kod državnih službenika su profesionalnost, nepristrasnost i lojalnost; e) specifičan položaj državnih službenika nosi sa sobom i specifične obaveze (npr. čuvanje službene tajne); f) posebno važno načelo jednake dostupnosti radnih mjesta u javnim službama podrazumijeva da se izbor službenika vrši s obzirom na stručnost, znanje i vještine kandidata. Ilić, A., „Pojam, pravna priroda i subjekti službeničkog odnosa“, *Teme-časopis za društvene nauke*, 3/2011, 940.

lično obavljanje posla, naplativost, subordinacija, preuzimanje dužnosti i sticanje određenih prava, te profesionalnost.

Dobrovoljnost se u službeničkom odnosu ispoljava kroz pristanak obiju strana za zasnivanje radnog odnosa, tj. njegovu uspostavu, ali i održanje.⁵ Pristanak na strani države postoji u slučaju objavljivanja javnog konkursa za popunu slobodnog radnog mjesta u organu državne službe, dok na strani državnog službenika pristanak postoji u slučaju podnošenja prijave na objavljeni konkurs. U našem službeničkom zakonodavstvu se, dakle, službenički odnos ne može zasnovati po sili zakona (*ex lege*), nego mora postojati pristanak države kao poslodavca i državnog službenika kao zaposlenika. Zakon, međutim, propisuje formalne uslove koje mora ispunjavati osoba da bi bila primljena u državnu službu i takvi uslovi predstavljaju izuzetke u kojima dolazi do negiranja dobrovoljnosti u službeničkom odnosu.

Lično obavljanje povjerenog posla uključuje obavezu državnog službenika da svoje dužnosti predviđene opisom poslova radnog mjesta obavlja ispravno, na vrijeme, savjesno, stručno, ne koristeći ih radi ličnog dobitka, u skladu sa načelom javnosti i poštujući pri tome ustavno-pravni poredak zemlje.⁶ Pravna obaveza državnog službenika je da lično obavlja poslove radnog mjesta, s obzirom da se prijem u državnu službu i vrši prema ličnim svojstvima državnog službenika koja obuhvataju njegovu stručnu, profesionalnu sposobnost i iskustvo. S tim u vezi, ne postoji mogućnost povjeravanja obavljanja poslova radnog mjesta drugoj osobi.⁷ Propusti državnog službenika u ličnom obavljanju poslova radnog mjesta na koje je postavljen imali bi za posljedicu povrede službene dužnosti zbog čega se državni službenik poziva na odgovornost.

Bitan element službeničkog odnosa je naplatnost (oneroznost), koja podrazumijeva pravo državnog službenika da za obavljeni posao primi plaću. Pored plaće, kao temeljnog prava iz radnog odnosa, državnim službenicima

5 Bez prijave službenika na javni konkurs za prijem u državnu službu službenički odnos se ne bi mogao uspostaviti prisilno odlukom javne vlasti. Čak i tokom trajanja tog odnosa, ako se želi promijeniti vrsta ili razina poslova na kojima službenik radi, potrebna je njegova prijava na interni oglas. Pristanak državnog službenika na održanje takvog odnosa mora postojati cijelo vrijeme njegovog trajanja. Ako službenik više ne želi ostati u tom pravnom odnosu, može bez bilo kakvih ograničenja, osim u pogledu otkaznog roka, otkazati državnu službu. I na strani države volja da se s određenom osobom bude u službeničkom odnosu mora biti trajno prisutna tokom trajanja tog odnosa. Vidi više u: Potočnjak, Ž., „Posebnosti radnih odnosa državnih službenika“, u M. Dika (ur.), *Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Godišnjak*, 12/2005, 220.

6 Drmić, A., „Službenički odnos u hrvatskoj pravnoj regulativi“, *Hrvatska komparativna javna uprava*, 2/2013, 577.

7 Lično obavljanje povjerenog posla predstavlja kriterij koji razlikuje službenički odnos od nekog drugog odnosa u kojem je predmet također obavljanje posla, ali gdje ne postoji obaveza da taj posao obavi osoba s kojom je taj odnos zasnovan. Znači, kod ovog elementa u pitanju je živi rad osobe s kojom je službenički odnos zasnovan, a ne rezultat rada (kao npr. kod ugovora o djelu). *Ibid.*, 578.

pripadaju i druga materijalna prava utvrđena posebnim zakonom i kolektivnim ugovorom. Karakteristika naplatnosti u službeničkom odnosu sastoji se u pojačanoj državnoj intervenciji pri uređenju plaća. Naime, sistem plaća državnih službenika predmet je isključivo zakonske regulative, dok ne postoji mogućnost uređenja plaća pojedinačnim aktima kao što je slučaj u općem režimu radnih odnosa gdje je plaće moguće individualno ugovarati.

Državni službenik je u obavljanju službene dužnosti u odnosu podređenosti (subordinacije) prema nadređenom službeniku i rukovodiocu organa državne službe, što znači da je u izvršavanju poslova i zadataka radnog mjesta dužan postupati u skladu s nalogima tih službenika.⁸ Iako je subordinacija prisutna u svim radnim odnosima,⁹ njena posebnost u službeničkom odnosu sastoji se u tome što su državni službenici dužni da se pri vršenju službe pridržavaju Ustava, zakona i pravila struke. Razlog tome su karakter poslova koje državni službenici obavljaju, njihov izuzetan značaj i delikatnost za funkcionisanje države, te čvrsta hijerarhijska struktura u nadležnostima i međusobnim odnosima viših i nižih organa i službenika na višoj i nižoj razini državne hijerarhije. Navedeni razlozi utiču na naglašeniju subordinaciju u službeničkom odnosu nego u općem radno-pravnom odnosu, na osnovu čega se može zaključiti da su državni službenici, za razliku od ostalih zaposlenika, u većoj mjeri podređeni državi, odnosno državnom režimu.¹⁰

Stupanjem na rad u organ državne službe državni službenici preuzimaju određene zakonske obaveze, kao što su: vršenje poslova radnog mjesta u skladu sa Ustavom i zakonom, izvršavanje naredbi rukovodioca organa i nadređenog državnog službenika, nepristrasnost u obavljanju poslova i izvršavanju zadataka radnog mjesta, dužnost pružanja informacija o upravnim poslovima javnosti i zainteresiranim stranama, te javnim organima i dr. Svako preuzimanje dužnosti u službeničkom odnosu povlači za sobom i određena prava državnih službenika.

8 „Dužnost izvršavanja naloga kao posebnu obavezu državnog službenika propisuje zakon kao posljedicu hijerarhijskog ustroja i funkcionisanja u tijelima državne vlasti a napose u tijelima državne uprave (...). Poštivanje službeničke hijerarhije kao posebnog oblika odnosa između viših (nadređenih) i nižih (posređenih) službenika utvrđena u službeničkom pravu jedan je od uvjeta uspješnog obavljanja službe uvažavanjem specifičnih odnosa koji postoje na razini između službenika različitog ranga.“ Borković, I., *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999., 111.

9 Kada je u pitanju subordinacija kao karakteristika ili element koji se javlja u radnim odnosima treba imati u vidu da se subordinacija „ne javlja jednako u svim radnim odnosima, dok, smatra se, subordinacije u nekim radnim odnosima i nema.“... „Smatra se da subordinacije nema u radnim odnosima u privredi, ili u radu kod kuće. Ipak, sve zavisi od toga šta se pod subordinacijom podrazumijeva. Prema nekim ranijim definicijama, radni odnos je bio odnos radnika i poslodavca u kome se radnik nalazi u zavisnom odnosu, za koji je karakteristična baš ta zavisnost radnika od poslodavca. Ako ta zavisnost podrazumijeva i odnos naredbodavca i izvršioca onda je to odnos subordinacije.“ Brajić, V., *Radno pravo*, Savremena administracija a.d. Beograd, 2001.

10 Drmić, A., *op.cit.* 578.

Temeljna prava državnih službenika, iako sa odgovarajućim modifikacijama, istovjetna su pravima ostalih zaposlenika na koje se odnose opći propisi o radu. Zakonima kojima se uređuje radno-pravni položaj državnih službenika taksativno su navedena prava koja pripadaju državnim službenicima, a koja su izraz nastojanja demokratskog pravnog poretka da putem tih prava osigura dignitet ličnosti državnog službenika.¹¹

Na temelju postojanja službeničkog odnosa državnom službeniku se priznaje profesionalni status, koji se stiče kako stabilnim i redovnim obavljanjem službene dužnosti, tako i dodatnim obrazovanjem i usavršavanjem u toku trajanja službe. Zakoni o državnim službenicima Bosne i Hercegovine posebno naglašavaju element profesionalnosti, koji je utvrđen i kao pravo i kao obaveza državnih službenika. Radi se o jednoj od temeljnih vrijednosti državne službe od koje zavise učinkovitost i efikasnost cjelokupne državne uprave, jer jedino savjestan i odgovoran rad državnih službenika, te njihova sposobnost i posvećenost poslu mogu doprinijeti razvoju profesionalne i stabilne državne službe koja je u stanju pružiti učinkovite i kvalitetne usluge građanima i javnoj vlasti.¹²

Iz navedenog proizlazi da status državnog službenika u službeničkom odnosu čine upravo pogodnosti (prava) koja službenici imaju s obzirom na svoj položaj u državnoj službi, kao i obaveze (dužnosti) koje moraju izvršavati za vrijeme obavljanja službe. Važno je istaći da sva prava i dužnosti državnih službenika nisu ličnog karaktera jer „sva ovlašćenja i dužnosti imaju za pravac isključivo javni interes, a ne korist lica koje vrši službu (...). Iz tog sleduje da prava službenika sa svim koristima izvedenim iz njih, mogu u svako doba da se mijenjaju zakonom ili uredbom, čim to iziskuje interes cjeline.“¹³

Specifičnost funkcije koju obavljaju državni službenici uzrokuje i specifičan sistem pozitivno-pravnih izvora o radnim odnosima u organima državne službe.¹⁴ U Bosni i Hercegovini se, kao i u drugim savremenim zemljama, posebna pažnja posvećuje pravnoj regulaciji statusa osoba koje obavljaju poslove iz nadležnosti

11 Međutim, propisi kojima se uređuje radno-pravni status državnih službenika u Bosni i Hercegovini mnogo manje su se bavili pravima, a mnogo više obavezama državnih službenika, što utiče na kvalitet pravnog statusa službenika koji se mjeri upravo obimom prava koja su mu zagantovana i širinom njihove zaštite.

12 U našem pravnom sistemu Strategijom reforme javne uprave razvoj profesionalnosti postavljen je kao jedan od primarnih ciljeva u reformi službeničkog sistema, u domenu politike upravljanja ljudskim potencijalima.

13 Lilić, S., *Upravno pravo i Upravno procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014., 182.

14 Propisi o državnoj službi ne regulišu samo radne odnose između poslodavca i zaposlenih kao što je slučaj sa općim propisima o radu. S jedne strane, oni nastoje zaštititi državne službenike u izvršavanju njihove posebne uloge u demokratskim društvima, a s druge, zaoštriti profesionalne standarde na osnovu delikatnih pitanja kojima se službenici bave. Evropski principi za državnu upravu, SIGMA, 27/2004, www.parlament.gov.rs, (26. januar 2016.)

državnih organa. S obzirom na mjesto koje zauzimaju u hijerarhijskoj strukturi države i činjenicu da odlučuju o pravima njihovih sugrađana, državni službenici podvrgnuti su posebnim pravnim principima i obavezujućim pravilima. Ta pravila sadržana su u četiri osnovna zakonska akta koja uređuju četiri posebna sistema radnih odnosa, i to: Zakon o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine,¹⁵ Zakon o državnoj službi Federacije Bosne i Hercegovine,¹⁶ Zakon o državnim službenicima Republike Srpske,¹⁷ Zakon o državnoj službi u organima javne uprave Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.¹⁸ Navedeni zakoni predstavljaju generalne (opće) izvore službeničkog prava i regulišu osnovne radno-pravne institute koji važe za državne službenike u državnim institucijama, organima državne službe Federacije Bosne i Hercegovine, republičkim organima uprave Republike Srpske i organima javne uprave Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. S druge strane, u odnosu na opći režim radnih odnosa, ovi zakoni predstavljaju *lex specialis* propise kojima se uređuju posebnosti radno-pravnog statusa državnih službenika.

