

ISSN 1512-6706

**REVIJA ZA PRAVO
I EKONOMIJU**

**REVIEW FOR LAW
& ECONOMICS**

Godina 20. broj 2. Mostar 2019.

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

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Za izdavača – For Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Board

prof. dr. Amra Jašarbegović

glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief

prof. dr. Jozo Čizmić

prof. dr. Goran Koevski

doc. dr. Nerma Čolaković – Prguda

viša ass. mr. Sunčica Hajdarović

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

IZVORNI NAUČNI RADOVI

dr. sc. Edin Rizvanović, redovni profesor BOSNA I HERCEGOVINA – OD STABILIZACIJE DO PRIDRUŽIVANJA	7
---	---

Prof. dr.sc. Vesna Kazazić, redovita profesorica, dipl. iur. Ivana Mijić Vulinović, studentica III ciklusa studija PRAVO NA PREKID TRUDNOĆE (POBAČAJ) KAO MEĐUNARODNO LJUDSKO PRAVO UZ POSEBNI OSVRT NA PRAVO NA PRIZIV SAVJESTI	21
---	----

dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredna profesorica, dr.sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica, POLOŽAJ I STATUS NORMI MEĐUNARODNOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI – U SVJETLU PRAKSE USTAVNOG SUDA BIH	41
---	----

dr. sc. Denis Pajić, docent NAČELO <i>IN DUBIO PRO REO</i> U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU I PRAKSI	58
---	----

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

dr. sc. Amna Toromanović, docentica UTICAJ ATLANTSKIH REVOLUCIJA NA RAZVOJ USTAVNOSTI U SVIJETU I OBLIKOVANJE MODERNE DEMOKRATIJE	93
---	----

dr. sc. Haris Omerika, docent Alem Merdić, MA, viši asistent mr. sc. Mustafa Sarajlić HISTORIJSKI RAZVOJ EKONOMSKOG NEOLIBERALIZMA I NJEGOVA PRIMJENA U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA	113
---	-----

Mr. sci. Željko Petrović, Viši stručni saradnik OGRANIČENJA I ZABRANE NUKLEARNOG ORUŽJA PREMA MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU	132
---	-----

Hana Šarkinović-Köse MA, viša asistentica MEĐUODNOS USTAVNOG SUDA CRNE GORE I SUDSKE VLASTI U CRNOJ GORI	152
--	-----

Mr. iur Edisa Softić

OPĆA PRAVNA NAČELA

EVROPSKE UNIJE U KONTEKSTU JAVNIH NABAVKI 168

mr. Alma Đukić

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA PREMA ODREDBAMA UREDBE (EU)

2016/679 (OPĆE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA) 187

dipl. iur., Amir Šelo

SAVREMENI TRENDOWI USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA 202

Amela Kečo dipl.prav.

BESPLATNA PRAVNA POMOĆI U GRAĐANSKIM PREDMETIMA U

BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVNOM SISTEMU, SA OSVRTOM

NA EVROPSKO I UPOREDNO PRAVO 220

STRUČNI RADOVI

Džejna Suljević, MA, viši asistent

NOVI PRAVNI IZAZOVI: KONCEPT VANBRAČNE

ZAJEDNICE I REGISTROVANOG PARTNERSTVA U

BOSANSKOHERCEGOVAČKOM ZAKONODAVSTVU 249

Amela Begović Kuko, Rukovodilac kantonalnog poreznog ureda Mostar

POSTUPAK PRETHODNOG ODLUČIVANJA PRED SUDOM PRAVDE

EU 264

IZVORNI NAUČNI RADOVİ

BOSNA I HERCEGOVINA – OD STABILIZACIJE DO PRIDRUŽIVANJA

Sažetak: Autor u ovom radu, kroz vremensku i sadržajnu odrednicu, analizira integracijski proces, nastojeći utvrditi dinamiku procesa i ostvarene rezultate. U fokusu analize nalazi se ključni integracijski akt - Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, čiju prethodnicu, u ekonomskom smislu, predstavlja Srednjoeuropski sporazum o slobodnoj trgovini (CEFTA 2006), koji, istovremeno, predstavlja multilateralni sublimat sporazuma o slobodnoj trgovini. Ova nit ističe obavezu kontinuelnog preuzimanja pravne stečevine EU, te prati stepen ispunjavanja pravnog i ekonomskog kriterija za prijem u članstvo u EU. Centralni dio rada odnosi se na vitalne dijelove SSP-a: slobodu prometa roba, usklađivanje zakona i institucionalni segment, kroz konfrontiranje de iure postavki i de facto stanja. Prostor između ukazuje na potrebu korekcija. Stjecanje kandidatskog statusa treba da dovede do institucionalnog jačanja, što je *conditio sine qua non* uspješnog integracijskog hoda, ali i ostvarenja stabilnosti, vladavine prava, ekonomskog rasta i razvoja, rasta životnog standarda i socijalne sigurnosti.

Ključne riječi: stabilizacija, harmonizacija, pravna stečevina, kriteriji, trgovinski rezultati, institucije, pridruživanje

1. Uvod

Prvi integracijski korak učinjen je uspostavljanjem Zajedničkog konsultativnog radnog tijela između Bosne i Hercegovine i Europske unije (juni 1998), poslije čega Vijeće ministara BiH (mart 1999) donosi Odluku o pokretanju inicijative za pristupanje Bosne i Hercegovine Europskoj uniji (Službeni glasnik BiH br. 3/1999). U osmom mjesecu iste godine Parlamentarna skupština BiH iskazuje svoju opredijeljenost europskim integracijama donoseći Rezoluciju o europskim integracijama i Paktu stabilnosti (Službeni glasnik BiH br. 12/1999). Marta 2000-e godine utvrđene su Smjernice za BiH - dokument koji sadrži 18 koraka, koje BiH treba prijeći da bi se kvalifikovala za Studiju izvodivosti. Dvije i po godine poslije - septembra 2002. godine, ispunjeni su uvjeti iz Mape puta.¹ Slijedi izrada Studije izvodivosti i povodom toga Izvještaj o ostvarenom napretku u šesnaest prioriternih oblasti iz Izvještaja Europske komisije Vijeću ministara EU

¹ Bosna i Hercegovina na putu evropskih integracija, Vijeće ministara BiH, Ministarstvo za evropske integracije, Sarajevo, 2002., str. 26-27.

o izvodivosti pregovaranja između BiH i EU.² Nakon toga BiH i EU pristupaju pregovorima o Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (2005), da bi Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu SSP) bio potpisan 16.6.2008. godine, a započeo sa primjenom sedam godina poslije, odnosno 1.6.2015. godine. Potpisivanjem SSP-a, Bosni i Hercegovini je, zahvaljujući „evolutivnoj klauzuli“, potvrđen status potencijalnog kandidata za članstvo u Europskoj uniji, što samo po sebi predstavlja viši stupanj odnosa od onog što su ga u svojim sporazumima o pridruživanju uspostavile nove članice i druge države kandidatkinje za članstvo u Uniji.³ Za razliku od drugih europskih sporazuma, SSP u svom političkom dijelu znatno više naglašava potrebu regionalne saradnje, a sve u cilju stabiliziranja područja jugoistočne Europe. Po svojoj prirodi SSP treba kontribuirati uspostavi bliskih i dugoročnih veza između ugovornih strana, pri čemu se, u preambuli SSP-a, ističe spremnost Europske unije da u najvećoj mogućoj mjeri integrira Bosnu i Hercegovinu u političke i ekonomske tokove Europe. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju je temelj i okvir za uređenje odnosa između Bosne i Hercegovine i Europske unije, s ciljem pripreme BiH za buduće članstvo u Uniji⁴. Svakako, treba istaći i „mješoviti“ karakter Sporazuma, što znači da su pored EU-a (Zajednica) ugovornice i sve države članice, budući da SSP obuhvaća područja koja nisu samo u ingerencijama Unije, nego spadaju i u nadležnost država članica. Sastavni dio SSP-a sačinjavao je Privremeni trgovinski sporazum (PTS), koji je imao posebno značenje za bh. ambijent, budući je predstavljao pravosnažnu ekonomsku izvedenicu SSP-a, te je, za razliku od njega, stupio na snagu neposredno nakon potpisivanja - sredinom 2008. godine, što znači da je (u trgovinskim odnosima sa EU) primjenjivan do polovine 2015-e godine.

2 Riječ je o sljedećim oblastima: ispunjenje preostalih uvjeta i međunarodne obaveze, djelotvornija uprava, djelotvornija javna uprava, europske integracije, djelotvornije zakonske odredbe kojima se garantiraju ljudska prava, djelotvorno sudstvo, borba protiv kriminala, posebno organiziranog kriminala, migracije i azil, reforma carinskog i poreznog sistema, budžetska legislativa, budžetska praksa, cjelovita i konzistentna trgovinska politika, pouzdana statistika, integrirano energetske tržište, razvoj jedinstvenog bh. ekonomskog prostora i javni RTV sistem. Vijeće ministara BiH, Direkcija za evropske integracije, Sarajevo, 10-11.3.2005.

3 Europski sporazumi nisu određivali status zemalja u pogledu mogućnosti i procedure ulaska u proces proširenja EU, već se status kandidata za članstvo stjecao naknadno tokom uspješne provedbe obaveza iz pridruženog članstva. Više u: Trgovinski aspekti Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju [2010] Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, Sarajevo.

4 Član 1. SSP-a: „Ovim se uspostavlja pridruživanje između Zajednice i njenih država članica, s jedne strane, i Bosne i Hercegovine, s druge strane. Ciljevi ovog pridruživanja su da: podrži napore BiH u jačanju demokratije i vladavine prava; doprinese političkoj, ekonomskoj i institucionalnoj stabilnosti u BiH te stabilizaciji u regionu; pruži prikladan okvir za politički dijalog koji omogućava razvoj bliskih političkih odnosa između strana; podrži napore BiH u razvijanju ekonomske i međunarodne saradnje, uključujući i usklađivanjem njenog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice; podrži nastojanja BiH da završi prijelaz u funkcionalnu tržišnu privredu; promovira skladne ekonomske odnose te postepeno razvija oblast slobodne trgovine između Zajednice i BiH“. SSP je dostupan na: www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/doc/default.aspx?id=743&langTag=bs-BA [05. mart 2019]

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u svom ekonomskom dijelu nastavlja kontinuitet Srednjoeuropskog sporazuma o slobodnoj trgovini (CEFTA 2006), sa tradicionalnim pristupom u pogledu liberalizacije trgovine, uklanjanja trgovinskih prepreka, saradnje među stranama, i uvažavanja principa ravnopravnosti i uzajamnosti. Treba naglasiti da je CEFTA 2006. nastala na temeljima izvorne CEFTA-e (1992) kao rezultat svijesti o neophodnosti prihvaćanja principa tržišne ekonomije zemalja Srednje i Istočne Europe, s ciljem jačanja ekonomskih odnosa između odnosnih država. Sporazum CEFTA 2006. regionalnog je karaktera, a važni argumenti istaknuti u korist te saradnje, naznačene kao prioritet novog integracijskog oblika, bili su, prije svega, geografska blizina, tradicionalne ekonomske veze i zajedničko kulturno nasljeđe.⁵ Jedan od glavnih ciljeva CEFTA-e 2006., koja predstavlja sublimat bilateralnih sporazuma o slobodnoj trgovini⁶ (SST), svakako je osiguranje jednakog trgovinskog tretmana između zemalja potpisnica, te ukidanje carinskih barijera, što će imati za posljedicu liberalizaciju trgovinskih odnosa, po uzoru na unutrašnje tržište EU, te ostvarivanje stabilnosti ovog dijela Europe. Sporazum se sastoji od deset glava.⁷ Unutar SSP-a po značaju se izdvajaju tri segmenta: sloboda prometa roba, usklađivanje zakona, provođenje zakona i pravila konkurencije, te institucionalni segment.

2. Slobodno kretanje robe

Ključna tržišna sloboda - promet robe, sadržana u četvrtoj glavi SSP-a, tretira tematiku područja slobodne trgovine, koje će se uspostaviti u periodu od najviše pet godina od stupanja na snagu ovog sporazuma.⁸ Ista je strukturirana u tri dijela. Prvi dio - industrijski proizvodi, slijedi proceduru etabliranu SST-ima, koja se odnosi na ukidanje carina i dažbina istog učinka, količinskih ograničenja i mjera istog učinka na uvoz, odnosno izvoz industrijskih proizvoda. U drugom dijelu, koji tretira poljoprivredu i ribarstvo, osim već viđenog insistiranja na značaju ovog sektora gospodarstva, oblast ribarstva pripaja se poljoprivredi, te se uvodi potreba zaštite geografskih oznaka za poljoprivredne i riblje proizvode i hranu, isključujući vino i alkoholna pića. Elementi zaštite strateškog karaktera

5 Vidjeti u: Rizvanović, E. [2018] Bosna i Hercegovina vs Europska unija: izabrani radovi. Službeni list, Sarajevo, str. 105-118.

6 Više o ovim sporazumima u: Rizvanović, E. [2007] Sporazumi o slobodnoj trgovini i ekonomska funkcija države. Zbornik radova sa V međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, str. 207-224.

7 Opći principi, Politički dijalog, Regionalna saradnja, Slobodno kretanje robe, Kretanje radnika, poslovno nastanjanje, pružanje usluga, kretanje kapitala, Usklađivanje zakona, provođenje zakona i pravila konkurencije, Pravda, sloboda i sigurnost, Politike saradnje, Finansijska saradnja, Institucionalne, opće i završne odredbe.

8 Osnovne sastavnice glave IV - industrijski proizvodi; carine; količinska ograničenja; poljoprivreda i ribarstvo - što uključuje zaštitu geografskih oznaka za poljoprivredne i riblje proizvode i hranu; zabrana fiskalne diskriminacije; damping i subvencije; opća zaštitna klauzula; klauzula o nestašici; državni monopoli; pravila o porijeklu; dopuštena ograničenja; administrativna saradnja.

poljoprivrede vidljivi su u članu 30. SSP-a: „Bez obzira na ostale odredbe ovog sporazuma, a posebno na član 39., te s obzirom na naročitu osjetljivost tržišta poljoprivrednih i ribljih proizvoda, ukoliko uvoz proizvoda porijeklom iz jedne strane, koji su predmet koncesija odobrenih na osnovu čl. 25. do 28., prouzrokuje ozbiljan poremećaj tržišta ili njenih domaćih regulatornih mehanizama druge strane, obje strane odmah će početi konsultacije radi pronalaženja odgovarajućeg rješenja. U očekivanju takvog rješenja, pogođena strana može poduzeti odgovarajuće mjere koje bude smatrala potrebnim“. Riječ je o iznova pruženoj mogućnosti za protekcionizam, koja slijedi nit SST-ova, pogotovo za ovako osjetljiv i značajan sektor, kao što je poljoprivreda. Zajedničke odredbe, naslov je trećeg dijela, i one će se primjenjivati, shodno članu 32. SSP-a, na trgovinu svim proizvodima između strana, osim u slučajevima kada je drukčije predviđeno ovim sporazumom ili Protokolom I. Član 38. SSP-a, koji se odnosi na damping i subvencije, samo je prekopirana inačica članaka iz SST-ova, odnosno Sporazuma CEFTA, koji su izvedeni iz Ugovora o osnivanju EEZ-a, u kojima se ponavljaju poznati, gotovo identični stavovi: „Nijedna od odredbi ovog sporazuma ne sprječava bilo koju stranu da poduzima zaštitne trgovinske mjere u skladu sa stavom 2. ovog člana i članom 39.“ Mogućnost zaštite domaće proizvodnje iskazana je kroz opću zaštitnu klauzulu - član 39. SSP-a, prema kojem: „Bez obzira na stav 1. ovog člana⁹, kada se neki proizvod jedne strane uvozi na teritorij druge strane u tako povećanim količinama i pod takvim uvjetima da prouzrokuje ili prijeti da prouzrokuje ozbiljnu štetu domaćoj industriji sličnih ili direktno konkurentskih proizvoda na teritoriju strane uvoznice, ili ozbiljne poremećaje u bilo kojem sektoru privrede ili teškoće koje bi mogle izazvati ozbiljno pogoršanje ekonomske situacije u nekoj regiji strane uvoznice, strana uvoznica može poduzeti odgovarajuće bilateralne zaštitne mjere pod uvjetima i u skladu s postupcima utvrđenim u ovom članu“. Takve mjere, kako je naznačeno u stavu 3. ovog člana, sadržavat će jasne elemente koji postepeno vode njihovom ukidanju najkasnije do kraja utvrđenog perioda i neće se poduzimati na period duži od dvije godine. Potvrda o sličnosti ovog dijela SSP-a sa prethodna dva trgovinska sporazuma (SST i CEFTA) nalazi se i u članu 43. SSP-a - dopuštena ograničenja, koji je promijenio naziv (ex opća izuzeća) dok je tekst člana gotovo identičan, a glasi: „Ovaj sporazum ne sprječava zabrane ili ograničenja uvoza, izvoza ili prometa robe u tranzitu, koja su opravdana radi zaštite javnog morala, javne politike ili javne sigurnosti, zaštite zdravlja ljudi, životinja ili biljaka, zaštite nacionalnog blaga umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti, ili zaštite intelektualnog, industrijskog i trgovinskog vlasništva ili pravila koja se odnose na zlato i srebro. Međutim, takve zabrane ili ograničenja neće predstavljati sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničavanja trgovine između strana“.

Kakvi su učinci primjene ovog dijela SSP-a? U godini potpisivanja SSP-a (2008) Bosna i Hercegovina je u vanjskotrgovinskoj razmjeni sa inozemstvom

9 Koji glasi: „U odnosima između strana primjenjivat će se odredbe člana XIX. GATT-a 1994. i Sporazuma WTO o zaštitnim mjerama“.

ostvarila ukupno 23 milijarde KM, od čega na izvoz otpada 6,71 milijardi, a na uvoz 16,29 milijardi konvertibilnih maraka. Ova godina je bila rekordna po vrijednosti uvezenih roba, tokom koje je ostvaren najveći trgovinski deficit u robnoj razmjeni sa inozemstvom.¹⁰ U pogledu geografske distribucije robnog prometa BiH sa inozemstvom, u 2008. godini, najviše se izvozilo u Hrvatsku, i to u vrijednosti od 1,16 milijardi KM, odnosno 17% od ukupno ostvarenog izvoza. Također, od susjednih zemalja, značajan izvoz u istoj godini ostvaren je u Srbiju, i to u iznosu od 942 miliona KM - 14% od ukupnog izvoza. Prema regionalnim grupacijama, najviše se izvozilo u Europsku uniju, i to u vrijednosti od 3,70 milijardi KM - cca 55% ukupne vrijednosti izvezenih roba, pri čemu najviše u Njemačku - nešto više od 913 miliona KM (14%), zatim u Italiju - 843 miliona KM (13%), Austriju 415 miliona KM (6%). Gotovo identična situacija je i sa uvozom (u odnosu na zemlje partnere), budući da od ukupno uvezenih 16,29 milijardi KM u 2008. godini, 7,82 milijardi KM otpada na zemlje Europske unije - 48% od ukupnog uvoza. U okviru zemalja Europske unije, najviše je uvezeno iz Njemačke - 1,91 milijardi KM, zatim iz Italije 1,52 milijardi KM, Slovenije - 963 miliona KM¹¹. Posmatrajući pojedinačne zemlje, najviše robe je uvezeno iz Hrvatske - 2,78 milijardi KM, odnosno nešto više od 17% svih uvezenih roba. Od susjednih zemalja, također, značajan uvoz u istoj godini ostvaren je iz Srbije, i to u vrijednosti od 1,73 milijardi KM (oko 11%). Sumirajući trgovinsku razmjenu sa navedene dvije susjedne države - obje tada članice CEFTA-e 2006., Bosna i Hercegovina je u robnom prometu sa Hrvatskom ostvarila trgovinski deficit od 1,62 milijardi KM, dok je sa Srbijom ostvaren deficit od 784 miliona KM.

Prema podacima Vanjskotrgovinske komore BiH¹² tokom 2017. godine BiH je ostvarila izvoz u vrijednosti od 11.384.774.000 KM, a uvoz - 18.447.340.000 KM¹³ pri čemu pokrivenost uvoza izvozom iznosi 61,71%.¹⁴ Najznačajniji trgovinski partner našoj zemlji je Europska unija, na koju se odnosi 70,4% izvoza proizvoda, te 67,4% uvoza. Pojedinačno, najznačajniji partner po obimu

10 Kada je deficit dosegao iznos od 9,58 milijardi KM. Već je tokom 2009. godine evidentiran pad uvoza u BiH iz svih područja, koji se procjenjuje na cca 25% , dok je pad izvoza u istoj godini iznosio cca 18%. Više o ovome u: Bosna i Hercegovina - 10 godina implementacije CEFTA 2006 [2017] Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, Sarajevo.

11 Robna razmjena Bosne i Hercegovine sa inozemstvom za 2008. godinu [2009] Tematski bilten, Agencija za statistiku BiH, Sarajevo.

12 Vanjskotrgovinska komora BiH, Sektor za makroekonomski sistem VTK, Vanjskotrgovinska razmjena sa svijetom za 2017.; Dostupno na: www.komorabih.ba/up-content/uploads/2018/02/vanjskotrgovinskarazmjena-BiH-sa-svijetom-za-2017-materijal-za-medije.pdf [05. mart 2019].

13 Saopćenje Agencije za statistiku BiH, Godina XVI, Broj 2, Sarajevo, 2018.; Dostupno na: www.bhas.ba/saopstenja/2018/NAC_02_2017_Y1_0_BS.pdf [15. april 2019]. Kada navedeni iznos uvoza dovedemo u odnos sa bruto domaćim proizvodom (BDP) BiH - 31,332 mlrd KM, dobijemo procenat od cca 59%.

14 Ukupna robna razmjena naše zemlje sa inozemstvom imala je tendenciju kontinuiranog rasta, s iznimkom 2009. godine, za koju se veže globalna ekonomska kriza, odnosno 2012., kada je zabilježen blagi pad u odnosu na prethodnu godinu. Stopa pokrivenosti uvoza izvozom, prema statističkim pokazateljima, bilježi rast sa 41,2 % - 2008. godine, na 58,3 % u 2016. godini. Godišnji izvještaj Centralne banke Bosne i Hercegovine 2016.

razmjene je Hrvatska - cca 4,3 mlrd KM, ostvareni deficit cca 1,64 mlrd KM i pokrivenost uvoza izvozom 44,7%, a po vrijednosti izvoza Njemačka - cca 1,60 mlrd KM, ukupan obim razmjene cca 3,35 mlrd KM, deficit cca 140 miliona KM i pokrivenost uvoza izvozom 92%. Sa Austrijom stopa pokrivenosti uvoza izvozom iznosi 100,3%, uz suficit od cca 2,5 miliona KM.

Sa zemljama CEFTA-e 2006. BiH učestvuje u razmjeni sa 17% izvoza i 15,5% uvoza. Ukupni izvoz u zemlje CEFTA-e iznosio je 1,93 mlrd KM, ukupan uvoz - 2,86 mlrd KM, deficit cca 923 miliona KM, pokrivenost uvoza izvozom 67,2%, učešće u ukupnoj razmjeni - 16%, pri čemu je iz Srbije uvezeno cca 2,55 mlrd KM, a izvezeno 1,16 mlrd KM, uz deficit od cca 1,39 mlrd KM¹⁵, i pokrivenost uvoza izvozom od 45,5%. Tokom 2017. godine sa svim ostalim zemljama CEFTA-e¹⁶ BiH ima ostvaren suficit (Crna Gora - 386,8%, Makedonija - 108,8%, Kosovo - 1050%, Albanija 210,6%). Zbirno gledano, Bosna i Hercegovina iz svih zemalja CEFTA-e (osim Srbije) uveze cca 300 miliona KM, a sve ostalo (cca 2,55 mlrd KM) iz Srbije. To znači da uvoz iz ove susjedne zemlje u strukturi ukupnog uvoza iz zemalja CEFTA-e 2006. učestvuje sa skoro 90%.

Sa zemljama EFTA-e (Švicarska, Norveška, Lihtenštajn, Island) BiH je tokom 2017 (I-IX) imala razmjenu u vrijednosti od 487,6 miliona KM, deficit od 220,8 miliona KM, učešće u ukupnoj razmjeni od 2,2%, i stopu pokrivenosti od 37,7%.

Sa ostalim zemljama situacija je sljedeća:

- * Turska - obim razmjene 760 miliona KM, deficit 174,8 miliona KM, pokrivenost 62,6% ;

- * Ruska Federacija - obim razmjene 489,7 miliona KM, deficit 298,5 miliona KM, stopa pokrivenosti 24,3% ;

- * SAD - obim razmjene 414 miliona KM, deficit 299 miliona KM, pokrivenost 16,2% ;

- * Kina - obim razmjene 350,8 miliona KM, deficit 295,8 miliona KM, pokrivenost 8,5% ;

- * Saudijska Arabija - obim razmjene 37 miliona KM, suficit 35 miliona KM, i stopu pokrivenosti od 3431,6%.

Navedene zemlje u ukupnoj razmjeni učestvuju sa 12,8%.

Interesantni su i entitetski pokazatelji, prema kojima Republika Srpska, sa manjim obimom razmjene, ima bolju pokrivenost uvoza izvozom od Federacije BiH u razmjeni sa:

- * Njemačkom 109,94% vs 94,17%,

- * Italijom 104,95% vs 61,94%,

- * Austrijom 125,34% vs 95,06%,

15 Ovaj deficit sa Srbijom je veći od zbira deficita koje BiH ima sa Njemačkom, Italijom, Turskom, Holandijom, Mađarskom.

16 Sa izuzetkom Moldavije - stopa pokrivenosti 81,9%, s tim što je vrijednost robne razmjene sa Moldavijom nešto preko 8 miliona KM; Dostupno na: [www.komorabih.ba/up-content/uploads/2018/02/vanjskotrgovinska razmjena-BiH-sa-svijetom-za-2017-materijal-za-medije.pdf](http://www.komorabih.ba/up-content/uploads/2018/02/vanjskotrgovinska%20razmjena-BiH-sa-svijetom-za-2017-materijal-za-medije.pdf) [05. mart 2019].

- * Holandijom 109,03% vs 46,24%,
- * Slovenijom 75,36% vs 53,05%
- * Hrvatskom 120,08% vs 33,89%.

Najveći deficit Republika Srpska bilježi sa Srbijom - cca 720 miliona KM, pokrivenost 40,1% i Ruskom Federacijom - deficit cca 436,4 miliona KM, pokrivenost 9,65%.

S druge strane Federacija BiH bilježi deficit sa Hrvatskom od cca 1,61 mlrd KM, uz pokrivenost uvoza izvozom od 33,89%.

Brčko Distrikt ima deficit sa Hrvatskom od cca 105 miliona KM, pokrivenost 20,97%, a sa Srbijom cca 180 miliona KM deficita, uz stopu pokrivenosti od 15,16%.

Kada je riječ o strukturi razmjene najveći udio u uvozu i deficitu imaju:

a) mašine, aparati, mehanički uređaji, kotlovi, vozila, oružje - uvoz 4,18 mlrd KM vs 2,01 mlrd KM izvoza, i deficit od cca 2,17 mlrd KM;

b) agroindustrijski sektor - životinje i proizvodi životinjskog porijekla, proizvodi biljnog porijekla, masti i ulja životinjskog i biljnog porijekla, prehrambene prerađevine, sa uvozom od 3,15 mlrd KM vs 1,06 mlrd KM izvoza, uz deficit od cca 2,09 mlrd KM, pri čemu na uvoz prehrambenih prerađevina otpada cca ½ cjelokupnog uvoza agroindustrijskog sektora;

c) mineralna goriva (ugalj, koks, plin, nafta) i električna energija - uvoz 2,60 mlrd KM vs 943,15 miliona KM izvoza, uz deficit od cca 1,66 mlrd KM;

d) hemijski, farmaceutski proizvodi, đubriva, plastika, kaučuk, guma - uvoz 2,90 mlrd KM vs 1,35 mlrd KM izvoza, i deficit od cca 1,55 mlrd KM.

Najveći suficit ostvaren je u sektoru drvne industrije (drvo, papir i namještaj) - uvoz 923,47 miliona KM vs 2,23 mlrd KM izvoza, uz ostvareni suficit od cca 1,30 mlrd KM.

3. Harmonizacija, realizacija i konkurencija

Pravni segment SSP-a posebno je istaknut u šestoj glavi - Usklađivanje zakona, provođenje zakona i pravila konkurencije, unutar koje se akcentira važnost harmoniziranja zakonodavstva Bosne i Hercegovine sa zakonodavstvom Zajednice, kao i njegovog efikasnog provođenja.¹⁷ Institut konkurencije koji se ravna prema kriterijima proizašlih iz primjene tržišnih pravila važećih u Zajednici - čl. 81., 82., 86. i 87. Ugovora o osnivanju, prezentiran je članom 71.

¹⁷ Usklađivanje zakona je sastavni dio procesa prihvatanja pravne stečevine EU, a provodit će se temeljem programa dogovorenog između BiH i Europske komisije. Osnovne sastavnice glave VI pored konkurencije su: državne potpore, javna preduzeća, pravo intelektualnog vlasništva, javne nabavke, standardizacija, mjeriteljstvo, akreditacije i ocjenjivanje usklađenosti, zaštita potrošača, uvjeti rada i jednake mogućnosti. Deveta glava SSP-a tiče se finansijske saradnje, koja u ovom slučaju predstavlja finansijsku pomoć Zajednice, uvjetnog je karaktera, i može obuhvatiti bilo koju oblast saradnje, među kojima i usklađivanje zakonodavstva.

SSP-a.¹⁸ Propisi o tržišnom nadmetanju, na generalnoj ravni, odražavaju sistem vrijednosti jednog društva, kroz njegov odnos prema potrebi fer takmičenja, koje je kao takvo uvjet za ekonomski i društveni napredak. O idealnoj konkurenciji, teoretski gledano, može se govoriti ukoliko postoji neograničeno velik broj, neograničeno malih, poslovnih subjekata, koji su ravnopravni na tržištu. Ravnopravnost, pored takmičarskog dijela, podrazumijeva i jednake uvjete pri registraciji (ulasku na tržište) ali i prilikom prestanka poslovnih subjekata (stečaj, likvidacija). U ekonomskom smislu to bi značilo kvalitetnije, raznovrsnije i jeftinije proizvode, bolju uslugu, poticanje inovativnosti, što u zbirnom izrazu utječe na povećanje bruto društvenog proizvoda i zaposlenosti. Prva verzija državnog zakona o konkurenciji (2001) obilježena je izostankom sankcija. Taj nedostatak, sa još nekim dopunama, otklonjen je četiri godine poslije.¹⁹ Međutim, i aktuelni zakon ima određene manjkavosti. Jedna od njih sadržana je u načinu odlučivanja (član 24. ZK-a) koji implicira etnički (i entitetski) veto, na način da je za svaku punovažnu odluku Konkurencijskog vijeća, kojom se tretira potencijalno nedozvoljeno ponašanje tržišnih natjecatelja, potreban jedan glas pripadnika svakog od tri konstitutivna naroda. Na ovaj način se otvara prostor mogućim zloupotrebama i u značajnoj mjeri relativiziraju pozitivni segmenti ZK-a, a time i značaj što ga fer tržišno nadmetanje ima za privredni sistem, odnosno za društvo u cjelini. Među normativne nedostatke svakako spada i odredba o zabranjenim sporazumima - član 4. stav 1. ZK-a: „Zabranjeni su sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja, izričiti i prešutni dogovori privrednih subjekata, kao i odluke i drugi akti privrednih subjekata koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na relevantnom tržištu (...)“. Razlog za ovu tvrdnju je razlika u odnosu na pravnu stečevinu EU. Naime, euroljanima je počev od Rimskog ugovora (1957) pa do Lisabonskog ugovora (2007) za procjenu ugrožavanja konkurencije dovoljna namjera - što je vidljivo iz odredbe člana 101. st. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije²⁰: „Budući da su nespojivi s unutarnjim tržištem, zabranjuju se: svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno

18 S tim u vezi, Bosna i Hercegovina dobila je rok od dvije godine za uspostavljanje organa, za osiguravanje propisne primjene i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva, koji će, inter alia, biti ovlašten da odobrava programe državne pomoći i pojedinačna sredstva pomoći, na osnovu konkurencijskih pravila važećih u Zajednici. U tom smislu - čl. 71. st. 6. SSP-a, ističe se obaveza Bosne i Hercegovine da ustanovi sveobuhvatan inventar programa državne pomoći. Zakon o sistemu državne pomoći (Službeni glasnik BiH br. 10/12) je usvojen četiri godine po potpisivanju SSP-a, uz docnju u odnosu na sve zemlje iz regije. Prema podacima nadležne institucije - Vijeća za državnu pomoć, tokom 2017. godine, za državnu pomoć je izdvojeno 0,52% BDP, što je znatno ispod europskog standarda; Godišnji izvještaj o državnoj pomoći u Bosni i Hercegovini u 2017. godini; Dostupno na: www.szdp.gov.ba/data/dokumenti/pdf/godisnji%20za%202017.pdf [18. april 2019].

19 Zakon o konkurenciji, Službeni glasnik BiH br. 48/05, 76/07, 80/09. U daljnjem tekstu ZK.

20 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Službeni list EU C 202/47; Dostupan na: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_3&format=PDF [22. april 2019]

djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu (...)“. U našem pravu posljedica mora nastupiti da bi se pristupilo ocjeni zabranjenosti sporazuma. A tu ocjenu treba dati nadležni organ temeljem navedenog načina odlučivanja, odnosno konsenzusa pripadnika konstitutivnih naroda.

Kada je riječ o malim i srednjim preduzećima, kojima u Europskoj uniji po osnovnim ekonomskim parametrima (udio u ukupnom BDP-u, udio u ukupnoj zaposlenosti, udio u ukupnom broju poslovnih subjekata) pripada iznimno veliki značaj, u našoj zemlji njihova klasifikacija je urađena temeljem nekoliko izvora. Tako, Zakon o poticaju razvoja male privrede Federacije BiH (Službene novine FBiH br. 17/06, 25/09) razlikuje mikro subjekte male privrede, male subjekte male privrede i srednje subjekte male privrede, pri čemu se mali subjekti male privrede definiraju kao: fizičke i pravne osobe koje zapošljavaju prosječno godišnje manje od 50 osoba i čiji godišnji promet i/ili godišnji bilans stanja ne prelazi 4 miliona KM, a srednji subjekti male privrede su fizičke i pravne osobe koje zapošljavaju prosječno godišnje manje od 250 osoba, čiji godišnji promet ne prelazi 40 miliona KM i/ili čiji godišnji bilans stanja ne prelazi 30 miliona KM.