Iako je radno-pravni status državnih službenika cjelovito uređen velikim brojem posebnih propisa, određena prava, obaveze i odgovornosti su izuzeti od takve regulacije, te se u pogledu njihovog uređivanja upućuje na primjenu općih propisa radnog zakonodavstva.¹⁹ Ovdje je potrebno naglasiti da se opći radno-pravni propisi na službeničke odnose primjenjuju supsidijarno, tj. samo kada posebnim zakonom, podzakonskim aktom ili kolektivnim ugovorom određeno pitanje nije uređeno.

15 U daljem tekstu: ZDS 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 i 40/12).

16 U daljem tekstu: ZDS FBiH, („Službene novine Federacije BiH“, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15).

17 U daljem tekstu: ZDS RS, („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 118/08, 117/11 i 37/12).

18 U daljem tekstu: ZDS BD BiH, („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 09/14).

19 U članu 47. ZDS FBiH („Službene novine Federacije BiH“, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15) propisano je da se na državnog službenika primjenjuju Zakon o radu, ostali zakoni i kolektivni ugovori kojima se uređuju prava i obaveze iz radnog odnosa, osim ako tim zakonom nije drugačije utvrđeno.

2. Subjekti službeničkog odnosa

Za razliku bod zakona kojima se uređuje radno-pravni status državnih službenika u zemljama regije²⁰, Zakoni o državnim službenicima u Bosni i Hercegovini ne određuju subjekte radnog odnosa u državnoj službi, već se posredno kroz analizu zakonskih odredbi dolazi do saznanja o tome da su subjekti radnog odnosa u državnoj službi:

- a) država i
- b) državni službenik

a) Država kao subjekt službeničkog odnosa

Država je društvena organizacija koja se od ostalih društvenih organizacija bitno razlikuje po:

„globalnom i političkom karakteru; suverenosti državne vlasti; posjedovanju oružane, ekonomske i ideološke moći; posebnom odnosu prema stanovništvu i teritoriji; specifičnim državnim funkcijama i povezanosti države i prava.“²¹ S obzirom na navedene karakteristike država predstavlja najorganiziraniji dio društva i sve poslove državnih djelatnosti ostvaruje konstituiranjem državnih organa. Pri tome, posao koji obavi bilo koji državni organ jeste posao same države. Zbog toga je za uspješno obavljanje poslova državnih organa potrebno ispunjenje određenih pretpostavki koje se odnose na postojanje potrebnih sredstava za rad, određivanje ciljeva, poslova i zadataka, te angažiranje potrebnog broja službenika i drugih lica koji su najbitniji i nezamjenjivi element funkcioniranja države i vršenja vlasti. Dakle, uspostavljanjem državnih organa država organizira obavljanje određenih djelatnosti kao sredstava ostvarivanja njenih funkcija za čije vršenje angažira rad određenih fizičkih lica kojima je ona poslodavac.

Specifičnost položaja države kao poslodavca u javnom sektoru, u odnosu na poslodavce u privatnom sektoru, ogleda se u tome da je država istovremeno i

20 Zakon o državnim službenicima Republike Srbije sadrži odredbu u kojoj se izričito predviđa da je Republika Srbija poslodavac državnim službenicima. (član 3. Zakona o državnim službenicima Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09). Sličnu odredbu sadrži i Zakon o državnim službenicima Republike Hrvatske. U članu 1. tog zakona propisano je, između ostalog, da se tim zakonom uređuje radnopravni položaj između državnih službenika i države kao poslodavca. (Zakon o državnim službenicima Republike Hrvatske, „Narodne novine Republike Hrvatske“, broj 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 37/13 i 38/13). Ni Zakon o državnim službenicima i namještenicima Republike Crne Gore nije izuzetak kada je u pitanju određivanje subjekata radnog odnosa u državnoj službi. Tako se u članu 4. Zakona određuje da je poslodavac državnim službenicima država Crna Gora. (Zakon o državnim službenicima i namještenicima Republike Crne Gore, „Službeni list Republike Crne Gore“, broj 50/08, 86/09).

21 Visković, N., *Država i pravo*, Birotehnika CDO Zagreb, 1995., 21.

poslodavac i zakonodavac. Za razliku od drugih poslodavaca, ona donosi norme kojima se konstituiše sistem radnog prava koji se primjenjuje na teritoriji cijele države i obavezan je za sve poslodavce koji svoju djelatnost obavljaju na toj teritoriji. Bitno je naglasiti da ove norme država ne donosi u svojstvu poslodavca, već to čini kao vršilac zakonodavne vlasti.²² Kao poslodavac država je u obavezi da se pokorava normama koje je sama donijela: ona vrši Ustavom utvrđene funkcije vlasti, a njene funkcije tj. prava i dužnosti, vrše Ustavom određeni organi. Ova dvojnost položaja države otežava precizno određenje mjere u kojoj ona djeluje sa pozicije vlasti, odnosno mjere u kojoj djeluje kao jedna od strana u radno-pravnom odnosu.

Druga specifičnost države kao poslodavca ogleda se u tome što država u vršenju svojih djelatnosti ne posluje po tržišnim principima, već se njene djelatnosti finansiraju iz sredstava ubranih po osnovu javnih prihoda. Ovakav način finansiranja državnih djelatnosti osigurava stalan i siguran priliv sredstava i kontinuitet vršenja poslova zbog čega država nije izložena pritiscima tržišta koje nema uticaja na obim potrebnog zapošljavanja državnih službenika i ostalih lica, određivanje prava svih zaposlenih, preduzimanje mjera u slučaju nekvalitetnog, neblagovremnog i nepristrasnog obavljanja službeničkih i drugih poslova i slično.

Treće, autonomija volje države kao poslodavca u javnom sektoru, u uspostavljanju radno-pravnog odnosa, znatno je ograničena u odnosu na autonomiju volje poslodavca u privatno-pravnom sektoru. To ograničenje autonomije volje proizlazi iz činjenice da država uspostavljanjem radno-pravnog statusa sa službenicima i drugim licima ne mijenja svoj statusni položaj, ne postaje subjekt privatnog prava, već i dalje zadržava status suverena državne vlasti iz čega joj proizilazi obaveza da i dalje štiti javni interes u skladu sa zakonom i podzakonskim aktima.

b) Državni službenik kao subjekt službeničkog odnosa

Stupajući na rad u organ državne službe i preuzimajući vršenje određenih poslova, lice stiče status državnog službenika i na taj način postaje subjekt službeničkog odnosa. Taj odnos predstavlja relaciju između državnog službenika, kao zaposlenog lica koje obavlja rad profesionalno i države kao poslodavca. Specifičnost položaja državnog službenika kao subjekta u radnom odnosu ogleda se u tome što on nije samo zaposlenik u državnoj službi, već je i nosilac državnih

²² Prva uloga države je da reguliše osnovne odnose između poslodavaca i zaposlenih. Država mora da postavi minimalne standarde radi uspostavljanja pravičnih uslova za rad za sve zaposlene, kao i da definiše prava i obaveze obje strana. Nasuprot ovoj, opštoj ulozi, uloga države kao poslodavca ogleda se u obezbjeđenju efikasnog, profesionalnog i nepristrasnog djelovanja državne službe. Vidi ponovo: Evropski principi za državnu upravu, www.parlament.gov.rs.ba, (26. januar 2016.)

ovlaštenja koji mora garantovati primjenu ustavnih principa i principa upravnog prava u svakodnevnom radu državne službe.

Međutim, država kao poslodavac pored rada u službi, koji obuhvata vršenje poslova u okviru djelatnosti državnog organa, zahtijeva i rad u funkciji koji se odnosi na vršenje djelatnosti državnog organa. Prvi oblik rada je rad državnih službenika kao stručnog i profesionalnog aparata, dok se drugi oblik rada odnosi na rad državnih funkcionera. Iako su oba oblika rada neposredno vezana za vršenje djelatnosti države, njihova različita priroda uslovljava i različit status lica koja ih vrše. Naime, državni funkcioneri su nosioci političke vlasti koji politički mandat stiču izborom od strane naroda ili predstavničkog tijela. Zakonima kojima se uređuje radno-pravni status državnih službenika u Bosni i Hercegovini predviđeno je da članovi predstavničkih, izvršno-političkih tijela, sudije, javni tužioci, te savjetnici nosilaca navedenih dužnosti nisu državni službenici.²³ Izvršavajući prenesena ovlašćenja, prava i odgovornosti ova lica izvršavaju funkciju državne vlasti kao javnu, političku djelatnost koja ne predstavlja njihovo redovno zanimanje, odnosno profesiju.²⁴ S druge strane, stručne poslove pripremanja vršenja funkcije vlasti obavljaju državni službenici, i to kao svoje redovno zanimanje u radnom odnosu. Pri tome, doprinoseći realizaciji određene funkcije vlasti državni službenici su subordinirani nosiocima funkcije, odnosno javljaju se kao izvršioci pravnih akata i političkih odluka državnih funkcionera. Iz navedenog proizlazi da služba, za razliku od funkcije, ukazuje na obavljanje rada u svojstvu lica u radnom odnosu.

Druga grupa osoba od kojih treba razgraničiti državne službenike su namještenici. Namještenici su osobe koje u organu državne službe obavljaju poslove koji su funkcionalno povezani sa poslovima osnovne djelatnosti organa državne službe. U pitanju su poslovi koji neposredno doprinose da se poslovi osnovne djelatnosti pravilno i efikasno obavljaju i zajedno sa tim poslovima čine neodvojivu cjelinu.²⁵

23 Član 4. ZDS 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 i 40/12.; član 5. ZDS FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15.

24 U navedenom kontekstu, kriteriji za izbor funkcionera nisu stručni, već prvenstveno politički. Međutim, kada je u pitanju sudska vlast, ona se zasniva na stručnim kriterijima, tako da i funkciju državne vlasti vrše izabrana fizička lica koja imaju status funkcionera, odnosno sudije. Vidi: Ilić, A., „Pojam, pravna priroda i subjekti službeničkog odnosa“, Časopis za društvene nauke, broj 3/2011, 952.

25 Poslovi za koje su nadležni namještenici podijeljeni su u dvije grupe: a) dopunski poslovi osnovne djelatnosti kao stručni poslovi neposredno vezani za određenu vrstu poslova osnovne djelatnosti i b) poslovi pomoćne djelatnosti kao poslovi općeg karaktera koji na određeni način opslužuju obavljanje poslova osnovne djelatnosti, ali i poslova dopunske djelatnosti. Detaljnije o tome u: M.Lepušina/H.Kurtović, *Zbirka propisa o radnim odnosima državnih službenika i namještenika u organima državne službe i sudske vlasti u Federaciji BiH*, Samostalni sindikat državnih službenika i namještenika u organima državne službe, sudskoj vlasti i javnim ustanovama u Federaciji BiH, Sarajevo, 2006.

Na osnovu naprijed izloženog može se izvesti zaključak da su državni službenici lica koja u državnim organima obavljaju poslove intelektualne prirode kao svoje trajno i redovno zanimanje. U teoriji, međutim, postoje različita gledišta o pojmu državnog službenika, a koja su uvjetovana specifičnostima sredine i vremena u kojima se taj pojam javlja i koristi. S obzirom na to da u teoriji postoje dva osnovna pojma državne službe – u funkcionalnom i organskom smislu, to bi se i pojam državnog službenika mogao odrediti s funkcionalnog i organskog aspekta.

Sa funkcionalnog aspekta pojam *državnog službenika* određuje se prema sadržaju funkcije, tj. prirodi službe koju obavlja nezavisno od organizacijskog oblika te službe, prirodu i značaj posla ili svojstvo lica u toj službi. Funkcionalni pojam službenika uglavnom se vezao za obavljanje javne službe, pa u vezi s tim, status službenika ima svaka osoba koja sudjeluje u njenom obavljanju.²⁶ Pojam službenika sa organizacijskog stanovišta obuhvaća sva ona lica koja rade u organima javne službe bez obzira na vrstu i prirodu posla. Prema ovom stanovištu za određivanje pojma službenika bitan je organizacijski oblik tijela u kojem službenik radi. Tako sve osobe koje obavljaju službu u jednom organizacijskom obliku, na primjer u upravi, dobivaju kvalifikaciju službenika.

U uporednom pravu teorijski pojam državnog službenika nije posebno definisan, ali je svim zemljama članicama Evropske unije zajedničko da su zaposleni u državnoj službi podvrgnuti specifičnim pravilima, s tim da se opseg državne službe razlikuje od zemlje do zemlje.²⁷ U njemačkoj teoriji javni/državni službenik je lice koje je na osnovu upravnog akta stupilo u javno-pravni odnos služenja državi.²⁸ U francuskoj teoriji pojam službenika tretirao se veoma široko. Starije francuske teorije dijelile su javne službenike na dvije skupine, i to: *fonctionnaires publics*²⁹, u koje su se ubrajale različite vrste službenika, kao što su službenici od karijere (suci, profesori i dr.), prigodni službenici (gradonačelnik), zatim imenovani službenici, stalni i privremeni službenici i dr. Drugu skupinu su činili *agents non fonctionnaires* kao prinudni službenici (*agents requisitionnes*),

26 Tako: Borković, I., (1999) str. 36. ističe da je „prije svega službenik osoba koja sudjeluje u obavljanju javne službe. Pojam javne službe pojavljuje se u svim definicijama službenika“.

27 Pojedine države članice Evropske unije prihvataju široki koncept državne službe koja obuhvaća sve zaposlene u javnom sektoru (Francuska, Irska, Holandija, Španija i Švedska), dok se u drugim zemljama, poput Austrije, Njemačke, Danske, Italije i Ujedinjenog Kraljevstva, prihvata ograničeni koncept državne službe. U ovom drugom slučaju državni službenici su samo oni koji se profesionalno bave državnom upravom i javnim upravljanjem, kao što su policija, carina i sl. Administracija i državna služba u 27 država članica EU, <http://www.parco.gov.ba>. (27. januar 2016.)

28 U državnoj službi Njemačke postoje tri kategorije zaposlenika: a) državni službenici koji uglavnom zauzimaju radna mjesta u policiji, obrazovanju i sl.; b) namještenici koji zasnivaju radni odnos ugovorima privatnog prava i c) radnici koji se također nalaze pod privatnim radnim pravom, ali im satus de facto pruža istu sigurnost kao i državnim službenicima. Preuzeto sa: <http://www.eupan.eu>. (27. januar 2016.)

29 Borković, I., *op.cit.* 42.

pomoćni službenici (*agents auxiliaires*) i počasni službenici (*agents honorifiques*).³⁰ U pojam javnog službenika nisu se ubrajali *gouvernants*, tj. osobe koje obnašaju neku političku dužnost (poslanici, ministri i dr.). Novije francuske teorije javnim službenikom označavaju osobu koja je imenovana za stalno obavljanje poslova i koja je postavljena u zvanje u različitim tijelima hijerarhije javne uprave.³¹ U Mađarskoj državni službenici su osobe koje obavljaju upravljačke funkcije i imaju posebno važnu dužnost u tijelima državne uprave.³²

Iz navedenih analiza može se zaključiti da u zemljama Evropske unije ne postoji jedinstvena definicija pojma državni službenik niti jedinstven model po kome bi se odredio krug državnih službenika.³³ U pojedinim državama to je većina zaposlenih u upravi, dok su u ostalim državama državni službenici, za koje važi poseban režim rada, samo oni čiji su poslovi povezani sa primjenom javno-pravne moći i zaštitom općih interesa države.

Definicije pojma državnog službenika često su davane i u zakonskim tekstovima. Pored toga što je zakonsko određenje ovog pojma uvjetovano posebnostima sredine i vremena u kojem se javlja, ono je također uvjetovano i specifičnim pristupima zakonodavca pri uređivanju državne službe u određenoj državi. Tako je potrebno prvenstveno utvrditi pozitivno-pravne pojmove konkretne zemlje jer ni sam pojam državnog službenika, po istom pozitivnom pravu, nije istovjetan za čitavo pravno područje. Upravo se iz tog razloga određivanje pojma državnog službenika, ali i njihovog statusa i uloge, ne može posmatrati izvan okvira društveno-političkog i pravnog sistema, odnosno izvan ustavnih i zakonskih okvira pojedine države unutar koje mu se priznaje taj status i unutar koje on ostvaruje svoju službeničku ulogu. Posljedica toga su i različiti pristupi u zakonskom određivanju pojma državnog službenika.

Prva zakonska definicija ovog pojma bila je data u Kaznenom zakonu Francuske (*Code penal*) iz 1881. godine i to za potrebe kaznenog postupka u stvarima vezanim za kaznenu odgovornost službenika u obnašanju službeničke dužnosti.³⁴ Prema toj definiciji službenicima su smatrani oni koji vrše službu u tijelima javne vlasti, ali i svi oni koji izvršavaju javni mandat.³⁵

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*, 43.

32 Drmić, A., *op.cit.* 572.

33 U određivanju pojma službenika veliki značaj ima Preporuka R (2000) 6 Vijeća Evrope o statusu javnih službenika u EU koja javne službenike definiše kao zaposlene od strane državne vlasti koji primaju platu iz državnog proračuna osim izabranih predstavnika vlasti i određenih kategorija zaposlenika čiji je status uređen drugim propisima. Recommendation No. R (2000) 6, adopted by the Committee of Ministers on 24.02.2000. at the 699th meeting of the Ministers Deputies.

34 Borković, I., *op.cit.* 53.

35 *Ibid.* Ovakva je definicija zbog svoje širine bila izložena kritici, a pravna je praksa u to vrijeme pod pojmom „fonctionnaire“ smatrala: ministre, državne podtajnike, opće savjetnike, načelnike i njihove zamjenike.

Normativno definisanje pojma državnog službenika u Bosni i Hercegovini u današnjim uslovima je otežano, s obzirom na činjenicu da ne postoji zakon kojim bi bila objedinjena problematika službeničkog statusa na svim nivoima vlasti. Naime, zakonima kojima se uređuje status državnih službenika utvrđuju se različiti kriteriji za definisanje pojma državnih službenika. Tako je Zakonom o državnim službenicima Republike Srpske utvrđeno da državni službenik može biti i lice sa višom i srednjom stručnom spremom, dok državni službenik u institucijama Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine može biti isključivo lice sa visokom stručnom spremom.³⁶

Iz zakonskih odredbi proizlazi da se pojmovno status državnog službenika vezuje za osobu koja je rješenjem³⁷ postavljena na radno mjesto u državnoj službi. U institucijama Bosne i Hercegovine državni službenik je lice postavljeno upravnim aktom na radno mjesto u državnoj službi u skladu sa zakonom.³⁸ U Federaciji Bosne i Hercegovine državni službenik je lice postavljeno rješenjem na radno mjesto u organ državne službe u skladu sa zakonom.³⁹ U Republici Srpskoj državni službenik je lice sa visokom stručnom spremom koje je zaposleno u republičkom organu uprave i obavlja poslove osnovne djelatnosti u organu republičke uprave. Izuzetno, državni službenik je i lice sa završenom višom i srednjom stručnom spremom ako obavlja stručne poslove iste djelatnosti.⁴⁰ Iz ovakvog određenja pojma državnog službenika proizlazi da su svi zaposleni u organima republičke uprave u Republici Srpskoj državni službenici, dok taj status u institucijama države, federalnim i kantonalnim organima državne službe, te općinskim službama za upravu imaju samo ona lica koja su posebnim aktom postavljena na radno mjesto u državnoj službi. U organima javne uprave Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine državni službenik je lice koje obavlja poslove osnovnih djelatnosti iz nadležnosti javne uprave i drugih institucija.⁴¹

Za razliku od zakona na nivou države i Federacije Bosne i Hercegovine koji usvajaju organizacijsku definiciju pojma državnog službenika i zakona koji uređuje radno-pravni status državnih službenika u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine,

36 Član 2. stav 2. ZDS RS, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 118/08, 117/11 i 37/12; član 22. stav 1. tačka c. ZDS 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 i 40/12 i član 25. stav 1. tačka c. ZDS FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15.

37 Za razliku od rješenja kojim se državni službenici postavljaju na radna mjesta u organe državne službe Federacije Bosne i Hercegovine, rješenja kojim se državni službenici postavljaju na radna mjesta u institucijama Bosne i Hercegovine su upravni akti.

38 Član 1. stav 2. ZDS 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 i 40/12.

39 Član 1. stav 2. ZDS FBiH, „Službene novine FBiH“, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15.

40 Član 2. stav 2. ZDS RS, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 118/08, 117/11 i 37/12.

41 Član 2. tačka a. ZDS BD BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, broj 09/14.

koji usvaja funkcionalni pristup, zakon na nivou Republike Srpske organizacijski pristup u definisanju modifikira funkcionalnim aspektom. Zakonom o državnim službenicima Republike Srpske definiše se pojam državnog službenika kao osobe koja u republičkom organu uprave obavlja *poslove osnovne djelatnosti*.⁴²

3. Pravna priroda službeničkog odnosa

S obzirom na tehniku normiranja službeničkih odnosa, koji u domaćem službeničkom zakonodavstvu nisu *expersis verbis* određeni kao radno-pravni odnosi, u pravnoj teoriji se opravdano vode diskusije o tome da li je službenički odnos predmet radnog ili upravnog prava, te se pokušava odrediti mjesto službeničkog odnosa u pravnom sistemu. O ovom pitanju postoje različita shvatanja koja se mogu svrstati u tri teorije, i to: a) radnopravno shvatanje prirode službeničkog odnosa; b) javnopravno shvatanje prirode službeničkog odnosa i c) mješovito shvatanje prirode službeničkog odnosa.

a) Radnopravno shvatanje prirode službeničkog odnosa

Prema radnopravnom shvatanju službenički odnos se svrstava u predmet radnog prava. Ovdje se polazi od činjenice da su svi radni odnosi, bez obzira na oblike u kojima se pojavljuju i oblast na koju se odnose, obuhvaćeni radnim pravom kao jedinstvenom granom pravnog sistema.⁴³ Međutim, činjenica je da službenički odnos kao odnos između države i državnog službenika povodom rada nije običan radno-pravni odnos, zbog posebnosti položaja državnog službenika prema državi. Naime, država kao „jača“ strana u službeničkom odnosu određuje način ponašanja i postupanja drugoj „slabijoj“ strani – državnom službeniku. S druge strane, državni službenik se u tom odnosu javlja u svojstvu državnog upravnog kadra (građanina) koji obavlja upravne i druge poslove u ime države, ostvarujući pri tome javni interes.

U službeničkoj teoriji Bosne i Hercegovine radni odnosi u državnoj službi su, po svojim institutima, predmet radnog prava. Tome u prilog svjedoče tri stvari. Prvo, radno-pravni status državnih službenika ne reguliše se normama koje se nalaze u zakonima koji uređuju organizaciju i rad organa državne službe, tj. normama upravnog prava. Drugo, država, kao i svi ostali subjekti koji vrše javne službe, ne može funkcionisati bez kadrova koji će poslove u njeno ime vršiti kao svoje redovno zanimanje u radnom odnosu. Treće, sporovi o pravima i obavezama državnih službenika nisu upravni sporovi, nego radni sporovi koje se vode pred

42 Član 2. stav 2. ZDS RS, „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 118/08, 117/11 i 37/12.