Prema Zakonu o računovodstvu i reviziji u Federaciji BiH - član 4. (ZRR, Službene novine FBiH br. 83/09) male pravne osobe su one koje ispunjavaju najmanje dva od sljedećih uvjeta: prosječan broj zaposlenih je manji od 50, prosječna vrijednost poslovne imovine na kraju poslovne godine je manja od 1 miliona KM, ukupan godišnji prihod je manji od 2 miliona KM. Srednje pravne osobe su one koje ispunjavanju najmanje dva od sljedećih uvjeta: zaposlenih 50-250, prosječna vrijednost poslovne imovine 1-4 miliona KM, ukupni godišnji prihod 2-8 miliona KM.²¹

Treći izvor je Zakon o razvoju malih i srednjih preduzeća Republike Srpske (Službeni glasnik RS-a br. 50/13 i 56/13) koji iste definira na sljedeći način: mala preduzeća čine privredni subjekti koji zapošljavaju manje od 50 radnika i čiji je ukupni godišnji prihod manji od 2 miliona KM ili čija prosječna vrijednost poslovne imovine na kraju poslovne godine iznosi manje od 1 miliona KM. Srednja preduzeća čine privredni subjekti koji zapošljavaju od 50 - 250 radnika i čiji je ukupni godišnji prihod od 2-8 milona KM ili čija je prosječna vrijednost poslovne imovine na kraju poslovne godine manja od 4 miliona KM.

21 Velike pravne osobe su one čije vrijednosti su veće od ranije nabrojanih (srednjih), te osim njih velike pravne osobe su i: banke, mikrokreditne organizacije, štedno kreditne zadruge, društva za osiguranje, lizing društva, društva za upravljanje investicionim fondovima, društva za upravljanje obavezanim/dobrovoljnim penzijskim fondovima, brokersko-dilerska društva i druge finansijske organizacije. O malim i srednjim preduzećima više u: Rizvanović, E. [2008] Mala i srednja poduzeća u svjetlu Zakona o poticaju razvoja male privrede. Zbornik radova sa VI međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, str. 224-232.

Iz navedenog je vidljiva različitost u pogledu kriterija za klasifikaciju, ne samo između entiteta, već i unutar jednog entiteta, kao i nepotrebna terminološka različitost. Mala i srednja poduzeća u SSP-u se tretiraju u glavi VIII - Politike saradnje.²²

4. Institucionalni segment i daljnji integracioni koraci

Značaj SSP-a za integracioni proces i njegovu provedbu nužno je kontekstualizirati sa institucionalnim segmentom koji je značajnim dijelom sadržan u glavi X SSP-a, ali čije začetke nalazimo u njegovom prvom dijelu. U prilog tome reguliranje pitanja nadzora nad provedbom Sporazuma, koje je povjereno Vijeću za stabilizaciju i pridruživanje, što je eksplicite iskazano kroz član 8. st. 2. SSP-a: „Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje, koje je osnovano u skladu sa članom 115., redovno će provjeravati, u pravilu jednom godišnje, način na koji Bosna i Hercegovina provodi ovaj sporazum te usvaja i provodi zakonodavne, institucionalne i ekonomske reforme“.²³ A odredba konstituirajućeg člana 115. SSP-a glasi: „Ovim se osniva Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje, koje će nadzirati primjenu i provođenje ovog sporazuma. Ono će se sastajati na odgovarajućem nivou u redovnim razmacima i kada to okolnosti zahtijevaju. Razmatrat će sva važna pitanja koja se pojave u okviru ovog sporazuma i sva bilateralna i međunarodna pitanja od obostranog interesa“. Značaj Vijeća za stabilizaciju i pridruživanje, iskazan je i kroz Politički dijalog (glava II), i to članom 11. st. 1. SSP-a: „Politički dijalog odvija se prvenstveno unutar Vijeća za stabilizaciju i pridruživanje, koje ima opću nadležnost za svako pitanje koje bi strane željele pred njega iznijeti“, s tim, da se ovaj član dopunjuje sljedećim članom SSP-a (12.), prema kojem se: „Politički dijalog na parlamentarnom nivou odvija u okviru Parlamentarnog odbora za stabilizaciju i pridruživanje,²⁴ uspostavljenog u skladu s članom 121“. S druge strane, sporna pitanja rješavaju se sukladno članu 125. SSP-a: „Svaka strana upućuje Vijeću za stabilizaciju i pridruživanje svaki spor koji se tiče primjene i tumačenja ovog Sporazuma (...)“ s tim da će strane, shodno narednom članu SSP-a, nastojati svaki spor riješiti putem konsultacija u dobroj vjeri, s ciljem što bržeg postizanja uzajamno prihvatljivog rješenja. Unutar institucionalnih odredbi, pored već naznačene potrebe ustroja i djelovanja zajedničkih organa, tretira se i pitanje trajanja ovog sporazuma, koji se

22 Čiji sadržaj, pored ostalog, čine i: ekonomska i trgovinska politika, saradnja u oblasti revizije i finansijske kontrole, promoviranje i zaštita investicija, saradnja u oblasti industrije, turizam, poljoprivreda, oporezivanje, saradnja u oblasti socijalne politike, obrazovanje i znanost, transport, energija, okoliš, istraživanje i tehnološki razvoj, regionalni i lokalni razvoj.

23 Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje, sukladno članu 116. SSP-a, sastoji se od članova Vijeća EU i članova Europske komisije, i članova Vijeća ministara Bosne i Hercegovine. Njemu će, sukladno članu 118. SSP-a, u izvršavanju dužnosti pomagati Odbor za stabilizaciju i pridruživanje.

24 Parlamentarni odbor se sastoji od članova Europskog parlamenta, s jedne, i članova Parlamentarne skupštine BiH, s druge strane.

sklapa na neodređeno vrijeme. S tim u vezi, u članu 129. st. 2. navodi se da: „Svaka strana može otkazati ovaj sporazum slanjem obavještenja o tome drugoj strani. Ovaj sporazum prestaje važiti šest mjeseci od dana slanja takvog obavještenja“. Pored toga, moguća je i suspenzija sporazuma, koja je, shodno članu 129. st. 3., definirana na sljedeći način: „Svaka strana može suspendirati ovaj sporazum, što odmah stupa na snagu, u slučaju da druga strana ne poštuje jedan od ključnih elemenata ovog sporazuma“.

Nedugo poslije stupanja na snagu SSP-a (15. februara 2016.) BiH je podnijela zahtjev za članstvo, da bi potom - 9. decembra iste godine, primila Upitnik o pristupanju u EU, sa 3242 pitanja, odnosno informacije koje Europska komisija traži od Vijeća ministara BiH u svrhu pripreme Mišljenja o zahtjevu BiH za članstvo u Europskoj uniji. Upitnik je shodno kopenhaskim kriterijima podijeljen u tri segmenta - kriterija, koje treba ispoštovati za pozitivnu ocjenu o kandidatskom statusu, odnosno, kasnije, za prijem u članstvo: politički, ekonomski i pravni. Ovaj potonji je najzahtjevniji i označava sposobnost preuzimanja obaveza iz članstva,²⁵ odnosno obavezu prihvatanja pravne stečevine EU (acquis). Odgovori na pitanja dostavljeni su 28. februara 2018. godine, poslije čega je (20.6.2018) uslijedilo dodatnih 655 pitanja, na koje su odgovori predati početkom marta ove godine.²⁶ Poslije usvajanja Mišljenja Europske komisije o zahtjevu za članstvo u Europskoj uniji (29.5.2019) očito je da ostaje još posla za uraditi za stjecanje statusa kandidata, poslije čega se otvara prostor za pregovarački proces, a time i intenziviranje integracionog procesa, koji bi trebao, u zavisnosti od ostvarenog napretka, rezultirati pridruženjem Europskoj uniji.

5. Zaključak

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju predstavlja najvažniji međunarodni akt za našu zemlju. On je ujedno osnov i okvir za integracijski proces BiH, pri čemu se, prije svega, misli na ispunjavanje ekonomskog i pravnog kriterija za prijem u članstvo EU, ali koji istovremeno nudi zajedničku institucionalnu strukturu za nadzor nad njegovim provođenjem. Slijedom toga, u radu su

25 Sastoji se od 33 poglavlja: slobodno kretanje robe; sloboda kretanja radnika; pravo poslovnog nastanjanja i sloboda pružanja usluga; slobodno kretanje kapitala; javne nabavke; pravo privrednih društava; pravo intelektualnog vlasništva; politika konkurencije; finansijske usluge; informaciono društvo i mediji; poljoprivreda i ruralni razvoj; sigurnost hrane, veterinarska i sanitarna politika; ribarstvo; transportna politika; energetika; oporezivanje; ekonomska i monetarna politika; statistika; socijalna politika i zapošljavanje; poduzetnička i industrijska politika; transeuropske mreže; regionalna politika i koordinacija strukturnih instrumenata; pravosuđe i osnovna prava; pravda, sloboda i sigurnost; nauka i istraživanje; obrazovanje i kultura; životna sredina i klimatske promjene; zaštita potrošača i zdravlja; carinska unija; vanjski odnosi; vanjska, sigurnosna i odbrambena politika; finansijska kontrola; finansijske i budžetske odredbe. Dostupno na: www.dei.gov.ba/dei/direkcija/sektor_strategija/Upitnik/upitnik/default.aspx?id=17826&langTag=bs-BA [26. april 2019].

26 Nisu poslani odgovori na 22 pitanja, pri čemu od 19 postavljenih pitanja iz poglavlja o obrazovanju, kulturi i sportu BiH je odgovorila na samo dva; Preuzeto sa: www.faktor.ba [05. mart 2019].

analizirana tri segmenta SSP-a: sloboda prometa roba, usklađivanje zakona i institucionalni segment. Primjena vitalnog dijela SSP-a - slobode prometa roba, kroz ostvarene vanjskotrgovinske rezultate, nudi realnu sliku postojećeg stanja. Trgovinski učinci SSP-a upućuju na raskorak između njegovih odredbi i faktičkog stanja, na štetu trgovinske pozicije BiH, koja bolje rezultate ostvaruje sa ekonomski jačim partnerima. Od zemalja članica EU najlošiju poziciju BiH ima sa Hrvatskom, a od zemalja CEFTA-e 2006. sa Srbijom. Ovaj podatak upućuje na ambivalentan karakter utjecaja SSP-a. Pravni aspekt implementacije SSP-a referira na potrebu usklađivanja zakona, efikasnog provođenja zakona, i važnost fer tržišnog nadmetanja. U tom kontekstu nužne su korekcije domaćih propisa, posebno u teleološkom i funkcionalnom smislu. Kao primjer istaknuti su Zakon o konkurenciji i propisi o malim i srednjim preduzećima, koje je potrebno uskladiti sa pravnom stečevinom EU. Značajan raskorak između de iure i de facto stanja bilježi se u pogledu institucionalnog segmenta, što se posebno odnosi na Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje, a u kontekstu ovlasti što ih ovaj zajednički organ ima. Nekorištenje zajedničkih institucionalnih potencijala SSP-a ima za posljedicu kašnjenje u procesu integracija, ali i značajno konotira trgovinske rezultate.

Literatura

- Rizvanović, E. (2007) Sporazumi o slobodnoj trgovini i ekonomska funkcija države, Zbornik radova sa V međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru.
- Rizvanović, E. (2008) Mala i srednja poduzeća u svjetlu Zakona o poticaju razvoja male privrede, Zbornik radova sa VI međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru.
- Rizvanović, E. (2018) Bosna i Hercegovina vs Europska unija: izabrani radovi, Službeni list, Sarajevo.
- Bosna i Hercegovina na putu evropskih integracija (2002) Vijeće ministara BiH, Ministarstvo za evropske integracije, Sarajevo.
- Bosna i Hercegovina - 10 godina implementacije CEFTA 2006 (2017) Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, Sarajevo.
- Godišnji izvještaj o državnoj pomoći u Bosni i Hercegovini u 2017. godini; www.szdp.gov.ba/data/dokumenti/pdf/godisnji%20za%202017.pdf
- Godišnji izvještaj za 2016 (2017) Centralna banka Bosne i Hercegovine, Sarajevo.
- Izvještaj o ostvarenom napretku u šesnaest prioritarnih oblasti iz Izvještaja Europske komisije Vijeću ministara EU o izvodivosti pregovaranja između BiH i EU (2005) Vijeće ministara BiH, Direkcija za evropske integracije, Sarajevo.
- Saopćenje Agencije za statistiku BiH, Godina XVI, Broj 2, Sarajevo, 2018.;

www.bhas.ba/ saopštenja/2018/NAC_02_2017_Y1_0_BS.pdf

- Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Bosne i Hercegovine; www.dei.gov.ba/bih_i_eu/ssp/doc/default.aspx?id=743&lang Tag=bs-BA

- Tematski bilten (2009) Agencija za statistiku BiH, Sarajevo.

- Trgovinski aspekti Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (2010) Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH, Sarajevo.

- Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Službeni list Europske unije C 202/47; https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_3&format=PDF

- Vanjskotrgovinska razmjena sa svijetom za 2017, Vanjskotrgovinska komora BiH, Sektor za makroekonomski sistem VTK; www.komorabih.ba/upload/uploads/2018/02/vanjskotrgovinskarazmjena-BiH-sa-svijetom-za-2017-materijal-za-medije.pdf

- Zakon o konkurenciji, Službeni glasnik BiH br. 48/05, 76/07, 80/09.

- Zakon o sistemu državne pomoći, Službeni glasnik BiH br. 10/12.

- Zakon o poticaju razvoja male privrede Federacije BiH, Službene novine FBiH br. 17/06, 25/09.

- Zakon o računovodstvu i reviziji u Federaciji BiH, Službene novine FBiH br. 83/09.

- Zakon o razvoju malih i srednjih preduzeća, Službeni glasnik RS-a br. 50/13 i 56/13.

Edin Rizvanović, PhD., Full Professor
Faculty of Law, University Džemal Bijedić of Mostar

Bosnia and Herzegovina - from stabilization to association

Abstract: The author in this paper, through a time and content determination, analyzes the integration process trying to determine the dynamics of the process and the results achieved. The focus of the analysis is the key integration act - the Stabilization and Association Agreement, whose predecessor, in economic terms, represents the Central European Free Trade Agreement (CEFTA 2006), which at the same time represents the multilateral sublimation of the free trade agreement. This thread emphasizes the obligation of continuous taking over the *acquis communautaire*, and it monitors the degree of accomplishing the legal and economic criteria for admission to the EU. The central part of the work relates to vital parts of the SAA: freedom of movement of goods, harmonization of laws and institutional segment, through confrontation of *de iure* settings and *de facto* state. The space between indicates the need for corrections. Acquisition of candidate status should lead to institutional strengthening, which is the *conditio sine qua non* for successful integration path, but also for the achievement of stability, the rule of law, economic growth and development, the growth of living standard and social security.

Keywords: stabilization, harmonization, *acquis communautaire*, criteria, trade results, institutions, association

Prof. dr.sc. Vesna Kazazić, redovita profesorica,
Pravni Fakultet Sveučilišta u Mostaru
dipl. iur. Ivana Mijić Vulinović, studentica III ciklusa studija

PRAVO NA PREKID TRUDNOĆE (POBAČAJ) KAO MEĐUNARODNO LJUDSKO PRAVO UZ POSEBNI OSVRT NA PRAVO NA PRIZIV SAVJESTI

Sažetak: U svrhu davanja odgovora na pitanje je li pravo na prekid trudnoće međunarodno ljudsko pravo u radu se vrši distinkcija između prava na prekid trudnoće u užem i širem smislu. Prvo podrazumijeva pravo na prekid trudnoće u slučaju ugroze života trudne žene za koje se dokazuje da jest ljudsko pravo koje se izvodi iz prava na život zajamčenog svim relevantnim međunarodnim ugovorima. Pod drugim terminom podrazumijeva se pravo na prekid trudnoće na zahtjev iz svih drugih razloga izuzev zaštite života trudne žene. Usprkos postojanju određenih tendencija da to postane ono za sad, što se dokazuje u radu, ne spada u korpus međunarodnim pravom zajamčenih ljudskih prava. Naime, ono nije zajamčeno nijednim relevantnim međunarodnim ugovorom. Ovaj zaključak potkrjepljuje i činjenica posve različite zakonodavne prakse država u pogledu pravne regulative pobačaja. Dakle ni praksa država potkrijepljena ‘opinio iurisom’ kao izvor međunarodnoga prava nije stvorila pravo na prekid trudnoće (u širem smislu).

Tvrdnja da je pravo na priziv savjesti u kontekstu pobačaja međunarodno ljudsko pravo u radu se dokazuje odredbama međunarodnih ugovora koje jamče pravo na slobodu mišljenja i izražavanja misli, te tumačenjima relevantnih međunarodnih tijela (primarno Europskog suda za ljudska prava) da pravo na priziv savjesti nedvojbeno proizlazi iz istoga.

Ključne riječi: pobačaj, pravo na prekid trudnoće, ljudsko pravo, međunarodni ugovori, Europski sud za ljudska prava, Pravo na priziv savjesti

Uvodno

Pitanje prekida trudnoće spada među najosjetljivija pitanja i pokazalo se veoma spornim na razini zakonske regulative, a u ovoj oblasti ne postoje niti čvrsti međunarodni standardi.

Pravo na prekid trudnoće ne jamči nijedan relevantni međunarodno-pravni dokument. Stoga je prvo pitanje koje iziskuje odgovor je li uopće riječ o ljudskom pravu. Jasno u suvremenom smislu pojma kao urođenom, univerzalnom, neprenosivom, neotuđivom subjektivnom pravu. Mišljenja su različita. Dok jedni,

u pravilu zagovornici pro-choice rješenja, tvrde kako je pravo na prekid trudnoće ljudsko pravo, drugi tvrde da nema govora o toj mogućnosti.

*„Pobačaj, kao derogacija prava na život, ne može stvoriti pravo za sebe: ne može postati autonomno pravo... Pobačaj je ograničen i ne može biti smatran apsolutnim i autonomnim pravom.“*¹

Kada bi Puppincov argument da je pobačaj ograničen i „nije apsolutno pravo“ uzeli kao utemeljen onda bismo status ljudskog prava trebali oduzeti primjerice slobodi izražavanja (jer ni to nije apsolutno ljudsko pravo, a ograničeno je pravima i interesima drugih, interesima zaštite javnog zdravlja i morala itd.) i brojnim drugim pravima. Jer većina ih nije apsolutna, odnosno ograničena je. Tvrdnja da je pobačaj „derogacija prava na život“ kao razlog nemogućnosti postojanja prava na prekid trudnoće opravdana je ukoliko stojimo na stanovištu da je zametak život, odnosno živo biće. U tom pogledu nema etičkog, medicinskog ni pravnog suglasja. Jedni tvrde da je zametak ljudsko biće, drugi da nije, a treći da je nešto između. Odgovor na pitanje je li pravo na prekid trudnoće ljudsko pravo moguće je dobiti jedino njegovom analizom u sklopu izvora međunarodnoga prava. Ključni argument onih koji tvrde da pravo na prekid trudnoće nije ljudsko pravo je to da nije zajamčeno u nijednoj konvenciji. Oni kojima je to jedini argument očigledno pri tom ignoriraju činjenicu da međunarodni ugovori nisu jedini izvor međunarodnoga prava.²

Nužno je dakle provjeriti jesu li ispunjeni uvjeti za tvrdnju da je pravo na prekid trudnoće ljudsko pravo nastalo običajnim putem, odnosno postoji li praksa i *opinio iuris*.³

Veliki broj država ozakonio je pobačaj na zahtjev u prvom tromjesečju trudnoće stoga se može tvrditi da postoji stalna, jednoobrazna i kontinuirana praksa. Međutim, postoji li ‘*opinio juris sive necessitatis*’, odnosno „*uvjerenje ili svijest da je praksa u pitanju obvezatna zbog postojanja odgovarajućeg pravnog pravila koje ju nalaže*“?⁴

Odgovor je moguće dobiti jedino uvidom u materijalna i dokumentarna sredstva kao dio običajnog procesa u pogledu prava na prekid trudnoće.⁵

1. Suvremena zakonodavna rješenja

Danas je vrlo malo zemalja u svijetu koje apsolutno zabranjuju pobačaj. To su: Čile, El Salvador, Nikaragva, Dominikanska Republika, Ujedinjeni Arapski

1 Puppinc, G., Abortion and the European Convention of human rights, *Iris jurnal of legal studies*, Vol.3 No. 2., 2013., str.142.

2 O izvorima međunarodnoga prava detaljno: Degan, V.Đ., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011., str. 65-204.

3 Ibid, str.73-78.

4 Ibid, str. 76.

5 Detaljno o materijalnim i dokumentarnim sredstvima običajnog procesa; Ibid, str, 79-92.

Emirati, a u Europi Vatikan i Malta. U tim je zemljama prekid trudnoće zabranjen čak i u slučaju da ugrožava život majke. U Jamajci i Venezueli pobačaj je dozvoljen samo iz tog razloga – ugroze života trudne žene.⁶

Mnoge europske zemlje u posljednjem su desetljeću napravile zaokret prema liberalizaciji svojih zakonskih rješenja. Bez sumnje europski je trend ozakonjenje prava na prekid trudnoće do određenog stadija. U Europi se uglavnom pobačaj na zahtjev trudne žene dozvoljava do 10., 12., 14., sve do 16. tjedna trudnoće. U praksi je Švedska najliberalnija i prekid trudnoće u njoj je dopušten do 22. tjedna uz odobrenje zdravstva, a maloljetnice ne moraju dobiti dozvolu roditelja za pobačaj čije troškove snosi zdravstveno osiguranje. Uz Švedsku, najliberalnija zakonska rješenja vezano za prekid trudnoće u Europi imaju Nizozemska, Norveška, Velika Britanija, Austrija, Švicarska, Belgija i Francuska. U Rusiji se primjerice trudnoća na zahtjev trudne žene može prekinuti do 12. tjedna, a jedine države u Europi koje ne dozvoljavaju pobačaj ni pod kojim uvjetima su Vatikan i Malta. U potonjoj predviđena kazna za liječnike koji izvrše prekid trudnoće je od 18 mjeseci do 3 godine zatvora.

Europske zemlje, pa čak i one pretežno katoličke, usvajaju sve liberalnija zakonodavna rješenja. U Španjolskoj je pobačaj na zahtjev trudne žene dozvoljen do 14. tjedna trudnoće. Zakonom je predviđeno obvezno, ali ne obeshrabrujuće savjetovanje. Poljska je čini se jedina zemlja u Europi koja je napravila korak unazad. Naime, u ovoj je državi na snazi model prema indikacijama. Međutim broj indikacija koje prekid trudnoće čine opravdanim i zakonitim 2018. godine smanjen je sa tri na dvije. Pobačaj je bio moguć u slučaju ugroze života žene, ukoliko je do začeća došlo uslijed silovanja ili incesta i ako su ustanovljene malformacije fetusa. Zadnja indikacija je ukinuta.⁷

Na Cipru je pobačaj dozvoljen ukoliko je trudnoća posljedica silovanja ili incesta, kad su uočene malformacije fetusa i kad je ugrožen život trudne žene. Nakon Malte najstrože je zakonsko rješenje u Sjevernoj Irskoj i Irskoj. Jedino ugroza života trudnice može biti indikacija za legalan prekid trudnoće.

U Bosni i Hercegovini, u Federaciji BiH, još uvijek se primjenjuje Zakon o uvjetima i postupku za prekid trudnoće⁸ kojega je ova država preuzela iz bivše

6 U Salvadoru gdje je inducirani prekid trudnoće od 1998. godine, i to bez obzira na okolnosti, kazneno djelo ženama se izriču dugotrajne kazne zatvora zbog pobačaja ili ubojstva u slučajevima smrti fetusa u zadnjim mjesecima trudnoće. Ustavnim amandmanom iz 1999. godine utvrđeno je da ljudsko biće nastaje trenutkom začeća. Propisana kazna za pobačaj je od 2 do 8 godina zatvora, međutim nerijetko se žene kažnjavaju za teško ubojstvo za što je propisano do 50 godina zatvora. Mnoge žene su kazneno gonjene zbog spontanog pobačaja. Zbog toga je čak Europski parlament donio Rezoluciju 14. prosinca 2017. godine o Salvadoru: slučajevi žena kazneno gonjenih zbog spontanog pobačaja (2017/3003(RSP)). - Službeni list Europske Unije C 369 /79, 14. prosinca 2017., dostupno na: https://europa.eu/european-union/documents-publications/official-documents_hr

7 2018. godinu u Poljskoj su obilježili masovni pro-choice prosvjedi, a prosvjednici su naročito izražavali bojazan da će konzervativne struje nametnuti potpunu zabranu pobačaja u ovoj zemlji.

8 Sl. list SR BiH, br. 29/77, 12/87.

SFRJ. U Republici Srpskoj usvojen je Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama ⁹.

Prekid trudnoće zakoni definiraju kao medicinski zahvat koji se može izvršiti samo na zahtjev trudne žene ili uz pismenu suglasnost roditelja, odnosno staratelja ako se radi o osobi lišenoj poslovne sposobnosti ili mlađoj od 16 godina. Dodatno, zakon propisuje mogućnost da i maloljetna trudnica starija od 16 godina može podnijeti zahtjev za prekid trudnoće ako je zaposlena, što mora dokumentirati. Također, prema navedenom zakonu, prekid trudnoće kod maloljetne trudnice starije od 14 godina ne može se izvršiti bez njene suglasnosti.

Na osnovu zakona, prekid trudnoće može se izvršiti do kraja 10 tjedna trudnoće od dana začeća, a nakon isteka ovog termina, ili kad se utvrdi da bi to moglo teže narušiti zdravlje žene, potrebno je odobrenje nadležne prvostupanjske komisije. Izuzetno, prekid trudnoće može se izvršiti i poslije navršenog desetog tjedna trudnoće ali ne i poslije 20 tjedana, i to:

1) kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene;

2) kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dijete roditi sa teškim tjelesnim ili duševnim nedostacima;

3) kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, obljuba nad maloljetnim licem, ili rodoskrnavljenje).¹⁰

Postupak po zahtjevu za prekid trudnoće je hitan zbog čega prvo stupanjska komisija mora odlučivati o zahtjevu u roku od tri dana od dana prijema zahtjeva. U slučaju da trudna **žena** nije zadovoljna odlukom komisije, može uložiti prigovor drugo stupanjskoj komisiji čija odluka se smatra konačnom.

U Republici Hrvatskoj na snazi je Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece.¹¹ U njemu se, u Glavi 3. koja nosi naziv Prekid trudnoće, regulira pitanje pobačaja. Sukladno ovom zakonu prekid trudnoće je medicinski zahvat koji se na zahtjev trudne žene može izvršiti do isteka deset tjedana od dana začeća, kao i nakon tog razdoblja ukoliko to odobri komisija. (čl.15., čl.18.st.1.) Komisija će odobriti prekid trudnoće nakon deset tjedana ako je to potrebno radi spašavanja života ili sprječavanja narušavanja zdravlja žene.

Omogućavanje prekida trudnoće tijekom čitavog razdoblja graviditeta ukoliko je ugrožen život majke u potpunosti je u skladu sa međunarodnim demokratskim standardima koji su se najjasnije iskristalizirali kroz praksu Europskog suda za

⁹ Sl. list RS, br.34/08.

¹⁰ Po Zakonu o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama RS, pored ovih razloga prekid trudnoće se može izvršiti i kada se utvrdi postojanje psihosocijalnih indikacija za prekid trudnoće.

¹¹ Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece (Narodne Novine broj 18/78 i 88/09)

ljudska prava, a temeljem zaštite Europskom konvencijom zajamčenog prava na život.¹²

Komisija će odobriti prekid trudnoće nakon deset tjedana kada se na temelju medicinskih indikacija može očekivati rođenje djeteta s teškim tjelesnim ili duševnim manama, i ukoliko je do začeća došlo izvršenjem kaznenog djela silovanja, rodoskrvuća, obljube s djetetom, obljube zloupotrebom položaja i obljube nad nemoćnom osobom. (čl.22.) Ne postoji zakonska obveza savjetovanja trudne žene prije pobačaja.

Slična rješenja sadržana su i u Zakonu o uslovima i postupku prekida trudnoće u R Srbiji¹³ i Zakonu o uslovima i postupku za prekid trudnoće u Crnoj Gori¹⁴ i Zakonu o zdravstvenim mjerama za ostvarenje prava na rađanje djece u Sloveniji¹⁵.

Makedonski parlament (Sobranje) je sredinom 2013. godine usvojio Zakon o prekidu trudnoće¹⁶. Prema tekstu Zakona moguć je pobačaj na pismeni zahtjev trudne žene, ali je obvezno savjetovanje sa liječnikom tri dana prije samog zahvata prilikom kojega se trudnoj ženi pokazuju fotografije fetusa i ultrazvuk i objašnjavaju "prednosti nastavljanja trudnoće." Obvezni period čekanja od tri dana odnosi se samo na žene sa poslovnom sposobnošću, dok osobe sa ograničenom poslovnom sposobnošću mogu obaviti pobačaj uz dopuštenje skrbnika, bez čekanja ili savjetovanja.

Na prijedlog Udruženja za zdravstveno obrazovanje i istraživanje i drugih nevladinih organizacija Makedonski parlament je 14. ožujka 2019. godine usvojio novi liberalni zakon o pobačaju kojim se u potpunosti poštuje pravo žene na odluku o prekidu trudnoće. Pobačaj na zahtjev bit će dostupan do 12. tjedna od začeća. Pobačaj do 22. tjedna bit će dostupan iz socio-ekonomskih razloga, deformacije fetusa, silovanja, incesta i drugih zdravstvenih razloga. Bolnički konzilij više ne mora odobriti zahvat, a liječnik smije zatražiti mišljenje drugog specijalista ukoliko je to potrebno. **Liječničko mišljenje ne može ugroziti ženin pravo na izvršenje pobačaja.** Njezina je jedina obveza izjava u kojoj navodi razloge za pobačaj, a **bolnica je obvezna omogućiti joj zahvat unutar tri dana** od njegovog zaprimanja. Dokumentacija državnog odvjetnika više neće

12 Pravo na prekid trudnoće u užem smislu (zbog ozbiljne ugroze zdravlja, odnosno života trudne žene), za razliku od prava na prekid trudnoće u širem smislu (iz svih drugih razloga osim navedenog), međunarodno je ljudsko pravo koje je međunarodno-pravna praksa popraćena „opinio iuris“ izvela iz prava na život. To je najočiglednije iz postupanja Europskog suda u predmetima: Tysiac protiv Poljedke iz 2007. Godine i A., B i C. protiv Irske iz 2010. Godine u kojima je utvrđena povreda Europske konvencije, odnosno njome zajamčenog prava na život, uskratim pobačaja ženama kojima je zdravlje bilo uslijed trudnoće ozbiljnije dovedeno u pitanje. (Preusude dostupne na službenim stranicama Europskog suda: <https://www.echr.coe.int>)

13 Sl. List R Srbije, 16/95 i 101/2005.

14 Sl. List Srne Gore, br. 53/2009.

15 Sl.list SR Slovenije, br.11/77.

16 Zakonot za prekinuvanje nabremenosta, „Služben vesnik na Republika Makedonija“, br. 87/13, 164/13, 114/14, 149/15).

biti nužna u slučajevima silovanja što je u skladu s Istambulskom konvencijom, već će ženina izjava biti dovoljna.

U pogledu stvarne slike po pitanju prava na prekid trudnoće u svijetu Goldberger upućuje na analizu koju su 1998. napravili Rahman, Katzive i Henshaw.¹⁷ Ona pokazuje kako je u razdoblju od 1985.do 1997. pobačaj bez restrikcija, dakle pobačaj na zahtjev trudne žene, bio dozvoljen za 41 % svjetske populacije.

2. Međunarodni ugovori i pobačaj

Temeljni problem vezano za regulativu prava na prekid trudnoće proizlazi iz neriješene medicinske i etičke dileme o tome kada počinje život. Pravo na život, sukladno svim relevantnim međunarodnim konvencijama, ima 'svatko'. Pitanje je podrazumijeva li pojam 'svatko' fetus ili pak samo rođena bića.

*„Kad bi fetus odnosno embrio bio ništa, ili ništa više od beznačajnog elementa kojeg proizvodi ženino tijelo, poput kose, ne bi bilo potrebe da zakon zabrani pobačaj.“*¹⁸

Prema međunarodnim demokratskim standardima, ponaosob onima koji su se iskristalizirali kroz praksu pred Europskim sudom za ljudska prava, fetus nije 'ništa' međutim nije ni ljudsko biće. Uživa pravnu zaštitu, ali ni blizu kao ljudsko biće.

Relevantni dokumenti i odredbe Ujedinjenih naroda su: Opća deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Konvencija o pravima djeteta, te Konvencija o pravima osoba s invaliditetom. Svi oni kao najviše 'krunsko' pravo ističu pravo na život. Niti jedan od njih ne jamči pravo na prekid trudnoće. Tako Opća deklaracija o ljudskim pravima UN-a u članku 1. svim ljudskim bićima jamči jednakost u dostojanstvu i pravima, te svakome u članku 3. jamči pravo na život.¹⁹

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima u članku 6. propisuje: *„Svako ljudsko biće ima prirodno pravo na život. To pravo treba zaštititi zakonom. Nitko ne smije biti samovoljno lišen života.“* Ukoliko je i zametak ljudsko biće onda je pobačaj samovoljno lišavanje života. Ukoliko pak zametak nije ljudsko biće onda se ova odredba na njega ne odnosi.²⁰

Hrabar upućuje na čl.6.st.5.Pakta u kojem se zabranjuje izvršenje smrtno

17 Goldberger, G., Revitalizacija religije u sjeni naslijeđa liberalne zakonske regulative:stavovi o pobačaju, Sociologija i prostor, časopis za istraživanje prostornoga i sociokulturnog razvoja, Vol. 43 No. 2 (168), 2005., (409-437), str.412.

18 Puppink, G., op.cit., str.163.

19 Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne Novine -Međunarodni ugovori broj 12/09.

20 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne Novine – Međunarodni Ugovori broj 12/93., 7/95. I 11/95.

kazne nad trudnom ženom. To bi, smatra Hrabar, „*moglo implicirati i pravo nerođenog na život, koje se ne može ostvariti smrću majke. Ta se odredba može interpretirati ne samo zabranom smrtne kazne (nad rođenima) već i zaštitom nerođene djece pred smrću uzrokovanom ljudskim radnjama.*“²¹

Konvencija o pravima djeteta u članku 6. propisuje: „*1. Države stranke priznaju svakom djetetu prirođeno pravo na život. 2. Države stranke će u najvećoj mogućoj mjeri osigurati opstanak i razvoj djeteta.*“²²

Sukladno ovoj Konvenciji (čl.1.) djetetom se smatra svako ljudsko biće koje je mlađe od 18 godina, osim ukoliko se punoljetnost temeljem zakona stekne ranije.

Ovdje nailazimo na pravnu prazninu u vidu definicije djeteta kao osobe ‘do ...godina starosti’. U pravilu se tako i u zakonodavstvima djeteta definira kao ‘osoba do ...godina starosti’. Izostaje element ‘od’. Dakle ostaje otvoreno pitanje je li djeteta osoba od začeća ili pak od rođenja do određene životne dobi.

UN konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979.godine, zajedno sa Fakultativnim protokolom iz 2000.godine propisuje da žene i muškarci imaju „*jednaka prava na slobodno i odgovorno odlučivanje o broju i razmaku između svoje djece, te pristup informacijama, obrazovanjima i sredstvima koja im omogućuju korištenje ovim pravom.*“ (čl.16.) Pobornici pro choice i pro life pokreta ovu odredbu tumače na različite načine. Prvi će ustvrditi da slobodno i odgovorno odlučivanje o broju i razmaku između djece podrazumijeva i pravo na prekid trudnoće. Drugi će ustanoviti kako se to nigdje eksplicitno ne navodi, stoga nije ni dozvoljeno. Samu riječ ‘odgovorno’ također se može tumačiti na razne načine. Za pobornike pro life pokreta tako pobačaj nikako nije odgovoran, dok za pobornike pro choice pokreta u teškim ekonomskim i drugim uvjetima može biti.