43 Kovačić-Kostić, A., *Radnopravni položaj poreskih službenika*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Kragujevac, 2014.

redovnim sudovima i na koje se primjenjuju pravila parničnog postupka.⁴⁴ Odnos između države i državnog službenika, povodom rada, nije dakle upravni odnos, nego je „čist“ radni odnos u kome službenici imaju sva prava, obaveze i odgovornosti koje imaju i druge osobe u radnom odnosu.

b) Javnopravno shvatanje prirode službeničkog odnosa

Javnopravno shvatanje prirode službeničkog odnosa⁴⁵ svrstava radne odnose državnih službenika u predmet upravnog prava, ističući da je većina pitanja službeničkog odnosa utvrđena upravno-pravnim propisima. Iz navedenog proizlazi da pravne norme koje se odnose na specifičan pravni položaj nosilaca upravne djelatnosti čine poseban podsistem normi koji pripada sistemu normi upravnog prava.⁴⁶ U prilog tvrdnji o službeničkim odnosima kao upravno-pravnim odnosima ističe se činjenica da je rad u državnim organima vršenje službenih ovlaštenja koja, pored ostalog, obuhvataju i mogućnost autoritativnog postupanja, tj. vršenja vlasti; zatim subordinacija državnog službenika nadređenom službeniku i rukovodiocu organa; jednostranost pri donošenju akata o pitanjima iz radno-pravnog statusa, odnosno promjenama za vrijeme trajanja službe (premještanje, unapređenje, disciplinsko kažnjavanje i sl.).

Ovakvo shvatanje trpi određene kritike. Prije svega, državni službenik u pravnom odnosu sa državom povodom rada može biti samo u radno-pravnom, a ne i u upravno-pravnom odnosu. Upravno-pravni odnos državni službenik, kao predstavnik države, izvršavajući obaveze iz radnog odnosa, uspostavlja sa fizičkim i pravnim licima, odlučujući o njihovim pravima i obavezama.

c) Mješovito shvatanje prirode službeničkog odnosa

Prema mješovitom shvatanju pravne prirode službeničkog odnosa državni službenik stupa u dva različita pravna odnosa prema državi. Jedan je onaj u koji

44 Za razliku od državnih službenika u federalnim organima državne službe, državni službenici institucija BiH mogu radi preispitivanja konačnih odluka o pravima i obavezama iz radnog odnosa pokrenuti upravni spor. Ta mogućnost je posljedica različitog shvaćanja pravne prirode akta kojim se odlučuje o pravima i obavezama iz radnog odnosa. Naime, rješenje o pravima i obavezama iz radnog odnosa državnih službenika institucija BiH je upravni akt. S tim u vezi, državnom službeniku je zagarantovano i pravo da pokrene upravni spor protiv konačnog upravnog akta kojim je povrijeđeno njegovo pravo iz radnog odnosa. (vidjeti član 2. stav 3. Zakona o upravnim sporovima BiH, „Službeni glasnik BiH“, broj 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10).

45 Tako: Brajić, V., (2001), 47-48 ističe da „zbog činjenice da je službenik u isto vrijeme i zaposleni i nosilac i vršilac određenih funkcija u državnoj službi, i dalje egzistira stanovište da propisi koji regulišu rad državnih službenika spadaju u sistem administrativnog prava, odnosno da norme kojima se reguliše službenički odnos spadaju u upravno pravo“.

46 Kovačić-Kostić, A., *op.cit.* 25.

službenik stupa po osnovu svog rada i koji se označava kao radni odnos, a drugi, u kome se pojavljuje kao vršilac određenih funkcija i nosilac službenih ovlasti u državnoj službi, označava se kao upravno-pravni odnos, odnosno odnos van rada i nastaje neposredno povodom vršenja državne funkcije. Po ovom shvaćanju i radno-pravni i upravno-pravni odnos u svojoj ukupnosti čine službenički status.

Kritike koje je pretrpjelo ovo shvatanje najbolje opisuje tvrdnja da „službenik sa državom može biti u radnom, ali ne i u upravno-pravnom odnosu. Upravni odnos državnog službenika je samo oblik rada koji službenik vrši u ime i za račun države. Na osnovu obaveze rada koju je prihvatio stupanjem u službu, službenik uspostavlja upravno-pravne odnose sa fizičkim i pravnim licima. Upravno-pravni odnos je samo oblik izvršavanja obaveze iz radnog odnosa.“⁴⁷

Međutim, državni službenik, kao i svaki drugi građanin, može u ostvarivanju određenih subjektivnih prava stupiti u upravno-pravni odnos sa državom, ali on u tom odnosu nije u okviru svog radno-pravnog statusa. Tako se državni službenik može pojaviti kao stranka u upravnom postupku u kojem se u konkretnoj upravnoj stvari rješava o njegovim pravima i obavezama (prava i obaveze vezane za lično ime, porodično i bračno stanje, prebivalište i boravište, državljanstvo, izgradnju objekta, priključenje na kanalizacionu mrežu, ispunjavanje poreskih i drugih novčanih obaveza, rušenje bespravno izgrađenih objekata itd).

Na osnovu navedenih shvatanja o pravnoj prirodi službeničkog odnosa⁴⁸ može se zaključiti da o tom pitanju ne postoji jedinstven stav i da se pravna priroda službeničkog odnosa uglavnom određuje u zavisnosti od prirode normi kojima se taj odnos uređuje.

ZAKLJUČAK

U ovom radu razmatrani su pojam i pravna priroda službeničkog odnosa kao pravnog odnosa koji kako u teoriji tako i u praksi izaziva brojne nedoumice i kontraverze. Sagledavajući bitna obilježja službeničkog odnosa došlo se do zaključka da je to posebna vrsta radnog odnosa između države kao poslodavca i državnog službenika kao zaposlenika. U pitanju je, dakle, dvostrani pravni odnos koji nastaje u procesu rada i čiji je sadržaj, u osnovnim elementima, unaprijed pravno regulisan.

Iako poseban, službenički odnos je radni odnos koji sadrži sve bitne elemente standardnog radnog odnosa, ali sa određenim specifičnostima koje su svojstvene za državne organe koji preko rada državnih službenika ostvaruju funkcije državne

⁴⁷ Ilić, A., *op.cit.* 944.

⁴⁸ O prirodi službeničkog odnosa, vidi: Slobodan Jovanović, „O državi, osnovi jedne pravne teorije“, Beograd 1990.

vlasti. Dakle, u slučaju službeničkog odnosa postoji čitav niz posebnosti koje proizlaze iz činjenice da je državni službenik zaposlenik države te da u obavljanju poslova naspram građana često nastupa kao nosilac javne vlasti.

Analizirajući sistem službeničkih odnosa u Bosni i Hercegovini došlo se do zaključka da je on veoma složen, što je uslovalo i veoma razgranatu i izdijeljenu regulativu - kako u oblasti zakonodavstva tako i u oblasti uređenja službeničkih odnosa podzakonskim aktima. Razmatranjem temeljnih pravnih izvora službeničkog prava može se zaključiti da na području Bosne i Hercegovine egzistiraju zakoni kojima se uređuje radno-pravni status: a) državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine; b) državnih službenika u organima državne službe na svim nivoima Federacije Bosne i Hercegovine; c) državnih službenika u organima republičke uprave Republike Srpske i d) državnih službenika u organima javne uprave Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

I pored relativno bogate zakonske regulative neophodno je pronaći način da se, u uslovima normativnog partikularizma, očuva jedinstvo državne službe. Polazna tačka za ostvarenje navedenog cilja je definisanje zajedničkih vrijednosti ravoja službeničkog sistema zasnovanog na jedinstvenim principima kroz usklađivanje zakona i drugih propisa koji uređuju status državnih službenika.

Literatura:

1. Borković, I., Službeničko pravo, Informator, Zagreb, 1999.
2. Brajić, V., Radno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2001.
3. Dedić, S., Gradašević-Sijerčić, J., Radno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2005.
4. Drmić, A., „Službenički odnos u hrvatskoj pravnoj regulativi“, Hrvatska komparativna javna uprava, 2/2013.
5. Kovačić-Kostić, A., Radnopravni položaj poreskih službenika, Pravni fakultet Kragujevac, 2014.
6. Lilić, S., Upravno pravo i Upravno procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014.
7. Potočnjak, Ž., „Posebnosti radnih odnosa državnih službenika“, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, 12/2005.
8. Visković, N., Država i pravo, Birotehnika, Zagreb, 1995.

Pravni izvori:

1. 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 i 40/12.

2. Zakon o državnoj službi FBiH, Službene novine FBiH, broj 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06, 04/12 i 99/15.
3. Zakon o državnim službenicima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 118/08, 117/11 i 37/12.
4. Zakon o državnoj službi u organima javne uprave Brčko Distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, broj 09/14.
5. Zakon o državnim službenicima Republike Hrvatske, Narodne novine Republike Hrvatske, broj 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 37/13 i 38/13.
6. Zakona o državnim službenicima Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, broj 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09.
7. Zakon o državnim službenicima i namještenicima Republike Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore, broj 50/08, 86/09.
8. Zakon o državnim službenicima i namještenicima Republike Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore, broj 50/08, 86/09.
9. M.Lepušina/H.Kurtović, Zbirka propisa o radnim odnosima državnih službenika i namještenika u organima državne službe i sudske vlasti u Federaciji BiH, Samostalni sindikat državnih službenika i namještenika u organima državne službe, sudskoj vlasti i javnim ustanovama u Federaciji BiH, Sarajevo, 2006.

Ostali izvori:

1. www.parlament.gov.rs
2. www.parco.gov.ba
3. www.eupan.eu
4. www.mpr.gov.ba/web_dokumenti.

Edina Šehrić, Master of Law, Senior Assistant

Faculty of Law University of Tuzla

CONCEPT AND LEGAL NATURE OF SERVICE RELATIONS

Summary

Labor relations are the most common legal issues in society. Depending on the type of organization in which the work is performed, work relationships occur in various forms. One of these forms are the labor relations of civil servants or civil service relations. Because there are numerous dilemmas when it comes to service relations, the paper will analyze the basic elements and subjects of employee relations, all in the purpose of its complete understanding. The paper defines a theoretical and positive - legal concept of civil servants which is differently approached to in the national legislation. Although the civil service relationship is the subject of many theoretical studies, there is no doubt that it is the relationship between civil servant, as an employee, and the state as an employer and that legal relationship is always regulated by special regulations. This work will also give an appropriate reference to the normative regulation of labor relations of civil servants in Bosnia and Herzegovina.

Key words: civil servant, the essential elements of civil service relations, civil service relationship.

OSVRTI

**NEKA ZAPAŽANJA U VEZI S PRAVILIMA MEĐUNARODNOG
HUMANITARNOG PRAVA S NAGLASKOM NA ŽENEVSKE
KONVENCIJE IZ 1949. GODINE I NJIHOVU IMPLEMENTACIJU U
POZITIVNOM ZAKONODAVSTVU BOSNE I HERCEGOVINE**

Sažetak

Ratna dejstvovanja su, nažalost, oduvijek bili tamni dio historije čovječanstva, koji je bio predmetom neznanog broja rasprava. Kroz stoljeća su se javljale tendencije s ciljem da se rat humanizira u najvećoj mogućoj mjeri; ponajprije kroz običajna pravila o ratovanju, potom kroz prve oblike kodifikacije, koji su više pažnju pridavali nastojanjima da se zaustavi rat, do tzv. ženevske kodifikacije koja epicentar zbivanja pomjera na – čovjeka.

No, i pored brojnih napora koji su postignuti na polju kodifikacije međunarodnog humanitarnog prava, i u današnje vrijeme, svjedoci smo grubog kršenja njegovih pravila, pa se u tom smislu uvodi koncept individualne krivične odgovornosti za teške povrede pravila međunarodnog humanitarnog prava.

Svrha ovog rada jeste dati pregled evolucije međunarodnog humanitarnog prava, s naglaskom na njegovu svrhu i stavljanje u funkciju zaštite ljudskih prava i sloboda, te analizirati u kojoj mjeri je Bosna i Hercegovina, kao potpisnica Ženevskih konvencija iz 1949. godine, izvršila preuzete međunarodne obaveze i usvojila relevantne zakonodavne mjere.

Ključne riječi: međunarodno humanitarno pravo; kodifikacija; krivično-pravni aspekti

1. Uvodne napomene

Ratovanje predstavlja jednu od najstarijih aktivnosti još iz najdalje prošlosti i, nažalost, ne pokazuje se tendencija smanjenja broja ratova. Neovisno o tome da li se radi o međunarodnim ili nemeđunarodnim oružanim sukobima, oni nesumnjivo obilježavaju historiju čovječanstva.

Što su savremenija oružja i druga sredstva ratovanja, ratna razaranja su ubojitija i gubici u ljudstvu, pogotovo na strani civilnog stanovništva, veći i pogubniji. U savremenom ratu nema, kao nekada, jasnog razgraničenja između fronta i pozadine, ratom je obuhvaćena ne samo oružana sila, već i cjelokupno stanovništvo, privreda i teritorija. Vazduhoplovna tehnika i savremeni raketni

sistemi mogu da dejstvuju stotinama, pa i hiljadama kilometara u dubini teritorije protivnika tako da savremeni rat ima totalan i opšti karakter.¹

I kada do oružanog sukoba dođe, bio on međunarodni ili unutrašnji, spoljni ili građanski rat, ljudi zahvaćeni njime dijele se po prirodi stvari u dvije skupine – oni koji su pod oružjem, naređuju njegovu upotrebu ili ga sami koriste, i oni koji oružja nemaju, već su onim prvim prepušteni na milost i nemilost.² Jednim potezom pera moguće je narediti da se zбриše s lica zemlje čitavo naselje, moguće je, čak i ako nema naređenja u tom smislu, artiljerijskim ili vazdušnim napadom divljački razoriti čitav grad ili neki kvart, a dovoljan je pritisak na obarač pa da borac koji se predao ili grupa civila budu poslani u smrt, bez nikakvog ni u vojnom smislu opravdanog razloga, prosto iz urođene brutalnosti, objesti, pa i zabave.³ Tako je rođeno *međunarodno humanitarno pravo*, ili, kako se ranije nazivalo, *pravo oružanih sukoba*.

Međunarodno humanitarno pravo u sebi prije svega nosi jednu ljudsko-pravnu komponentu.⁴ Imajući u vidu da je rat uvijek jedno krvavo poduzeće, akcija koja sama po sebi jedno vrlo traumatično i nečovječno iskustvo, kako za žrtvu, tako i za njenu porodicu, te ono nastoji humanizirati rat u najvećoj mogućoj mjeri, na način da se zabranjuje uzrokovanje daljih i nepotrebnih povreda i patnji jednom kad je vojni cilj postignut. Ovakvo nastojanje da se rat učini što čovječnijim, u mjeri u kojoj je to moguće, također je povezano sa principom da se državi umiješanoj u oružani sukob dozvoljava upotreba samo one vrste i stepena sile koja nije zabranjena pravilima međunarodnog humanitarnog prava.

Ukratko, međunarodno humanitarno pravo prvenstveno nastoji ublažiti posljedice rata, i to uglavnom putem ograničavanja izbora sredstava i metoda izvođenja ružanih operacija, te obvezujući stranke sukoba da poštede sve osobe koje ne sudjeluju ili su prestale sudjelovati u neprijateljskim akcijama.⁵

Ako u nekom sukobu koji jedna od strana vodi bezobzirno i ne hajući za pravo, ako se svjesno opredijelila za politiku tzv. „totalnog rata“, ako ma i jedan vojnik ili starješina odluči da u odnosu na nezaštićene ljude ne koristi onu „apsolutnu moć“ kojom raspolaže, već riješi da se drži pravila bilo iz vlastitog osjećaja čovječnosti i morala, bilo iz straha od moguće sankcije, svrha međunarodnog humanitarnog prava je postignuta.⁶

1 Todorović, V. (1999) Međunarodni ugovori – knjiga 3, tom I, Ratno pravo i bezbednost, (uvod). Beograd: Službeni glasnik., str. 10.

2 Obradović, K. *et al.* (2002) Međunarodno humanitarno pravo. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava., str. 29.

3 *Ibid.*, str. 30.

4 Buergenthal, T. (1997) Međunarodna ljudska prava. Zagreb: Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava., str. 229.

5 Gasser, H. P. (2000) Međunarodno humanitarno pravo - uvodna razmatranja. Zagreb: Međunarodni odbor Crvenog križa., str. 7.

6 Obradović, K. *et al.*: *op. cit.*, str. 31.

2. Evolucija međunarodnog humanitarnog prava

Međunarodno humanitarno pravo svoje korijene ima još u običajnim pravilima o ratovanju koja su se razvijala kroz stoljeća, pa se može konstatirati da je oduvijek postojala izvjesna tendencija da se sanira šteta nastala ratom, kao i da se ratna dejstva stave pod određenu kontrolu. To su u srednjemu vijeku bila pravila o viteškom ratovanju koja se nisu pošto-vala u ratovima protiv nevjernika, a ni pri gušenju seljačkih i drugih buna.⁷

U drugoj polovici XIX stoljeća se, pod utjecajem javnog mnijenja, javlja pokret za kodifikaciju međunarodnog ratnog prava putem pisanih ugovora. Njegovo organiziranje se vezuje za ime Švicarca Henryja Dunanta,⁸ koji se davne 1859. godine, prolazeći pored Solferina, mjestašca na sjeveru Italije, suočio sa užasom ratovanja toga doba.⁹ Otada naponi u kodifikaciji nikad nisu prestali.

Naročito je bilo plodno razdoblje između 1856. i 1907. godine. Najveći broj sporazuma usvojen je takoreći u „jednom dahu“ na dvjema Haškim konferencijama koje su održane 1899. i 1907. godine. Treća Haška konferencija se trebala održati 1915. godine, no, spriječio ju je II svjetski rat. Sklopljeno je

7 To su u srednjemu vijeku bila pravila o viteškom ratovanju koja se nisu pošto-vala u ratovima protiv nevjernika, a ni pri gušenju seljačkih i drugih buna. Crkva s papom od 11. stoljeća pa nadalje nastojala je svojim propisima sprječavati najgora barbarstva u ratu, poput pretvaranja zarobljenih kršćana u robove ili čak upotrebe luka i strijele. Ona je ograničavala i privatne ratove među feudalcima te nametala „primirja“, tj. dane u kojima je ratovanje bilo zabranjeno. Godine 1041. skupštine francuskih premeta protegnule su „primirje“, svakoga tjedna, od zalaska Sunca srijedom do njegova izlaska ponedjeljkom. Nussbaum, A. (1950) *A Concise History of the Law of Nations*. New York., str. 25ff, 35ff, 106ff, etc., citirano prema: Degan, V. Đ. (2011) *Međunarodno pravo*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu., str. 801.

8 On je ujedno i prvi laureat Nobelove nagrade za mir.

9 Naime, kod Solferina se vodila bitka između austrijske vojske i vojske francusko – pijemontskog saveza koja je trajala petnaest sati, a uzrokovala je oko 40.000 ranjenih i oboljelih učesnika, koji su umirali na bojnopolju, daleko od najbližih sanitetskih službi. Dinan je, nakon što je vidio stravični prizor, odlučio da ne nastavi svoj poslovni put, već da ostane u Solferinu da bi okupio i organizovao ustanovništvo radi pomoći ugroženim licima. Uslijedio je njegov poziv „*Tutti fratelli*“ („Svi smo braća“), povodom pokretanja plemenite akcije pružanja pomoći onima kojima je bila prijeko potrebna, na koji se odazvao veliki broj volontera. Bogojević, Dragan (ur. 2009) *Istraživanje humanitarnog prava – priručna literatura za nastavnike*. Podgorica: Zavod za školstvo Crne Gore., str. 12.

i stupilo na snagu ukupno 14 međunarodnih sporazuma o pravilima ratovanja, međusobnim odnosima zaraćenih i njihovim odnosima s neutralnim državama,¹⁰ četiri sporazuma o zaštiti pojedinaca u ratu¹¹ i oko 250 odredbi kojima su uređena najznačajnija pitanja i utvrđena osnovna pravila vezana za rat.

Namjera tvoraca ovih konvencija je bila nadahnuta željom da se ratne nevolje umanje u onoj mjeri u kojoj to prilike dozvoljavaju.¹² Značajno je naglasiti da je tijekom te prve etape kodifikacije prava oružanih sukoba težište stavljeno na rješavanje problema vezanih uz vođenje ratnih operacija, a ne toliko na zaštitu samog pojedinca (što je vidljivo iz usporedbe broja i sadržaja navedenih dokumenata). S obzirom na činjenicu da je do 1945. godine i usvajanja Povelje Ujedinjenih naroda rat bio legitimno sredstvo rješavanja međudržavnih sporova – spomenuti je pristup bio i sasvim razumljiv.¹³

Iako je klasično međunarodno ratno pravo, kako ga danas nazivamo, bilo suočeno sa brojnim izazovima i nesigurnostima, činilo se da ipak počiva na stabilnim i sigurnim temeljima. Nije bilo nikakve sumnje da pravila koja ga tvore, običajna i ugovornog karaktera, imaju za isključivi predmet regulisanja međudržavne ratove. Sam koncept rata plijenio je svojom jednostavnošću: „rat je stanje borbe među državama – *status per vim certantium*“ ili „rat je samo ona borba koja se vodi među državama – *publicorum armorum justa contentium*“.¹⁴

10 Pariška pomorska deklaracija, iz 1856.; Petrogradska deklaracija o zabrani uporabe eksplozivnih projektila lakših od 400 grama, iz 1868.; Haške konvencije i Deklaracije s Konferencija mira 1899. i 1907.; Druga haška deklaracija o zabrani uporabe zrna sa zagušljivim i otrovnim plinovima, iz 1899.; Treća haška deklaracija o zabrani uporabe dum-dum metaka, iz 1899.; Treća haška konvencija o otpočinjanju neprijateljstva, iz 1907.; Četvrta haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu s Pravilnikom, iz 1907.; Peta haška konvencija o pravima i obvezama neutralnih sila i osoba u slučaju rata na kopnu, iz 1907.; Šesta haška konvencija o postupanju s neprijateljskim trgovačkim brodovima kod izbijanja neprijateljstva, iz 1907.; Sedma haška konvencija o pretvaranju trgovačkih brodova u ratne, iz 1907.; Osmha haška konvencija o bombardiranju od strane pomorskih snaga u vrijeme rata, iz 1907.; Jedanaesta haška konvencija o nekim ograničenjima vršenja prava uzapćenja u pomorskom ratu, iz 1907.; Trinaesta haška konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila u pomorskom ratu, iz 1907. i Deklaracija o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona, iz 1907.

11 Konvencija za poboljšanje položaja vojnih ranjenika na bojnopolju, iz 1864.; Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u vojsci za vrijeme rata sa Završnim protokolom za reviziju Ženevske konvencije, iz 1906.; Deseta haška konvencija o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije, iz 1907. i Međunarodna konvencija o sanitetskim brodovima, iz 1904.

12 Opća zabrana upotrebe oružja, projektila ili supstanci koje su u stanju prouzrokovati nepotrebne patnje ili povrede propisana je članom 23., stav 3. Pravilnika uz Četvrtu Hašku konvenciju o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine.

13 Fabijanić Gagro, S. - Jurašić, B. (2013) „Zaštita civila u modernim oružanim sukobima – međunarodnopravna rješenja u svjetlu razvoja novih tendencija zaštite“, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, god. 50, br. 3, str. 618.

14 Predić – Knežević, V. - Radivojević, Z. (2013) „Prag primene međunarodnog humanitarnog prava“, Teme – časopis za društvene nauke, Niš, god. 38, br. 1, str. 385.

Postojale su određene tendencije da se veći akcenat stavi na neposrednu zaštitu pojedinca u ratu, izražene prije svega u naporima Lige društava Crvenog krsta i Crvenog polumjeseca i Međunarodnog komiteta Crvenog krsta, ipak, ovo će ostati preovladavajući stav sve do kraja II Svjetskog rata.