Hrabar je u pravu kada kaže „*svjetonazor je gotovo uvijek u podlozi našeg konačnog promišljanja o prirodi pobačaja...*“, međutim u pravu je i kada konstatira da pravna argumentacija „*mora biti objektivna i proizlaziti iz analize pravne norme*“. Problem je međutim što na međunarodnoj razini nema pravnih normi kojima se regulira inducirani prekid trudnoće. Pitanje je onda koje uopće norme analizirati i na koji način.

UN Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, između ostaloga, propisuje obvezu država stranaka da „*poduzimaju sve odgovarajuće mjere radi uklanjanja diskriminacije žena u području zdravstvene zaštite kako bi osigurale, na osnovi jednakosti muškaraca i žena, dostupnost zdravstvenih usluga, uključujući one koje se odnose na planiranje obitelji.*“ Nadalje, neovisno o navedenoj odredbi „*države stranke osiguravaju ženama odgovarajuće zdravstvene usluge u vezi s trudnoćom, porođajem, razdobljem poslije porođaja, osiguravanjem besplatnih usluga kad je to potrebno, kao i odgovarajuće prehrane tijekom trudnoće i dojenja.*“ (čl.12.)

21 Hrabar, D., op.cit., str.806.

22 Konvencija o pravima djeteta, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 20/97.

Zagovornici prava na izbor navedene odredbe tumače na način da mjere radi uklanjanja diskriminacije žena u području zdravstvene zaštite podrazumijevaju jamčenje prava na prekid trudnoće. Jer muškarci imaju pravo na izbor, odnosno slobodno biranje i postupanje sukladno vlastitoj volji u pogledu svoga tijela, stoga isto treba biti omogućeno i ženama. U tom smislu pobačaj podvode pod zdravstvene usluge u svezi s trudnoćom, ponaosob one koje se odnose na planiranje obitelji, a koje sukladno konvencijskim odredbama moraju biti zajamčene od strane država stranaka. Nasuprot navedenome, zagovornici prava na život tvrde da se navedene odredbe ne mogu tumačiti na način da stvaraju obvezu državama strankama da legaliziraju pobačaj, s obzirom da se pravo na prekid trudnoće nigdje u Konvenciji izrijeком ne navodi kao zdravstvena usluga u svezi s trudnoćom, niti za planiranje obitelji. A pravo nerođenog djeteta na život koji, kako tvrde, započinje začećem nigdje u ovoj a ni drugim relevantnim konvencijama nije dovedeno u pitanje. Štoviše, činjenicu da nijedna konvencija ne navodi izrijeком kada počinje život tumače kao izraz nesporne činjenice da isti nastaje začećem. Nastavno na različito tumačenje konvencijskih odredbi o zaštiti ljudskog života, odnosno podvođenju ili nepodvođenju fetusa pod pojmove 'ljudsko biće' ili 'svatko', zastupnici pro life i pro choice opcija drugačije tumače i ostale relevantne odredbe. Načelo zabrane diskriminacije za pro life predstavnike, znači između ostaloga da nerođenima pripadaju sva prava kao i rođenima.²³

Dakle, zabranjena je diskriminacija po osnovi rođenja. Također, nastavno na zabranu diskriminacije temeljem spola pro life zagovornici upućuju na jednaka prava žena i muškaraca u pogledu zajedničkog djeteta. Pro choice zagovornici odredbe o zabrani diskriminacije tumače posve suprotno. Najprije, one se odnose isključivo na rođene. Nadalje, muškarci imaju pravo na privatnost, na slobodu, zaštitu časti i ugleda, slobodu mišljenja i izražavanja misli. Uskratom prava na prekid trudnoće ženama se, tvrde, uskraćuju ta prava prema tome izlaže ih se spolnoj diskriminaciji.

Norme o zabrani mučenja ili okrutnog, nečovječnog, ponižavajućeg postupanja za pro life zagovornike argument su za zabranu pobačaja jer se dijete pri njemu izlaže upravo takvom tretmanu.²⁴ Za pro choice pobornike ove su odredbe u kontekstu pobačaja primjenjive na žene kojima se brani prekinuti trudnoću, naročito ukoliko ih se stigmatizira, odgovara i slično, a poglavito kad je njihovo zdravlje i/ili život ugroženo trudnoćom. Konvencijske odredbe o zaštiti

23 Načelo zabrane diskriminacije regulirano je: čl.2.Opće deklaracije o ljudskim pravima, čl.2.,3. I 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl.2. i 3. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, čl.14.Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Npr.u čl.10. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima stoji: „*Majkama treba pružiti posebnu zaštitu u razumnom trajanju prije i poslije rođenja djeteta... Treba poduzeti posebne mjere zaštite i pomoći za dobrobit sve djece i mladeži, brz ikakve diskriminacije...*“

24 Norme o zabrani mučenja ili okrutnog, nečovječnog, ponižavajućeg postupanja nalaze se u: čl.5.Opće deklaracije o ljudskim pravima, čl.7.Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl.3.Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

dostojanstva, ugleda i časti krše se zabranom pobačaja.²⁵ Pobačaj za zagovornike pro choice opcije spada pod privatnu sferu žene, prema tome odredbe o zaštiti privatnog i obiteljskog života povrjeđuju se kada se ženi brani i uskraćuje pravo na prekid trudnoće.²⁶ Predstavnici pro life opcije drže da pobačaj povrjeđuje dostojanstvo djeteta i njegova oca. Konvencijske odredbe o zaštiti privatnog i obiteljskog života štite i oca djeteta od majčinog samoiniciativnog prekidanja trudnoće, te on treba imati pravo na zakonsku zaštitu od navedenoga. Sloboda savjesti, mišljenja i izražavanja misli također se ženi povrjeđuje zabranom pobačaja, smatraju pro choice akteri.²⁷ Suprotna strana ovu odredbu u kontekstu pobačaja primjenjuje na oca djeteta, tvrdeći da se njegova prava povrjeđuju dopuštanjem pobačaja.

2.1 Europski međunarodni ugovori i pobačaj

Relevantni dokumenti Vijeća Europe su: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, te Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe 1607 (2008) od 16. travnja 2008. - Pristup sigurnom i zakonitom pobačaju u Europi, ali i Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (tzv. Istambulska konvencija).²⁸ Potonja nigdje ne spominje prekid trudnoće koji se obavlja na zahtjev žene, već se isključivo bavi prisilnim prekidom trudnoće. Ona obvezuje stranke da poduzmu sve potrebne zakonodavne i druge mjere u svrhu osiguranja inkriminiranja obavljanja pobačaja na ženi bez njezinoga prethodnoga i informiranog pristanka. I revidirana Europska socijalna povelja primjenjiva je u analizi prava na prekid trudnoće, s obzirom da u članku 11. jamči svima „pravo na korištenje svih mjera koje mu omogućavaju uživanje najboljeg dostupnog zdravstvenog standarda“.²⁹ U V. dijelu Povelje, članku E, je načelo zabrane diskriminacije: „Uživanje prava priznatih ovom poveljom treba

25 Odredbe o zaštiti dostojanstva, ugleda i časti naleze se npr. u: čl. 1., 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima, te čl. 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

26 Privatni i obiteljski život štite se: čl. 12. Opće deklaracije o ljudskim pravima, čl. 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

27 Sloboda savjesti, mišljenja i izražavanja misli zajamčene se: čl. 18. i 19. Opće deklaracije o ljudskim pravima, čl. 18. i 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 9. i 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

28 Rezolucija Parlamentarne skupštine Vijeća Europe 1607 (2008) od 16. travnja 2008. - Pristup sigurnom i zakonitom pobačaju u Europi, dostupna na službenim stranicama Parlamentarne skupštine Vijeća Europe, vidi: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638> Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 3/18

29 Europska socijalna povelja, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 15/2002. Nakon Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europska socijalna povelja iz 1961. najvažniji je dokument Vijeća Europe koji jamči ljudska prava.

osigurati bez ikakve diskriminacije osobito s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, religiju, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, nacionalnu pripadnost ili socijalno podrijetlo, zdravlje, pripadnost nacionalnoj manjini, rođenje ili svaki drugi status.“ Pro choice opcija navedene odredbe tumači na način da zabrana pobačaja znači diskriminaciju žena u pogledu ostvarenja prava na raspolaganje vlastitim tijelom. Pro life opcija, s obzirom da fetus smatra živim bićem zaštićenim i odredbama ove Povelje, zaključuje da navedeno znači da dijete ne smije biti diskriminirano jer je nerođeno. Europska socijalna povelja među temeljnim načelima navodi „*pravo na odgovarajuću socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu djece i mladeži*“ (načelo 17.) i „*pravo na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu obitelji kao ‘osnovne jedinice društva’, prikladnu da joj osigura pun razvitak*“ (načelo 16.). Navedena zaštita djece za pro life opciju obuhvaća i nerođeno dijete koje, zajedno s trudnom ženom i ocem, čini obitelj koja onda kao takva uživa najveću razinu zaštite. Jasno da je riječ o proizvoljnim tumačenjima s obzirom da ni Europska socijalna povelja nigdje ne navodi da pojmovima ‘dijete’ i ‘svatko’ obuhvaća fetus. Međutim, kako ističu predstavnici pro life opcije, ne navodi nigdje ni da ne obuhvaćaju.

Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, pozivajući se na Opću deklaraciju o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Konvenciju o pravima djeteta, te Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u skladu s njihovim odredbama propisuje zaštitu dostojanstva i identiteta svih ljudskih bića, te garanciju „*svima, bez diskriminacije, poštovanje njihovog integriteta i drugih prava i sloboda u pogledu primjene biologije i medicine.*“ (čl.1.)

„*Interes i dobrobit ljudskog bića imaju prednost nad samim interesom društva ili nauke.*“ (čl.2.)

Dakle, u ovoj se konvenciji koriste pojmovi ‘svatko’ i ‘ljudsko biće’. I jednako kao i u ostalim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, nema određenja tih pojmova. To ostavlja prostora zagovornicima pro life pokreta da ove odredbe tumače na način da ‘svatko’ i ‘ljudsko biće’ obuhvaća rođene i nerođene. Jasno, ovisno o tom tumačenju sve ostale konvencijske odredbe, kako je već ranije ukazano, poprimaju drugačije značenje. Ako je fetus ljudsko biće uživa konvencijsku zaštitu, ukoliko nije – ne uživa.

Čl.4.Konvencije glasi: „*Svaki zahvat u oblasti zdravstva, uključujući istraživanje, mora se provoditi u skladu s relevantnim stručnim obavezama i standardima.*“ S obzirom da je prekid trudnoće medicinski zahvat, iz ove je odredbe jasno da pravna regulacija i tumačenje ovise o medicinskim saznanjima i načelima iz kojih proizlaze ‘obveze i standardi’. S obzirom da medicina na internacionalnom nivou nije usuglasila stavove u pogledu pobačaja, štoviše nije još utvrdila je li fetus živo biće ili nije, nema dovoljno jedinstvenih stručnih obveza i standarda.

U IV. Poglavlju čl.11. Konvencije koristi se još termin ‘lice’ te se brani svaki oblik njegove diskriminacije na osnovu njegovog genetskog naslijeđa. Pro life zagovornici pod terminom ‘lice’ podrazumijevaju kako rođene tako i nerođene osobe, stoga u ovoj odredbi nalaze argument za zabranu pobačaja zbog malformacija fetusa. Pro life zagovornici iz konvencijskih odredbi koje jamče zaštitu embrija izvlače zaključak kako je to zaštita nastalog života i potvrda da je fetus ‘svatko’, ‘ljudsko biće’ i ‘lice’ odnosno ‘osoba’.

Rezolucija 1607(2008) o pristupu sigurnom i zakonitom pobačaju u Europi preporučuje državama članicama Vijeća Europe da dozvole pobačaj tijekom razumnog gestacijskog razdoblja. U dokumentu se nadalje navodi kako ovo pravo žene proizlazi iz njezinog prava na poštovanje fizičkog integriteta i slobode odlučivanja o svom vlastitom tijelu. Osim toga, u Rezoluciji se ističe kako iz dosadašnje prakse država proizlazi da zabrana pobačaja ne vodi njihovom smanjenju, već ilegalnim prekidima trudnoće uslijed kojih dolazi do zdravstvenih komplikacija i smrti žena, kao i tzv. zdravstvenom turizmu. Potonje rezultira socijalnom nejednakošću. Nasuprot tome, adekvatne strategije i politike o reproduktivnom zdravlju za učinak imaju smanjenje broja pobačaja. Ipak, navodi se u Rezoluciji, pobačaj se ne može smatrati načinom planiranja obitelji i treba ga izbjegavati koliko god je to moguće. U Rezoluciji se naročito ističe kako u velikom broju zemalja koje su ozakonile pobačaj određeni uvjeti i restrikcije onemogućavaju adekvatan pristup ovom medicinskom zahvatu.³⁰

Jasno, s obzirom na pravni status rezolucijskih odredbi u odnosu na konvencijske, riječ je o preporukama a ne obvezujućim pravnim normama.

3. Praksa pred Europskim sudom

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda jamči svakome pravo na život. Ona propisuje da nitko ne smije biti namjerno lišen života osim u izvršenju sudske presude na smrtnu kaznu za kaznena djela za koje je ta kazna predviđena zakonom. (Čl.2.) Problem, kao i kod svih drugih međunarodno-pravnih dokumenata, proizlazi iz činjenice što nije definirano tko je to ‘svatko’.³¹

Znanstvene spoznaje od nastanka Europske konvencije (1950.) uvelike su se promijenile stoga se ona mora tumačiti na evolutivan način. Međutim, bez obzira što ostaje otvoreno pitanje potpada li zametak pod konvencijski pojam ‘svatko’, novija praksa pred Europskim sudom ipak je embriju priznala određena prava. Hrabar u tom pogledu upućuje na presudu Vo v. France od 8.srpnja 2004. godine u čijoj točki 84.stoji: „*Može se smatrati zajedničkom osnovom među*

30 Pobačaj treba biti dostupan, siguran, prihvatljiv i primjeren. Dakle, treba biti obavljen od strane stručnih osoba po za to unaprijed predviđenoj stručnoj proceduri u razumnom vremenu. Podaci o pobačaju trebaju biti zaštićeni. Ženino dostojanstvo treba biti poštovano.

31 Posve drugačije je rješenje Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. Koja svakoj osobi jamči pravo na poštovanje života od začeća. (čl.4.)

državama da embrij/fetus pripada ljudskoj rasi. Mogućnost da se to bude i sposobnost da postane osoba koja uživa građanska prava, dapače, u mnogim državama u kontekstu nasljeđivanja i darovanja, zahtijeva zaštitu u ime ljudskog dostojanstva. “³²

Kako pravo na prekid trudnoće nije pravo zaštićeno Europskom konvencijom onda je i nemoguće njezino kršenje bilo kakvom praksom država. Međutim, kako Puppink upućuje, Europski sud je na pitanje prava na prekid trudnoće primijenio tzv.doktrinu uvjetovane primjenjivosti (conditional applicability).

„Prema doktrini ‘uvjetovane primjenjivosti’ Konvencije, kada država odabere utemeljiti pravo koje nije zagwarantirano Konvencijom, može potpasti do određene mjere, pod zaštitu Konvencije. Takvo ‘uvjetovano pravo’ nije ‘autonomno pravo’ koje proizlazi izravno iz Konvencije; prema tome, Sud ne može obvezati državu da utemelji takvo pravo.“ ³³

Međutim jednom kad ga odluči utemeljiti država ga je obvezna regulirati sukladno odredbama Konvencije koje se na njega odnose. Iz postupanja Europskog suda u raznim predmetima vezano za pobačaj koji su se našli pred njim iščitavaju se određeni standardi kojih bi se države članice trebale pridržavati, sa svrhom poštivanja konvencijskih odredbi. Oni se odnose na zaštitu drugih konvencijskih prava čije se kršenje dovodi u vezu sa pobačajem. Međutim dio standarda koje je praksa Europskog suda iznjedrila u pogledu pobačaja odnosi se i na države u kojima on nije dozvoljen. Ponaosob na one koje apsolutnom zabranom pobačaja krše konvencijsko pravo na život (trudne žene kojoj je isti uslijed trudnoće ugrožen). Pravo na život, napominje Puppink, implicira negativne i pozitivne obveze država. Osim što se mora suzdržati od oduzimanja života treba odrediti i sredstva kojima će se on štititi. *„Uloga Suda je da provjeri, prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, da li je država poduzela nužne korake da zaštiti svačije pravo na život.*“³⁴

Ovdje se opet javlja problem zbog neodređenog pravnog statusa zametka pa se postavlja pitanje da li se navedeno odnosi samo na život majke ili pak majke i djeteta/zametka. Između zagovornika pro life i pro choice pokreta suglasnost je prisutna samo u pogledu dopustivosti pobačaja zbog zaštite života majke. Svakako jedan od glavnih međunarodnih standarda u pogledu pobačaja je da život majke ima prioritet. Zagovornici pro life pokreta zaštitu života majke navode kao jedan od argumenata za legalizaciju pobačaja. Međutim, druga strana ima protuargument.

„Zabrana pobačaja nije prepreka pružanju potrebnih medicinskih tretmana za zaštitu života trudne žene, čak ukoliko ti tretmani rezultiraju gubitkom života njezina nerođenog djeteta... Pravo žene koje dozvoljava takav prekid trudnoće nije njezino pravo na prekid trudnoće, nego pravo na život.“³⁵

32 Ibid, str.815.

33 Puppink, G., op.cit., str.164.

34 Ibid, str.172.

35 Ibid, str.178.

Ovdje se uočava konsenzus između dvije posve oprečne opcije u pogledu postojanja prava na prekid trudnoće (u užem smislu) kao ljudskog prava koje proizlazi iz prava na život (majke). Standard koji proizlazi iz prakse Europskog suda upućuje da zdravlje trudnice treba biti 'ozbiljno ugroženo'. Ovo se odnosi na države koje nisu ozakonile pobačaj. Dakle ukoliko bi se u tim državama ženu kojoj je zdravlje ozbiljno ugroženo spriječilo u izvršenju pobačaja Europska konvencija, pa tako i obvezujući međunarodni demokratski standard, bio bi prekršen. Odnosno bilo bi povrijeđeno međunarodno ljudsko pravo na prekid trudnoće (u užem smislu). Ovaj standard iščitava se ponajbolje iz dva slučaja koji su se našli pred Sudom.

U predmetu *Tysiack v. Poland* iz 2007. godine predlagateljica se žalila Sudu jer je odbijen njen zahtjev za izvršenje pobačaja usprkos medicinskim nalazima koji su upućivali da će se njezina itako ozbiljna kratkovidnost znatno pogoršati ukoliko iznese trudnoću do kraja. Nakon poroda imala je krvarenje mrežnica i zdravlje joj je ocijenjeno kao teško narušeno. Europski je sud u ovom slučaju utvrdio povredu prava na zaštitu osobnog i obiteljskog života i to iz razloga što je predlagateljici uskraćen pristup učinkovitoj proceduri u kojoj bi se utvrdilo ispunjava li uvjete za prekid trudnoće.

Sličan je iz 2010. godine *A., B. & C. v. Ireland* (predstavka br. 25579/05) u kojem je Sud također utvrdio kršenje prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života jer predlagateljica nije imala pristupa učinkovitoj proceduri u kojoj bi mogla utvrditi da li ispunjava uvjete koji joj dozvoljavaju pobačaj. Sud je naložio irskoj vladi da usvoji mjere koje će omogućiti da sve žene u sličnoj situaciji ustanove da li njihovo zdravstveno stanje zahtjeva prekid trudnoće. Sud je u ovom slučaju postupao temeljem tri predstavke. Sve tri žene zatrudnjele su neplanirano i žalile se jer su, zbog nemogućnosti da provedu legalan pobačaj u Irskoj, morale ići obaviti taj zahvat u Veliku Britaniju. Medicinski tretman u Irskoj, tvrdile su, bio je ponižavajući i riskantan za njihovo zdravlje. Sa prijedlogom je uspjela samo ona koja je bolovala od karcinoma u remisiji, a trudnoća je mogla uzrokovati povrat bolesti i ozbiljno joj ugroziti zdravlje i život.³⁶

Iz navedenoga je jasan stav Europskog suda u pogledu granica do kojih je pobačaj isključivo interna stvar svake države i od kojih to prestaje biti. Hoće li ili pak neće žene moći prekidati neželjenu trudnoću isključivo je stvar nacionalnog zakonodavstva, osim ukoliko je njihovo zdravlje, odnosno život, trudnoćom ozbiljno ugroženo.

36 Detaljnije vidi: Radačić, I., *Regulacija pobačaja - praksa Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava u svjetlu globalnih standarda*, Zagrebačka pravna revija, Sv. 5, br. 3., 2016.

3.1. Praksa pred Europskim sudom u odnosu na postupanje Ujedinjenih nacija

Međunarodno pravni demokratski standardi koje iščitavamo iz prakse Europskog suda za ljudska prava u skladu su sa globalnim standardima koji proizlaze poglavito iz djelovanja odbora Ujedinjenih nacija u pogledu pobačaja. Ipak, kako upućuju pojedini autori poput Radačić, „*praksa odbora UN-a progresivnija je od prakse Suda te bi je Sud trebao uzeti u obzir pri procjeni (međunarodnog) konsenzusa*“.³⁷

Odbori UN-a, kako ističe Radačić, zahtijevaju da pobačaj bude legalan i dostupan u situacijama kada trudnoća ugrožava ženino zdravlje, život, kao i u slučajevima seksualnog nasilja, kao i da se te indikacije široko interpretiraju. Radačić naročito upućuje na Opću preporuku br.21.Odbora za uklanjanje svih oblika diskriminacije žena iz 1994.godine sukladno kojoj bi žene trebale imati ekskluzivno pravo odlučiti hoće li rađati ili ne, koje vlade ne smiju ograničavati. Kao i Opću preporuku br.24. istog Odbora iz 1999.godine koja „*zahtjeva ukidanje prepreka dostupnosti reproduktivnih usluga koje žene trebaju, a nedostupnost usluga koje samo žene trebaju smatra diskriminacijom*“.³⁸

Ono što Radačić ističe vezano za odbore Ujedinjenih nacija poklapa se sa preporukama i nalogima Vijeća Europe. Ina globalnom i na europskog regionalnom nivou preporučaju se državama liberalni zakoni, odnosno ozakonjenje pobačaja na zahtjev u prvom tromjesečju trudnoće, do određenog tjedna. U slučaju težih deformacija fetusa, kao i opasnosti po zdravlje i život majke, u bilo kojem stadiju trudnoće. Preporuča se dekriminalizacija pobačaja, kao i vrlo precizan zakonski okvir koji omogućava pristupačan, siguran i diskretan inducirani prekid trudnoće. Priziv savjesti se ne osporava, ali on također treba biti precizno reguliran i nipošto ne smije spriječiti niti ograničiti na ikakav način ženu u ostvarenju njezinog zakonskog prava.

S obzirom da odluke komiteta pri Ujedinjenim nacijama nisu pravno obvezujuće za države članice³⁹one nemaju značaj koji imaju presude Europskog suda za ljudska prava. Naime presude Europskog suda, osim što se njima rješava konkretan predmet, predstavljaju tumačenje Europske konvencije. Stoga je to tumačenje u presudama za države članice Vijeća Europe jednako obvezujuće kao i sama Konvencija. Dakle, u pogledu pobačaja, sve što proizlazi iz presuda Europskog suda predstavlja obvezujuće međunarodne demokratske standarde. A obvezujući su standardi, za razliku od neobvezujućih, pravo.

37 Ibid, str.269.

38 Ibid, str.255.

39 O prirodi odluka Komiteta za ljudska prava i Komiteta za ukidanje diskriminacije žena vidi: Kazazić, V., Međunarodni nadzor nad primjenom ljudskih prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 2008., str.55., 72

4. Pravo na priziv savjesti i pobačaj

Gotovo svi međunarodni dokumenti o ljudskim pravima jamče prava na slobodu mišljenja i izražavanja mišljenja, slobodu savjesti i javnog očitovanja vjere i uvjerenja, iz kojih proizlazi pravo na priziv savjesti. Povelja temeljnih prava Europske Unije čak i eksplicitno jamči pravo na priziv savjesti. I to u članku 10. U čijem prvom stavku jamči slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti. Stavak 2.ovoga članka glasi: „*Priznaje se pravo na priziv savjesti u skladu s nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tog prava*“.Ova je povelja za zemlje članice Europske Unije postala obvezujuća 2009.godine.

Za regulaciju prava na priziv savjesti vrlo je bitna Rezolucija 1763. Parlamentarne skupštine Vijeća Europe o pravu na priziv savjesti u zakonitoj zdravstvenoj zaštiti iz 2010. godine. Ona priznaje pravo na priziv savjesti liječnicima ističući kako nijedna osoba ni institucija ne smije biti smatrana odgovornom niti biti diskriminirana zbog odbijanja izvršavanja eutanazije ili pobačaja. Ipak, na zemljama članicama Vijeća Europe je obveza osigurati da se zbog korištenja prava na priziv savjesti pacijentima ne uskrati pravovremeni zakonski medicinski tretman. Ovo se, jasno, odnosi i na pravo na prekid trudnoće. Rezolucija poziva države članice Vijeća Europe da osiguraju paralelno ostvarenje tri prava: pravo liječnika na priziv savjesti, pravo informiranosti pacijenta o prizivu savjesti i pravovremeno upućivanje u drugu zdravstvenu ustanovu, pravo pacijenta na odgovarajući medicinski tretman, a naročito u hitnim slučajevima.

Praksa Europskog suda u potpunosti je u skladu sa Rezolucijom, štoviše Sud se na istu poziva pri odlučivanju. Tako je učinio u predmetu R.R. protiv Poljske iz 2011. godine o kojem je već bilo riječi. Poljska se vlada, između ostaloga, pozivala na priziv savjesti liječnika kao razlog zbog kojeg predlagateljica nije uspjela realizirati svoje pravo na prekid trudnoće djeteta sa malformacijama (Turnerovim sindromom). Europski je sud istaknuo kako je država obvezna organizirati ostvarenje prava na priziv savjesti na način da se ženama osigura realizacija njihovog zakonskog prava na prekid trudnoće.⁴⁰

U pogledu prava na priziv savjesti izjasnio se i Odbor za ljudska prava Ujedinjenih nacija i to 2005.godine odlučujući povodom tužbe 17-godišnje Peruanke kojoj je liječnik 2001.godine odbio prekinuti trudnoću. Djevojka je željela pobačaj zbog teške deformacije uočene na fetusu-anencefalije, što je u ovoj državi opravdana indikacija za legalan abortus. Nakon što je rodila i dojila dijete koje je preživjelo svega četiri dana oboljela je od depresije. Odbor za ljudska prava utvrdio je kršenje ljudskih prava. Dakle, ne osporavajući pravo liječnika na priziv savjesti i iz ove presude proizlazi da se pravo na zakonitu medicinsku uslugu mora osigurati, u suprotnom se krši međunarodno pravo.

40 Pitanje priziva savjesti pred Europskim se sudom pojavilo u pogledu zahtjeva Jehovinih svjedoka da ih se oslobodi vojne obveze. 2000.godine, u predmetu Thimmenos protiv Grčke, nakon više od tri desetljeća odbijanja, Sud je priznao priziv savjesti.

S obzirom da odluke komiteta pri Ujedinjenim nacijama nisu pravno obvezujuće za države članice⁴¹ one nemaju značaj koji imaju presude Europskog suda za ljudska prava. Naime presude Europskog suda, osim što se njima rješava konkretan predmet, predstavljaju tumačenje Europske konvencije. Stoga je to tumačenje u presudama za države članice Vijeća Europe jednako obvezujuće kao i sama Konvencija. Dakle, u pogledu pobačaja, sve što proizlazi iz presuda Europskog suda predstavlja obvezujuće međunarodne demokratske standarde. A obvezujući su standardi, za razliku od neobvezujućih, pravo.

Pravo na priziv savjesti u Republici Hrvatskoj

Liječnicima u Republici Hrvatskoj zajamčeno je pravo na priziv savjesti na koje se oni najčešće pozivaju upravo vezano za pobačaj. Ovo je pravo propisano člankom 20. Zakona o liječništvu iz 2003., a glasi: *„Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja liječnik se ima pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, ako se to ne kosi s pravilima struke te ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta. O svojoj odluci mora pravodobno izvijestiti pacijenta te ga uputiti drugom liječniku iste struke.“*⁴²

Ako je liječnik zaposlen u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu, odnosno drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost ili kod drugog liječnika koji obavlja privatnu praksu, mora o odluci izvijestiti svog nadređenog, odnosno poslodavca”.

Iz ovog je članka jasno najprije da liječnik ne može iskoristiti ovo pravo ukoliko se to kosi s pravilima struke, te ako bi to moglo ugroziti život pacijentice ili uzrokovati trajno narušavanje zdravlja. Jasno je i da ostvarenje prava liječnika na priziv savjesti ne smije onemogućiti ženu u ostvarenju njezinog prava na prekid trudnoće.

Također, pravo na priziv savjesti zajamčeno je člankom 2. Kodeksa medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore i Hrvatskoga liječničkoga zbora.⁴³ U ovom članku stoji: *„Liječnik ima pravo na priziv savjesti, ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta. O svojoj odluci mora pravodobno obavijestiti pacijenta te ga uputiti drugom liječniku iste struke”.*

U Republici Hrvatskoj, usprkos normativnoj usklađenosti sa međunarodnim pravom u pogledu regulacije prava na priziv savjesti u odnosu na pobačaj, od strane relevantnih međunarodnih tijela uočen je problem nemogućnosti izvođenja zakonski dozvoljenog pobačaja. O navedenom ponajbolje svjedoči sadržaj

41 O prirodi odluka Komiteta za ljudska prava i Komiteta za ukidanje diskriminacije žena vidi: Kazazić, V., Međunarodni nadzor nad primjenom ljudskih prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 2008., str.55., 72

42 Zakon o liječništvu, Narodne novine br.121/2003 i 117/2008.

43 Kodeksmedicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore i Hrvatskoga liječničkoga zbora, Narodne novine, br.55/2008.

Preporuke Odbora Ujedinjenih Nacija zaduženog za praćenje provedbe Konvencije o uklanjanju svih oblika diskriminacije žena iz 2015.godine.⁴⁴ Odbor je naime uočio ovaj problem te pozvao Republiku Hrvatsku da potpunije regulira pravo na priziv savjesti kako žene ne bi bile onemogućene ostvariti svoje zakonsko pravo na prekid trudnoće.

U svom izvješću iz 2014.godine pravobraniteljica za ravnopravnost spolova navodi slijedeće podatke: od 375 ginekologa na radu u bolnicama kvalificiranim za obavljanje pobačaja, 195 odbija vršenje pobačaja zbog priziva savjesti. 165 ginekologa obavlja pobačaj, a još 13 ga ne radi iz drugih razloga.⁴⁵

U Izvješću američkog State Departmenta za 2017.godinu navodi se kako se u Republici Hrvatskoj uskraćuje zakonom zajamčeno pravo na siguran pristup pobačaju. Odnosno kako veliki broj liječnika, odnosno čitave zdravstvene ustanove, odbijaju izvoditi pobačaj pozivajući se na priziv savjesti. Zbog toga žene nerijetko pribjegavaju izvođenja prekida trudnoće kod neovlaštenih osoba zbog čega im biva opasno ugroženo zdravlje, ponekad i život. Ženama u republici Hrvatskoj se u pogledu pobačaja sustavno krši pravo na privatnost, te dostojanstvo, ugled i čast. Jer su prisiljene u ljekarnama ispuniti upitnik u kojem trebaju iznijeti osobne podatke o svojoj seksualnosti. U suprotnom im je onemogućeno dobiti tablete za hitnu kontracepciju inače u svim modernim demokratskim zemljama, pa tako i Republici Hrvatskoj, dostupne bez liječničkog recepta.⁴⁶

Također, kako upućuju relevantna izvješća, sustavno se krše pravo na privatnost, te na zaštitu dostojanstva žene koja planira prekinuti trudnoću.

Više mjesečno prekoračenje roka, kojeg mu je zadao Ustavni sud za donošenje novog zakona o pobačaju, od strane zakonodavca upućuje na očigledno izbjegavanje rješenja pravnog pitanja oko kojeg se 'lome koplja' između suprotstavljenih svjetonazorskih i političkih opcija u hrvatskom društvu.

LITERATURA

Knjige i priručnici

Andrassy, J.: Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2010.

Degan, V.Đ., Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2011.

Kazazić, V., Međunarodni nadzor nad primjenom ljudskih prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 2008.

Omejec, J.: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Novi informator, Zagreb, 2014.

44 Sadržaj preporuke dostupan na: <https://ravnopravnost.gov.hr>

45 Izvješće dostupno na: <https://www.prs.hr/index.php/izvjesca/2014>

46 Izvješće dostupno na: https://hr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/233/CROATIA_2017_HUMAN_RIGHTS_REPORT_HR.pdf

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

Članci i studije

Goldberger, G., Revitalizacija religije u sjeni naslijeđa liberalne zakonske regulative: stavovi o pobačaju, Sociologija i prostor, časopis za istraživanje prostornoga i sociokulturnog razvoja, Vol. 43 No. 2 (168), 2005.

Hrabar, D., Pravo na pobačaj – pravne i nepravne dvojbe, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 65 No. 6, 2015.,

Puppinck, G., Abortion and the European Convention of human rights, Iris journal of legal studies, Vol.3 No. 2., 2013.,

Radačić, I., Regulacija pobačaja - praksa Europske komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava u svjetlu globalnih standarda, Zagrebačka pravna revija, Sv.5, br.3., 2016.

Legislativni akti

Američka konvencija o ljudskim pravima, dostupna na: <https://www.ohchr.org/>

Europska socijalna povelja, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.15/2002.

Kodeks medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore i Hrvatskoga liječničkoga zbora, Narodne novine, br.55/2008.

Konvencija o pravima djeteta, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.20/97

Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, dostupna na: <https://ravnopravnost.gov.hr/>

Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, Narodne novine, Međunarodni ugovori, broj 6/07 i 5/08

Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.3/18

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/93, 7/95 i 11/95

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, dostupan na: <http://www.unhcr.rs/>

Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.12/09

Rezolucija 1763.Parlamentarne skupštine Vijeća Europe o pravu na priziv savijesti u zakonitoj zdravstvenoj zaštiti,

Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, Službeni list SR BiH, br.29/77, 12/87

Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama, Službeni list Republike Srpske, br.34/08

Zakon o uslovima i postupku prekida trudnoće u Republici Srbiji, Službeni list Republike Srbije, br. 16/95 i 101/2005.

Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće u Crnoj Gori, Službeni list Crne Gore, br. 53/2009

Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarenje prava na rađanje djece u Sloveniji, Službeni list SR Slovenije, br.11/77

Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, Narodne novine, br.18/78 i 88/09

Zakon o liječništvu, Narodne novine, br.121/2003 i 117/2008

Zakonot za prekinuvanje nabremenosta, Službeni vesnik na Republika Makedonija, br.87/13, 164/13, 114/14, 149/15

Internet izvori

<http://www.enciklopedija.hr>

<https://www.hrleksikon.info/definicija/pobacaj.html>

<http://www.un.org>

<https://echr.coe.int>

http://hbk.hr/wp-content/uploads/2018/11/Zakonik_kanonskoga_prava.pdf

https://europa.eu/european-union/documents-publications/official-documents_hr

<https://www.usud.hr/hr/praksa-ustavnog-suda>

<https://ravnopravnost.gov.hr>

<http://www.mvep.hr>

<http://hrcak.srce.hr>

<http://uredzastupnika.gov.hr/sudska-praksa>

<http://books.google.com>

<http://www.krila.hr>

<http://assembly.coe.int>

<http://www.oas.org>

<http://www.achpr.org>

<https://eur-lex.europa.eu>

Vesna Kazazić, Phd., Full Professor

Faculty of Law, University of Mostar

dipl. iur. Ivana Mijić Vulinović, PhD. Candidate at Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHT TO TERMINATE PREGNANCY (ABUSE) AS AN INTERNATIONAL HUMAN RIGHT WITH A PARTICULAR LOOK AT THE RIGHT TO CONCLUDE CONSCIOUSNESS

Abstract: For the purpose of answering the question to whether the right to terminate a pregnancy is an international human right, this paper makes the distinction between the right to terminate a pregnancy in a narrow and broad sense. It first implies the right to terminate a pregnancy in the event of a threat to the life of the pregnant woman which has been proven to be a human right derived from the right to life guaranteed by all relevant international treaties. The second term implies the right to terminate a pregnancy on demand due to all other reasons except for the protection of the life of the pregnant woman. Despite certain tendencies for it to become that way, for the time being, as evidenced in the paper, it does not fall under the scope of international human rights law. Namely, it is not guaranteed by any relevant international treaty. This conclusion is substantiated by the fact that countries have completely different legislative practices regarding the legal regulation of abortion. Thus, the practice of countries substantiated by ‘*opinio juris*’ as a source of international law did not create the right to terminate a pregnancy (in a broad sense).

The claim that the right to conscientious objection in the context of abortion is an international human right is substantiated in the paper through the provisions of international treaties guaranteeing the freedom of expression, and by the interpretation of relevant international bodies (primarily the European Court of Human Rights) that the right to conscientious objection undoubtedly arises from the aforementioned.

Keywords: abortion, right to terminate pregnancy, human right, international treaties, European Court of Human Rights, right to conscience

dr. sc. Amra Jašarbegović, vanredna profesorica,
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
dr. sc. Rebeka Kotlo, vanredna profesorica,
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

POLOŽAJ I STATUS NORMI MEĐUNARODNOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI – U SVJETLU PRAKSE USTAVNOG SUDA BIH

Sažetak: Položaj i status normi međunarodnog prava u unutrašnjem pravu savremenih država u pravilu se određuje normama unutrašnjeg prava, najčešće ustavom. Ustav Bosne i Hercegovine, koji je i sam sastavni dio jednog višestrukog međunarodnog ugovora,¹ ne sadrži direktne odredbe o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava.² Ustavotvorac je definisao položaj i status općih načela međunarodnog prava u pravnom sistemu BiH, položaj i status Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te status dodatnih sporazuma o ljudskim pravima i slobodama koji će se primjenjivati u BiH. Položaj i status ostalih normi međunarodnog prava, međunarodnih ugovora koje država zaključuje u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora te Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora iz 1969 godine, nije definisan te će se stoga u nastavku rada, nakon analize položaja i statusa već navedenih normi međunarodnog prava u našem pravnom sistemu, analizirati položaj i status međunarodnog ugovornog prava u svjetlu prakse Ustavnog suda BiH koji je u nedostatku jasnih i preciznih normi koji bi uredile ovaj odnos, svojim odlukama definisao položaj i status međunarodnih ugovora u unutrašnjem sistemu BiH.

Ključne riječi: položaj i status normi međunarodnog prava, Ustavni sud BiH, međunarodni ugovori u unutrašnjem pravu

1 Ustav Bosne i Hercegovine, nije unutrašnji pravni akt, već međunarodnopravni akt, jer je sastavni dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH - Dejtonskog mirovnog sporazuma koji su potpisali predstavnici tri države- Republike Bosne i Hercegovine, Savezne Republike Jugoslavije i Republike Hrvatske, i to ne ad referendum, odnosno pod uvjetom da ga naknadno prihvate i ratificiraju zakonodavna tijela država potpisnica. O samom Dejtonskom mirovnog sporazumu i njegovom karakteru više vidjeti Nurko Pobrić, Ustavno pravo, Slovo, Mostar, str 18-19.

2 Ovakav stav iznio je i Ustavni sud BiH u predmetu broj U 5/09: „Ustav BiH ne sadrži bilo kakve izričite odredbe koje definišu status međunarodnih ugovora u domaćem zakonu [...]”. Međutim, Ustavni sud je naveo i to da na osnovu činjenice da sam Ustav BiH inkorporiše određene međunarodne ugovore kao dio Ustava BiH, ne možemo automatski zaključiti da „drugi sporazumi u Ustavu imaju status običnih zakona”. Prema tome, Ustavni sud BiH je pretpostavio, ali ne i formalno zaključio, da međunarodno ugovorno pravo ima status viši od običnih zakona, a niži od Ustava BiH.

1.Uvod

Međunarodno pravo (engl. International law, njem. Volkrecht; franc. droit international) predstavlja sistem pravnih pravila koja uređuju odnose među subjektima međunarodnog prava. Od unutrašnjeg prava razlikuje se po svojim subjektima, nastanku i vrstama pravila, sankcijama i sudskom rješavanju sporova. Ono uređuje odnose među suverenim i međusobno jednakim državama, te drugim subjektima međunarodnog prava. Pravila (norme) međunarodnog prava sadržana su u brojnim međunarodnim konvencijama, ugovorima, običajima. Položaj i primjena normi međunarodnog prava u nacionalnom pravnom poretku, uređuje se normama države ugovornice, koje su obično ustavne snage. Dakle, položaj cjelokupnog međunarodnog prava pa i međunarodnih ugovora u nacionalnoj hijerarhiji pravnih normi zavisi od stava države, odnosno od njenog shvatanja odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava.³

Pitanje međusobnog odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava je jedno izuzetno složeno teorijsko pitanje sa značajnim praktičnim posljedicama u savremenom pravu. U savremenom pravu, sve veći broj oblasti se istovremeno reguliše normama međunarodnog i unutrašnjeg prava, pa se postavljaju pitanja:

“da li su unutrašnje i međunarodno pravo dva odvojena pravna poretka koja egzistiraju odvojeno jedan od drugoga?”

“da li su unutrašnje i međunarodno pravo dijelovi jednog istog pravnog poretka u kojem jedan ili drugi imaju prvenstvo unutar tog poretka?”⁴

Odgovor na ova pitanja daju same države. Vodeći računa o mogućim problemima koji mogu nastati u primjeni normi međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom poretku, savremeni ustavotvorci regulišu međusobni odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava te precizno određuju položaj i status tih normi kao i obaveznost njihove primjene. Ustavi većine savremenih država poseban položaj, odnosno status dodjeljuju općim načelima međunarodnog prava, odnosno međunarodnim sporazumi o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Opća načela međunarodnog prava kao i međunarodni sporazumi o ljudskim pravima i slobodama imaju nadzakonsku pravnu snagu, odnosno ustavni rang i kao takvi neposredno se primjenjuju u unutrašnjem pravu.⁵ Položaj i status ostalih normi

3 Postoje dvije osnovne teorije o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava, a to su dualistička i monistička. Prema dualističkoj teoriji, međunarodno i unutrašnje pravo su dva odvojena i međusobno nezavisna sistema pravnih pravila. Prema monističkoj teoriji, međunarodno i unutrašnje pravo su dijelovi jednog jedinstvenog pravnog sistema. Više o navedenom vidjeti Boris Krivokapić, Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava, Strani pravni život, br. 2/2013, str. 59-103 i M.Kreča, Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava, <http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/01%20Projekat%202006-3.pdf>,

4 Sakib Softić, Međunarodno pravo, Sarajevo, 2012., str. 7.

5 Tako npr. Ustavom Savezne Republike Njemačke i to članom 25. Ustava utvrđeno je da „opća pravila međunarodnog prava su sastavni dio saveznog prava, ona imaju prednost pred zakonima i neposredno proizvode prava i obaveze za stanovnike sa područja savezne države.“ Također, Ustav Srbije iz 2006. godine u članu 16 koji se odnosi na međunarodne odnose kaže“ Spoljna

međunarodnog prava, prevenstveno međunarodnih ugovora u unutrašnjem pravu država je drugačiji. Potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori mogu imati status običnih zakona, ali mogu imati i nadzakonsku pravnu snagu.

Položaj i status normi međunarodnog prava, a posebno međunarodnih ugovora u našem pravnom sistemu nije jasno definisan, pa ćemo u nastavku rada nakon detaljnije analize položaja i statusa općih načela međunarodnog prava, Evropske konvencije i ostalih međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I, analizirati status i položaj ostalih međunarodnih ugovora u našem pravnom sistemu, te nadležnosti i praksu Ustavnog suda BiH u ovoj oblasti, kojom je status normi međunarodnog prava i definisan.

2. Status i položaj normi međunarodnog prava u Bosni i Hercegovini

Ustav Bosne i Hercegovine, nije akt unutrašnjeg već međunarodnog prava. Sastavni je dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u BiH (Dejtonskog mirovnog sporazuma). On se sastoji od jedanaest aneksa, a među njima je i Aneks 4 – Ustav Bosne i Hercegovine. Ovaj sporazum je službeno potpisan 14. prosinca 1995. godine u Parizu, i isti dan stupio na snagu, zamjenjujući dotadašnji Ustav (Socijalističke) Republike Bosne i Hercegovine. Ustav je stupio na snagu po potpisivanju ovog sporazuma, kao ustavni akt kojim se amandmanski zamjenjuje i stavlja van snage Ustav Republike Bosne i Hercegovine.⁶ Ustav kao dio međunarodnog ugovora usvojen je bez učešća građana BiH. U vezi sa tom činjenicom postavilo se pitanje odnosa Ustava BiH prem bivšem Ustavu RBIH, te pitanje odnosa Aneksa IV i drugih aneksa Mirovnog sporazuma.

Definiciju ovog odnosa dao je Ustavni sud BiH, koji je u predmetu U-7/97, postupajući po zahtjevu Hrvatske stranke prava 1861 i Bosanskohercegovačke stranke prava 1861, odlučivao o ustavnosti Mirovnog sporazuma. Navedene stranke su, bez posebnog argumentiranja tvrdile da Mirovni sporazum nije u saglasnosti sa Ustavom RBIH. Ustavni sud BiH je, na osnovu izuzetno šturog obrazloženja, objasnio da je taj Sud ustanovljen prema Ustavu BiH sa isključivim zadatkom da podržava Ustav BiH, te odbio zahtjev da ispituje Mirovni sporazum na osnovu Ustava RBIH. Između Ustava Republike BiH i Ustava BiH postoji pravni diskontinuitet, kao u pogledu revizijskog postupka, tako i upogledu ustavotvorca. Novi Ustav je u potpunosti zamjenio stari. Položaj ostalih aneksa Dejtonskog mirovnog sporazuma također je definisao Ustavni sud. U svojim odlukama 7-11/97, U 7/98 u vezi sa Aneksom 6 Dejtonskog mirovnog sporazuma ili U 40/00 Ustavni sud je konstatovao da su Ustav BiH (Aneks IV) i ostali Aneksi na istoj normativnoj razini, te da stoga u slučaju sukoba normi Ustav BiH ne može politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.“

6 Član XII Ustav BiH

imati viši rang, nego da se slučaj može riješiti samo metodom harmonizirajuće interpretacije. Iz navedenog proizilazi da odredbe drugih aneksa mogu biti osnove ispitivanja za Ustavni sud BiH. Shodno tome pri interpretaciji Ustava BiH nisu samo i isključivo upotrebljavane odredbe Ustava BiH već i odredbe drugih aneksa Mirovnog sporazuma. Tako su u trećoj i četvrtoj djelimičnoj odluci o konstitutivnosti naroda, koje je donio Ustavni sud BiH upotrebljene odredbe članova I i II Aneksa 7 iz kojih je izvedena zaštitna obaveza entiteta. Ustavno povezivanje, bilo je uostalom izričito povezivanje na Aneks 7. u članu III/5 Ustava BiH.⁷

Ustav BiH, koji je kao što smo vidjeli i sam dio međunarodnog mirovnog sporazuma, ne sadrži posebne ustavne odredbe, odnosno direktne odredbe o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava. Položaj i status normi međunarodnog prava može se utvrditi samo analizom pojedinih ustavnih normi koje regulišu status pojedinih normi međunarodnog prava u našem pravnom sistemu. U pitanju su ustavne norme kojima se definiše status općih načela međunarodnog prava u našem pravnom sistemu kao i status Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

3. Opća načela međunarodnog prava i Ustav BiH

Položaj općih načela međunarodnog prava u našem pravnom sistemu definisan je članom III/3 Ustav Bosne i Hercegovine. U skladu sa navedenim članom „Opća načela međunarodnog prava su sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta.“ Radi se u jednom prilično uobičajenom rješenje koje susrećemo u ustavima i drugih država⁸, koje također ovim načelima dodjeljuju poseban ustavni rang, odnosno status. Državnim Ustavom, međutim, nije precizirano o kojim opštim načelima međunarodnog prava je riječ, niti tekst Ustava, u vezi sa ovom normom, eksplicitno upućuje na izvore međunarodnog prava koji bi eventualno sadržavali ova načela. Stoga bi, u svakom konkretnom slučaju, bilo potrebno utvrditi, koja prava i dužnosti država kao subjekata međunarodnog prava imaju fundamentalni značaj i svojstvo pozitivnih načela međunarodnog prava općeg karaktera, koja kao takva obavezuju sve države svijeta i koja bi, kao takva, predstavljala načela na koja upućuje Ustav BiH.⁹

7 O Ovome vidjeti više, Faris Vehabović, Odnos Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Acips, Sarajevo, 2006 i

8 Ustav SR Njemačke u članu 25. koji govori o odnosu međunarodnog i saveznog prava također navodi „Opća načela međunarodnog prava su sastavni dio saveznog prava. Ona imaju prednost nad zakonima i neposredno proizvode prava i obaveze za stanovnike sa područja savezne države. Ustav SR Njemačke – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland donesen je 1949 godine. U domaćoj pravnoj literaturi se Grundgesetz prevodi kao Osnovni ili temeljni zakon. Tekst je dostupan na :<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>. Slična rješenja nalazimo i u ustavima drugih savremenih država, Austrije, Srbije, Crne Gore i sl. koji ne samo da predviđaju da su sastavni dio pravnog poretka već i uređuju njihov odnos prema zakonima i drugim pravnim aktima.

9 Zlatan Begić, Opšta načela međunarodnog prava u Ustavnom sistemu BiH; izlaganja sa naučno-stručnog skupa, str. 57.

Šta znači standard „Opća načela međunarodnog prava“ u kontekstu Ustava BiH. Nesporno je da pod općim pravnim načelima podrazumijevaju određena pravila „višeg reda“, koja sama po sebi predstavljaju specifičan sui generis izvor prava i koja se moraju uzeti u obzir, bilo pri rješavanju određenih sporova, bilo pri normiranju određenih oblasti. Iako se ideja o postojanju nekih općih načela pojavila i dosta ranije, tek su donošenjem Povelje Ujedinjenih nacija, definisana prava i dužnosti država kao pozitivna pravila međunarodnog prava, koja po svojoj suštini i značaju imaju karakter načela. S tim u vezi, valja istaći čl. 1. 2. i 2. Povelje UN-a sa kojima su utvrđena prava i dužnosti država članica UN-a koja imaju karakter načela: načelo suverene jednakosti svih država članica UN-a, savjesno ispunjavanje obaveza preuzetih u skladu sa Poveljom UN-a, rješavanje međunarodnih sporova mirnim putem, načelo zabrane sile, načelo dužnosti država da sarađuju u akcijama koju UN poduzima u skladu sa Poveljom UN-a, načelo neintervencije, uz načelo ravnopravnosti naroda i načelo prava naroda na samoopredjeljenje. Time su ova pravila, formulisana u obliku načela, u vezi sa pravima i dužnostima država postala pozitivna pravila međunarodnog prava, ali koja još uvijek nisu imala opći karakter koji će tek kasnije steći pristupanjem gotovo svih država svijeta Organizaciji UN-a.¹⁰ Za određivanje samog sadržaja „općih načela međunarodnog prava“ relevantan je i član 38. Statuta Međunarodnog suda pravde,¹¹ kojim su utvrđeni glavni izvori međunarodnog prava unutar kojih se pored ugovora i običaja navode i opća načela međunarodnog prava. Statut govori o „općim načelima međunarodnog prava priznatim od strane civiliziranih naroda“. U pitanju je jedna formulacija, koja je svakako šireg opsega u odnosu na opća načela međunarodnog prava koja ta načela svakako uključuje, pogotovo ukoliko se uzme u obzir činjenica da je Statut Međunarodnog suda pravde sastavni dio Povelje UN-a, koja definiše šta se ima smatrati općim načelima međunarodnog prava.

Akt od značaja za identifikaciju pravnih načela koja se mogu smatrati općim načelima međunarodnog prava, na koja upućuje Ustav BiH, je i „Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu sa Poveljom ujedinjenih nacija“ (Rezolucija broj 2625/XXV) iz 1970. godine Generalne skupštine UN-a.¹² Deklaracije Generalne skupštine generalno nemaju obavezujuće pravno dejstvo.¹³ Međutim, ukoliko su donesene jednoglasno i ukoliko je njihov tekst formulisana na imperativan način mogu imati veliki utjecaj u običajnom procesu nastanka općih normi međunarodnog prava. Upravo je takva situacija sa navedenom Deklaracijom. Međunarodna sudska tijela prihvataju njene

10 Zlatan Begić, Op. cit, str. 58.

11 Međunarodni sud pravde jedno od glavnih tijela UN i glavno sudsko tijelo UN-a sa dvostrukom funkcijom: rješavanje sporova među državama te davanje savjetodavnih mišljenja na zahtjev UN i drugih za to ovlaštenih međunarodnih organizacija. Djeluje u skladu sa Statutom koji je sastavni dio Povelje UN-a., Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb str, 723.

12 Vidjeti više, Zlatan Begić, Op. cit, str. 59. i 60.

13 Deklaracijama koje donosi Generalna skupština UN-a izražavaju se stavovi o određenom pitanju u vidu pravno neobavezujućih preporuka.

odredbe kao autentično tumačenje Povelje UN-a, u dijelu u kojem ova Povelja normira načela međunarodnog prava, te time po ugovornoj osnovi obavezuje sve članice UN-a, jednako kao i Povelja UN-a. Određen, mali broj država nečlanica UN-a, obavezao se jednostranim izjavama, na primjenu ovih načela. Na taj način, načela međunarodnog prava sadržana u Povelji UN-a, i razrađena u Deklaraciji iz 1970. obavezuju sve države ne samo po ugovornoj već i po običajnoj osnovi, čime se mogu smatrati pravilima međunarodnog prava opće naravi. U skladu sa navedenim, pod načelima međunarodnog prava opće naravi nesumnjivo se podrazumijevaju: načelo zabrane sile; načelo mirnog rješavanja međunarodnih sporova; načelo neintervencije; dužnost država da međusobno sarađuju u skladu sa Poveljom UN-a; načelo ravnopravnosti i samoodređenja naroda; načelo suverene jednakosti država i načelo ispunjavanja prihvaćenih međunarodnih obaveza u dobroj vjeri.

Pomoćni izvori međunarodnog prava, prvenstveno praksa međunarodnih sudskih tijela, potvrdila je navedene principe kao opća načela međunarodnog prava, ali su pri tome utvrđeni i drugi principi koji imaju ovaj značaj.¹⁴ Također, neka od načela sadržana su i u višestranim međunarodnim konvencijama. Očiti primjer je Bečka konvencija o pravu ugovora iz 1969. godine koja u članu 26. upućuje na obaveznost primjene načela pacta sunt servanda i bona fide.

Ovako određena opća načela međunarodnog prava dakle predstavljaju sastavni dio pravnog poretka BiH i njenih entiteta. Član III/3 Ustav ne reguliše odnos tih načela prema drugim pravnim aktima, aktima unutrašnjeg prava, odnosno ne predviđa njihovu pretpostavljenost aktima unutrašnjeg prava i njihovu direktnu primjenu kao što je kao što smo već naveli rješenje koje poznaju ustavi većine savremenih država (npr. Ustav SR Njemačke ovim načelima daje primat nad ostalim zakonima, te utvrđuje da proizvode prava i obaveze za stanovnike sa područja savezne države).

Ovo pitanje regulisano je članom VI/3 c. Ustava BiH kojim se definiše ovlaštenje Ustavnog suda BiH da odlučuje o pitanjima koja mu proslijedi bilo koji sud u BiH u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima ili sa zakonima BiH, ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog općeg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.¹⁵ Ovom odredbom je utvrđeno da Ustavni sud

14 Međunarodni sud pravde je u predmetu „Nuclear Test Cases“ princip bona fides potvrdio kao opće načelo međunarodnog prava. Jedno od najznačajnijih načela nastanka i izvršenja međunarodnih obaveza, bez obzira na njihov izvor, je načelo dobre vjere- bona fides. U predmetu „Laguna del Disierto“, Sud je zauzeo stav: Presuda koja ima karakter res iudicata pravno je obavezujuća za stranke u sporu. Ovo je fundamentalni princip u nacionalnim pravima stalno prisutan u jurisprudenciji, te se smatra apsolutnim i univerzalnim načelom međunarodnog prava.

15 Jedini zahtjev koji se odnosio na ocjenu usaglašenosti zakona sa pravilima međunarodnog prava, odnosno postojanja ili djelokruga nekog općeg pravila međunarodnog prava, bio je Zahtjev koji je podnio Općinski sud u Sarajevu kojim je tražena ocjena usaglašenosti člana 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izmirenju obaveza po osnovu stare devizne štednje sa zakonima BiH i postojanjem ili domašajem općeg pravila međunarodnog javnog prava i sa Evropskom

BiH neposredno primjenjuje pravila međunarodnog prava, čime su pored općih načela međunarodnog prava, kao relevantni izvori prava potvrđeni i ostala pravila međunarodnog prava koja imaju opći karakter.

Sam položaj i status navedenih pravila dodatno je definisao sam Ustavni sud Bosne i Hercegovine postupajući povodom zahtjeva za ocjenu ustavnosti Zakona o zaštiti domaće proizvodnje u okviru sporazuma CEFTA (Centralno-evropski sporazum o slobodnoj trgovini). U svojoj aplikaciji Ustavnom sudu podnosilac je iznio stav da je navedenim Zakonom prekršen Sporazum CEFTA, time i opća načela međunarodnog prava “dužnost država da međusobno surađuju” i “ispunjavanje prihvaćenih međunarodnih obaveza u dobroj vjeri”. Na ovaj način, prema tvrdnji podnosioca aplikacije, prekršena je i odredba člana III/3.b) Ustava BiH koji utvrđuje da su opća načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka BiH i entiteta. S tim u vezi, prema mišljenju podnosioca aplikacije, Sporazum CEFTA, kao ratifikovani međunarodni ugovor, bi trebao imati supremaciju nad domaćim zakonodavstvom.¹⁶

U svojoj Odluci Ustavni sud je naglasio da princip efikasne zaštite Ustava BiH od Ustavnog suda proizlazi iz člana I/2. Ustava BiH. Stoga, Ustavni sud je zauzeo stav da je zahtjev dopustiv, te da postoji nesporna obaveza institucija u BiH, a prije svega zakonodavca, da, prema pravilu pacta sunt servanda, poštuju odredbe tog ugovora i da ga dobronamjerno izvršavaju, te da sve zakone usklade sa odredbama CEFTA-e. Ustavni sud je, s tim u vezi, zaključio da osporeni zakon očigledno nije u skladu sa ovim obavezama.¹⁷ Sud je konačno zauzeo stav da je usvajanjem spornog zakona povrijeđen član III/3.b) Ustava BiH. Sud je išao i dalje, te je zaključio da je član III/3.b) Ustava BiH povrijeđen u svakoj situaciji kad domaći zakon nije u skladu sa odredbama općeg pravila međunarodnog prava pacta sunt servanda, prema kojem svaki ugovor na snazi vezuje članice i one treba da ga dobronamjerno izvršavaju, kao i kad nije u skladu sa odredbama međunarodnog ugovora kojem je BiH pristupila.¹⁸

Analogno tome, se može zaključiti da opća načela međunarodnog prava, u skladu sa čl. III/3b i VI/3c, te cjelokupnim konceptom ustavnih rješenja nesumnjivo predstavljaju zadanu vrijednost, koju sam državni Ustav postavlja i štiti, za nosioce zakonodavne, sudske i izvršne funkcije na svim nivoima vlasti. Usaglašenost akata, bilo materijalnih, bilo formalnih, sa općim načelima međunarodnog prava, na prvom mjestu sa načelom pacta sunt servanda u vezi sa izvršavanjem obaveza iz međunarodnih ugovora, dakle, predstavlja ustavnu obavezu za nosioce vlasti u BiH i u entitetima. Utoliko bi kršenje ovih načela

konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovaj zahtjev Ustavni sud BiH je odbio kao neutemeljen. Odluka Ustavnog suda U 12/13 od 5.7.2019.godine

16 Vidjeti više: Odluka Ustavnog suda BiH br. U-05/09, tačka 11.

17 Vidjeti više: Ibid., tačke 32– 36.

18 O primjeni načela pacta sunt servanda, u smislu Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969., ali i u slučaju zemalja koje nisu potpisnice ove konvencije vidi: A. T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2008, 204-209.

ujedno predstavljalo i kršenje Ustava BiH, odnosno njegovog člana III/3b, kako je to utvrđeno Odlukom Ustavnog suda u navedenom slučaju.¹⁹

4. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njeni protokoli

Položaj i status Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u našem pravnom sistemu, također je regulisan Ustavom, odnosno konkretno članom II/2 Ustava BiH. U skladu sa navedenim članom „prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.“. Inkorporiranjem Evropske konvencije u svoj ustavnopravni poredak, Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu da svoje zakonodavstvo i pravnu praksu prilagodi zaštiti prava i sloboda iz Evropske konvencije, i to i prije nego što je postala članica Vijeća Evrope. Evropska konvencija predstavlja za BiH, kao i za sve države potpisnice Evropske konvencije, zajednički minimalni standard prava i sloboda pojedinaca u svom pravnom sistemu. Ona mora garantovati i štiti jednaka ili veća prava i slobode, nipošto manja. Ustav BiH nije pobrojao protokole koji predstavljaju dio Ustava BiH. Međutim, prema dosadašnjoj praksi Ustavnog suda BiH može se zaključiti da su to protokoli koji su bili na snazi u trenutku kada je Ustav BiH stupio na snagu i protokoli koje je Bosna i Hercegovina u međuvremenu potpisala i ratifikovala.²⁰ Ustav BiH također izričito preuzima sadržaj člana 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima kojim se zabranjuje bilo koji oblik diskriminacije zasnovane na ličnom svojstvu čovjeka i građanina.²¹

Navedena ustavna odredba koja je definisala položaj i status ove Konvencije, na prvi pogled prilično jasna, ipak je izazvala brojne rasprave i dileme, a koje su se ticale odnosa ove Konvencije prema samom Ustavu BiH. U stručnim i naučnim krugovima postavilo se pitanje da li Evropska konvencija ima prioritet i nad samim Ustavom, a ne samo na zakonima.²² Kao osnov za ovakvo promišljanja navedena je autentična ustavna odredba koja glasi: “The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These

19 Vidjeti više, Zlatan Begić, Op. cit, str. 66.

20 Obrazloženje u vezi sa stupanjem na snagu Protokola broj 12 i njegove primjenjivosti kao „novog „dijela Ustava BiH u izdvojenom mišljenju sutkinje Constance Grewe na Odluku Ustavnog suda BiH broj U 13/05 od 26.maja 2006. godine

21 Član II/4 Ustava BiH

22 Stav o nadustvanoj snazi Evropske konvencije u našem pravnom sistemu zastupa Faris Vehabović koji smatra da u skladu sa izvornim tekstom Dejtonskog mirovnog sporazuma na engleskoj jeziku, Evropska konvencija ima prioritet nad pravom, a ne nad zakonom kako se to inače tumači od strane većine autora iz ove oblasti. Faris Vehabović, Odnos Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Acips, Sarajevo, str. 51.

shall have priority over all other law“ (član II. Tačka 2. Ustava BiH). Poznato je, naime, da je autentični tekst Mirovnog sporazuma, uključujući i Ustav BiH, isključivo na engleskom jeziku. Domaće vlasti nikad nisu napravile i službeno usvojile i objavile prevod ovih dokumenata na domaće službene jezike. Riječ „law“ iz autentične ustavne odredbe mogla bi biti protumačena i prevedena kao „pravo“ te bi u tom slučaju Konvencija zaista i imala prioritet ne samo nad zakonima, već i Ustavom BiH .

Odgovor na ovo pitanje dao je sam Ustavni sud BiH. U Odluci broj U 5/04 od 27. januara 2006. godine Ustavni sud se oglasio nenadležnim da odlučuje o nesaglasnosti pojedinih odredbi Ustava BiH sa Konvencijom i njenim protokolima navodeći da „prava iz Konvencije ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav BiH, jer je Evropska konvencija kao međunarodni ugovor stupila na snagu na osnovu Ustava BiH, te ustavna ovlaštenja proističu iz Ustava BiH, a ne iz Konvencije... te da „Ustavni sud mora da se drži teksta Ustava BiH, koji ne dozvoljava širu interpretaciju nadležnosti, s obzirom na obavezu Ustavnog suda da podržava ovaj Ustav. Ovakav stav Ustavni sud je slijedio i u predmetu broj U-13/05 rješavajući zahtjev za ocjenu saglasnosti pojedinih odredaba Izbornog zakona BiH sa Evropskom konvencijom. Iako se u konkretnom slučaju nije tražilo ispitivanje usklađenosti odredaba Ustava BiH, već odredaba Izbornog zakona Ustavni sud je zaključio „da se ne može preći preko toga da osporene odredbe Izbornog zakona de facto u potpunosti proizlaze iz odredaba člana V Ustava BiH, što otklanja sumnju u njihovu neustavnost iz kojeg razloga Ustavni sud nema nadležnost za odlučivanje, jer bi ustvari ispitivao usklađenost ustavne odredbe sa odredbama međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, a prije toga je već zauzeo stajalište da međunarodni dokumenti, tj. Evropska konvencija ne mogu imati superiorniji status u odnosu na Ustav BiH“

Nesporno je da Ustav BiH treba uskladiti sa Evropskom konvencijom. Ta obaveza proizilazi iz samog pristupanja Vijeću Evrope i prihvatanja Evropske konvencije. Pojedine odredbe Ustava BiH, a pogotovo one o načinu izbora članova Predsjedništva BiH i delegata konstitutivnih naroda u Domu naroda Parlamentarne Skupštine BiH u suprotnosti sa Evropskom konvencijom, te da ih treba izmjeniti. Međutim, otklanjanje ovih nekonzistentnosti u samom Ustavu BiH moguće je i poželjno samo u postupku revizije Ustava BiH i to na način predviđen Ustavom.

5. Međunarodni sporazumi o ljudskim pravima i slobodama sadržani u Aneksu I Ustava BiH

Poseban status i položaj u ustavnom sistemu BiH imaju i međunarodni sporazumi navedeni u Aneksu I Ustava Bosne i Hercegovine. Ovaj Aneks koji nosi naziv Dodatni sporazumi o ljudskim pravima i osnovnim slobodama koji će

se primjenjivati u BiH, sadrži 15 međunarodnopravnih sporazuma/konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To su sljedeći sporazumi:

1. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948)
2. Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i dopunski protokoli I-II (1977)
3. Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966)
4. Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957)
5. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961)
6. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965)
7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i opcionim protokolima (1966. i 1989)
8. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966)
9. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979)
10. Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1987)
11. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987)
12. Konvencija o pravima djeteta (1989)
13. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990)
14. Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992)
15. Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994)

Bosna i Hercegovina, prema članu II/7 svog Ustava ima obavezu da ostane, odnosno postane članica svih navedenih sporazuma. To, međutim, ne znači da je primjena ovih sporazuma uslovljena prethodnim pristupanjem države ovim ugovorima. Ovi ugovori prema Aneksu I Ustava BiH dio su pravnog sistema BiH, odnosno dio unutrašnjeg prava prema samom Ustavu. U vezi sa prethodnim postoji i obaveza nadležnih organa u BiH da sarađuju sa međunarodnim posmatračkim tijelima za ljudska prava koja se uspostave za Bosnu i Hercegovinu, nadzornim tijelima koja se uspostave bilo kojim međunarodnim sporazumom navedenim u Aneksu I ovog Ustava, te organizacijama ovlaštenim od strane Vijeća sigurnosti UN-a sa mandatom koji se tiče ljudskih prava ili humanitarnog prava.²³

Sporazumi navedeni u Aneksu I, Ustava BiH, također imaju ustavni rang. Član II/4. Ustava BiH propisuje da sve osobe u BiH, bez razlike, imaju pravo da u njima uživaju. Uživljanje ovih prava i sloboda, kako proizlazi iz člana II/7. Ustava BiH, ne zavisi od toga da li je država već članica, ili tek treba da postane članica određenog međunarodnog ugovora iz Aneksa i uz Ustav BiH. Mnogi od ovih dokumenata imaju i svoje dodatne ili dopunske protokole, pa se postavlja pitanje da li se i oni primjenjuju kao dio formalnog ustavnog prava u BiH. Dodatni

23 Član II/8 Ustava BiH

protokoli ovih 15 konvencija iz Aneksa I na Ustav BiH primjenjuju se samo ako su izričito navedeni. Prema tome, pošto je u Ustavu BiH navedeno da se primjenjuje Drugi fakultativni protokol iz 1989. godine Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, činjenica da je BiH ovaj protokol ratifikovala tek 2000. godine ne utiče na bilo koji način da ovaj protokol ne bude dio formalnog ustavnopravnog okvira već od 14. decembra 1995. godine. Isto tako, Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987) je 14. decembra 1995. godine postala dio Ustava BiH. S obzirom na to da dopunski protokoli br. 1 i 2 uz ovu konvenciju nisu navedeni (što je i logično, jer su stupili na snagu tek 1. marta 2002. godine), oni ne bi trebali naknadno postati dio formalnog ustavnopravnog prava bez obzira na to što ih je država ratifikovala 12. jula 2002. godine (stupili na snagu 1. novembra 2002. godine).²⁴

U dužem vremenskom periodu Ustavni sud BiH je zaštitu prava i sloboda iz međunarodnih dokumenta iz Aneksa I na Ustav BiH garantovao samo u onim slučajevima kada se apelant pozivao na diskriminaciju iz člana II/4 Ustava BiH. Ta odredba prema mišljenju Ustavnog suda predstavljala je „ključ“ koji „otključava“, vrata primjene svih ovih dokumenata.²⁵ Primjera radi, ukoliko se neko apelacijom obrati Ustavnom sudu tvrdeći da mu je povrijeđeno pravo na rad koje je zaštićeno Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, a koji je dio Aneksa I na Ustav BiH i pri tome ne dokaže da je bio diskriminiran u ostvarivanju tog svog prava u smislu člana II/4 Ustava BiH njegova apelacija je odbijena kao *rationae materiae* inkompatibilna sa Ustavom BiH, jer pravo na rad nije zaštićeno osnovnim tekstom Ustava, već isključivo navedenim Paktom.