Drugi svjetski rat je pokazao da je pravna zaštita žrtava rata od opasnosti od posljedica ratnih dejstava umanjena i da pravo više ne odgovara nastaloj stvarnosti. To je bilo još očiglednije kad se povela riječ o samovolji koju neprijatelj ispoljava protiv žrtava u njegovoj vlasti i o pravilima čiji je cilj da tu samovolju spriječe. Historija ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti koje su počinili pripadnici sila Osovine i njihovi saveznici i kolaboracionisti, dovoljno su poznati.¹⁵

Ogromna stradanja i besmislenost ljudskih žrtava u Drugom svjetskom ratu afirmirali su shvatanje da se svakom čovjeku mora garantirati određeni nivo ljudskih prava, koje se proširilo izvan granica državnog suvereniteta, pa se tako u ovom periodu javlja veliki broj međunarodno-pravnih dokumenata kako univerzalnog, tako i regionalnog karaktera kojima se garantira sve širi korpus ljudskih prava i sloboda. Tu prije svega treba spomenuti Povelju Ujedinjenih nacija, usvojenu 1945. godine, udarila je temelje univerzalnog sistema garancija ljudskih prava i sloboda, uključujući i sistem međunarodnih sankcija u slučaju kršenja istih. S druge strane, Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka prihvata sve dotadašnje tekovine razvoja tradicionalnih ljudskih prava, no ujedno postavlja osnove za utemeljenje novih generacija ljudskih prava. Također, sve veći značaj dobivaju principi i pravila međunarodnog krivičnog prava, kojima se inkriminiraju najteže povrede ljudskih prava i sloboda, neovisno o tome da li su počinjeni u ratu ili u miru. Na taj način, pitanje zaštite ljudskih prava sve više izlazi iz unutrašnje nadležnosti države. Tako je tzv. klasično međunarodno pravo koje je uređivalo odnosne u jednoj neorganizovanoj međunarodnoj zajednici, ustupilo mjesto savremenom međunarodnom pravu zasnovanom na potpuno novim društvenim osnovama i shvatanjima odnosa u međunarodnoj zajednici. Ti odnosi trebalo je da se kreću u smjeru univerzalne i višestrane integracije naroda i država, kao faktora trajnog mjera i sloboda dobilo visok politički i pravni značaj, nastavljen je rad na kodifikaciji i progresivnom razvoju pravila međunarodnog ratnog prava. Pod uticajem te okolnosti, ali i tragičnih iskustava iz minulog svjetskog sukoba, ova aktivnost je bila prevashodno usmjerena ka pružanju što šire pravne zaštite žrtvama rata, a to znači – čovjeku.¹⁶

Na tom tragu, već su 1949. godine u Ženevi donesene četiri konvencije: 1. Konvencija o poboljšanju sudbine ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; 2. Konvencija o poboljšanju sudbine ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih pomorskih snaga; 3. Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima i 4. Konvencija o zaštiti civilnog stanovništva za vrijeme rata. Ove konvencije su značajno dopunjene na diplomatskoj konferenciji održanoj 8. juna 1977. godine,

¹⁵ Obradović, K. *et al.*: *op. cit.*, str. 129.

¹⁶ Vučinić, Z. (2006) Međunarodno ratno i humanitarno pravo. Beograd: Službeni glasnik., str. 109.

ovaj put na temelju iskustava iz Vijetnamskog rata i oslobodilačkih ratova protiv kolonijalne dominacije. To su Dopunski protokol I, koji se odnosi na oružane sukobe međunarodnog karaktera, i Dopunski Protokol II, koji se odnosi na nemeđunarodne (unutrašnje) oružane sukobe.

Kada se ima u vidu ova kodifikacija u oblasti međunarodnog ratnog prava, može se zapaziti da je ona najdalje otišla upravo na planu zaštite čovjeka kada se on nađe u položaju bilo koje od navedenih kategorija žrtava rata. Zato se može reći da je na tom planu do sada postignut najveći uspjeh. Značaj tzv. ženevskog prava je i u tome što su njime bitno revidirana i dopunjena neka humanitarna pravila sadržana u haškim i drugim izvorima (npr. o ranjenicima, ratnim zarobljenicima, sanitetskim brodovima i dr.) i što je ono revidiralo i dio tih izvora kojima se regulira materija koja nije u isključivom domenu humanitarnog prava (npr. status borca, tj. oružanih snaga, položaj špijuna, ratna lukavstva i dr.). U tom domenu i nisu neka nova pravila, na primjer, ona o definiciji plaćenika. Imajući sve to u vidu, s pravom se može konstatovati da je ovo pravo umnogome zasjenilo klasično ratno pravo, a posebno haško, koje je u svom većem dijelu čak i prevaziđeno.¹⁷

No, pored orijentacije na zaštitu žrtava rata, kodifikacija i progresivni razvoj međunarodnog humanitarnog prava su se odvijali i u ostalim oblastima. Vrlo je bitno spomenuti i Konvenciju za zaštitu kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba sa Pravilnikom o izvršenju, potpisana u Hagu 1954. godine, te istoimeni Protokol.

Od sedamdesetih godina XX stoljeća sklapaju se i konvencije koje zabranjuju proizvodnju ili upotrebu nekih vrsta oružja. Tu još valja spomenuti Konvenciju iz 1980. godine o zabrani ili ograničavanju određenih vrsta klasičnog oružja za koje se može smatrati da ima prekomjerne traumatske učinke ili da djeluje bez razlike glede ciljeva. Uz nju je sklopljeno više protokola: Protokol o fragmentima oružja koji se ne mogu otkriti (Protokol I), Protokol o zabrani ili ograničavanju upotrebe mina, mina iznenađenja ili drugih sredstava, izmijenjen 1996 (Protokol II), Protokol o zabrani ili ograničavanju upotrebe zapaljivoga oružja (Protokol III), Protokol o zabrani zasljepljujućega laserskog oružja (Protokol IV), te Protokol o eksplozivnim ostacima rata (Protokol V).¹⁸

Može se konstatirati da je na planu razvoja međunarodnog humanitarnog prava napravljen jedan pozitivan pomak u smislu akcentiranja važnosti zaštite ljudskih prava i sloboda u jednoj tako brutalnoj i zastrašujućoj situaciji kao što je rat. No, u isto vrijeme, treba imati na umu da, uslijed neprestanog razvoja i napretka savremene tehnologije, pojavljuju se i nove potencijalne opasnosti za mir i stabilnost u svijetu, a paralelno s tim, dolazi do formiranja nove konstelacije međunarodnih odnosa, pri čemu sukobljeni interesi država, a posebno velikih sila, sve više dolaze do izražaja. To sve upućuje na činjenicu da će međunarodno humanitarno pravo, kao važna grana međunarodnog prava, i u budućnosti doživljavati značajne evolucije.

¹⁷ *ibid.*, str. 110.

¹⁸ Degan, V. Đ.: *op. cit.*, str. 803.

2.1 Zajednička pravila Ženevskih konvencija

Ženevske konvencije sadrže nekoliko zajedničkih odredaba koje predstavljaju ne samo srž cjelokupnog sistema, nego istovremeno obilježavaju napredak na polju zaštite žrtava rata.¹⁹

Prije svega, s ciljem osiguranja primjene konvencija uvijek i u svakoj prilici, odredbom člana 2., stav 1. propisano je da će se konvencije primjenjivati „u slučaju objavljenog rata ili svakog drugog oružanog sukoba koji izbije između dvije ili više visokih strana ugovornica, čak i ako jedna od njih nije priznala ratno stanje.“ Također, isti član propisuje da će se konvencije isto tako primjenjivati „u svim slučajevima okupacije cijele teritorije jedne visoke strane ugovornice ili njenog dijela, čak i ako ta okupacija ne naiđe ni na kakav vojni otpor.“ Ženevske konvencije se razlikuju od Haških konvencija po tome što one izričito isključuju klauzulu općeg učešća (si omnes), na način kako je to propisano odredbom zajedničkog člana 2., stav 3., koja predviđa da, ako jedna od sila u sukobu nije članica konvencija, ipak će ostati vezna njima u svojim međusobnim odnosima.

Odredbom člana 3., stav 1., predviđeno je da će se prema licima koja ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumijevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i lica onesposobljena za borbu uslijed bolesti, rana, lišenja slobode ili iz bilo kojeg drugog uzroka, postupati, u svakoj prilici, čovječno, bez ikakve nepovoljne diskriminacije zasnovane na rasi, boji kože, vjeri ili uvjerenju, spolu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem sličnom kriteriju. S tim ciljem su, u svako doba i na svakom mjestu, zabranjeni i sljedeći postupci: a) nasilje koje se nanosi životu i tjelesnom integritetu, naročito sve vrste ubistava, osakaćenja, svireposti i mučenja; b) uzimanje talaca; c) povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci; d) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnog suđenja od strane redovno ustanovljenog suda i popraćenog svim sudskim garancijama koje civilizirani narodi priznaju za prijeko potrebne.

Prema odredbi zajedničkog člana 5., sve četiri Konvencije se primjenjuju od trenutka kada nastupi jedna od situacija na koju se odnosi njihov član 2. S primjenom će prestati tek u trenutku kada zaštićena lica prestanu biti u vlasti protivnika, a okončanje primjene Konvencija se određuje prema faktičkom stanju.

S ciljem osiguranja što većeg stepena njihove poštivanja njihovih prava, predviđeno je nekoliko odredaba koje se odnose na položaj zaštićenih lica. U tom smislu, odredbom člana 6., propisano je da visoke strane ugovornice mogu zaključivati druge specijalne sporazume po svakom pitanju za koje budu smatrale da ga treba posebno urediti, s tim da takva zaštita ne smije ići ispod one zagarantovane konvencijama. Nadalje, zajednički član 7. konvencija predviđa da se zaštićena lica ne mogu odreći svojih prava ni u cjelini niti djelomično.

¹⁹ Seizović, Z. (2005) „Neka zapažanja u vezi sa pojmom, povijesnim razvojem i odnosom međunarodnog humanitarnog prava prema međunarodnom pravu ljudskih prava“, Pravna Misao, Sarajevo, 9-10/36, str. 27.

U pogledu sistema kontrole, Konvencije usvajaju klasični institut sile zaštitnice.²⁰ Tako odredba člana 8., stav 1. predviđa da će se ove konvencije primjenjivati „*uz sudjelovanje i pod nadzorom sila zaštitnica, čija je dužnost da štite interese strana u sukobu.*“ Također, odredba stava 2. istog člana predviđa da će „*strane u sukobu olakšavati, u najvećoj mogućoj mjeri, zadatak predstavnika ili delegata sila zaštitnica.*“

Prilično su razrađene odredbe o širenju (difuziji) pravila u odnosu na Konvencije iz 1929. godine. Stoga pravila o difuziji koja se odnose na sprečavanje kršenja Ženevskih konvencija izašla su iu klasičnog okvira obične propagande humanitarnog prava.²¹

Novina kod Ženevskih konvencija je u vezi s otkazom. Država može uredno da otkáže Konvencije, ali ako je uključena u neki oružani sukob mora i dalje da izvršava obaveze iz njih u skladu sa De Martensovom klauzulom (koje proističu iz „načela međunarodnog prava, onakvim kako ona proizlaze iz običaja ustanovljenih među prosvjećenim narodima, na osnovu principa čovječnosti i principa javnog mnjenja“).²²

3. Pozitivno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine

Aneksom I Ustava Bosne i Hercegovine su Ženevske konvencije predviđene kao dodatni sporazumi koji će se primjenjivati na teritoriju Bosne i Hercegovine. Ženevske konvencije u BiH su svoju primjenu našle u okrilju pozitivnog krivičnog zakonodavstva. 2003. godine su doneseni Krivični zakon Bosne i Hercegovine,²³ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine,²⁴ Krivični zakon Republike Srpske²⁵ i Krivični zakon Distrikta Brčko BiH,²⁶ čime je Bosna i Hercegovina dobila svoje autonomno kazнено zakonodavstvo kao najautentičniji izraz svoje suverenosti.²⁷ Na ovaj način je došlo do podjele nadležnosti između države i entiteta, s tim da je procesuiranje krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom u potpunosti u ingerenciji države Bosne i Hercegovine.

Kada je riječ o ratnom zločinu protiv civilnog stanovništva, ovo djelo čini onaj ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili

20 Vidjeti više u: Perazić, G. (1986) Međunarodno ratno pravo. Beograd., str. 195.-198.

21 Jončić, V. (2010) Međunarodno humanitarno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu., str. 89.

22 *ibid.*

23 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br., 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15

24 „Službeni glasnik Federacije BiH“, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14

25 „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13

26 „Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 9/13

27 Kazazić, V. (2005): „Povreda međunarodnog humanitarnog prava“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. XVIII, str. 75.

okupacije naredi ili učini neko od ovih djela: a) napad na civilno stanovništvo, naselje, pojedine civilne osobe ili osobe onesposobljene za borbu, a taj je napad posljedovao smrću, teškom tjelesnom ozljedom ili teškim narušenjem zdravlja ljudi; b) napad bez izbora cilja kojim se pozljeđuje civilno stanovništvo; c) ubijanja, namjerno nanošenje osobi snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenje), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge znanstvene eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije, nanošenje velikih patnji ili povreda tjelesnog integriteta ili zdravlja; d) raseljenje, preseljenje ili prisilno odnarodnjenje ili prevođenje na drugu vjeru; e) prisiljavanje druge osobe upotrebom sile ili prijetnje direktnim napadom na njezin život ili tijelo ili na život ili tijelo njoj bliske osobe, na seksualni odnos ili s njim izjednačenu seksualnu radnju (silovanje), prisiljavanje na prostituciju, primjenjivanje mjera zastrašivanja i terora, uzimanje talaca, kolektivno kažnjavanje, protupravno odvođenje u koncentracione logore i druga protuzakonita zatvaranja, oduzimanje prava na pravično i nepristrano suđenje, prisiljavanje na službu u neprijateljskim oružanim snagama ili u neprijateljskoj obavještajnoj službi ili upravi; f) prisiljavanje na prinudni rad, izgladnjivanje stanovništva, konfiskaciju imovine, pljačkanje imovine stanovništva, protupravno, samovoljno i vojnim potrebama neopravdano uništavanje ili prisvajanje imovine u velikim razmjerama, uzimanje nezakonite i nesrazmjerno velike kontribucije i rekvizicije, smanjenje vrijednosti domaće novčane jedinice ili protuzakonito izdavanje novca.

Stav 2. istog člana predviđen je drugi oblik ovog krivičnog djela, kojeg čini onaj ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi ili učini koje od ovih djela: a) napad na objekte posebno zaštićene međunarodnim pravom ili općeopasne objekte i postrojenja kao što su brane, nasipi i nuklearne elektrane; b) napad bez izbora cilja na civilne objekte koji su pod posebnom zaštitom međunarodnog prava, nebranjena mjesta i demilitarizovane zone; dugotrajno oštećenje prirodnog okoliša velikih srazmjera, koje može da šteti zdravlju ili opstanku stanovništva.

Stavom 3. predviđen je treći oblik ovog djela, kojeg čini onaj ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije, kao okupator naredi ili učini preseljenje dijelova civilnog stanovništva svoje pripadnosti na okupiranu teritoriju.

Pasivni subjekt je civilno stanovništvo. Pod ovim se podrazumijeva cjelokupno neborračko stanovništvo, koje se zatekne na okupiranoj teritoriji bez obzira da li su građani te zemlje ili ne. Ovom inkriminacijom se pruža zaštita stanovništvu od nečovječnih postupaka i nepotrebnih nanošenja patnji koje rat nosi sa sobom, tj. da se ubijanja, razaranja i uništavanja ograniče na ratujuće oružane snage.²⁸

Članom 174. Krivičnog zakona BiH predviđeno je i krivično djelo ratnog zločina protiv ranjenika i bolesnika. Ovo djelo čini onaj ko kršeći pravila

28 Petrović, B. - Jovašević, D. (2005) Krivično pravo II (Krivično pravo posebni dio). Sarajevo: Pravni fakultet Univeziteta u Sarajevu., str. 45.

međunarodnog prava za vrijeme rata ili oružanog sukoba, prema ranjenicima, bolesnicima, brodolomcima ili sanitetskom ili vjerskom osoblju naredi ili učini koje od ovih djela: a) lišenja drugih osoba života (ubistva), namjerna nanošenja osobama snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenja), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge znanstvene eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije; b) nanošenje velikih patnji ili ozljeda tijela ili povreda zdravlja; c) protupravno, samovoljno, vojnim potrebama neopravdano uništavanje ili prisvajanje u velikim razmjerima materijala, sredstava sanitetskog transporta i zaliha sanitetskih ustanova ili jedinica.

Objekt zaštite su ranjenici, bolesnici, brodolomnici, sanitetsko i vjersko osoblje. Prema odredbama Ženevskih konvencija, sa osobama koje su izbačene iz borbe uslijed ranjavanja ili bolesti mora se postupati čovječno i mora im se pružiti potrebna ljekarska njega. Zabranjeno je ugrožavanje njihovih života i zdravlja, kao i života i zdravlja sanitetskog osoblja čija je dužnost liječenje tih osoba.

Posljednji iz grupe ratnih zločina je je krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika, normirano članom 175. Krivičnog zakona. Ovo djelo čini onaj ko, kršeći pravila međunarodnog prava, prema ratnim zarobljenicima naredi ili učini koje od ovih djela: a) lišenja drugih osoba života (ubistva), namjerna nanošenja osobama snažnog tjelesnog ili duševnog bola ili patnje (mučenja), nečovječno postupanje, biološke, medicinske ili druge znanstvene eksperimente, uzimanje tkiva ili organa radi transplantacije; b) nanošenje velikih patnji ili ozljeda tijela ili povreda zdravlja; c) prisiljavanje na službu u neprijateljskim oružanim snagama ili lišavanje prava na pravično i nepristrano suđenje.

Iako iznavedene zakonske odredbe proizilazi da izvršitelj ovog krivičnog djela, tj. ovog oblika ratnog zločina, može biti svaka osoba, to će de facto biti pripadnici oružanih snaga, odnosno vlasti države čiji su pasivni subjekti zarobljenici.²⁹ Prema odredbi člana 3. Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima, ratnim zarobljenicima u smislu ove Konvencije se smatraju: 1. pripadnici oružanih snaga jedne strane u sukobu, kao i pripadnici milicija i dobrovoljačkih jedinica koji ulaze u sastav tih oružanih snaga; 2. pripadnici ostalih milicija i pripadnici ostalih dobrovoljačkih jedinica, podrazumijevajući tu i pripadnike organiziranih pokreta otpora, koji pripadaju jednoj strani u sukobu i koji djeluju izvan ili u okviru svoje sopstvene teritorije, čak i da je ta teritorija okupirana, pod uslovom da te milicije ili dobrovoljačke jedinice, podrazumijevajući tu i ove organizovane pokrete otpora, ispunjavaju sljedeće uslove: a) da na čelu imaju lice odgovorno za svoje potčinjene; b) da imaju određen znak za razlikovanje i koji se može uočiti na odstojanju; c) da otvoreno nose oružje; d) da se, pri svojim dejstvima, pridržavaju ratnih zakona i običaja; 3. pripadnici redovnih oružanih snaga koji izjavljuju da pripadaju jednoj vladi ili vlasti koju nije priznala Sila pod čijom se vlašću nalaze; 4. lica koja prate oružane snage iako neposredno ne ulaze u njihov sastav, kao što su civilni članovi posada vojnih vazduhoplova, ratni dopisnici, snabdjevači,

29 Tomić, Z. (2007) Krivično pravo II – posebni dio. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu., str. 426.

članovi radnih jedinica ili službi čija je dužnost da se staraju o udobnosti oružanih snaga, pod uslovom da su za to dobila dozvolu od oružanih snaga u čijoj se pratnji nalaze, dok su ove dužne da im u tu svrhu izdaju ličnu kartu sličnu priloženom obrascu; 5. članovi posada, podrazumijevajući tu komandante, pilote i učenike trgovačke mornarice i posade civilnog vazduhoplovstva, strana u sukobu koji ne uživaju povoljniji postupak na osnovu drugih odredaba međunarodnog prava; 6. stanovništvo neokupirane teritorije koje se, uslijed približavanja neprijatelja, dobrovoljno diže na oružje da bi pružilo otpor neprijateljskoj najezdi, a koje nije imalo vremena da se organizira kao redovna oružana sila, ako ono otvoreno nosi oružje i ako poštuje ratne zakone i običaje.

Ono što je karakteristično za grupu ratnih zločina je to što je za njihovo postojanje potrebno da su radnje u pitanju poduzete u suprotnosti sa pravilima međunarodnog prava. Za krivičnu odgovornost kod sva tri djela kao oblik krivnje traži se umišljaj. Također, kod sva tri djela vrijeme učinjena predstavlja bitno obilježje, s tim da ratni zločini protiv civilnog stanovništva i ranjenika i bolesnika mogu biti izvršeni samo za vrijeme rata ili oružanog sukoba, podrazumijevajući pod tim i građanski rat, dok ratni zločin protiv ratnih zarobljenika može biti poduzet i za vrijeme mira, odnosno nakon završetka rata ili oružanog sukoba, s obzirom na to da ratni zarobljenici uživaju zaštićenih osoba po međunarodnom pravu sve do momenta repatrijacije. Za sva djela iz ove grupe propisana je kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna dugotrajnog zatvora.

Članom 176. je inkriminirano organiziranje grupe ljudi radi učinjenja ove grupe krivičnih djela, pripadnost takvoj grupi, kao i pozivanje ili podstrekavanje na njegovo učinjenje.

Ono što je veoma bitno jeste da za krivično gonjenje i izvršenje kazne za ova djela ne može nastupiti zastara,³⁰ što je u skladu sa članom 1. Konvencije o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti.

Implementacijom Ženevskih konvencija u okviru pozitivnog krivičnog zakonodavstva, Bosna i Hercegovina je pokazala da je prepoznala da je fundamentalna zaštita ljudskih prava i sloboda u tako osjetljivim i nesretnim situacijama poput rata tekovina i vrijednost savremenog demokratskog društva, koje kao takve, trebaju zauzimati centralno mjesto u pravnom poretku svake države.

4. Kršenje pravila Ženevskih konvencija

Teške povrede Ženevskih konvencija i su utvrđene odredbama članova 50.-I, 51.-II, 130.-III te 147. – IV, te obuhvataju sljedeća djela: 1. hotimično ubistvo; 2. mučenje ili nečovječno postupanje, podrazumijevajući tu i biološke eksperimente; 3. namjerno prouzrokovanje velikih patnji ili nanošenje ozbiljnih povreda tijelu ili zdravlju; 4. uništenje ili prisvajanje imovine koje nije opravdano vojnim potrebama i koje je izvršeno u velikim razmjerama i na nedozvoljen i samovoljan način.