Ovakav stav Ustavnog suda BiH je od početka kritikovan. Ustavna formulacija člana II/4 jeste nejasna i omogućila je zauzimanje ovakvog stava. Međutim, Ustavni sud je mogao zauzeti i drugačiji stav te omogućiti primjenu Instrumentata iz Aneksa I u punom kapacitetu, a ne samo u slučaju diskriminacije, pogotovo kada se radi o jasno definisanim pravima, koja treba da štite pojedinca od države i državnih mjera (kao u slučaju zabrane smrtne kazne). Kod odredaba o ljudskim pravima i slobodama, koje su per se apsolutne prirode, svako povezivanje ili uslovljavanje zabranom diskriminacije ima veoma malo smisla. U suprotnom došlo bi se do apsurdnog zaključka. Uzmimo, naprimjer, član 2. Fakultativnog protokola broj 2 uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji, u principu, zabranjuje provođenje smrtne kazne za vrijeme mira. Ukoliko bi se prihvatilo tumačenje da Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima pruža zaštitu samo u odnosu na zabranu diskriminacije, ne bi se mogla ustanoviti povreda ovog apsolutnog prava ako bi država provodila smrtnu kaznu nad svim licima osuđenim na smrt, bez razlike. Povreda ovog prava mogla bi se utvrditi ukoliko bi smrtna kazna bila izvršavana nad pojedincima na selektivan i diskriminatoran način.

24 Nedim Ademović, Ustavno pravo BiH, KAS Sarajevo, 2010, str. 18.

25 Npr. Odluka broj AP-22801/08 od 14 oktobra 2008. godine

Još jedan argument govori u prilog tom da se sporazumi iz Aneksa I uz Ustav BiH mogu direktno primijeniti i da ta zabrana ne zavisi samo od zabrane diskriminacije. Član II/4. Ustava BiH ne odnosi se samo na sporazume iz Aneksa I nego i na cijeli član II Ustava BiH, uključujući i Evropsku konvenciju. Zašto se onda član II/4. Ustava tumači na selektivan način u smislu da se samo instrumenti u Aneksu I uz Ustav vežu isključivo sa zabranom diskriminacije, a ne i prava i slobode iz člana II Ustava BiH.

Stav Ustavnog suda o primjeni Instrumenata iz Aneksa I samo u slučaju diskriminacije a ne u punom kapacitetu, u velikoj mjeri je otežavao zaštitu prava i sloboda, posebno ekonomskih i socijalnih prava koja nisu situirana u normativnom dijelu Ustava BiH. Zbog svega nevedenog, Ustavni sud je Odlukom broj U-9/09 zauzeo suprotno stajalište te konstatovao da „...je Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine“,²⁶ odnosno da će se međunarodnopravni instrumenti iz Aneksa I na Ustav BiH primijeniti u punom kapacitetu, a ne samo u odnosu na diskriminaciju kako je to do sada bio slučaj. Novouspostavljenom jurisprudencijom Ustavnog suda BiH omogućen je širi obim zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosno obezbijedena je zaštita ne samo građanska i političkih prava iz Ustava BiH i Evropske konvencije, već i ostalih, do tada neutuživih prava i sloboda iz međunarodnih dokumenata situiranih u Aneks I Ustava BiH.

Novouspostavljenom jurisprudencijom Ustavnog suda BiH omogućen je širi obim zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, te direktna primjena navedenih sporazuma.

6. Ostali međunarodni ugovori

Bosna i Hercegovina zaključuje i druge međunarodne ugovore i sporazume. Zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u Bosni i Hercegovini regulisano je Ustavom Bosne i Hercegovine, Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora te Bečkom konvencijom o pravu međunarodnih ugovora iz 1969 godine. Ustav Bosne i Hercegovine u članu II/7 navodi da će Bosna i Hercegovina ostati ili postati strana ugovornica međunarodnih sporazuma pobrojanih u Aneksu I Ustava, te propisuje da je vođenje vanjske politike u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine.²⁷ U skladu sa članom V/3 a) Ustava vođenje vanjske politike je u nadležnosti Predsjedništvo BiH, koje je nadležno i za vođenje pregovora za zaključivanje međunarodnih ugovora Bosne i Hercegovine, okazivanje i, uz saglasnost Parlamentarne skupštine ratifikovanje takvih ugovora.²⁸

26 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-9/09 od 26.novembra 2010. godine, tačka 74, objavljena u „Službenom glasniku BiH“, broj 48/11, od 16.juna 2011. godine

27 Član III/1. a) Ustava Bosne i Hercegovine.

28 Član V/3. d) Ustava Bosne i Hercegovine i član IV/4.d) Ustava BiH

Entiteti također imaju pravo da uspostavljaju posebne paralelne odnose sa susjednim državama, u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine. Također mogu sklapati sporazume sa državama i međunarodnim organizacijama uz saglasnost Parlamentarne skupštine, s tim da Parlamentarna skupština može zakonom predvidjeti da za određene vrste sporazuma takva saglasnost nije potrebna.²⁹

Sam postupak i pojedine faze zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora koje zaključuje Bosna i Hercegovina regulisan je Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora iz 2000. godine (Službeni glasnik BiH, broj 29/2000), te Zakonom o izmjeni i dopunama Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora (Službeni glasnik BiH, broj 32/13). Zakon u članu 2. izričito normira da se na odnose koji nisu uređeni ovim zakonom, primjenjuju opća pravila međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava i odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969, čija je Bosna i Hercegovina članica.³⁰ Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora BiH iz 2000. godine za razliku od drugih sličnih zakona koje susrećemo u državama u okruženju (Hrvatskoj, Crnoj Gori i Srbiji) ne definiše sam pojam međunarodnog ugovora,³¹ te se stoga, a u skladu sa članom 2.ovog Zakona, pojam „međunarodni ugovor“ definiše u skladu sa odredbama Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora.³²

Ustavna odredba koja predviđa postojanje organa koji daju saglasnost da se određeno međunarodno pravo uvede u naš pravni sistem po mišljenju nekih autora vodi zaključku da se radi o dualističkom sistemu³³. No, u Ustavu Bosne

29 Član III/2. Ustava Bosne i Hercegovine

30 BiH postala stranka Bečke konvencije iz 1969. godine na osnovu sukcesije i Bečke konvencije o sukcesiji država glede međunarodnih ugovora iz 1978. godine („Službeni list RBiH“, broj: 25/93 od 15.12.1993. godine).

31 Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora Republike Hrvatske (Narodne novine, broj .28./1996) u članu 2.tačka 1 daje opću definiciju međunarodnog ugovora. Pod pojmom „međunarodni ugovor“ se podrazumijeva „sporazum - utemeljen na sukladnom očitovanju najmanje dvaju međunarodnopravnih subjekata - koji je uređen međunarodnim pravom i koji je u pisanom obliku, bez obzira na to je li sadržan u jedinstvenoj ispravi ili u dvjema ili više međusobno povezanih isprava i neovisno o njegovom nazivu, kojeg Republika Hrvatska sklapa sa jednom ili više država, jednom ili više međunarodnih organizacija odnosno jednim ili više ostalih međunarodno pravnih subjekata. I Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora Crne Gore (Službeni list CG, broj 77/2008) također u članu 2 sadrži definiciju međunarodnog ugovora. Pod međunarodnim ugovorom se podrazumijeva ugovor koji Crna Gora zaključi u pisanom obliku sa jednom ili više država ili sa jednom ili više međunarodnih organizacija, regulisan međunarodnim pravom, sadržan u jednom ili više međusobno povezanim dokumenata, bez obzira na njihov naziv (sporazum, konvencija, pakt,povelja, konkordat, protokol, memorandum,deklaracija.) Vidjeti više, Todić Dragoljub, Zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Hrvatske, Strani pravni život, 62(2),Beograd. 2017.

32 Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. u članu 2.st.1.a) pod pojmom međunarodni ugovor označava međunarodni sporazum sklopljen između država i uređen međunarodnim pravom, bilo da je sadržan u jedinstvenoj ispravi ili u dvjema ili više međusobno povezanih isprava, bez obzira na njegov poseban naziv.

33 Vidjeti više Nedim Ademović, Ustavno pravo BiH, KAS, Sarajevo, 2010, str. 38.

i Hercegovine nema nijedne riječi o pretvaranju, transformaciji međunarodnih sporazuma u pravni poredak ali ima o direktnoj primjeni međunarodnog prava.

Ustav Bosne i Hercegovine, nažalost ne sadrži odredbe koje govore o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava. Potvrdu ovakvog stava nalazimo u odluci Ustavnog suda BiH, koji je u predmetu U 5/09, naveo da „Ustav BiH ne sadrži bilo kakve izričite odredbe koje definišu status međunarodnih ugovora u domaćem pravu“. Ustavni sud BiH je postupajući po već ranije spomenutom zahtjevu za ocjenu ustavnosti Zakona o zaštiti domaće proizvodnje dao svoje mišljenje o položaju međunarodnih ugovora u BiH.

U predmetu U- 05/09, razmatrajući položaj međunarodnih ugovora, Ustavni sud je konstatovao da se određen broj međunarodnih sporazuma iz oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda neposredno primjenjuju u skladu sa Ustavom BiH. Pritom je posebno naveo da Evropska konvencija ima prioritet u odnosu na ostale zakone. U istoj odluci Ustavni sud je naveo da Ustav ne zahtijeva transformaciju međunarodnih pravila putem zakona u domaće pravo, te da budući da konvencije o materiji ljudskih prava i osnovnih sloboda imaju karakter, ne bi bilo logično očekivati i da ostali međunarodni ugovori imaju status običnog zakona. U tom kontekstu Ustavni sud BiH se pozvao na član III/3 b. Ustava u kojem je utvrđen prioritet Ustava i koji navodi da opća načela međunarodnog prava predstavljaju sastavni dio pravnog poredka Bosne i Hercegovine i entiteta i domaće pravo mora biti usklađeno sa njim. U nastavku svoje odluke Ustavni sud je naglasio da je BiH ratifikovala Sporazum o CEFTA-i i da je na taj način preuzela obaveze da će uspostaviti zonu slobodne trgovine te pridržavati se klauzula o carinama. Budući da je Ustavni sud zauzeo stav da je načelo pacta sunt servanda jedno od osnovnih općih načela međunarodnog prava, u nastavku ove odluke (Odluke U-05/09) Sud je istakao sljedeće“ postoji nesporna obaveza institucija u Bosni i Hercegovini, a prije svega zakonodavca, da ... poštuje odredbe tog ugovora. Iz navedenog proizlazi da postoji obaveza institucija Bosne i Hercegovine da sve zakone usklade sa odredbama CEFTA-e. Ustavni sud zaključuje da osporeni zakon očigledno nije u skladu sa ovim obavezama. Naime, osporeni zakon predstavlja unilateralnu mjeru a CEFTA ovlašćuje zaštitne mjere domaće poljoprivrede samo u skladu sa pravilima i procedurama CEFTA-e i STO-a. ... Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da nije neophodno ocijeniti druge navode podnosioca zahtjeva, te da je osporeni zakon u cjelini suprotan odredbama CEFTA-e. Sud zaključuje da je usvajanjem zakona povrijeđen član III.3.b) Ustava BiH. Član III.3.b) Ustava Bosne i Hercegovine je povrijeđen u situaciji kad domaći zakon nije u skladu sa odredbama opšteg pravila međunarodnog prava pacta sunt servanda kao i kada nije u skladu sa odredbama međunarodnog ugovora kojem je Bosna i Hercegovina pristupila.³⁴

34 Vidjeti više, Duško Glodić, Teoretski i praktični aspekti položaja međunarodnih ugovora u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, Godišnjak fakulteteta Pravnih nauka • Godina 5 • Broj 5 • Banja Luka, jul 2015

Navedenom odlukom Ustavni sud BiH je poštivanje međunarodnih ugovora protumačio kao ustavnu obavezu pozivajući se na opće načelo međunarodnog prava -pacta sunt servanda. S obzirom da je utvrđeno da zakoni ne mogu narušavati ugovorne obaveze, međunarodnim ugovorima je priznata nadzakonska pravna snaga, iz čega proizilazi obaveza usklađivanja domaćih zakona sa potvrđenim i ratificiranim međunarodnim ugovorima. Navedena odluka Ustavnog suda BiH nije donesena jednoglasno. Zajedničko izdvojeno mišljenje i neslaganje sa ovom odlukom dali su sudije David Feldman i Tudor Pantiru³⁵. U svom mišljenju,³⁶ sudije su između ostalog navele da prihvataju da je princip pacta sunt servanda, opći princip međunarodnog prava u smislu člana III/3. b. Ustava BiH. Međutim, po njihovom mišljenju to samo po sebi ne određuje status ovog principa u normativnoj hijerarhiji BiH koja je utvrđena Ustavom. Po njihovom mišljenju ovaj princip jeste dio pravnog sistema BiH, ali zauzima mjesto ispod ustava, te u najboljem slučaju ima status identičan statusu običnog zakona.

ZAKLJUČAK

Ustav Bosne i Hercegovine, koji je i sam sastavni dio jednog višestrukog međunarodnog ugovora, ne sadrži direktne odredbe o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava. Status normi međunarodnog prava dijelom je definisan ustavnim odredbama koje govore o općim načelima međunarodnog prava te odredbama o položaju i statusu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Analiza ustavnih odredbi kao i analiza relevantne prakse Ustavnog suda u ovoj oblasti pokazala je nedvojbeno da opća načela međunarodnog prava, kao i međunarodni sporazumi iz oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda u našem pravnom sistemu imaju poseban ustavni položaj. Položaj i status ostalih normi međunarodnog prava, međunarodnih ugovora koje država Bosne i Hercegovina zaključuje nije definisan ustavnom normom, tako da je odgovor na ovo pitanje dao sam Ustavni sud koji je u predmetu U -05/09 konstatovao, a ne formalno zaključio, da međunarodno ugovorno pravo ima status viši od običnih zakona, a niži od Ustava BiH. Dakle po mišljenju Ustavnog suda ratificirani i objavljeni međunarodni ugovori imaju nadzakonsku pravnu snagu te shodno tome, zakoni i drugi pravni akti moraju biti u skladu sa međunarodnim ugovorima.

35 Izdvojeno mišljenje je da i sudija Miodrag Simović ali iz drugih razloga.

36 Izdvojeno mišljenje sudija Feldmana i Pantirua dostupno na http://www.ustavnisud.ba/dokumenti/_bs/U-5-09-290456.pdf

Literatura

1. Ademović, Nedim, Ustavno pravo BiH, KAS, Sarajevo, 2010.
2. Avramov, Smilja; Kreća, Milenko: Međunarodno javno pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1990.
3. Begić Zlatan, Opšta načela međunarodnog prava u Ustavnom sistemu BiH; izlaganja sa naučno-stručnog skupa,
4. Degan, Vladimir, Đuro: Međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000.
5. Đurić Vladimir, Vranješ Nevenko, Poslovi državne uprave u oblasti zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, Godišnja Fakulteta pravnih nauka, 7/2017, Banja Luka, 2017.
6. Glodić Duško, Teoretski i praktični aspekti položaja međunarodnih ugovora u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, Godišnjak fakulteta Pravnih nauka • Godina 5 • Broj 5 • Banja Luka, jul 2015.
7. Kreća Milenko, Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava <http://www.ius.bg.ac.rs/naucni/razvoj%20pravnog%20sistema%202006/01%20Projekat%202006-3.pdf>
8. Krivokapić, Boris: Pojam međunarodnog prava, Institut za uporedno pravo, Strani pravni život 1/2009, UDK 34, Beograd, 2009.
9. Krivokapić, Boris:, Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava, Strani pravni život, br. 2/2013,
10. Pobrić Nurko, Ustavno pravo, Slovo, Mostar, 2000
11. Softić, Sakib: Međunarodno pravo, Sarajevo, 2012.
12. Todić Dragoljub, Zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, Crne Gore i Hrvatske, Strani pravni život, 62(2), Beograd. 2017.
13. Vehabović, Faris: Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarne postdiplomske studije (ACIPS), Sarajevo, 2006.
14. Bečka konvencija o ugovornom pravu (Vienna Convention on the Law of Treaties), Potpisana 23. maja 1969. godine u Beču, stupila na snagu 27. januara 1980. godine. BiH je članica temeljem sukcesije, tekst objavljen u Službenom list SFRJ - Međunarodni ugovori broj: 30/1972, Dostupno na:
<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>
15. Ustav Bosne i Hercegovine (Prevod koji je utvrdio OHR- Office of the High Representative).
16. Zakon o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, Službeni glasnik BiH, br. 29/2000, 32/2013.
17. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb str, 723.

Amra Jašarbegović, Ph.D., Associate professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

Rebeka Kotlo, PhD, Associate professor

Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

The position and status of the norms of international law in BiH in light of the practice of the Constitutional Court of BiH

Abstract: The position and status of the norms of international law in the internal law of modern states are, as a rule, determined by the norms of domestic law, most often by the constitution. The Constitution of Bosnia and Herzegovina, which is itself an integral part of a multifaceted international treaty, does not contain direct provisions on the relationship between domestic and international law. The framers of the constitution defined the position and status of the general principles of international law in the BiH legal system, the position and status and status of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in the BiH constitutional system, and the status of additional human rights and freedoms agreements to be applied in BiH. The position and status of other norms of international law, international treaties concluded by the state in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Law on the Procedure of Concluding and Enforcing International Treaties and the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, have not been defined and will therefore will be analyzed, after analyzing the position and status of the abovementioned norms of international law in our legal system, also the position and status of international contract law in light of the practice of the Constitutional Court of BiH, which, in the absence of clear and precise norms that would regulate this relationship, by its decisions defined the position and status of international treaties in the internal system of BiH.

Keywords: position and status of the norms of international law, Constitutional Court of BiH, international treaties in the internal system of BiH.

NAČELO *IN DUBIO PRO REO* U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU I PRAKSI

Sažetak: U današnje vrijeme, misao koja je izražena u poznatoj latinskoj izreci *in dubio pro reo* (u sumnji, presudi u korist optuženog) opšte je prihvaćena i poznata kako u teoriji krivičnog procesnog prava tako i u sudskoj praksi. Opšta prihvaćenost načela *in dubio pro reo* nameće zaključak da njegov pojam nije sporan. Međutim, dublja analiza jasno pokazuje da postoje znatne razlike u pogledu shvatanja niza pitanja koja su od značaja za primjenu ovog načela, počevši od njegovog sadržaja, obima primjene, pravnog karaktera, prirode kao i opravdanosti njegovog postojanja, što sve utiče na različito određivanje njegovog pojma.

Autor je u ovom radu pokušao da na sva ova kao i na druga sporna pitanja da što potpuniji odgovor, te da na taj način doprinese u boljem razumjevanju ovog složenog načela. Posebna pažnja posvećena je istorijskom razvoju načela *in dubio pro reo* u kontinentalnim pravnim sistemima, čija se primjena mijenjala uporedo sa razvojem krivičnog procesnog prava, kako velikih sistema krivičnog postupka, tako i od zakonodavnih rješenja pojedinih zemalja. Pored toga, fokus rada je na uređenju ovog pravnog načela u domaćem, bosanskohercegovačkom krivičnom procesnom pravu, te na aktuelnoj sudskoj praksi.

Ključne riječi: krivični postupak, *in dubio pro reo*, presumpcija nevinosti, činjenice.

1. Uvod

Jedan od najtežih i najodgovornijih zadataka sudije u krivičnom postupku jeste potpuno i pravilno utvrđivanja činjeničnog stanja. Da bi mogao da donese presudu o krivnji optuženog i da bi mu mogao izreći pravilnu kaznu, sudija mora u postupku istinito utvrditi mnoštvo činjenica koje su se desile u prošlosti, odnosno mora vjerodostojno rekonstruisati događaj o kome sudi. Dakle, činjenice na kojima se zasniva sudska odluka, odnosno činjenice na kojima se temelji odgovor na pitanje da li je izvršeno krivično djelo, ko je izvršilac i da li se mogu primjeniti krivičnoprocesne sankcije u smislu materijalnog krivičnog prava, moraju biti istinito i potpuno utvrđene. Utvrđivanje istine je u državnom, odnosno javnom interesu i kažnjen može biti samo onaj optuženi čija je krivična odgovornost

potpuno i nesporno utvrđena.¹ Zahtjev da se odluke u krivičnom postupku smiju donositi samo na osnovu istinito utvrđenih činjenica tako je prirodan da ga ne treba posebno opravdavati.² Ne postoji nijedan razuman razlog da se osudi nevina osoba, a da stvarni krivac izbjegne zasluženu kaznu.³

Međutim, uslijed ograničenosti ljudskog saznanja i nesavršenosti njegovih izvora, sudija teško dolazi do istine o postojanju pojedinih činjenica. Često, i pored svestrane ocjene rezultata dokaznog postupka moguće je da kod njega ostane sumnja u postojanju pojedine činjenice, te se ne može opredijeliti da li će neku činjenicu smatrati utvrđenom ili neće. Tu sumnju, to kolebanje, naročito mu izaziva i pojačava svijest da se prošli događaj ne da više ponoviti, da njegova rekonstrukcija u sudskom postupku predstavlja samo subjektivnu predstavu kod sudije o tome kako se događaj morao odigrati i kako je trebalo da izgleda.⁴ Drugim riječima, na takav oprez nagoni ga saznanje da se u sudskom postupku ne utvrđuje objektivna istina već subjektivna, odnosno da njeno utvrđivanje uvijek zavisi od ličnosti sudije, njegovih uvjerenja, znanja ili iskustva, kao i sredstava saznanja u krivičnom postupku koja ne garantuju uvijek utvrđivanje istine s obzirom da su i sama dokazna sredstva pomoću kojih se najčešće utvrđuje istina u krivičnom postupku subjektivna (npr. svjedoci, vještaci, optuženi).⁵

Zbog takvog stanja stvari teorija i praksa krivičnog postupka našle su od davnina izlaz iz situacije u kojoj se sud nađe kada ne može da stekne potpuno uvjerenje o izvjesnosti postojanja ili nepostojanja neke činjenice – u načelu *in dubio pro reo*. To načelo, kao postulat zdrave logike i praktičnog razuma, zasnovan na ograničenosti ljudskog saznanja i nesavršenstvu njegovih izvora i sredstava saznanja, pouzdan je vodič sudu na teškom i odgovornom putu otkrivanja istine o činjenicama. On mu pokazuje izlaz iz oblasti sumnje i razrješava ga dužnosti da po svaku cijenu proдре u nepoznato i na silu nepoznato učini poznatim, i time ga zadržava da ne postane žrtvom zablude, arbitrarnosti i samovolje.⁶

Načelo *in dubio pro reo* postalo je tekovina savremenih kontinentalnih pravnih sistema. Treba, međutim, napomenuti da ono u ovom obliku ne postoji u anglosaksonskom pravu.⁷ To, naravno, ne znači da se tamo sumnja u krivičnom postupku rješava na štetu optuženog. Tamo se slični efekti postižu na jedan drugi

1 Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo. Knjiga I. Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje. Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019, str. 112.

2 Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo. Knjiga druga. Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku. Drugo prerađeno izdanje*, Informator, Zagreb, 1978, str. 114.

3 Grubač, M., *Krivično procesno pravo. Četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2006, str. 255. Isto i Tomašević, G., *Kazneno procesno pravo. Opći dio: Temeljni pojmovi. Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Split, 2011, str. 118.

4 Grubiša, M., Princip *in dubio pro reo* u teoriji i praksi, *JRKPP*, 3/66, str. 315.

5 Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 114.

6 Lazin, Đ., „*In dubio pro reo*“ u krivičnom postupku, Narodna knjiga, Beograd, 1985, str. 32.

7 Više: Bubalo, L., Pajić, D., *In dubio pro reo* principle in modern criminal procedure, *SEE Law Journal*, No. 6/2019, Center for SEELS, Skopje, str. 91-94.

način, kroz davanje uputstva poroti o dokaznim pravilima. Jedno od važnijih dokaznih pravila koje sudija može dati poroti nakon završetka glavnog pretresa je uputstvo o količini dokaza potrebnih za osudu. Ako profesionalni sudija posumnja da se kod porotnika može pojaviti sumnja u pogledu krivice optuženog, može im dati uputstvo da krivično djelo mora biti dokazano „iznad svake razumne sumnje“ (eng. *beyond a reasonable doubt*).⁸ To znači da ako kod porotnika preostane „razumna sumnja“ u pogledu krivice optuženog, da moraju donijeti odluku da optuženi nije kriv (eng. *not guilty*). Pošto istu odluku porotnici donose i u slučaju kada bez ikakve sumnje utvrde da optuženi nije kriv, ta prethodna odluka znači favoriziranje optuženog, a time praktično i primjenu načela *in dubio pro reo*.⁹ Smatra se da se pomenuto dokazno pravilo anglosaksonskog prava pojavilo krajem XVIII vijeka i da, prema tome, vremenski korelira sa nastankom kontinentalnog pravila *in dubio pro reo*.¹⁰ Primjenu načela *in dubio pro reo* nalazimo i u islamskom pravu.¹¹

Uprkos svojoj složenosti, standard izvan razumne sumnje, odnosno načelo *in dubio pro reo* danas je univerzalno priznat i prihvaćen kako u anglosaksonskom pravu tako i u kontinentalnim pravnim sistemima, a prihvaćen je i u praksi međunarodnih sudova (Evropski sud za ljudska prava, Međunarodni krivični sud, Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, Međunarodni vojni sud u Nürnbergu i dr.).¹²

2. Istorijski osvrt na načelo *in dubio pro reo*

Kada govorimo o nastanku načela *in dubio pro reo* treba imati u vidu da ono u početku nije imalo ovako širok obim primjene kao danas, već je nastalo postepeno tokom dugog istorijskog razvoja. Pri tome se misli na nastanak ovog načela u bilo kom, pa makar i najminimalnijem obimu, pri čemu moramo voditi računa da se ono sreće u različitim formulacijama.¹³ Treba istaći da praćenje istorijskog razvoja načela *in dubio pro reo* posebno otežava činjenica da zakoni o krivičnom postupku tek posljednjih decenija izričito formulišu ovo načelo. Primjena načela *in dubio pro reo* kroz istoriju mijenjala se uporedo sa razvojem krivičnog procesnog prava, kako velikih sistema krivičnog postupka, tako i od zakonodavnih rješenja pojedinih zemalja.

8 Krapac, D., *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 68.

9 Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 80.

10 *Ibid.*, str. 81-82.

11 „In cases of doubt, a jurist must err on the side of forgoing punishment (idra'u al-hudud bi al-shubuhah).“ Prema: Clemens, N., *The Changing Face of Religion and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009, str. 131.

12 Više o praksi Evropskog suda za ljudska prava: Dimitrievski, Z., Dragičević-Dičić, R., Gallo, G., Karnavas, M., Nikolovska, R., Kalajdziev, G., Pajić, D., *Doubt in favour of the defendant, guilty beyond reasonable doubt*, OSCE Mission to Skopje, 2016, str. 123-150.

13 Bayer, V., *op. cit.*, str. 37

Iako su pojedine krivičnopravne ideje, kao npr. *in dubio pro reo* ili *ne bis in idem* prisutne još u radovima grčkih filozofa (Aristotel) i rimskih mislilaca (Ulpijan, Paulus)¹⁴ sam izraz *in dubio pro reo* za oznaku ovog načela prvi put je upotrijebio njemački pravnik Christoph Karl Stübel 1811. godine u djelu "Das Criminalverfahren in deutschen Gerichten mit besonderer Berücksichtigung Sachsens". Također, pokušaj formulacije načela *in dubio pro reo* nalazimo u memoarima milanskog pravника Egidia Bossia (1487-1546) kao i u djelu Fridricha Spee Langenfelda iz 1631. godine.¹⁵ Nezavisno od problema tačnog vremena nastanka ovog načela, što i nije posebno bitno, uglavnom je prihvaćeno shvatanje da je misao koja izražava načelo *in dubio pro reo* daleko starija i da potiče još iz rimskog prava.

Smatra se da je načelo *in dubio pro reo* u suštini nastalo i razvilo se iz građanskog prava, na što ukazuju brojne odredbe rimskog prava kao što su npr.: *in dubio contra fiscum* (u nejasnim stvarima treba tumačiti na štetu fiska); *favorabiliores rei potius, quam actoris, habentur* (treba dati prednost tuženom prije nego tužiocu); *in re obacura melius est favere repetitioni quam adventito lucro* (u sumnjivim stvarima bolje je dati prednost povratu stvari nego izvlačenju koristi).¹⁶

2.1. *In dubio pro reo* u rimskom pravu

Rimsko pravo sadržavalo je niz odredbi koje jasno ukazuju na primjenu načela *in dubio pro reo*, mada naravno ne pod tim nazivom.¹⁷ Tako čak srećemo odredbe koje su veoma slične formulaciji *in dubio pro reo* (u sumnji, presudi u korist optuženog) kao što su: *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (u sumnji treba uvijek težiti blažem rješenju)¹⁸; *semper in obscuris, quod minimum est sequimur* (u nejasnim stvarima, opredjelimo se za najmanje).¹⁹ Pored toga, rimsko pravo sadržavalo je niz odredbi koje su ukazivale na opravdanost, odnosno razloge postojanja ovog načela. Tako srećemo odredbe koje ukazuju na

14 Tomić, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 55-56.

15 Levack, B., *The Witchcraft Sourcebook*, Routledge, London and New York, 2015, str. 163.

16 „Na zaključak da je načelo *in dubio pro reo* nastalo iz građanskog prava ukazuje posebno i razvoj značenja riječi *reus* u rimskom pravu. Naime, u početku je *reus* označavao pasivnog subjekta obligacije (dužnika), kasnije je njegovo značenje prošireno na procesno pravo pa je označavalo onoga ko je tužen, da bi na kraju označavalo svakog onog ko je izvršio nedozvoljenu radnju sa stanovišta krivičnog prava.“ Prema: Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 67.

17 U teoriji postoje i suprotna mišljenja, prema kojima se ističe: „Koliko je dugo istorijsko važenje načela *in dubio pro reo* još nije razjašnjeno. Nekada zastupljeno stanovište o njegovom važenju u rimskom krivičnom pravu i krivičnom postupku recepcije je, novijim radovima dovedeno u pitanje.“ Prema: Kern, E., und Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1976, str. 71.

18 (D, 50, 17, 56) Ova maksima je izvedena iz diskusije o nasljeđivanju, a odgovor jeste, ono rješenje koje je povoljnije za nasljednika. Prema: Sič, M., Trajne vrednosti rimskog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, br. 3-4/2006, str. 391.

19 (D, 50, 17, 9).

humanost kao razlog za postojanje ovog načela²⁰, odnosno odredbe koje ukazuju na pravednost kao razlog njegovog postojanje.²¹

Što se tiče mogućnosti primjene pravila *in dubio pro reo* u rimskom pravu u oblasti utvrđivanja činjenica, može se zaključiti da je postojala mogućnost za njegovu primjenu u ovoj oblasti. Na to ukazuje okolnost da je u rimskom pravu važilo načelo slobodnog sudijskog uvjerenja prilikom ocjene dokaza. U prethodnim izlaganjima smo vidjeli da se ovo pravilo primjenjuje tek ako sud i nakon ocjene dokaza po svom slobodnom uvjerenju ostane u sumnji da li je neka činjenica dokazana ili ne. Ukoliko bi zakon propisivao vrijednost pojedinih dokaza, sudija ne bi ni bio u prilici da ostane u sumnji prilikom ocjene dokaza, pa time ni da primjeni pravilo *in dubio pro reo*. Pravilo *in dubio pro reo* primjenjivano je u rimskom pravu i u oblasti tumačenja prava, pa time i u oblasti tumačenja krivičnog procesnog prava.²²

Konačno, u vezi sa primjenom pravila *in dubio pro reo* u oblasti presuđenja krivične stvari, treba istaći da se ono nije primjenjivalo. Razlog je bio u tome što je rimsko pravo poznavalo posebnu vrstu presude tzv. „nije jasno” (lat. *non liquet*) koja se donosila u slučaju kada je krivična stvar ostala nerješena, odnosno kada nije bilo dovoljno dokaza ni za osudu, ni za oslobođenje optuženog. Ovu presudu su mogli donijeti rimski kvestioni sudovi iz perioda republike (lat. *questiones perpetuae*).²³ Njena posljedica je bilo ponavljanje dokaznog postupka ili njegova dopuna uz mogućnost izvođenja novih dokaza, pri čemu je ova presuda mogla biti donijeta i nekoliko puta u istoj krivičnoj stvari. Ovakva presuda nije predstavljala primjenu pravila *in dubio pro reo* jer sudovi u situacijama kada je postojala sumnja nisu favorizirali optuženog, odnosno nisu donosili odluku koja je blaža za njega. Presudom *non liquet* samo se konstatuje da je krivična stvar ostala neriješena i da zbog toga dokazni postupak treba ponoviti, a time se ničim ne favorizira optuženi.

20 *In ambiguis rebus semper humaniorem sententiam sequi oportet* (u sumnji se uvijek treba držati humanijeg rješenja) (D, 50, 17, 86).

21 *In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius* (u slučaju sumnje, slijediti blaže tumačenje isto je tako pravedno koliko i sigurno) (D, 50, 17, 192); *Eligendum est quod minimum habeat iniquitatis* (ako treba ograničiti nečija prava, treba izabrati ono što je najmanje nepravilno) (Modestinus – D, 50, 17, 200); *Quotiens nihil sine captine investigari potest, eligendum est quam minimum habet iniquitatis* (kada se ne može ništa utvrditi sa sigurnošću, treba odabrati ono što nosi najmanje nepravde) (Javolenus – D, 50, 17, 20, 200). Prema: Bayer, V., *op. cit.*, str. 37.

22 „Na to izričito ukazuju neke odredbe rimskog prava, kao što su: *in poenalibus causis benignius interpretandum est* (u krivičnim stvarima treba tumačiti onako kako je povoljnije po optuženog) ili *interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae* (tumačenjem zakona treba nastojati da se kazne ublaže, a ne pooštre, odnosno nejasne propise treba tumačiti u korist optuženog.“ Prema: Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 68-69.