30 Član 22. KZ BiH

Odredba člana 11., stav 1. Dopunskog protokola I predviđa da je fizičko ili mentalno zdravlje osoba koje su u vlasti protivničke strane ili koja su internirana, zadržana ili na bilo koji drugi način lišena slobode kao posljedica situacija opisanih u članu 1. Protokola, neće biti ugrožena bilo kakvom neopravdanom radnjom ili propustom. Prema tome, zabranjeno je podvrgnuti zaštićena lica bilo kakvom medicinskom postupku koji ne bi bio motiviran stanjem zdravlja te osobe i koje nije u skladu sa općeusvojenim medicinskim standardima strana koje bi pod sličnim medicinskim okolnostima strana koja primenjuje postupak primenila na lica koja su njeni državljani i koja ni na koji način nisu lišena slobode. Naročito je zabranjeno na tim licima vršiti čak i sa njihovim pristankom: (a) fizičko sakaćenje; (b) medicinske ili naučne eksperimente; (c) uklanjanje tkiva ili organa radi transplantacije, osim ako su takve radnje opravdane u skladu sa prethodno opisanim uslovima.³¹ Izuzeci od ovih zabrana mogu se napraviti samo u slučaju davanja krvi za transfuziju ili kože za presađivanje, pod uslovom da je to dato dobrovoljno i bez ikakve prinude ili nenavođenja, i tada samo u terapeutske svrhe, pod uslovima koji su u skladu sa općeusvojenim medicinskim standardima i kontrolom i u interesu kako davaoca tako i primaoca.³² Svaka namerna radnja ili propust koji ozbiljno ugrožava fizičko ili mentalno zdravlje ili integritet bilo kog lica koje je u vlasti neke druge strane a ne one od koje ono zavisi, i kojim se ili krše spomenute zabrane. ili se ne poštuju propisani uslovi, predstavlja tešku povredu ovog protokola.³³

Pored povreda definiranih odredbama člana 11., teške povrede ovog Protokola, kada su izvršena namjerno i izazvala smrt ili ozbiljne tjelesne ili zdravstvene povrede su: 1. napad na civilno stanovništvo ili pojedince civilne osobe; 2. poduzimanje napada protiv građevina i instalacija koje sadrže opasne sile; 3. uzimanje nebranjenih mjesta i demilitalizirane zone za predmet napada; 4. uzimanje za predmet napada osobe, sa znanjem da je ona onesposobljena za borbu; 5. perfidno korištenje znaka raspoznavanja Crvenog krsta/križa, Crvenog polumjeseca ili Crvenog lava i sunca ili drugih zaštitnih znakova koji su priznati Konvencijama ili Dopunskim protokolom I; 6. premještanje dijelova vlastitog civilnog stanovništva od strane okupacijske sile na teritorij koji ona okupira; 7. neopravdano odlaganje repatrijacije ratnih zarobljenika ili civila; 8. provođenje aparthejda i ostalih nehumanih i degradirajućih postupaka koji vrijeđaju lično dostojanstvo, na osnovi rasne diskriminacije; 9. uzimanje jasno vidljivih historijskih spomenika, umjetničkih djela ili mjesta za vjerske objekte, koji predstavljaju kulturno ili duhovno nasljeđe naroda i kojima je posebnim sporazumima određena posebna zaštita, za objekt napada.³⁴

Visoke strane ugovornice i strane u sukobu će suzbijati teške povrede i poduzimati mjere potrebne za suzbijanje svih ostalih povreda Konvencija

31 Član 11., stav 2. Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije

32 Član 11., stav 3. Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije

33 Član 11., stav 4. Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije

34 Član 85., stav 1. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije

ili Protokola, koje su rezultat nepoduzmanja, kao po dužnosti trebaju da ih poduzimaju.³⁵

Također, strane ugovornice će pružiti jedna drugoj u najvećoj mjeri pomoć u vezi s krivičnim i drugim sudskim postupcima koji se odnose na teške povrede Konvencija ili Protokola.³⁶

Sve ugovorne strane se obavezuju da će poduzeti svaku zakonodavnu aktivnost potrebnu radi propisivanja odgovarajućih krivičnih sankcija protiv lica koja su izvršila ili koja su izdala naređenja da se izvrši neka od teških povreda ovih Konvencija.³⁷

5. Zaključak

Rat kao pojava koja prati ljudski rod od samog njegovog postanka je, paralelno s razvojem društva, postajao sve brutalniji i nehumaniji. U tom smislu, vrlo je važna činjenica pomjeranja objekta zaštite na pojedinca, kao naročito osjetljivu figuru u ratu i ratnim zbivanjima. Kad sagledamo prošlost, te se osvrnemo na sadašnjost, možemo konstatirati da je uistinu mnogo toga učinjeno na području kodifikacije i progresivnog razvoja međunarodnog humanitarnog prava, u prvom redu usvajanjem Ženevskih konvencija.

Međutim, u hektičnom vremenu u kojem živimo danas, zajedno s razvojem novih tehnologija, javljaju se i brojne nove opasnosti po međunarodni mir i stabilnost, što predstavlja ozbiljnu prijetnju za međunarodnu zajednicu u cjelini. Kao posljedica toga, dolazi do ubrzane promjene ubrzano se mijenja koncepcija sigurnosti, rađa se nova konstelacija odnosa na međunarodnom planu, te se u pojedinim trenucima postavlja pitanje da li su pozitivna pravila međunarodnog humanitarnog prava u stanju da odgovore na nove prijetnje? Pretjerano je konstatirati da je potrebna drastična korekcija postojećih pravila, ali je činjenica da međunarodno humanitarno pravo karakteriziraju nepotpunost i inertnost u „pokrivanju“ novih situacija i pojava kao potencijalnih izvora opasnosti. No, evidentno je da prednosti Ženevskih konvencija odnose prevagu nad njihovim nedostacima.

Vrijednosti izražene u Ženevskim konvencijama prepoznala je i Bosna i Hercegovina. Naime, određivanjem da povreda vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom predstavlja krivično djelo, Bosna i Hercegovina ne samo da je izvršila svoje međunarodno-pravno preuzete obaveze, već je pokazala da se radi o postupcima koji zaslužuju najoštriju osudu.

Na kraju, na temelju svega izloženog, može se zaključiti da međunarodno humanitarno pravo i u budućnosti očekuje duga, složena i neizvjesna borba.

35 Član 86., stav 1. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije

36 Član 88., stav 1. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije

37 Član 49. – I, 50. – II, 129 – III i 146 – IV Ženevskih konvencija

LITERATURA

I KNJIGE

1. Bogojević, Dragan (ur. 2009) Istraživanje humanitarnog prava – priručna literatura za nastavnike. Podgorica: Zavod za školstvo Crne Gore.,
2. Buergenthal, T. (1997) Međunarodna ljudska prava. Zagreb: Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava.,
3. Degan, V. Đ. (2011) Međunarodno pravo. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.,
4. Gasser, H. P. (2000) Međunarodno humanitarno pravo - uvodna razmatranja. Zagreb: Međunarodni odbor Crvenog križa.,
5. Jončić, V. (2010) Međunarodno humanitarno pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.,
6. Nussbaum, A. (1950) A Concise History of the Law of Nations. New York.,
7. Obradović, K. *et al.* (2002) Međunarodno humanitarno pravo. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.,
8. Perazić, G. (1986) Međunarodno ratno pravo. Beograd.,
9. Petrović, B. - Jovašević, D. (2005) Krivično pravo II (Krivično pravo posebni dio). Sarajevo: Pravni fakultet Univeziteta u Sarajevu.,
10. Todorović, V. (1999) Međunarodni ugovori – knjiga 3, tom I, Ratno pravo i bezbednost, (uvod). Beograd: Službeni glasnik.,
11. Tomić, Z. (2007) Krivično pravo II – posebni dio. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.,
12. Vučinić, Z. (2006) Međunarodno ratno i humanitarno pravo. Beograd: Službeni glasnik.,

II ČLANCI

1. Fabijanić Gagro, S. - Jurašić, B. (2013) „Zaštita civila u modernim oružanim sukobima – međunarodnopravna rješenja u svjetlu razvoja novih tendencija zaštite“, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, god. 50, br. 3, 615-641;

2. Kazazić, V. (2005): „Povreda međunarodnog humanitarnog prava“, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, br. XVIII, 69-85;
3. Predić – Knežević, V. - Radivojević, Z. (2013) „Prag primene međunarodnog humanitarnog prava“, Teme – časopis za društvene nauke, Niš, god. 38, br. 1, 383-403,
4. Seizović, Z. (2005) „Neka zapažanja u vezi sa pojmom, povijesnim razvojem i odnosom međunarodnog humanitarnog prava prema međunarodnom pravu ljudskih prava“, Pravna Misao, Sarajevo, 9-10/36, 19-36,

III PRAVNI PROPISI BOSNE I HERCEGOVINE

1. Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15);
2. Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, br. br. 10/03, 6/05, 21/10, 47/11, 52/11, 9/13);
3. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine F BiH” 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14);
4. Krivični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/03, 108/04, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13);

IV MEĐUNARODNI DOKUMENTI

1. Konvencija o poboljšanju sudbine ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu;
2. Konvencija o poboljšanju sudbine ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih pomorskih snaga;
3. Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima;
4. Konvencija o zaštiti civilnog stanovništva za vrijeme rata;
5. Protokol I u Ženevske konvencije.

**SOME ANNOTATIONS CONCERNING THE RULES OF
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW WITH EMPHASIS ON
1949 GENEVA CONVENTIONS AND THEIR IMPLEMENTATION
IN POSITIVE LEGISLATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

War-time events have, unfortunately always represented the dark part of the human history and have been subject of countless discussions. Still, throughout the centuries there were tendencies aiming to humanize war to the highest possible extent; first through customary rules of war, then through first model of codification, which put more emphasis on efforts to stop the war, until 1949 Geneva codification moved the epicenter of the events on – the human being.

However, with numerous efforts that have been achieved in the field of codification and evolution of International Humanitarian Law, even nowadays, we are witnessing the very common abuse of this rules, and in that sense, the concept of individual criminal liability for harsh violation of this rules has been introduced.

The purpose of this paper is to give an overview of evolution of the International Humanitarian Law, with emphasis on its purpose and its' function of protecting human rights and freedoms, and, furthermore, to analyze the efforts that Bosnia and Herzegovina, as signatory of 1949 Geneva Conventions, has made in terms of implementation of its international commitments and adoption of necessary legislative measures.

Key words: International Humanitarian Law; codification; criminal-law aspects.

UPUTSTVO SARADNICIMA

Pozivamo zainteresovane autore koji žele objavljivati svoje radove u ovom časopisu da ih pošalju na adresu uredništva shodno slijedećim uputstvima:

Rad se obavezno dostavlja uredništvu e-mailom na adresu: pf@unmo.ba i revija.pf@unmo.ba i na CD-u na adresu: Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić", USRC Mithat Hujdur-Hujka bb, te u jednom štampanom primjerku.

Rad treba biti napisan u programu Word for Windows. Treba koristiti tip slova Times i veličinu slova 11 tačaka. Za fusnote tip slova Times, veličina slova 10 tačaka. Format stranice je A4, a margine su: vrh - 5,7 cm, dno - 6 cm, lijevo - 4,5 cm i desno - 4 cm. Razmak između redaka 1. Obim radova ne može biti veći od 18 strana.

Rad je potrebno poslati i u jednom štampanom primjerku, zajedno sa CD-om.

Uredništvo prima radove koji su opremljeni na slijedeći način:

- Na prvoj stranici rada obavezno je navesti naslov rada, ime i prezime autora, akademske titule, naziv ustanove u kojoj je autor zaposlen, te radno mjesto.

- Slike, tabele i grafikoni koji su sastavni dio rada moraju biti jasno urađeni, te imati naslov, izvor i broj. Ukoliko se dostavljaju na posebnim listovima papira u radu treba označiti mjesta gdje dolaze.

- Popis literature treba dati na kraju rada, a u njega ulaze djela na koja se autor poziva u radu s tim da je složen po abecednom redu prezimena autora navedenih djela, a podaci o djelu moraju sadržavati i izdavača, mjesto i godinu izdavanja.

- Autor može objaviti samo jedan rad u jednom broju Časopisa.

Svaki rad mora imati sažetak i ključne pojmove. U sažetku treba dati suštinu rada (informaciju metodološkog karaktera) i objasniti rezultat rada. Sažetak mora imati najviše 150 riječi, odnosno najviše 15 redaka. Sažetak dolazi iza naslova, a mora biti jasan i pisan u trećem licu na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini i na jednom od svjetskih jezika.

Rukopisi i CD-ovi sa radovima se ne vraćaju.

Radovi koji ne budu prilagođeni predloženoj standardizaciji neće biti objavljeni u časopisu.

Ukoliko rad zadovoljava kriterije časopisa, upućuje se na recenziju.

Rad ocjenjuju dva recezenta, a identitet autora i recenzenata ostaje obostrano nepoznat.

Nakon ocjene recenzenata i članova redakcije, rad se, ako za tim postoji potreba, vraća autoru na doradu i korekciju rada.

Dorađeni i korigovani radovi redakciji se trebaju vratiti u roku od 8 dana.

U Reviji za pravo i ekonomiju objavljuju se ranije neobjavljeni radovi, a nakon njihovog objavljivanja autori ih ne mogu, bez posebnog odobrenja redakcije, objavljivati u drugim publikacijama.

Autori su saglasni da se njihovi radovi postave na web stranicu Fakulteta.

Revija za pravo i ekonomiju zadržava i sva ostala prava, ukoliko nije drugačije dogovoreno sa autorom.

Rad će biti objavljen ukoliko je pozitivno recenziran. Recenzijama ne podliježu: prikaz knjige, prevodi, tematske bibliografije i izvještaji.

Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad općim pravilima uređivanja časopisa.

Uredništvo