23 Zlatarić, B., Damaška, M., *Rečnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966, str. 188.

2.2. *In dubio pro reo* u inkvizitorskom krivičnom postupku

Osnovna karakteristika inkvizitorskog krivičnog postupka u pogledu utvrđivanja činjenica je postojanje zakonske ocjene dokaza, odnosno odsustvo primjene načela slobodne ocjene dokaza. Naime, smatralo se da se objektivnost sudije pri ocjeni dokaza može osigurati ako se postave pravna pravila kojih se sudija mora pridržavati uz ograničenu slobodu individualne ocjene.²⁴ To je u stvari značilo ograničenje primjene načela *in dubio pro reo* u okviru krivičnog postupka. Zakonska ocjena dokaza, koja se često naziva i formalna ocjena dokaza, ogleda se u tome da je zakonom unaprijed određeno koliko i kakvih dokaza mora postojati da bi se određena činjenica smatrala utvrđenom.²⁵ U teoriji krivičnog procesnog prava se zaključuje da je uvođenje zakonske ocjene dokaza, koja je trebala da spriječi osudu na osnovu beznačajnih i površno ocjenjenih dokaza i omogućiti kontrolu višeg suda, proizvelo niz teških i negativnih posljedica, jer koliko god da se zakonom određena vrijednost određenih dokaza zasnivala na iskustvu, ona je predstavljala pokušaj zakonskog regulisanja onoga što se zakonom ne može regulisati, tako da je sud sputan zakonskim pravilima, sabirao i oduzimao dokaze i izricao presudu prema nekoj vrsti matematičkog rezultata, nezavisno od toga šta sam misli o konkretnim dokazima.²⁶ U skladu sa sistemom zakonska ocjena dokaza, prema kojom je zakonodavac unaprijed i apstraktno određivao vrijednost pojedinih dokaza, propisano je koliko i kakvih dokaza je potrebno za osudu, što je za sud bilo obavezno. Iz ovakvih teškoća koje su sudu nametnute kroz obavezu da strogo poštuje zakonska dokazna pravila, proizašlo je i davanje prevashodnog značaja priznanju optuženog, koje postaje kraljica dokaza (lat. *regina probationem*), a tom priznanju se težilo po svaku cijenu, što je dovelo do rutinske upotrebe torture, koja čak postaje legitiman krivičnoprocesni institut u inkvizitorskom krivičnom postupku.

Sistem zakonske ocjene dokaza imao je i nekih drugih vrlo ozbiljnih i krajnje negativnih reperkusija u odnosu na položaj optuženog u inkvizitorskom krivičnom postupku. Sa dokazima mjeranim po apstraktnim kriterijima, određenim u zakonu, rezultat dokazivanja mogao je biti ne samo da je krivična stvar dokazana ili nedokazana, već i da je nepotpuno dokazana, tako da je optuženi čija krivica nije bila potpuno dokazana ipak snosio štetne posljedice, jer se nepotpuno dokazana krivica izjednačavala sa djelimičnom krivicom.²⁷ Naime, sud je mogao donijeti tri vrste presuda: osuđujuću, oslobađajuću i presudu kojom se optuženi „otpušta ispod

24 Bayer, V., *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja. Knjiga II. Povijesni razvoj kazneno procesnog prava*. Priredio Krapac, D., Zagreb, 1995, str. 95, 114. i sl; Škulić, M., *Krivično procesno pravo. Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 12.

25 Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 70.

26 Vasiljević, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 21.

27 *Ibid.*, str. 20.

suđenja” (lat. *absolutio ab instantia*).²⁸ Optužena osoba se „otpušta ispod suđenja” zbog nedostatka dokaza, ali se protiv nje postupak može uvijek nastaviti. Time se prvobitna odluka suda mogla u određenom roku procesno transformirati u svoju suprotnost, što je protivno interesu pravne sigurnosti i čime se bitno ugrožavaju prava optuženog. Posljedica ove presude bile su: policijski nadzor nad optuženim, njegova obaveza da snosi troškove krivičnog postupka, pružanje garancije od strane optuženog da neće napustiti prebivalište, a kao najznačajnije, mogućnost da se protiv optuženog u svakom trenutku ponovo pokrene krivični postupak, čim se pojave novi dokazi, što optuženi nije mogao da spriječi prigovorom presuđene stvari (lat. *rei iudicatae*). Presuda *absolutio ab instantia* predstavljala je negaciju načela *in dubio pro reo*, jer se ovom presudom samo konstatuje ono što je utvrđeno, odnosno da je optuženi ostao sumnjiv.

Treba napomenuti da iako je sistem zakonske ocjene dokaza u inkvizitorskom krivičnom postupku bilo pravilo, da su izuzetno u ovom postupku postojali i neki slučajevi primjene slobodnog sudijskog uvjerenja, odnosno slobodne ocjene dokaza prilikom utvrđivanja činjenica. To je onda značilo da je u tim slučajevima postojala i mogućnost primjene pravila *in dubio pro reo*.²⁹

2.3. *In dubio pro reo* u savremenom krivičnom postupku

Savremeni krivični postupci su uglavnom mješovitog tipa (akuzatorsko-inkvizitorski), što je posebno karakteristično za većinu krivičnih postupaka kontinentalne Evrope, pri čemu inkvizitorski elementi, uz niz strogih garancija za efikasno ostvarivanje funkcije odbrane u svakoj fazi postupka, pretežno dominiraju u istrazi, ali su u određenim formama prisutni i u kasnijim fazama krivičnog postupka, dok akuzatorski elementi u većoj mjeri postoje u fazi glavnog pretresa, odnosno tokom suđenja u užem smislu. Sam nastanak ovog tipa postupka u uskoj je vezi sa francuskom revolucijom (1789. godine)³⁰, a nastao je u cilju

28 Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 70.

29 „Tako je Kazneni red Pruske iz 1805. godine u paragrafu 358., kod političkih krivičnih djela, dozvoljavao svjedočenje i osobama koje su za to apsolutno nesposobne, pri čemu je njihov iskaz sud mogao da cijeni po slobodnom sudijskom uvjerenju, a time da u slučaju sumnje primjeni pravilo *in dubio pro reo*. Sljedeći izuzetak od zakonske ocjene dokaza bila je ustanova slanja spisa radi dobijanja savjeta koji je predviđala *Constitutio Criminalis Carolina* u članu 219. Ova ustanovila sastojala se u tome da je sud u slučaju kada ostane u sumnji kako da riješi neko činjenično ili pravno pitanje mogao da zatraži savjet od određenog kruga školovanih pravnika. Pravnik kome se sud obratio za savjet mogao je da spornu stvar riješi po svom slobodnom uvjerenju, pa je tako mogao, u slučaju da i sam ostane u sumnji, da eventualno primjeni pravilo *in dubio pro reo* donoseći savjet, odnosno rješenje koje je povoljnije za optuženog.“ Prema: Krapac, D., Utvrđivanje pravo relevantnih činjenica u krivičnom postupku neposrednim i posrednim dokazima: historijsko-pravni aspekt i neke heurističke napomene, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/1981, str. 31.

30 Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina (26. augusta 1789.) u članu 9. uvodi načelo presumpcije nevinosti, da bi nakon toga ovo načelo bilo preuzeto u gotovo sva savremena krivično procesna zakonodavstva Evrope. Prihvatanje načela presumpcije nevinosti za rezultat je imalo nestanak „*absolutio ab instantia*“, odnosno presude kojom se optuženi otpušta ispod suđenja.

objedinjavanja najkvalitetnijih formi iz akuzatorskog i inkvizitorskog krivičnog postupka. Ta kumulacija naročito je došla do izražaja u Napoleonovom Zakoniku o krivičnoj istrazi (*Code d'instruction criminelle*) iz 1808. godine, koji će poslužiti kao model drugim zakonima o krivičnom postupku, naročito u Evropi.³¹

Kao važno dostignuće savremenog krivičnog postupka u pogledu utvrđivanja činjenica je primjena načela slobodne ocjene dokaza. U skladu sa ovim načelom, sud ocjenjuje izvedene dokaze u skladu sa svojom logičkom i psihološkom analizom, pri čemu nije vezan za zakonska pravila koja bi *a priori* određivala vrijednost pojedinih dokaza. Zbog toga je i opšta karakteristika ovog postupka mogućnost suda da primjeni načelo *in dubio pro reo* kada ostane u sumnji u pogledu pitanja da li je neka činjenica dokazana ili ne. Pri tome, izuzeci od načela slobodne ocjene dokaza³², koji postoje u i u ovom sistemu krivičnog postupka, nisu takvog intenziteta da bi derogirali načelo slobodne ocjene dokaza i zaključak o mogućnosti primjene načela *in dubio pro reo* prilikom utvrđivanja činjenica. Pored toga, prihvatanjem načela presumpcije nevinosti u savremenom krivičnom postupku, sud će donijeti oslobađajuću presudu ne samo kada je dokazana nevinost optuženog, već i onda kada nije dokazana njegova krivnja. Dakle, svaka sumnja u postojanje neke pravno relevantne činjenice mora se odraziti u korist optuženog, što zapravo predstavlja primjenu načela *in dubio pro reo*. Zbog toga, činjenice koje su na štetu (*in peius*) optuženog moraju biti utvrđene sa sigurnošću, odnosno sud ne smije sumnjati u njihovo postojanje.

Bez obzira na činjenicu da je manji broj zakonodavstava koji izričito predviđa načelo *in dubio pro reo*, neosporno je da je misao koju ovo načelo izražava u savremenom krivičnom postupku opšte prihvaćena i poznata.³³ Nepredviđanje ovog pravila u okviru zakona o krivičnom postupku objašnjava se kako složenošću same materije, tako i činjenicom da je načelo *in dubio pro reo* zapravo nesamostalno pravno pravilo koje predstavlja logičku posljedicu načela materijalne istine. Opštoj prihvaćenosti ovog načela pogoduje i savremena tendencija humanizacije krivičnog zakonodavstva.

31 Više o ovom obliku krivičnog postupka u: Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 68-71.

32 Oni se sastoje u zabrani upotrebe nekih dokaza, kao i u obavezi da se neke činjenice moraju utvrditi pomoću određenih dokaza.

33 U njemačkom krivičnom postupku načelo *in dubio pro reo* danas je u širokoj primjeni. Načelo se primjenjuje u pogledu činjenica koje su bitni elementi krivičnog djela ili krivične odgovornosti, činjenica koje isključuju postojanje krivičnog djela ili krivične odgovornosti, činjenica koje krivično djelo čine privilegiranim ili kvalificiranim, činjenica koje su procesne pretpostavke. Slična situacija u odnosu na učestalost primjene ovog načela je i u Francuskoj. Italijanska teorija i praksa također poznaje ovo načelo, a primjena mu je, u manjem obimu, slična kao u njemačkom i francuskom krivičnom postupku. Prema: Pavlović, Š., *Tri načela kaznenog prava (pravičan postupak, non bis in idem, in dubio pro reo)*, Libertin naklada, 2012, str. 490.

3. Načelo *in dubio pro reo* u bosanskohercegovačkom krivičnom procesnom zakonodavstvu

Načelo *in dubio pro reo* dugo nije bilo striktno zakonskog karaktera, odnosno ono se do nedavno nije formulisalo na izričit način u domaćim zakonima o krivičnom postupku, ali to nikako ne znači da ovo načelo nije postojalo u našem krivičnom procesnom pravu. Danas, zakoni o krivičnom postupku u BiH³⁴ zakonski regulišu načelo *in dubio pro reo* i zajedno sa presumpcijom nevinosti svrstavaju ga u jedno od osnovnih načela na kojima se temelji domaći krivični postupak. Po zakonskoj sistematizaciji presumpcija nevinosti čini sadržaj člana 3. stav. 1. ZKP BiH, a neposredna posljedica presumpcije nevinosti je izričita zakonska odredba prema kojoj se sumnja u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog (čl. 3. st. 2. ZKP BiH).

Neku činjenicu sudija može na temelju ocjene dokaza smatrati utvrđenom tek kada se na glavnom pretresu uvjerio u njezino postojanje i kad u tom pogledu nema više dvojbi. Ako se i nakon savjesne ocjene dokaza „pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima” one ne daju otkloniti, prema izričitoj zakonskoj normi iz člana 3. stav 1. ZKP BiH „svako se smatra nevinim za krivično djelo dok se pravosnažnom presudom na utvrdi njegova krivnja”, primjenit će se načelo *in dubio pro reo* sadržano u članu 3. stav 2. ZKP BiH.

Rezultat primjene načela *in dubio pro reo* „sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog”, bit će izricanje presude „u korist optuženog”, što u slučaju dvojbe oko pravno relevantnih činjenica predviđenih materijalnim krivičnim pravom uključuje ne samo blažu kaznu, nego i oslobađajuću presudu u slučajevima u kojima glavni pretres nije mogao razjasniti dvojbu oko pitanja je li optuženi počinio krivično djelo iz optužbe. U ovom smislu je i odredba čl. 284. tač. c) ZKP BiH „ako nije dokazano da je optuženi učinio krivično djelo za koje se optužuje” što znači, ne samo u slučajevima u kojima uopšte ne bi bilo dokaza za optužbu nego i u takvim u kojima bi ih bilo, ali bi oni bili nedovoljni da sud iz njih, na osnovu ocjene na glavnom pretresu, izvuče zaključke o postojanju činjenica iznesenih u optužbi. U slučaju dvojbe oko pravno relevantnih činjenica propisanih krivičnim procesnim pravom, primjena načela *in dubio pro reo* dovest će do presude kojom se optužba odbija (čl. 283. ZKP BiH).

Da bi smo bolje razumjeli značenje odredbe iz člana 3. stav. 2. ZKP BiH neophodno je prethodno ukazati na značenje svih konstitutivnih elemenata koje čine obilježje načela *in dubio pro reo*. Stoga ćemo, u narednom dijelu rada,

34 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, 46706, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, 65/18) u daljem tekstu ZKP BiH.

izložiti značenje svih konstitutivnih elemenata koji čine obilježje ovog načela u bosanskohercegovačkom krivičnom procesnom pravu kroz prizmu uslova čije je ispunjenje neophodno za njegovu primjenu, kao i zakonske obaveze primjenjivanja ovog načela u slučaju ispunjenja neophodnih uslova. S obzirom da je neophodan uslov za primjenu načela *in dubio pro reo* postojanje sumnje u pogledu činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili od kojih zavisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, to je najprije neophodno ukazati na to šta se podrazumjeva pod sumnjom, kao i koje su to činjenice koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva.

U teoriji je sporno pitanje koji stepen sumnje je potreban za primjenu načela *in dubio pro reo*. U starijoj literaturi o ovom pitanju razvilo se više različitih stavova. Prema jednom shvatanju, sud primjenjuje načelo *in dubio pro reo* ukoliko se nalazi u sumnji koja proizilazi iz rezultata postupka. Pri tome se ne određuje stepen ove sumnje, pa proizilazi da ona može biti bilo kojeg stepena. Tako, prema Grubiši, sve ono što po intenzitetu vjerovatnosti stoji niže od izvjesnosti, praktično nije moguće dalje stepenovati; postoji ili uvjerenja ili sumnja, trećeg nema.³⁵ Nedostatak ovog shvatanja je u tome što nije bliže određeno kada iz postupka može proizaći da postoji sumnja i što se ne zna kakav je njen odnos prema zakonskoj gradaciji sumnje. Po drugom mišljenju, da bi sud primjenio ovo načelo, mora da postoji najmanje osnovana sumnja.³⁶ Prema mišljenju većine, to znači da su razumni argumenti za postojanje neke činjenice podjednaki argumentima protiv njenog postojanja.

Glavna primjedba svim navedenim shvatanjima jeste ta da sva pokušavaju da odrede stepen sumnje potreban za primjenu načela *in dubio pro reo*, ne praveći pri tome razliku između činjenica koje idu na štetu optuženog i onih koje idu u njegovu korist. Pravilan pristup rješavanju ove problematike zahtjeva zapravo rješavanje pitanja: da li stepen sumnje u postojanje činjenica koje idu na štetu optuženog treba da je jednak stepenu sumnje u mogućnost postojanja činjenica koje idu u njegovu korist, ili bi taj stepen sumnje, da bi došlo do primjene načela *in dubio pro reo*, mogao kod činjenica koje idu na štetu optuženog biti slabijeg intenziteta, a da bi kod činjenica koje mu idu u korist mogao biti većeg intenziteta? Drugim riječima, da li je potrebno, da bi se uzelo da postoje činjenice koje idu u korist optuženog, da su vjerovatne, ili je za to potrebno da se pojavi i sama sumnja u mogućnost njihovog postojanja, kao što se to uzima za činjenice koje idu na štetu optuženog?

Danas je dominantno shvatanje da se načelo *in dubio pro reo* odnosi kako na činjenice koje idu u korist, tako i na činjenice koje idu na štetu optuženog.³⁷ Međutim, ima autora koji ukazuju da se ovo načelo ne odnosi na činjenice koje idu na štetu optuženog, budući da do istog rezultata dovodi primjena opšteg pravila o dokazivanju prema kojem sve činjenice važne za presudu moraju biti

35 Grubiša, M., Princip *in dubio pro reo* u praksi, *JRKK*, 1966/3, str. 330.

36 Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 28.

37 Vidi: Grubač, M., *op. cit.*, str. 256.

potpuno utvrđene.³⁸ Smatramo ispravnim shvatanje da načelo *in dubio pro reo* sadrži zapravo dva pravila: prvo pravilo se odnosi na činjenice koje idu na štetu optuženog i koje moraju biti utvrđene sa potpunom sigurnošću, jer ako postoji sumnja u odnosu na te činjenice, one se ne mogu uzeti kao utvrđene, tj. smatraju se neutvrđenim; drugo pravilo se veže uz činjenice koje idu u korist optuženog i te se činjenice uzimaju za utvrđene čak i onda ako su samo vjerovatne, tj. ako se sumnja u njihovo postojanje, pa čak i onda ako je postojanje činjenica na štetu optuženog vjerovatnije.³⁹ Dakle, može se zaključiti da je opšte pravilo da sud, prilikom odlučivanja o *meritumu* krivičnog postupka, mora potpuno utvrditi sve činjenice važne za presudu, a u slučaju sumnje da li postoji neka činjenica na štetu optuženog sud mora uzeti da ona ne postoji, odnosno ako je to činjenica u korist optuženog mora uzeti da ona postoji.⁴⁰ Iz prethodnog proizilazi da se, činjenica na štetu optuženog, u skladu sa izloženim pravilom, može uzeti utvrđenom samo onda ako je utvrđena izvjesno, ako je njeno postojanje izvan svake razumne sumnje (dokazni standard *proof beyond a reasonable doubt* u sistemima *common law*, za razliku od drugog nižeg standarda *probable cause* u istim sistemima, koji izražava razumnu sumnju kao osnovu za postupanje koja ima sličnu funkciju kao osnovana sumnja).⁴¹

Druga dilema koja se javlja po pitanju primjene načela *in dubio pro reo* jeste u kojim situacijama, odnosno kada postoji sumnja po pitanju činjenica koje čine obilježje krivičnog djela, ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva. Smatramo da su moguće tri situacije: (a) onda kada su sumnjive odlučujuće činjenice, (b) kada se sumnja da postoje činjenice koje proturječe odlučujućim činjenicama i (c) kada postoji sumnja koja upućuje na postojanje nečega trećeg. U svim ovim situacijama, dosljednom primjenom rješenja predviđenog u članu 3. stav 2. ZKP BiH, ova sumnja se u procesnom smislu rješava donošenjem presude i to, prema materijalnom pravnom kriteriju, u korist optuženog.

Nadalje, sumnja je određena predmetno, tj. mora se odnositi na činjenice. Postavlja se pitanje o kojim je to činjenicama riječ. Prema članu 3. stav. 2. ZKP BiH riječ je o dvije skupine činjenica, one koje tvore obilježja krivičnih djela i one o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva. Iz takvog sadržaja teksta pomenute odredbe zaključujemo da se radi o sumnji u odnosu na svaku činjenicu o kojoj ovisi primjena krivičnog zakona. S obzirom da se krivični zakon primjenjuje samo na pravno relevantne činjenice, zakonodavac je na taj

38 Vasiljević, T, *op. cit.*, str. 315.

39 „Ovo načelo znači da se postojanje jedne takve činjenice, koja je za optuženog povoljnija, utvrđuje već i onda, kada je vjerovatnoća njenog postojanja samo osnovana, pa dakle takva činjenica ne mora biti izvjesna, za razliku od odlučne činjenice koja ide na teret optuženog, koja mora biti utvrđena do takve izvjesne mjere da čak ne postoji ni mogućnost postojanja neke druge činjenice koja bi ovu prethodnu isključila.“ (VSRH, presuda br. I Kž-406/1998-3 od 2. oktobra 2002. godine).

40 Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 334.

41 Pavišić, B., *Komentar zakona o kaznenom postupku. Drugo izdanje*, Dušević& Krešovnik, Rijeka, 2013, str. 68.

način obuhvatio sve činjenice o kojima ovisi primjena materijalnog i formalnog krivičnog prava. Načelo se jednostavnije može izraziti zahtjevom da svaka sumnja o pravno relevantnim činjenicama treba odraziti u korist optuženog, a odnosi se na skupine i na pojedine činjenice pod uslovom da se na njih primjenjuju odredbe krivičnog zakona. Radi se o bilo kojem krivičnom zakonu, a ne samo materijalnom krivičnom zakonu.⁴²

Na ovom mjestu bitno je ukazati na to da zakoni o krivičnom postupku u BiH u svom tekstu ne pominju izraz „pravno relevantne činjenice“ iako je ovaj termin udomaćen u pravnoj teoriji. Za razliku od većine teoretičara koji govore o pravno relevantnim činjenicama i pravno relevantnom činjeničnom stanju, Grubiša se zalagao za korištenje zakonskog termina „odlučne činjenice“, ističući da i indicije mogu biti pravno relevantne, jer i njima pravo pridaje neku važnost kao sredstvu za dokazivanje odlučnih činjenica.⁴³ Ovaj argument je osnovan, posebno imajući u vidu da se ponekad pod pravno relevantnim činjenicama smatraju sve činjenice koje sud utvrđuje u postupku, nevezano od toga da li se one utvrđuju u cilju donošenja odluke ili pak u cilju utvrđivanja onih činjenica koje su neophodne za donošenje odluke. Prema tom tumačenju pojam pravno relevantnih činjenica bio bi širi pojam od odlučnih činjenica, jer bi pored njih obuhvatao i indicije kao i pomoćne ili kontrolne činjenice.

Pravno relevantne činjenice dijele se na materijalno pravno relevantne činjenice (jer od njih zavisi primjena odredaba opšteg /npr. način izvršenja krivičnog djela, krajnja nužda, podstrekavanje, umišljaj, nehat, sticaj krivičnih djela/ i posebnog/ misli se na zakonski opis krivičnog djela, npr. krađu čini onaj ko tuđu pokretninu oduzme sa ciljem da njenim prisvajanjem pribavi sebi ili drugome protivpravnu imovinsku korist/ dijela krivičnog zakona) i procesno pravno relevantne činjenice (to su one od kojih zavisi primjena procesnog krivičnog zakona, npr. prije donošenja naredbe o provođenju istrage tužilac utvrđuje činjenice koje ukazuju na postojanje osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, a sudija za prethodni postupak, u toku istrage, mora prije određivanja pritvora utvrditi postojanje osnovane sumnje da je određena osoba izvršila krivično djelo kao i činjenice koje se odnose na postojanje jednog ili više zakonom taksativno navedenih osnova za pritvor).⁴⁴ Sve pravno relevantne činjenice koje idu na štetu optuženog, bez obzira pripadaju li prvoj ili drugoj grupi, moraju biti utvrđene s izvjesnošću, potpunom sigurnošću. S druge strane, pravno relevantne činjenice koje idu u korist optuženog uzimaju se da postoje već onda ako su samo vjerovatne, ako postoji sumnja o njihovom postojanju, bez obzira na to što je postojanje činjenica, koje idu na štetu optuženog, čak i vjerovatnije.

Načelo *in dubio pro reo* ne vrijedi u odnosu na pomoćne činjenice i indicije.

42 Pavišić, B., *op. cit.*, str. 67.

43 Grubiša, M., Činjenično stanje u krivičnom postupku. *Drugo izdanje*, Informator, Zagreb, 1980, str. 4-5.

44 Tako, Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 335-336; Tomašević, G., *op. cit.*, str. 276; Pavišić, B., *op. cit.*, str. 67; Grubač, M., *op. cit.*, str. 238.

Pomoćne činjenice u krivičnom postupku omogućavaju provjeru vjerodostojnosti izvora saznanja o pravno relevantnoj činjenici. S obzirom na njihovu funkciju, pomoćnim činjenicama se samo provjeravaju druge činjenice (npr. pomoćnu činjenicu predstavlja okolnost da je pismo u kojem osumnjičeni navodno priznaje izvršenje krivičnog djela krivotvorila treća osoba, dakle, činjenica je li pismo istinito ili krivotvoreno je „pomoćna činjenica” jer se njome utvrđuje vjerodostojnost izvora saznanja o pravno relevantnoj činjenici).⁴⁵ Dakle, pomoćnim činjenicama treba uvijek razjasniti suprotno (da ili ne) kao pozitivnu ili negativnu činjenicu, trećeg rješenja nema. S druge strane, indicije su pravno irelevantne činjenice od kojih ne zavisi primjena pravnih normi tako da su i one izvan područja primjene načela *in dubio pro reo*. Izuzetak predstavljaju situacije kada sud utvrđenu indiciju koristi kao dokaz za zaključak o pravno relevantnoj činjenici. To se pravilo ovdje izražava ili tako što nema dovoljnog broja indicija (nedostatak indicija)⁴⁶, ili što dokazna snaga indicija ne omogućuje zaključak koji bi bio pouzdan (nepouzdanost indicija)⁴⁷. Drugim riječima, kod odlučivanja o postojanju ili nepostojanju pravno relevantnih činjenica uvijek vrijedi načelo *in dubio pro reo*, i onda kada tu činjenicu sud utvrđuje na osnovu neposrednih dokaza i onda kada je utvrđuje na osnovu posrednih dokaza, tj. indicija.

Načelo *in dubio pro reo* vrijedi za utvrđivanje postojanja činjenica koje su odlučujuće za odmjeraivanje kazne. Međutim, ovo načelo ne vrijedi prilikom ocjenjivanja već utvrđenih činjenica u postupku odmjeraivanja kazne. Utvrđene činjenice sud ocjenjuje prema načelu slobodne ocjene dokaza.

Za tumačenje odredbe krivičnog zakonodavstva, njenu primjenu na utvrđenu činjenicu, načelo *in dubio pro reo* ne vrijedi. To je pitanje ostvarivanja smisla zakona. Nakon što je utvrdio činjenicu, sud mora odabrati rješenje za primjenu prava koje najviše odgovara smislu zakona, bez obzira je li rješenje povoljnije za optuženog.⁴⁸ Zapravo, tu se i ne radio sumnji u pravom smislu, nego o pravilnosti primjene odredbe krivičnog zakonodavstva.

45 Tomašević, *op. cit.*, p. 277-278.

46 „Međutim, svi navodi tužioca ne dovode u sumnju pravilnost zaključka prvostepenog suda da nije dokazano da je optuženi počinio krivično djelo kojim se tereti, jer da provedeni dokazi i dalje ostavljaju dvojbu u pogledu mogućnosti da je neko drugi, a ne optuženi, nađeni kokain držao u oluku kuće..Naime, tvrdnje tužioca iz žalbe predstavljaju indicije, koje zaista upućuju na optuženog kao najsumnjiviju osobu, ali još uvijek ne i jedinu koja je mogla ostaviti drogu u oluk te kuće. Stoga, budući da te indicije zajedno sa ostalim provedenim dokazima i dalje ostavljaju mogućnost da je neka druga osoba držala oduzeti kokain u oluku kuće, a što je sve prvostepeni sud i cijenio, zaista je primjenom načela *in dubio pro reo* trebalo optuženog osloboditi optužbe.“ (VSRH, presuda br. I Kž-38/99-3 od 23. novembra 2000. godine).

47 „Prema tome, zaključno treba reći, da se, s obzirom na izostanak potrebnih dokaza koji bi nedvojbeno upućivali na sudjelovanje optuženih u ovom, inače krajnje gnusnom krivičnom djelu, rezultati provedenog postupka u stvari svode se na postojanje određenih indicija koje međutim, nisu potrebne kvalitete da bi mogle biti čvrstom podlogom za donošenje osuđujuće presude protiv optuženih, slijedom čega je primjenom načela *in dubio pro reo* optužene trebalo osloboditi od optužbe za krivično djelo koje im se stavlja na teret, onako kako je to učinio i prvostepeni sud.“ (VSRH, I Kž-479/97 od 1. juna 2000. godine).

48 Pavišić, B., *op. cit.*, str. 68-69.

U vezi sa sporednim predmetima o kojima se raspravlja u okviru krivičnog postupka, načelo *in dubio pro reo* se odnosi na prethodna pitanja, jer sud može odlučiti o tom pitanju po odredbama koje važe za dokazivanje u krivičnom postupku, ali ne i na imovinskopравни zahtjev, jer se o njemu raspravlja u adhezionom postupku tj. zahtjev za njegovo ostvarivanje i odluka po njemu zadržavaju karakter građanskopravnog zahtjeva, bez obzira što zahtjev potiče iz krivičnog djela, što se postavlja pred krivičnim sudom i što krivični sud donosi odluku.⁴⁹

3.1. Različita stajališta o porijeklu i pravnoj prirodi načela *in dubio pro reo*

U pogledu porijekla i pravne prirode načela *in dubio pro reo* u teoriji postoji više različitih stajališta. U starijoj literaturi, pojedini autori ga smatraju pravilom krivičnog postupka⁵⁰, drugi posljedicom presumpcije nevinosti optuženog koja proizilazi iz odredaba ZKP⁵¹, dok treći smatraju da je ustanova *in dubio pro reo* posebno pravno načelo krivičnog postupka.⁵² Nadalje, u teoriji postoji shvatanje da načelo *in dubio pro reo* proizilazi iz smisla krivičnog postupka. Smisao (*ratio*) se svodi na zahtjev da se činjenice u krivičnom postupku moraju utvrđivati istinito, pa bi načelo *in dubio pro reo* bila logična posljedica načela istine.⁵³ Također, neki autori načelo *in dubio pro reo* temelje na načelu humanosti. Obrazlažu to posebno činjenicom postojanja situacija primjene načela *in dubio pro reo* u kojima ne dolazi do primjene presumpcije nevinosti, npr. kod utvrđivanja činjenica koje se odnose na privilegovano ili kvalifikovano krivično djelo. Postoje i doktrinarni pristupi o načelu *in dubio pro reo* kao *favor defensionis*. Preusko je shvatanje prema kojem se načelo *in dubio pro reo* temelji na oslobađajućoj presudi (“...*nije dokazano da je optuženi izvršio djelo za koje se optužuje.*”). Oslobađajuća presuda se donosi i u drugim slučajevima. Takvom presudom se optuženi ne favorizira, već se u njoj ustanovljuje da sud nije imao dovoljno dokaza za osudu.⁵⁴

49 Sijerčić-Čolić, H., i ostali, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Vijeće Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005, str. 50.

50 Damaška, M., Značaj pravila *in dubio pro reo* u pozitivnom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/1958.

51 Bayer, V., Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslovenskom krivičnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4/1960, str. 192 „to pravilo nema samostalan karakter, nego je samo posljedica presumpcije okrivljenove nevinosti“. Međutim, ovo shvatanje Bayer kasnije mijenja navodeći da se pravilo *in dubio pro reo* zasniva jednim dijelom na presumpciji nevinosti, a drugim dijelom prema običajnom pravu. Vidi: Bayer, V., *Jugoslovensko...*, *op. cit.*, str. 44.

52 Grubiša, M., Postupanje protivno principu *in dubio pro reo* kao povreda formalnog prava, *Naša zakonitost*, br. 1-2/1963, Zagreb, str. 43.

53 Pavlović, Š., *op. cit.*, str. 498.

54 Detaljnije o navedenim teoretskim pristupima i zakonodavnim rješenjima: Bayer, V., *op. cit.*, str. 35-46, Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 31-51, Grubiša, M., Činjenično stanje u krivičnom postupku. Drugo izdanje, Zagreb, 1980, str. 58-75.

Veći dio ovih teoretskih stajališta o pravnoj prirodi i porijeklu načela *in dubio pro reo* u međuvremenu je prevaziđen, tako da ćemo se u nastavku rada detaljnije zadržati samo na stajalištu da je načelo *in dubio pro reo* posljedica presumpcije nevinosti, odnosno da je riječ o *favor defensionis* (pogodnosti odbrane).

3.1.1. *In dubio pro reo* kao posljedica presumpcije nevinosti

Svi vodeći nacionalni pravni sistemi proklamiraju pravilo da se osumnjičeni, odnosno optuženi pretpostavljeno smatra nevinim, dok se ne dokaže njegova krivica, a u opštem smislu, presumpcija nevinosti posebno obuhvata: (a) lice koje je optuženo za krivično djelo mora unutar krivičnog postupka, kao i izvan njega, da bude tretirano kao nevino, dok se njegova krivica ne dokaže; (b) teret dokazivanja da je optuženi kriv za krivično djelo koje je predmet optužbe je na tužiocu, a optuženi ne mora da dokazuje svoju nevinost; (c) da bi optuženi bio proglašen krivim za krivično djelo koje je predmet optužbe, sud mora biti ubijeđen u njegovu krivicu prema odgovarajućim dokaznim standardima, koji se u državama kontinentalno-evropskog prava uobičajno označavaju kao „unutrašnje uvjerenje sudije” (eng. *the judge's innermost conviction*), dok se u zemljama anglosaksonskog prava, ovdje radi o pravilu da je krivica optuženog ustanovljena van razumne sumnje (eng. *finding the accused guilty beyond a reasonable doubt*).⁵⁵

Shvatanje da se načelo *in dubio pro reo* zasniva na presumpciji nevinosti prilično je rasprostranjeno u teoriji krivičnog procesnog prava. Prema ovim shvatanjima presumpcija nevinosti svoj odraz u realnosti krivičnoprocesnih odnosa ostvaruje, između ostalog, upravo kroz pravilo da sud u slučaju sumnje mora ići u korist optužene osobe. S druge strane, neposredna posljedica presumpcije nevinosti jeste i izričita zakonska odredba prema kojoj se sumnja u pogledu postojanja činjenica koja čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog (čl. 3. st. 2. ZKP BiH).

Međutim, ovakvo shvatanje po kome se načelo *in dubio pro reo* zasniva na presumpciji nevinosti ne može da objasni sve slučajeve primjene ovog načela u krivičnom postupku. Tako se pretpostavkom nevinosti ne može objasniti primjena načela *in dubio pro reo* kod onih grupa činjenica u krivičnom postupku koje se utvrđuju prije i nezavisno od pitanja postojanja krivičnog djela i krivične odgovornosti, dakle nezavisno od pitanja nevinosti optuženog. To su činjenice od kojih zavisi mogućnost vođenja krivičnog postupka, a u koje spadaju procesne pretpostavke, odnosno činjenice koje moraju postojati da bi se mogao voditi krivični postupak, kao i procesne smetnje, odnosno činjenice koje ne smiju postojati da bi se mogao voditi krivični postupak. Pored toga, pretpostavka nevinosti ne može da objasni primjenu načela *in dubio pro reo* ni kod onih činjenica u krivičnom postupku koje se utvrđuju nakon i tek pošto je utvrđeno postojanje krivičnog djela i krivnje, dakle u slučajevima kada se više ne može postaviti pitanje nevinosti

⁵⁵ Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, London, 2003, str. 390.

optuženog. To bi bile činjenice od kojih zavisi visina kazne kao što su činjenice koje kvalifikuju krivično djelo, koje utiču na odmjeravanje teže kazne, koje privilegiraju krivično djelo, ili koje utiču na povoljniju odluku o kazni.

U vezi sa prethodnim, nije prihvatljivo stajalište da je načelo *in dubio pro reo* isključivo odraz, odnosno logička posljedica presumpcije nevinosti. Takvo bi se stajalište moglo prihvatiti, ali samo kada bi se načelo primjenjivalo jedino kod donošenja oslobađajuće presude. Kada se činjenice koje se tiču postojanja krivično djela i krivnje ne mogu utvrditi sa izvješnošću, optuženi se mora osloboditi jer se sve vrijeme pretpostavlja da je nevin. S druge strane, na taj način se ne može opravdati primjene ovog načela u slučajevima koji se ne završavaju oslobađajućom presudom. Prethodno smo vidjeli da se načelo primjenjuje i u slučaju osuđujuće presude, kada npr. postoji sumnja u pogledu postojanja činjenica od kojih zavisi samo visina kazne ili kvalifikacija djela. Tada se osnov za primjenu načela *in dubio pro reo* ne može tražiti u presumpciji nevinosti, jer osuđujuća presuda tu presumpciju negira.

Zaključno, možemo konstatovati da presumpcija nevinosti i načelo *in dubio pro reo* čine jedinstvo samo u slučaju dvojbe oko postojanja pravno relevantnih činjenica krivnje, dok načelo *in dubio pro reo* ima znatno šire djelovanje i odnosi se na postojanje drugih bitnih činjenica o kojima ovisi, npr. pravna kvalifikacija krivičnog djela, izricanje kazne, je li u trenutku učinjenja krivičnog djela optuženi bio maloljetan, je li nastupila zastara itd.

3.1.2. *In dubio pro reo* kao *favor defensionis*

Sljedeće pitanje koje se postavlja u vezi sa prirodom i karakterom načela *in dubio pro reo*, je da se utvrdi da li je prihvatljivo shvatanje jednog broja procesualista da ono spada u pogodnosti optuženog. Prema njihovim stajalištima, načelo *in dubio pro reo*, kao i svaka druga ustanova *favor defensionis*, zasniva se na principu ravno-pravnosti procesnih stranaka i težnji zakonodavca i suda da sprovodeći taj princip otklone od optuženog svaku štetnu posljedicu za čije nastupanje nisu utvrđeni uslovi sa potpunom izvjesnošću.⁵⁶ Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, potrebno je prvo odrediti opšti pojam pogodnosti optuženog, odnosno utvrditi da li se načelo *in dubio pro reo* može podvesti pod taj pojam.

U savremenom krivičnom postupku teži se izjednačavanju procesnog položaja stranaka. S obzirom na to da tužilac ima niz faktičkih prednosti u odnosu na optuženog, u krivičnim postupcima uspostavljen je jedan dio pogodnosti u korist optuženog i njegove odbrane, upravo da bi se popravila njegova pozicija u krivičnom postupku. Bez obzira ne velike razlike koje postoje u teoriji oko toga šta sve spada u pogodnosti optuženog, može se reći da postoji slaganje u tome da pod pogodnostima optuženog treba podrazumjevati “skup propisa i pravila krivičnog procesnog prava koji optuženom daju određenu prednost u odnosu na tužioca”.

56 Vidi: Grubač, M. *op. cit.*, str. 258-259; Pavišić, B., *op. cit.*, str. 66.

Skup tih pogodnosti naziva se *favor defensionis* (prednost odbrane).⁵⁷ Ove uslove, po našem mišljenju, načelo *in dubio pro reo* u potpunosti ispunjava. Prvo, ono daje prednost optuženom nad tužiocem u situacijama sumnje, jer obavezuje sud da u slučaju sumnje presudi u korist optuženog. Drugo, ono je izričito predviđeno u zakonu kao što je to slučaj sa ostalim pogodnostima optuženog.

3.2. Odnos između načela *in dubio pro reo* i načela slobodne ocjene dokaza

Prema odredbi člana 15. ZKP BiH pravo suda, tužioca i drugih organa koji učestvuju u krivičnom postupku da ocjenjuju postojanje ili nepostojanje činjenica je slobodno, odnosno nije vezano ni ograničeno posebnim formalnim dokaznim pravilima. Prihvatajući teoriju slobodne ocjene dokaza, zakon ju je proširio i na druge organe koji učestvuju u krivičnom postupku. Dakle, načelo slobodne ocjene dokaza vrijedi ne samo za donošenje presude kao najvažnije sudske odluke, nego i svake druge odluke koju donese organ krivičnog postupka.⁵⁸ Svoje slobodno uvjerenje o vrijednosti izvedenih dokaza sud formira na osnovu logičke analize i psihološke ocjene dokaznog materijala, nevezan nikakvim zakonskim pravilima o ocjeni dokaza, jedino sa obavezom da o toj ocjeni „položi račun” u obrazloženju svoje odluke.⁵⁹

Kada se govori o odnosu načela slobodne ocjene dokaza i načela *in dubio pro reo*, postavlja se pitanje da li je ovo načelo u suprotnosti sa načelom slobodne ocjene dokaza. O tome u teoriji postoje dva različita shvatanja. Prema prvom shvatanju, koje je uglavnom zastupljeno u starijoj literaturi, načelo *in dubio pro reo* predstavlja formalno dokazno pravilo koje ograničava slobodnu ocjenu dokaza, zbog toga što daje uputstvo sudu kako da riješi situaciju sumnje u kojoj se može naći prilikom utvrđivanja činjenica.⁶⁰ Ovakvo shvatanje nije prihvatljivo jer gubi iz vida da se načelo *in dubio pro reo* primjenjuje tek nakon što je sud završio ocjenu dokaza po svom slobodnom uvjerenju i tom prilikom nije utvrdio sa sigurnošću ni postojanje, ni nepostojanje neke činjenice, već je ostao u sumnji.

57 U domaćem, bosanskohercegovačkom krivičnom procesnom pravu, u pogodnosti odbrane ubrajaju se: zabrana *reformatio in peius* (čl. 307. ZKP BiH) ili načelo zabrane preinačenja presude na štetu optuženog ako se ispune zakonom propisani uslovi; *beneficium cohaesionis* (čl. 309. ZKP BiH) ustanova koja predviđa da pozitivni efekti žalbe za jednog od optuženih budu prošireni i na one saoptužene koji nisu izjavili žalbu ili je nisu izjavili u pravcu u kojem je već izjavljena žalba sa kojom se uspjelo; prošireno djelovanje žalbe (čl. 308. ZKP BiH) prema kojem žalba zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog stanja ili zbog povrede krivičnog zakona podnesena u korist optuženog sadrži u sebi i žalbu zbog odluke o krivičnopravnoj sankciji i o oduzimanju imovinske koristi.

58 Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 120.

59 Simović, M., *Krivično procesno pravo. Uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2005, str. 273.

60 „Ako se pravilo *in dubio pro reo* smatra metodom za ocjenu dokaza, odnosno uputstvom sudu da se svaka sumnja u pogledu postojanja činjenica treba da odrazi u korist optuženog, onda je ovo pravilo u suprotnosti sa principom ocjene dokaza po slobodnom sudijskom uvjerenju.“ Prema: Zlatarić, B., *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 1977, str. 89.

Načelo *in dubio pro reo* koje nalaže sudu da u takvoj situaciji presudi u korist optuženog, stoga nije pravilo za ocjenu dokaza, već način za rješavanje sumnje u krivičnom postupku koji se primjenjuje tek kada je ocjena dokaza već završena. U skladu sa prethodnom kritikom, priklanjamo se shvatanju većine autora koji smatraju da načelo *in dubio pro reo* nije u suprotnosti sa načelom slobodne ocjene dokaza.

Načelo *in dubio pro reo* je usko povezano sa načelom slobodne ocjene dokaza, odnosno praktično funkcionalno proizilazi iz njega.⁶¹ Kada se sud uvjeri u postojanje ili nepostojanje određenih činjenica, a na temelju slobodne ocjene dokaza, on to svoje uvjerenje izražava kroz donošenje odluke kojom se rješava krivična stvar. Međutim, moguće je da sud i nakon izvođenja svih dokaza, ostane samo u sumnji, odnosno ne uspije da stekne uvjerenje u postojanje ili nepostojanje određenih činjenica. Tada je pravilo da te činjenice u pogledu kojih je sud ostao u sumnji, treba tumačiti u korist optuženog, što se zasniva prije svega na elementarnoj pravičnosti, jer bi suprotno tumačenje bilo očigledno nepravilno, što znači da je načelo *in dubio pro reo* u izvjesnoj mjeri i segment načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, kao osnovnog načela savremene krivične procedure u demokratskim pravnim sistemima.

3.3. Odnos između načela *in dubio pro reo* i načela materijalne istine

Cilj svakog krivičnog postupka je da utvrdi istinu u pogledu pitanja da li je optuženi izvršio krivično djelo za koje se optužuje, kao i da li postoje svi uslovi koje krivično i krivično procesno pravo traže da bi se prema njemu mogao voditi krivični postupak i mogla primijeniti krivična sankcija. Pri tome se postavlja pitanje da li je načelo *in dubio pro reo* smetnja ili ograničenje za utvrđivanje istine u krivičnom postupku, kao što je slučaj sa jednim brojem procesnih odredbi koje predstavljaju odstupanja od načela utvrđivanja materijalne istine (npr. zabranom *reformatio in peius*, zabranom ponovnog suđenja u istoj stvari, pravila o isključenju i oslobođenju od dužnosti svjedočenja i dr.). Da bi odgovorili na ovo pitanje potrebno je prvo odrediti pojam materijalne istine, odnosno način na koji je ona postavljena u bosanskohercegovačkom krivičnom procesnom zakonodavstvu.

Pod pojmom „materijalne istine” želi se naglasiti da sud do istine treba doći slobodnom ocjenom dokaza, a ne pomoću ocjene koja je unaprijed određena formalnim (ili zakonskim) pravilima. Zbog toga se nazivom materijalna istina (kao suprotnost formalnoj istini ili takvom utvrđivanju činjenica koje je zasnovano na zakonskim propisima o snazi pojedinih dokaza) označava utvrđivanje činjenica do kojeg sudija dolazi slobodno, nesputan dokaznim pravilima. Dakle, „načelo materijalne istine u krivičnom postupku” prihvatamo i koristimo u smislu da krivično procesno pravo odbacuje one forme postupanja koje bi mogle onemogućiti ili dovesti u pitanje utvrđivanje istine o krivičnom djelu, te da taj

⁶¹ Škulić, M., *op. cit.*, str. 68.

zadatak odbacivanja pripada zakonodavcu u smislu izbjegavanja propisivanja onih formi postupanja koje bi mogle otežati utvrđivanje istine u krivičnom postupku.⁶²

Zakoni o krivičnom postupku u BiH napustili su zakonsku odredbu prema kojoj su “*sud i drugi državni organi dužni istinito i potpuno utvrditi činjenice koje su važne za donošenje zakonite odluke*”, kako je to bilo određeno u zakonodavstvu nekadašnje SFRJ. Umjesto pomenute zakonske odredbe, zadržana je odredba prema kojoj su “*sud, tužilac i drugi organi koji učestvuju u postupku dužni da s jednakom pažnjom ispituju i utvrđuju kako činjenice koje terete osumnjičenog, odnosno optuženog, tako i one koje mu idu u korist*” (čl. 14. ZKP BiH). Imajući u vidu koncept načela istine može se zaključiti da je cilj navedenog zakonskog rješenja svestrano pretresanje krivičnog predmeta, utvrđivanje činjenica *in peius* i *in favorem* osumnjičenog, odnosno optuženog, utvrđivanje istine i favoriziranje pravednog i poštenog odvijanja krivičnog postupka, a što je u skladu s ciljem krivičnog postupka: da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje određuje materijalno krivično pravo i u zakonom sprovedenom postupku.⁶³

U skladu sa prethodnim, smatramo da načelo *in dubio pro reo* nije smetnja, odnosno ograničenje za utvrđivanje materijalne istine u okviru krivičnog postupka. To se može opravdati sljedećim razlozima. Sud je iskoristio sva zakonska raspoloživa sredstva i postupao u skladu sa načelom slobodne ocjene dokaza, ali i pored toga nije utvrdio postojanje ili nepostojanje neke činjenice, već je ostao u sumnji. Pošto naše pravo ne dozvoljava da sud donese odluku kojom bi konstatovao da je ostao u sumnji, već traži kategoričan odgovor na pitanje da li je neka činjenica dokazana ili nije, sud mora da riješi pomenutu sumnju i to na način da će smatrati da odnosna činjenica postoji ili da ne postoji. Pri tome se i za jedno i za drugo rješenje može postaviti pitanje da li odgovara istini, ali je logično da se ni za jedno od ova dva rješenja ne može reći da je u suprotnosti sa istinom, jer istina nije mogla da bude utvrđena.⁶⁴ Na ovom mjestu važno je istaći da se utvrđivanju istine na socijalno prihvatljiv način suprotstavljaju pravila kojima se nastoji raz riješiti kolizija različitih interesa u krivičnom postupku. Njihovo postojanje potvrđuje da istina nije jedini ili isključivi cilj krivičnog postupka i da se svakom traganju za istinom postavljaju kako prirodene tako i zakonske granice. Zbog toga se ni za opredjeljenje suda za odluku koja je povoljnija za optuženog, odnosno za primjenu načela *in dubio pro reo* ne može reći da predstavlja smetnju ili ograničenje za saznavanje istine.

62 Opširnije o utvrđivanju istine u procesnopravnim sistemima u regionu: Sijerčić-Čolić, H., Načelo materijalne istine u krivičnom postupku, *Savremene tendencije krivičnog procesnog zakonodavstva u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012, str. 169-192.

63 Sijerčić-Čolić, H., i ostali, *op. cit.*, str. 1031-1032.

64 Lazin, Đ., *op. cit.*, str. 62-63.

3.4. Odnos između načela *in dubio pro reo* i postupka dokazivanja

Dokazivanje možemo definisati kao veoma složenu i raznovrsnu djelatnost krivičnoprocesnih subjekata koja se preduzima sa ciljem ostvarivanja krivičnoprocesnog zadatka, odnosno s ciljem rasvjetljavanja i rješavanja krivične stvari.⁶⁵ Dokazivanjem se utvrđuju činjenice o krivičnom djelu i njegovom učiniocu korištenjem dokaza. Dakle, pri ovom načinu utvrđivanja, do saznanja o pravno relevantnim činjenicama, indicijama i pomoćnim činjenicama dolazi se na osnovu upotrebe dokaza ili dokazivanjem. Dokazivanje obuhvata sve činjenice za koje sud smatra da su potrebne za donošenje pravilne i zakonite odluke.

Odavno se ističe da je utvrđivanje činjenica koje su bitne za konačno razrješenje krivičnopravnog zahtjeva izuzetno složen zadatak.⁶⁶ Zbog toga se postavlja pitanje: na kojem nivou moraju biti utvrđene činjenice koje se odnose na krivično djelo i njegovog učinioca? Odgovor na ovo pitanje u neposrednoj je vezi sa aktivnostima suda, koji ostvaruje funkciju presuđenja, odnosno donosi presudu u konkretnom krivičnom postupku. U pogledu funkcije presuđenja, sud zasniva presudu samo na činjenicama i dokazima koji su izneseni na glavnom pretresu (čl. 281. st. 1. ZKP BiH), pri čemu je sud dužan savjesno ocijeniti svaki dokaz pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima i na osnovu takve ocjene izvesti zaključak je li neka činjenica dokazana (čl. 281. st. 2. ZKP BiH).

Također, pravo suda da ocjenjuje postojanje ili nepostojanje činjenica nije vezano ni ograničeno posebnim formalnim dokaznim pravilima (čl. 15. ZKP BiH). Zatim, sud će određeno i potpuno iznijeti koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane, dajući naročito ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza, iz kojih razloga nije uvažio pojedine prijedloge stranaka, iz kojih razloga je odlučio da se ne sasluša neposredno svjedok ili vještak čiji je iskaz pročitao, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično djelo i krivnja optuženog i pri primjenjivanju određenih odredaba krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo (čl. 290. st. 5. ZKP BiH). Navedenim se ne osporava primjena načela *in dubio pro reo*.⁶⁷ Naprotiv, ako nije dokazano da je optuženi učinio krivično djelo

65 Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, 2008, str. 279.

66 „Razlozi za to su višestruki, a kao najčešće se spominju sljedeći: krivično djelo je iznenadan događaj, koji kao takav ne ostavlja mogućnost učesnicima u budućem krivičnom postupku da unaprijed pripreme dokaze za svoje tvrdnje, krivično djelo je događaj iz prošlosti o kome se raspravlja u sadašnjosti (tj. u vremenu odvijanja krivičnog postupka i utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku) i, s tim u vezi, to je događaj za koji se u krivičnom postupku utvrđuje da li odgovara apstraktnoj pravnoj normi i koji se, shodno utvrđenom stanju, opredjeljuje kao konkretno krivično djelo.“ Prema: Krapac, D., *op. cit.*, str. 340-341; Vasiljević, T., *op. cit.*, str. 293-294; Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 332.

67 „Načelo *in dubio pro reo* ne znači da postojanje protivrječnih dokaza, samo po sebi, isključuje mogućnost pouzdanog utvrđivanja odlučnih činjenica i da nameće obavezu sudu da o postojanju ili nepostojanju takvih činjenica zaključuje onako kako je povoljnije za optuženog. To načelo podrazumjeva primarnu obavezu suda da izvrši savjesnu ocjenu svakog dokaza pojedinačno i u međusobnoj vezi sa ostalim dokazima i da dadne ocjenu vjerodostojnosti protivrječnih dokaza, te

za koje se optužuje, sud donosi presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe, pri čemu je dužan, naročito navesti iz kojih razloga to čini (čl. 290. st. 9. ZKP BiH). Dakle, sud će osloboditi optuženog kako u slučaju kada nema dovoljno dokaza⁶⁸, tako i u slučaju kada postoje dokazi u koje sumnja i povodom koji je primjenio načelo *in dubio pro reo*.⁶⁹

Posve je opravdano njemački Savezni sud upozorio na često pogrešnu praksu prema kojoj se načelo *in dubio pro reo* smatra dokaznim pravilom, a ne načelom koje se primjenjuje u postupku donošenja sudske odluke.⁷⁰ Isto stajalište dijeli i Ustavni sud RH u svojoj odluci, kada kaže: "*Pravilo in dubio pro reo nije dokazno pravilo. Ono podrazumjeva da sud u krivičnom postupku odlučuje presudom na način koji je povoljniji za optuženog, ako se i nakon savjesne ocjene dokaza, pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima ne daju otkloniti dvojbe o postojanju odnosno nepostojanju nekih činjenica koje tvore obilježje krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke druge odredbe krivičnog zakonodavstva, a ne sadrži mjerila prema kojima bi prvostepeni sud bio dužan uzeti da su određene činjenice dokazane s određenim stepenom izvjesnosti, a druge nisu.*" (Odluka Ustavnog suda RH br. U-III/80/2010 od 6. aprila 2011. godine).

3.5. Odnos između načela *in dubio pro reo* i načela pravičnog postupka

Krivično procesno pravo BiH prati zahtjeve prava na pravično suđenje, čak u nekim situacijama pružajući i jače garancije od onih koje su predviđene međunarodnim pravom o pravima čovjeka. Ne ulazeći na ovom mjestu u sva opšta pravila koja znače ostvarivanje načela pravičnog postupka, ukratko ćemo se zadržati samo na onima koji su predmetom ovoga rada. Iz pozitivnog procesnog zakonodavstva u BiH može se zaključiti da to pravo treba obezbijediti da niko nevin ne bude osuđen, a da izvršiocu krivičnog djela nadležni sud i u zakonito

na osnovu takve ocjene dokaza izvede zaključak o dokazanosti ili nedokazanosti određenih odlučnih činjenica. Ako pored toga, i nadalje ostane u sumnji u pogledu pojedinih odlučnih činjenica koje čine bitna obilježja krivičnog djela i o kojima ovisi primjena krivičnog zakona, tu sumnju sud mora da riješi na način koji je povoljniji po optuženog." (Presuda Vrhovnog suda FBiH, KŽ-610/06 od 6. februara 2006. godine).

68 „Sud nalazi da rezultati provedenih dokaza na glavnom pretresu pred prvostepenim sudom, odnosno pretresu pred drugostepenim sudom, nisu dali pouzdanu osnovu za zaključak da je optuženi na način opisan u optužnici počinio krivično djelo, pa je drugostepeni sud pravilno postupio kada je optuženog oslobodio od optužbe.“ (Presuda Vrhovnog suda RS, 84 0 K 009669 10 kž od 15. februara 2011. godine).

69 „Kada ni nakon svestrane i savjesne ocjene svih izvedenih dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi nije mogao isključiti mogućnost da je manjak, koji je nastao u poslovanju privrednog subjekta, mogao nastati i iz drugih razloga a ne samo prisvajanjem novca od strane optužene, pravilno je postupio sud kada je sumnju u pogledu postojanja te odlučne činjenice, prisvajanje od strane optužene novca koji joj je povjeren na radu, presudom riješio na način koji je povoljniji za optuženu.“ (Presuda Vrhovnog suda FBiH br. 09 0 K 014393 13 Kž od 14. januara 2014. godine).

70 Safferling, C., Terror and Law – Is the German legal System able to deal with Terrorism? (The Federal Court of Justice decision in the case against El Motassadeq), *German Law Journal*, no. 5, 2004, str. 524.

pokrenutom i provedenom postupku izrekne krivičnopravnu sankciju pod uslovima koje predviđa materijalno krivično pravo (čl. 2. st. 1. i 3. ZKP BiH).

U okviru utvrđivanja pravila kako niko nevin ne bi bio osuđen i kako bi se izvršiocu krivičnog djela izrekla krivičnopravna sankcija, predviđa se, između ostalog, pretpostavka nevinosti (čl. 3. st. 1. ZKP BiH) i načelo *in dubio pro reo* (čl. 3.st. 2. ZKP BiH). Uz navedene aspekte prava na pravičan postupak, u ovim opštim razmatranjima treba reći da Ustavni sud BiH raspravlja i druge garancije prava na pravičan postupak, slijedeći pritom stavove ESLJP.⁷¹ Tako u odluci u predmetu br. AP 4378/10 od 24. aprila 2014. godine Ustavni sud BiH „*naglašava da je princip in dubio pro reo garantiran članom 6. stav 2. Evropske konvencije. Prema tom principu svako se smatra nevinim dok se njegova krivica ne dokaže prema zakonu. U tom pogledu, ukoliko postoji određena sumnja da je određena osoba izvršila krivično djelo koje joj se stavlja na teret, takva sumnja treba ići u korist optuženom. Međutim, prema mišljenju Ustavnog suda, pozivanje na princip in dubio pro reo može biti dovedeno u pitanje ukoliko izostane cjelovita analiza svih provedenih dokaza u obrazloženju sudske odluke koja takvu eventualnu sumnju otklanja. U konkretnom slučaju, Ustavni sud smatra da obrazloženje analize svih provedenih dokaza ne ostavlja nikakvu sumnju u zaključak suda o apelantovoj krivici. Stoga, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije povrijeđen princip in dubio pro reo iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, pa je i u ovom dijelu apelacija neosnovana*“. U odluci AP 1603/05 od 21. decembra 2006. godine Ustavni sud BiH „*konstatuje da redovni sudovi nisu uopšte obrazložili na osnovu čega su zaključili da je apelant u odnosu na izvršenje predmetnog krivičnog djela postupao sa umišljajem ili da je u odnosu na težu posljedicu apelant postupao sa nehatom. Ustavni sud smatra da ni prvostepeni ni drugostepeni sud nisu obrazložili ni da li su ni kako su utvrdili da je apelantovim radnjama "teže povrijeđeno pravo drugoga" ili da je nastupila imovinska šteta, što je sastavni elemenat bića krivičnog djela koje je apelantu stavljeno na teret*“. „*Uzimajući sve ovo u obzir, Ustavni sud smatra da nedostatak zadovoljavajućeg obrazloženja zaključka o apelantovoj krivici, te nedostatak objektivizacije subjektivne ocjene suda svestranom analizom i ocjenom izvedenih dokaza, nije u skladu sa zahtjevima pravičnog suđenja iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Takođe, Ustavni sud smatra da obrazloženja osporenih presuda ne zadovoljavaju ni obavezu poštovanja principa in dubio pro reo. Na osnovu svega navedenog, Ustavni sud smatra da obrazloženja osporenih presuda ne zadovoljavaju zahtjeve pravičnog suđenja već ostavljaju utisak proizvoljnosti, zbog čega je tim presudama prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.*

Iz prethodno navedenih odluka Ustavnog suda BiH, a i iz navedenih pravnih normi, jasno je da načelo *in dubio pro reo* nema samostalno značenje, što ne znači

71 Više: Simović, M., Novija praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz oblasti krivičnog zakonodavstva i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Pravo i pravda*, godina VII, br. 1/2008, str. 49-98.

da se indirektno ne može reflektirati na garanciju pravičnog postupka, pogotovo u postupcima u kojima se pojavi sumnja u netransparentnost pristupa i postupanja suda sa svojstvima povrede nekog od ustavnih ili konvencijskih garancija pravičnog postupka, što direktno ili indirektno može biti povezano sa okolnostima primjene načela *in dubio pro reo*.

3.6. *In dubio pro reo* i ocjena nalaza i mišljenja vještaka

Veoma važan slučaj primjene načela *in dubio pro reo* u oblasti utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, je njegova primjena kod činjenica koje se utvrđuju pomoću iskaza vještaka. To su sve one činjenice za čije je utvrđivanje potrebno posebno stručno znanje, zbog čega, se njihovo utvrđivanje i povjerava licu koje posjeduje to stručno znanje, vještaku. Za utvrđivanje postojanja pojedinih činjenica sam zakonodavac je propisao da je obavezno⁷², dok je u drugim slučajevima prepušteno strankama, branitelju i sudu da po potrebi, ako procjene da je za utvrđivanje neke činjenice potrebno određeno stručno znanje, angažuju vještaka.

Iskaz vještaka se cijeni kao i svaki drugi dokaz po načelu slobodne ocjene dokaza. Pri tome sud mora ocijeniti mišljenje vještaka ne samo u formalnom smislu, već, prije svega sadržajno.⁷³ U slučaju učestvovanja više vještaka, sud nije vezan za mišljenje pojedinih vještaka, pa ni za suglasno mišljenje svih vještaka. Mišljenje vještaka nije obavezno za sud, već predstavlja dokazno sredstvo koje sud cijeni po slobodnom uvjerenju, pa ga može prihvatiti ili odbiti. Ako sud odbije mišljenje vještaka, odluku donosi na temelju drugih dokaza kojima raspolaže, a ako drugih dokaza nema, drži da je činjenica koju je trebalo dokazati vještačenjem ostala nedokazana.⁷⁴

Postavlja se pitanje šta sud treba da radi u slučajevima kada ne prihvati konačno mišljenje vještaka zbog toga što nije uvjeren u njegovu tačnost? O tome u teoriji postoje dva shvatanja. Prema prvom, sud može spornu činjenicu da utvrdi i suprotno mišljenju vještaka, dok prema drugom, sud mora smatrati da je predmetna činjenica ostala u sumnji i primjeniti načelo *in dubio pro reo*. Smatamo da je prvo rješenje neprihvatljivo iz razloga što bi na taj način sudija na sebe preuzeo ulogu vještaka i povrijedio načelo podjeljenosti krivičnoprocesnih funkcija kojima se nastoji osigurati objektivnost krivičnog postupka. Na nemogućnost da sud odluči suprotno od mišljenja vještaka ukazuje i član 29. tač. d) ZKP BiH koji kao jedan od razloga za izuzeće sudije predviđa okolnost da je taj sudija u istom krivičnom predmetu saslušan kao vještak, što u stvari ukazuje na

72 Prema ZKP BiH u obavezne vrste vještačenja spadaju: sudskomedicinsko vještačenje (čl. 103-106. ZKP BiH), toksikološko vještačenje (čl. 107. ZKP BiH), vještačenje tjelesnih povreda (čl. 108. ZKP BiH) i psihijatrijsko vještačenje (čl. 110. ZKP BiH).

73 Čizmić, J., O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, 2011, str. 498.

74 U tom smislu odluka VS BiH, Kž. 1005/77, vidi: Kreho, S., *Zbirka sudskih odluka iz oblasti Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1996, str. 124.

to da zakon smatra nespojivom funkciju sudije i funkciju vještaka. Prema drugom rješenju, ukoliko sud i nakon ponovnog ili drugog vještačenja ne usvoji konačno mišljenje vještaka, on mora činjenicu koja je bila predmet neuspjelog vještačenja da utvrdi pomoću drugih raspoloživih dokaza. Međutim, ako sud uopšte ne raspolaže drugim dokazima, ili ako zakon predviđa da se ta činjenica mora utvrđivati isključivo vještačenjem (obavezna vrsta vještačenja), sud onda mora zaključiti da je ta činjenica koja je bila predmet vještačenja ostala nedokazana, odnosno u sumnji. Zbog toga se ispravno smatra da bi sud u ovom slučaju, kao i u drugim slučajevima kada ostane u sumnji kod utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, morao da primjeni načelo *in dubio pro reo*. Dakle, ako se radi o činjenici koja ide u korist optuženog, sud bi morao smatrati kao da je ta činjenica utvrđena, odnosno da ona postoji, a ako se radi o činjenici koja ide na štetu optuženog, sud bi morao smatrati kao da ta činjenica nije utvrđena, odnosno da ona ne postoji. Ovom teoretskom promišljanju u prilog ide i aktualna sudska praksa.⁷⁵

Prilikom vještačenja u praksi su mogući slučajevi da vještak ne može da da kategoričan odgovor na određeno pitanje, već u svom mišljenju samo dopušta mogućnost da određena činjenica koja je predmet vještačenja postoji. Postavlja se pitanje da li sud može prihvatiti i mišljenje vještaka koje nije kategorično, već se u njemu izražava samo mogućnost postojanja činjenice koja je bila predmet vještačenja? Prihvatljivo rješenje ovakve situacije sastojalo bi se u sljedećem. Sud može da prihvati kao dokaz i mišljenje vještaka koje izražava samo mogućnost postojanja neke činjenice. Međutim, pošto mora da utvrdi istinu u pogledu svih činjenica na kojima zasniva svoju odluku, on mora da pokuša da dođe do kategoričkog mišljenja vještaka u pogledu predmetne činjenice i to tako što će ponovo saslušati istog vještaka. Primjere ovakvog postupanja suda nalazimo i u aktuелnoj sudskoj praksi: „*Optuženi i njegov branitelj su na pretresu pred ovim sudom nastojali dovesti u pitanje ovlaštenje vještaka za sudsku medicinu, da se izjašnjava da li su povrede nanesene oštećenoj bilo ofanzivnog ili defanzivnog karaktera, te su smatrali da su to pravna pitanja(...). Zbog toga je ovaj sud ispitao, da li je zbog vještakovog korištenja riječi „najvjerovatnije“ koja se odnosi na ocjenu da je nanesena povreda oštećenoj ofanzivna, nastala dvojba u pogledu postojanja jedne činjenice koja čini obilježja predmetnog krivičnog djela, što bi ukoliko je to tačno nužno imalo za posljedicu primjenu načela in dubio pro*

75 “U konkretnom slučaju kada su u toku istrage učinjeni značajni propusti, prije svega time što nisu osigurani dokazi na temelju kojih bi se pouzdano utvrdilo ko je u vrijeme saobraćajne nesreće upravljao vozilom, uz činjenicu da nema svjedoka očevidaca događaja, niti je sam optuženi svojim iskazom u tom pogledu pružio relevantne podatke, a imajući u vidu da su tokom postupka svoje nalaze i mišljenja dali trojica medicinskih i dvojica saobraćajnih vještaka, te da je provedeno i kombinovano saobraćajno i sudsko-medicinsko vještačenje, pri čemu je od naročite važnosti da su svi do sada saslušani vještaci saglasni u tome da ne mogu sa sigurnošću odrediti ko je u momentu nesreće bio za upravljačem automobila, te da upravo ni jedan od izvedenih dokaza direktno ne tereti optuženog, logičan je zaključak prvostepenog suda da je u pogledu utvrđenja ove odlučne činjenice i nakon svestrane ocjene dokaznog materijala ostala dilema, koju je sud pravilno riješio tako što je u skladu s načelom *in dubio pro reo* optuženog oslobodio optužbe na temelju člana 340. tač. 3. ZKP.” (VSRH, presuda br. I Kž-28/1995-3 od 21. januara 1997. godine).

reo iz člana 3. stav 2. ZKP FBiH. Prije davanja odgovora na ta pitanja, ovaj sud je uzeo u obzir objašnjenja vještaka za sudsku medicinu zbog čega se opredjelio za zaključak da je ubodna rana koju je optuženi nanio oštećenju u desnu bočnu stranu vrata (ovo je nesporna činjenica) ofanzivna povreda. Takvu ocjenu je kako navodi vještak prije svega zasnovao na dubini samog kanala ubodne rane od 15 cm kod čijeg nastanka je zamah morao biti jakog intenziteta, a nasuprot tom kod defanzivne povrede nema toga jer djelovanje sa nožem nije direktno već povredilac sa njim nanosi sječnu ranu drugoj osobi. Kada se naprijed izloženo ima u vidu, onda su jasni opisi kako ofanzivne tako i defanzivne povrede koji se očigledno ne isprepliću već jedan drugog isključuju. Pošto je prema opisu vještaka i njegovoj ocjeni povreda koju je zadobila oštećena u desnu bočnu stranu vrata ofanzivna povreda, a ne defanzivna onda je bespotrebno i suvišno koristio riječ da je ona „najvjerovatnije“ ofanzivna povreda, kada po njenom opisu samo takva može i biti (...), „Ako se sve ovo uzme u obzir onda se po ocjeni ovog suda ne može prihvatiti da postoji sumnja u pogledu postojanja ofanzivne povrede koju je optuženi sa nožem nanio oštećenju u desni bočni dio vrata, pa onda to u smislu načela *in dubio pro reo* riješiti na način koji je povoljniji za njega. Dakle, nema dvojbe u izvijest činjenice koju je utvrdio ovaj sud na osnovu navoda vještaka za sudsku medicinu, a to je da se radilo o ofanzivnoj povredi koja je nanesena oštećenju. Pošto prema tome ne postoji sumnja u pogledu navedene relevantne činjenice koja ulazi u objektivnu strukturu predmetnog krivičnog djela, onda primjena pravila *in dubio pro reo* ne dolazi u obzir“.

(Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 04 0 K 00097110 Kžk od 13.05.2011. godine).

S obzirom da, na glavnom pretresu, pored tužioca i suda, vještaka mogu angažovati i optuženi i njegov branilac (čl. 269. st. 1. ZKP BiH), moguće su i situacije da dva odvojena vještačenja daju različite rezultate. U takvoj situaciji sud mora da ocjenjuje oba nalaza i mišljenja, te da se prikloni onome koji mu je uvjerljiviji, a ako je u dilemi, u skladu sa načelom *in dubio pro reo* da prihvati onaj nalaz i mišljenje koji je povoljniji za optuženog. Ovakvo postupanje suda ne može se uvijek prihvatiti, već će sud biti prisiljen odrediti i treće vještačenje da bi se otklonila postojeća dilema. Treći nalaz i mišljenje u pravilu će se prikloniti jednom od dva prethodna nalaza i mišljenja. U ovakvoj situaciji sud prihvata nalaz i mišljenje vještaka čije je mišljenje potkrijepljeno trećim vještačenjem.

Je li ovakav zaključak suda ispravan? O tome bi se moglo široko raspravljati, treba li sud prihvatiti onaj nalaz i mišljenje vještaka koji je potvrdio još jedan vještak zbog te činjenice same. Šta bi se desilo kada bi se provelo i četvrto vještačenje, pa se četvrti vještak u svom nalazu i mišljenju prikloni onom vještaku čiji nalaz nije podržao treći vještak. Ukoliko bi se sud suočio sa ovakvom situacijom, da ima dva različita nalaza i mišljenja koja potkrepljuju po dva vještaka, svako daljnje određivanje novog vještačenja ne bi imalo nikakvog smisla, jer bi svaki sljedeći nalaz i mišljenje, po logici stvari, priklonio jednom od dva suprotna nalaza i mišljenja, radi čega bi sud trebao postupiti po naprijed spomenutom načelu *in dubio pro reo*, odnosno da sud treba prihvatiti kao utvrđene one činjenice koje

su povoljnije za optuženog.⁷⁶ Dakle, u slučaju postojanja sumnje da određena pravno relevantna činjenica postoji uz istovremenu sumnju da ne postoji, sud će primijeniti načelo *in dubio pro reo*, vodeći pri tome računa da je u obrazloženju presude dužan navesti razloge primjene tog načela.⁷⁷

3.7. *In dubio pro reo* kao osnov za pobijanje presude žalbom

Ukoliko sud prilikom utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku ostane u sumnji u pogledu pitanja da li je postojanje neke činjenice dokazano ili ne, pa u tom slučaju ne donese presudu koja je povoljnija za optuženog, dakle, ne primjeni načelo *in dubio pro reo*, postavlja se pitanje da li ovakvo postupanje suda može biti osnov za pobijanje presude žalbom. Pored toga, postavlja se pitanje da li se tu radi o pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju⁷⁸, ili o povredi odredbi krivičnog postupka, ili o jednom i drugom. Ovo pitanje je veoma značajno, jer ukoliko se radi samo o pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju drugostepeni sud bi po žalbi mogao da ukine prvostepenu presudu, u potpunosti ili djelimično, i da odredi održavanje pretresa (čl. 315. st. 1. ZKP BiH)⁷⁹ radi pravilne primjene načela *in dubio pro reo*. Međutim, ukoliko se smatra da se radi o relativnoj povredi odredaba krivičnog postupka, što također predstavlja razlog za ukidanje pobijane presude, sud prvo mora utvrditi da li su te povrede bile ili mogle biti od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude. Kod relativnih povreda odredaba krivičnog postupka se, dakle, ne pretpostavlja postojanje uzročne veze između povrede i presude, već tu vezu treba u svakom konkretnom slučaju i utvrditi.

Ukoliko sud ostane u sumnji prilikom utvrđivanja postojanja činjenica u krivičnom postupku, pa ne primjeni načelo *in dubio pro reo*, radi se o tome da je sud pogrešno utvrdio činjenično stanje. Međutim, postavlja se pitanje da li je takvo postupanje suda istovremeno predstavlja i bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. To je zbog toga što član 297. stav 2. ZKP BiH predviđa da „bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji i ako sud u toku glavnog pretresa ili prilikom donošenja presude nije primjenio ili je nepravilno primjenio koju odredbu zakona, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.”

Prema mišljenju pojedinih autora neprimjena načela *in dubio pro reo* u situacijama kada sud ostane u sumnji predstavlja poseban oblik relativno bitne

76 Garačić, A., Vještačenje u kaznenom postupku, *Vještak*, br.1, Zagreb, 1997, str. 5.

77 Krapac, D., *op. cit.*, str. 477.

78 „Pogrešno utvrđeno činjenično stanje postoji kad sud u dokaznom postupku uzme u razmatranje sve odlučne činjenice i izvede sve dokaze sa kojima raspolaže za utvrđivanje tih činjenica, ali nakon toga pogrešno ocijeni značenje izvedenih dokaza i dođe do pogrešnog zaključka o postojanju činjenica.“ Prema: Sijerčić-Čolić, H., *Krivično procesno pravo. Knjiga II. Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci. Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019, str. 150.

79 Prema pozitivnim propisima novi pretres nakon ukidanja presude će se održati pred drugostepenim sudom, odnosno prvostepenim kome se predmet upućuje na ponovno suđenje.

povrede odredaba krivičnog postupak.⁸⁰ Oni svoje stajalište temelje na činjenici da je načelo *in dubio pro reo* implicitno sadržano u odgovarajućim odredbama zakona o krivičnom postupku, tako da njegovo neprimjenjivanje, ukoliko su ispunjeni odgovarajući uslovi, nije ništa drugo nego povreda odredaba ZKP. Ovo stajalište možemo prihvatiti u onim situacijama kada sud u obrazloženju presude izričito upotrebljava formulaciju kojom izražava da je postojanje neke činjenice utvrđeno samo kao moguće, a ne i izvjesno (npr. ako sud navede da se postojanje neke pravno relevantne činjenice “ne može isključiti”, “može dopustiti” ili da je “njeno postojanje samo moguće ili vjerovatno”). Ukoliko u takvom slučaju sud ne primjeni načelo *in dubio pro reo*, onda je očigledno time prvenstveno povrijedio odredbe krivičnog postupka. Pogrešno utvrđeno činjenično stanje koje je također proisteklo iz ovakvog postupanja suda, samo je posljedica prvenstvenog neprimjenjivanja načela *in dubio pro reo* na činjenicu koja je za sud ostala u sumnji, jer je njeno postojanje utvrđeno samo kao moguće.

U praksi je mnogo češća suprotna situacija, kada sud smatra da je određena činjenica potpuno dokazana ili da nije dokazana, tako da kod njega po tom pitanju ne postoji sumnja.⁸¹ U takvim slučajevima je očigledno da se ne može zaključiti da je prvostepeni sud pogriješio zato što je postupio protivno načelu *in dubio pro reo*, već jedino da je pogrešno utvrdio činjenično stanje, a da je to onda za posledicu imalo neprimjenjivanje zakonske odredbe o načelu *in dubio pro reo*.⁸² Također, eventualno neprimjenjivanje načela *in dubio pro reo* od strane suda ne predstavlja povredu materijalnog krivičnog zakona, jer primjena ovoga načela dolazi u obzir samo pri utvrđivanju činjenica, dakle isključivo pri rješavanju činjeničnih pitanja, dok je pri rješavanju pravnih pitanja primjena tog načela isključena.

4. Zaključak

Pravilo izraženo u poznatoj latinskoj izreci *in dubio pro reo* (u sumnji, presudi u korist optuženog) opšte je prihvaćeno u savremenom pravu tako da na prvi pogled ne izgleda ni malo sporno. Međutim, dublja analiza o tome šta

80 Bupalović, T., Pivić, N., *Krivično procesno pravo. Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2014, str. 167.

81 „U okviru žalbene osnove bitne povrede odredaba krivičnog postupka, optuženi ističe da sud nije primjenjivao načelo *in dubio pro reo*, čime očito upire na bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. No, protivno tim žalbenim navodima, u konkretnom slučaju nije došlo do povreda odredbe člana 3. stav 2. ZKP, jer nakon provedenog dokaznog postupka utvrđenje niti jedne odlučne činjenice nije ostalo u sumnji, zbog čega niti nije bilo potrebe za primjenom ove zakonske odredbe.” (VSRH, presuda br. I Kž-125/07-6 od 17. aprila 2007. godine).

82 „Neprimjenjivanje člana 3. stav 2. ZKP tj. načela *in dubio pro reo* optuženi također podvodi pod bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, koja nije učinjena. Naime, primjena pomenutog načela usko je povezana sa utvrđivanjem i ocjenom postojanja činjenica koja tvore obilježje krivičnog djela, odnosno o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, suštinski je dakle to prigovor činjenične naravi, a ne bitne povrede odredaba krivičnog postupka.” (VSRH, presuda br. I Kž-827/05-5 od 7. novembra 2007. godine).

znači, u čemu se sastoji i u kojim se sve slučajevima u krivičnom postupku ono primjenjuje, nameće čitav niz pitanja koja ili nisu rješena ili oko kojih u teoriji i praksi ne postoji saglasnost. Zato nije nikada odviše govoriti o načelu *in dubio pro reo*, osvježiti i srediti svoje znanje o njemu. Stoga je u ovom radu izloženo, u sažetom obliku, sistematski, osnovno učenje o tom načelu. Ova izlaganja pokazala su nam, iako, na prvi pogled, izgleda da se radi o jednostavnom pravnom načelu, poznatom svakom pravniku, da njegovo dublje izučavanje dovodi do spornih pitanja i komplikovanih solucija, i otkriva mnogostruku problematiku, na prvi pogled neslučenu. A to nam ukazuje da mi o tom, na oko jednostavnom načelu, još uvijek ponešto ne znamo.

Načelo *in dubio pro reo* dugo nije bilo striktno zakonskog karaktera, odnosno ono se do nedavno nije formulisalo na izričit način u zakonima o krivičnom postupku u BiH. Danas, ono predstavlja jedno od osnovih načela domaćeg krivičnog postupka, a izraženo je kroz zakonsku odredbu prema kojoj „sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježje krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog“. Dakle, osnovna postavka načela *in dubio pro reo* je da se svaka sumnja u pogledu postojanja činjenica ima odraziti u korist optuženog, odnosno da se primjenjuje u postupku rješavanja svih spornih činjeničnih situacija, kako u pogledu činjenica koje idu na štetu optuženog, tako i onih koje mu idu u korist. Iz toga i slijede dva pravila u vezi primjene načela *in dubio pro reo*. Prvo, sve činjenice koje idu na štetu optuženog moraju biti sa izvjesnošću utvrđene, a ako se ne utvrde (ako ostane sumnja u njihovo postojanje), uzima se da ne postoje. Drugo, za sve činjenice koje idu u korist optuženog, ako se pojave kao moguće, a ta se mogućnost ne može s izvjesnošću isključiti, mora se uzeti da postoje.

Primjena načela *in dubio pro reo* je obavezna u slučaju sumnje u postojanje ili nepostojanje materijalnih pretpostavki za postojanje krivičnog djela, ali također i u odnosu na pretpostavke iz domena krivičnog procesnog prava, što se inače osporavalo u starijim teorijama, ali je danas neosporno. Pri tome treba naglasiti da se sumnja mora odnositi samo na pravno relevantne činjenice, odnosno na činjenice od kojih zavisi primjena pojedinih odredbi krivičnog zakonodavstva, a samo izuzetno i na indicije, u situacijama kada sud utvrđenu indiciju koristi kao dokaz za zaključak o pravno relevantnoj činjenici.

Iz izlaganja o pravnoj prirodi i porijeklu načela *in dubio pro reo* možemo zaključiti da je ono u uskoj vezi sa načelom presumpcije nevinosti (izuzetak su one činjenice u krivičnom postupku koje se utvrđuju prije i nezavisno od pitanja postojanja krivičnog djela i krivnje, dakle nezavisno od pitanja nevinosti optuženog), da spada u pogodnosti koje optuženi uživa u okviru krivičnog postupka (*favor defensionis*) jer je zakonski regulisano i daje prednost optuženom u odnosu na tužioca u slučaju sumnje, odnosno da je segment načela pravičnog postupka. Načelo *in dubio pro reo* nije formalno dokazno pravilo koje bi ograničavalo primjenu načela slobodne ocjene dokaza. To je zbog toga što se ono primjenjuje

tek kada je ocjena dokaza po slobodnom sudijском uvjerenju završena, pa je sud i dalje ostao u sumnji. Zbog toga ovo načelo i nije ograničenje ili smetnja za saznavanje istine u krivičnom postupku, odnosno nije u suprotnosti sa načelom materijalne istine, pošto se primjenjuje tek kada je sud već iscrpio sve svoje saznavne mogućnosti za utvrđivanje istine.

Konačno, kroz ovaj rad ukazali smo i na neka posebna područja na kojima je primjena načela *in dubio pro reo* zapostavljena, kako od strane teorije tako i sudske prakse. Radi se u prvom redu o primjeni tog načela na području vještačenja, odnosno kao osnova za pobijanje presude žalbom. Naravno, time nisu iscrpljena sva pitanja u vezi sa primjenom načela *in dubio pro reo*, naročito u vezi sa nekim novijim institutima krivičnog procesnog prava (npr. izjašnjenje o krivnji ili pregovaranje u krivnji) ili novim oblicima vještačenja (DNA analiza).

Literatura

a) Knjige i članci

1. **Bayer, V.**, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja. Knjiga II. Povijesni razvoj kazneno procesnog prava*. Priredio Krapac, D., Zagreb, 1995.
2. **Bayer, V.**, *Jugoslavensko krivično procesno pravo. Knjiga druga. Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku. Drugo prerađeno izdanje*, Informator, Zagreb, 1978.
3. **Bayer, V.**, Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslovenskom krivičnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4/1960.
4. **Bejatović, S.**, *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, 2008.
5. **Bubalo, L., Pajić, D.**, *In dubio pro reo principle in modern criminal procedure*, *SEE Law Journal*, No. 6/2019, Center for SEELS, Skopje, 2019.
6. **Bubalo, T., Pivić, N.**, *Krivično procesno pravo. Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2014.
7. **Cassese, A.**, *International Criminal Law*, Oxford University Press, London, 2003.
8. **Clemens, N.**, *The Changing Face of Religion and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009.
9. Čizmić, J., O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, Rijeka, 2011, str. 473-510.
10. **Damaška, M.**, Značaj pravila *in dubio pro reo* u pozitivnom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/1958.
11. **Dimitrievski, Z., Dragičević-Dičić, R., Gallo, G., Karnavas, M., Nikolovska, R., Kalajdziev, G., Pajić, D.**, *Doubt in favour of the defendant, guilty beyond reasonable doubt*, OSCE Mission to Skopje, 2016.

12. **Garačić, A.**, Vještačenja u kaznenom postupku, *Vještak*, br. 1, Zagreb, 1997.
13. **Grubač, M.**, *Krivično procesno pravo. Četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2006.
14. **Grubiša, M.**, Činjenično stanje u krivičnom postupku. Drugo izdanje, Zagreb, 1980.
15. **Grubiša, M.**, Postupanje protivno principu in dubio pro reo kao povreda formalnog prava, *Naša zakonitost*, br. 1-2/1963, Zagreb, 1963.
16. **Grubiša, M.**, Princip in dubio pro reo u teoriji i praksi, *JRKKP*, 3/66.
17. **Kern, E., und Roxin, C.**, *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1976.
18. **Krapac, D.**, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995.
19. **Krapac, D.**, Utvrđivanje pravo relevantnih činjenica u krivičnom postupku neposrednim i posrednim dokazima: historijsko-pravni aspekt i neke heurističke napomene, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/1981.
20. **Kreho, S.**, *Zbirka sudskih odluka iz oblasti Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1996.
21. **Lazin, Đ.**, „In dubio pro reo“ u krivičnom postupku, Narodna knjiga, Beograd, 1985.
22. **Levack, B.**, *The Witchkraft Sourcebook*, Routledge, London and New York, 2015.
23. **Pavišić, B.**, *Komentar zakona o kaznenom postupku. Drugo izdanje.*, Dušević & Krešovnik, Rijeka, 2013.
24. **Pavlović, Š.**, *Tri načela kaznenog prava (pravičan postupak, non bis in idem, in dubio pro reo)*, Libertin naklada, 2012.
25. **Safferling, C.**, Terror and Law – Is the German legal System able to deal with Terrorism? (The Federal Court of Justice decision in the case against El Motassadeq), *German Law Journal*, no. 5, 2004.
26. **Sič, M.**, Trajne vrednosti rimskog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, br. 3-4/2006.
27. **Sijerčić-Čolić, H.**, *Krivično procesno pravo. Knjiga I. Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje. Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019.
28. **Sijerčić-Čolić, H.**, *Krivično procesno pravo. Knjiga II. Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci. Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019.
29. **Sijerčić-Čolić, H.**, Načelo materijalne istine u krivičnom postupku, *Savremene tendencije krivičnog procesnog zakonodavstva u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012.

30. **Sijerčić–Čolić, H.; Hadžiomerađić, M.; Jurčević, M.; Kaurinović, D.; Simović, M.**, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Vijeće Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005.

31. **Simović, M.**, *Krivično procesno pravo. Uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2005.

32. **Simović, M.**, *Novija praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine iz oblasti krivičnog zakonodavstva i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Pravo i pravda*, godina VII, br. 1/2008.

33. **Škulić, M.**, *Krivično procesno pravo. Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.

34. **Tomašević, G.**, *Kazneno procesno pravo. Opći dio: Temeljni pojmovi. Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Split, 2011.

35. **Vasiljević, T.**, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

36. **Zlatarić, B.**, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 1977.

37. **Zlatarić, B., Damaška, M.**, *Rečnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, 1966.

b) Odluke ustavnih sudova

1. Odluka Ustavnog suda BiH u Velikom vijeću, u predmetu br. AP 4378/10 od 24. aprila 2014.

2. Odluka Ustavnog suda BiH, AP 1603/05 od 21. decembra 2006.

3. Odluka Ustavnog suda RH br. U-III/80/2010 od 6. aprila 2011.

c) Presude vrhovnih sudova

1. Presuda Vrhovnog suda FBiH, br. 09 0 K 014393 13 Kž od 14. januara 2014.

2. Presuda Vrhovnog suda FBiH, br. 04 0 K 00097110 Kžk od 13.05.2011.

3. Presuda Vrhovnog suda RS, br. 84 0 K 009669 10 kž od 15. februara 2011.

4. Presuda Vrhovnog suda FBiH, br. Kž-610/06 od 6. februara 2006.

5. Presuda VSRH, br. I Kž-125/07-6 od 17. aprila 2007.

6. Presuda VSRH, br. I Kž-827/05-5 od 7. novembra 2007.

7. Presuda VSRH, br. I Kž-406/1998-3 od 2. oktobra 2002.

8. Presuda VSRH, br. I Kž-38/99-3 od 23. novembra 2000.

9. Presuda VSRH, br. I Kž-479/97 od 1. juna 2000.

10. Presuda VSRH, br. I Kž-28/1995-3 od 21. januara 1997.

Denis Pajić, Phd., Assistant Professor

Faculty of Law, Dzemail Bijedic, University of Mostar

Summary: Nowadays, the thought expressed in the well-known Latin saying *in dubio pro reo* (in doubt, the judgment in favor of the accused) is widely accepted and well-known in both criminal procedural law and case law. The general acceptance of the *in dubio pro reo* principle implies that its notion is not in dispute. However, a deeper analysis clearly shows that there are considerable differences in understanding the range of issues relevant to the application of this principle, beginning with its content, scope, legal nature, nature and justification for its existence, which all influence the different definition of its concept.

In this paper, the author tried to give the fullest possible answer to all these as well as to other contentious issues, and thus to contribute to a better understanding of this complex principle. Particular attention has been paid to the historical development of the *in dubio pro reo* principle in continental legal systems, the application of which has changed in parallel with the development of criminal procedural law, both by large criminal procedure systems and by the legislative solutions of individual countries. In addition, the focus of the paper is on the regulation of this legal principle in domestic, Bosnian criminal procedural law, and on current case law.

Keywords: criminal proceedings, *in dubio pro reo*, presumption of innocence, facts

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

UTICAJ ATLANTSKIH REVOLUCIJA NA RAZVOJ USTAVNOSTI U SVIJETU I OBLIKOVANJE MODERNE DEMOKRATIJE

Sažetak: Moderna evropska ustavnost razvijala se pod uticajem Nizozemske, Britanske, Američke i Francuske revolucije, pri čemu treba istaći da je uticaj Francuske revolucije na razvoj ustavnosti, s obzirom na njenu autohtonost i originalnost, bio najveći i najneposredniji. Atlantske revolucije su bile ishodišta moderne ustavnosti i tvorila paradigme formiranja ustavnih rješenja. Zapadna društva imala su različitu povijest koju su obilježile nacionalne osobitosti i kultura, ali koja su pronosila ista zajednička svojstva slobodarskog opstanka. Velike revolucije krajem XVIII stoljeća (prije svih američka i francuska), imale su duboko demokratsko značenje, jer su težile oslobođenju od svake dominacije, rušenju bilo čijeg apsolutizma, povlastica i privilegija, političkoj slobodi i slobodi ekonomskog razvoja. Naročit značaj revolucionarnih deklaracija i drugih ustavnih dokumenata je u tome da su na osnovu njih postavljeni temelji moderne demokratije i njenih sastavnih elementata.

Ključne riječi: atlantske revolucije, ustav, konstitucionalizam, moderne demokratije

Uvod

Sintagma "atlantske revolucije" obuhvata revolucije koje se odigravaju na dvije strane Atlantika i među kojima se prije svega nalazi duhovna srodnost proistekla iz prosvjetiteljstva. Tu spadaju nizozemska revolucija, puritanska revolucija u Engleskoj (1642-1660.), Slavna revolucija u Engleskoj (1688), američka revolucija (1775-1783.), i francuska građanska revolucija (1789-1799.). Pojmom Atlantske revolucije¹ obuhvaćena su politička kretanja Nizozemske, Engleske, SAD i Francuske.² Bez obzira na geografsku razdaljinu, atlantske revolucije su imale zajedničke korijene, odnosno idejnu inspiraciju i višestruke i tjesne veze posredstvom ideja, državnih interesa i ličnosti koje su bile akteri ili uticale na ove revolucije, koje su došle kao odgovor na izazove onog vremena. One su unutar iste političke filozofije (građanske) i na istim gospodarskim

1 Pojam atlantska revolucija koristio je Jurgen Gebhardt u članku "Die Idee der Verfassung: Symbol und Instrument" objavljenom u zborniku Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik: ur. Kimmel, Adolf, Nomos, Baden-Baden, 1995., str. 9-24.

2 Posavec, Zvonko, *Nekoliko opaski o pojmu pravne države*, Politička misao, vol. XXXIV, br. 4/1997., str. 3

pretpostavkama izgradile različite državne i pravne sisteme, i na tom planu su bile uzor za cijeli svijet. Po dosezima na planu političke i pravne kulture, odnosno na planu političkih, ustavnih i pravnih sloboda, one su prije izuzetak nego pravilo i za građanski, pa i evropski građanski, svijet.

Korijeni moderne ustavnosti pronalaze se u dinamičnom razdoblju od Američke i Francuske revolucije kroz liberalnu eru. Ovi poznati procesi, posredovani na različite načine, odredili su čitavo novovjekovno političko kretanje. S revolucionarnim događajima, koji su osigurali prevlast narodnog suvereniteta, dobili su moderni ustavi svoju definitivnu osnovnu strukturu. U svom modernom obliku, Ustav se, kao pravni tekst koji se po značenju normi uzdiže iznad ostalih pravnih akata nije odjednom pojavio. Od samog početka političke historije društva, potčinjene klase i grupe vodile su borbu težeći da donesu izvjestan zakonski tekst, da učvrste izvjestan sistem pravila kojim bi se ograničilo samovlašće vladajućih. Prije samog ustava kao pravnog akta nastala je riječ *constitution*, iz koje je kasnije u mnogim zemljama izvedena riječ ustav. Ovaj izraz se prvi put pojavljuje u rimskoj državi i podrazumijevao je edikte koje su imperatori izdavali radi regulisanja pojedinih krupnih ekonomskih i političkih pitanja. To su ustvari bili pojedini važniji zakoni koji su rješavali samo izvjesna pitanja državnog i društvenog uređenja.³

Termin ustav je djelo grčke demokratije i polisa, i javlja se u filozofskim radovima Platona i Aristotela.⁴ Sa propašću robovlasničkih država iščezava riječ *constitution*. Prijelaz od starih ideja ustava, jednog Platona i jednog Aristotela kao

3 Američke ustavotvorce nadahnula je Polibijeva interpretacija mješovite prirode rimskog državnog uređenja, koje dovodi u ravnotežu prednosti i nedostatke monarhije, aristokratije i demokratije, nego stvarna historijska i empirijska forma rimske države. Rimske političke i pravne predstave ostavljale su dublji i trajniji trag na potonjem režimu Francuske revolucije i u Napoleonovom Code Civilu. Više o tome: Vukasović, Predrag, *Amerika ili Rim – ima li osnova za ideologiju?*, Strani pravni život, Beograd, br. 1/2008., str. 33.

4 Aristotelova analiza državnih i ustavnih formi kao i njegov model miješanih oblika ustava nisu ostali bez učinka. Oni su mnogostruko recipirani, posebno u srednjem vijeku, te ponovo u novom vijeku, te su ušli u diskurs objašnjavanja modernog konstitucionalizma. Pored toga, u antici se može identifikovati drugi način konstitucionalnog razmišljanja, koji je također sadržavao mješavinu ustavnih tipova i koji dolazi do rješenja problema stabilnosti političkih uređenja, koje je blisko Aristotelu, a u jednom pogledu predviđa modifikiranje koje je bilo značajno za novovjekovni konstitucionalizam. Ova misao je razvijena na primjeru ustava Sparte, koji je svojom stabilnošću kroz stoljeća zauzeo vanredan položaj. Sparta je imala dva nasljedna kralja koji su imali ulogu vojskovođe, zatim *gerousia*, vijeća od 28 muškaraca starijih od 60 godina koji su bili izabrani doživotno, kao i 5 efora – činovnika biranih na pet godina, te skupštinu svih Spartanaca. Već kod Platona u *Zakonomima (Nomoi)*, kao i kod Aristotela, ustav Sparte se tumači kao miješani oblik ustava između čistih tipova monarhije (kraljevi), oligarhije (*gerousia*) i demokratije (efora). S ovim, ustav Sparte postaje kompromis između različitih grupa "staleža" građanstva. Međutim, Platon i Aristotel pokazuju sa ustavom Sparte još jedan drugi aspekt koji se u ustavima novog vijeka razumije kao *checks and balances*. Pod tim se misli na sistem ravnoteže vlasti između različitih institucija, koje jesu samostalne, ali koje su opet povezane kroz zajedničku percepciju kompetencija, naprimjer zakonodavstva, te se time međusobno kontroliraju. I tako su Platon i Aristotel u Sparti vidjeli uspostavljen sistem uzajamne kontrole između kraljeva i efora. Ovaj institucionalno uspostavljen sistem uzajamne kontrole trebao je da garantuje zaštitu od zloupotrebe moći. Op. cit. Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, University Press, Sarajevo, 2012., str. 23-24.

jedne nauke o državnoj formi, ka modernom ustavnom pojmu bio je kontinuiran proces.⁵

Kroz cijeli period trajanja feudalne države, sve do XV i XVI stoljeća, ustav, kao pojam određenog zakona koji bi obuhvatao državno uređenje nije se ni pojavljivao. Karakter feudalne države, stepen političkog i kulturnog razvoja, kao i ideologija vladajuće klase nisu bili povoljni za razvoj ustavnosti. Izvjesni pravni i politički dokumenti koji se javljaju u srednjem vijeku u pojedinim državama se mogu smatrati kao najava budućih ustava.

Moderan pojam ustavnosti vezan za ideju suverenosti naroda i ljudskih prava pojavljuje se prvi put u zapadnim, građanskim revolucijama. Ustavi kao pisani dokumenti rezultat su ideja građanskih revolucija XVIII stoljeća, kao i borbi i ratova uzrokovanih imperijalnim pokušajima širenja revolucije u Evropi. Posebno su važne ideje razvijene za vrijeme borbe za nezavisnost u Sjevernoj Americi, kao izraz nastojanja da se ideje zbog kojih je podignuta revolucija i promjene koje su postignute, utvrde i učine temeljem novog poretka u političkoj zajednici. Pisanim se ustavima nastojalo uspostaviti novi tip društvenog poretka, demokratsko državno uređenje utemeljeno na shvaćanju o uzajamnim pravima i dužnostima nositelja vlasti i onih kojima se vlada. Ideju stvaranja (donošenja) pisanog i formalnog ustava istaklo je građanstvo. Ta ideja bila je u funkciji realiziranja ekonomskih interesa građanstva, jer se pisani ustav pokazao kao efikasno sredstvo ostvarivanja tih interesa. Svrha ustava, u tom vremenu, i inače, bila je da ograniči vlast monarha, odnosno vlast vlastodržca i da tu vlast podredi unaprijed propisanim pravnim pravilima. Isto tako, uočena je svrha ustava u zaštiti ličnih prava pojedinaca od arbitrnog posezanja i upliva javne vlasti u domen tih prava kojima se nerijetko pripisivao atribut "prirodnosti". Ideja o pisanom ustavu kao aktu ograničenja monarhove vlasti javlja se uporedo sa sekularizacijom i demistifikacijom državne vlasti. Prvi pisani ustavi karakteristični su po prirodnopravnim i transcendentnim vrijednostima koje su proklamovali, uz imanentan pozitivnopravni značaj koji su ti ustavi imali, što je razumljivo ako se ima u vidu cilj koji se trebao postići donošenjem takvih ustava. Od ideje o pisanim ustavima do realizacije te ideje nije se dugo čekalo. Pisani ustavi pojavljuju se kao jedna od prvih rezultanti građanskih revolucija i dobijaju na vrijednosti učvršćivanjem vlasti građanstva.⁶

Iako se savremena ustavnost naročito temelji na društveno-političkim procesima Nizozemske, Engleske, Sjeverne Amerike i Francuske XVII i XVIII stoljeća, značajno je spomenuti i dešavanja koja su započeta puno ranije. Također, u ovom periodu za razvoj ustavnosti veoma su bitni novi kulturni pravci - humanizam i renesansa, koji promoviraju ideju sloboda čovjeka i njegovog društvenog položaja u državi koja treba biti krojena po mjeri čovjeka. Osim humanizma i renesanse koji su unijeli optimizam u ljudsko poimanje svijeta, ogroman napredak je predstavljala promjena u preokupaciji ljudi svijetom – tokom srednjeg vijeka svrha ljudskog života je bila u onostranom svijetu, dok su

⁵ Ibidem, str. 15.

⁶ Pobrić, Nurko, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar, 2000., str. 127-128.

realni svijet i život bili samo kazna i ispaštanje; novim vjerskim reformističkim učenjima nije bio doveden u pitanje autoritet vjere, ali je bitno uzdrman do tada neprikosnoveni autoritet crkve, što je za posljedicu imalo suštinski drugačije individualističko shvaćanje čovjeka – on i dalje ostaje ljudsko biće ali oslonjeno na sebe i svoje sposobnosti.⁷

Sve do građanskih revolucija i rušenja apsolutnih monarhija ustav u materijalnom smislu sadržajno se svodio na relativno mali broj normi kojima se utvrđivalo da sva vlast u državi pripada monarhu i da je on nasljedan. Osim toga priznavala su se određena prava prema staleškoj pripadnosti stanovnika neke države. Krug tih prava i sloboda postepeno se širio uporedo sa ekonomskim i društvenim jačanjem građanstva. Istovremeno se do kraja XV i XVI stoljeća postepeno razvija škola prirodnog prava, a zatim se unutar nje tokom XVII stoljeća oblikuje i teorija o društvenom ugovoru. Obje te doktrine činile su temelj političke ideologije građanstva, a jedan od temeljnih zahtjeva koji je iz njih proizilazio bilo je traženje da se ograniči državna vlast i to dvostruko: prvo, priznavanjem i pravnim oblikovanjem u pisanom pravnom propisu koji bi bio po pravnoj snazi iznad svih ostalih pravnih akata prirodnih čovjekovih prava; i drugo, propisivanjem unaprijed prava i dužnosti za sva pa i najviša državna tijela, a to znači i za monarha, i to također u pisanom pravnom propisu najviše pravne snage kako bi bio obavezan za sve subjekte državne vlasti.

Tako se postepeno mirnom ili odjednom nasilnom pobjedom građanstva nad plemstvom i rušenjem države apsolutne monarhije na kraju XVIII i tokom XIX stoljeća ne samo širi sadržajno područje ustava u materijalnom smislu već nastaje ustav u formalnom smislu.⁸

Značajna faza u razvoju ustavnosti započinje donošenjem pojedinih akata koji u pisanoj formi reguliraju materiju koja će kasnije biti obuhvaćena prvim pisanim ustavima. Naime, period koji započinje Poveljom sloboda koju je izdao engleski kralj Henri I 1100. godine i koji traje oko 600 godina - do pojave prvih pisanih ustava, obilježen je novim društvenim procesima koji su doveli do pojave akata ustavnog karaktera. Procvatom trgovine, dolazi do bogaćenja i jačanja feudalnog plemstva. Jačanje i bogaćenje plemstva je dalje dovelo s jedne strane do njihove težnje da ograniče apsolutnu vlast vladara (monarha), ali i s druge strane do težnje naroda da se oslobodi vlasti feudalaca, odnosno dođe do ukidanja njihovih staleških privilegija. Ovi procesi su najavljivali revolucionarne pokrete nastale u XVIII stoljeću. Oslanjajući se na Povelju sloboda Henryja I, donesen je jedan od najznačajnijih akata iz tog perioda koji prethodi društvenim procesima XVII i XVIII stoljeća Velika povelja slobode (*Magna Charta Libertatum*, 1215. godine). Većina teoretičara smatra ovu povelju prvim pravim pisanim ustavnim aktom. Prvi put se jednim aktom ograničava apsolutna vlast monarha, daju garancije za određene imovinsko-pravne privilegije (plemstvu, sveštenstvu i ekonomski

7 Zlokapa, Zdravko, *Demokratski politički sistemi, stvoreni da traju: United Kingdom&United States*, Centar za publikacije, Banja Luka, 2000., str. 101.

8 Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko, *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 22.

slobodnim ljudima), garantiraju određene slobode i prava čovjeka (kralj nikome ne može uskratiti pravo na pravdu) i ustanovljava se samostalnost crkve. Povelja je imala veliki uticaj na razvoj ustavnosti u Engleskoj i SAD-u. U *Magna Charta Libertatum* nalaze se korijeni načela teže i protivteže koja dominira razvijenim engleskim, a kasnije i američkim konstitucionalizmom. U tom smislu moderna liberalistička ideja o ograničenoj vladi i najvišim vrijednostima osnovnih prava čovjeka ima veliki dug prema feudalnoj ustavnopolitičkoj misli i praksi.⁹

Na kraju, razvoj teorijsko-filozofske misli u ovom periodu, dao je veoma značajan doprinos razvoju ustavnosti, na način da je pitanje prava čovjeka postupno preneseno sa područja filozofije i religije na područje prava i politike. Značajne ideje, kao što su ideje da su svi ljudi jednaki, da vlast mora biti pravedna, da se vlast vladara mora ograničiti i sl., bile su promovirane u tom periodu. Baveći se pitanjem društvenog i političkog uređenja, brojni filozofi, historičari i književnici tog doba su polazili od teorije da je država rezultat “društvenog ugovora” koji ljudi sklapaju, prenoseći svoju vlast na pojedinca ili grupu ljudi, odnosno na državu. Država je kao rezultat društvenog ugovora sredstvo osiguranja mira, vladavine prava, razuma i zakona. Iako postoje bitne razlike u njihovim stavovima, značajne doprinose razvoju teorije društvenog ugovora dali su filozofi Tomas Hobs (1588-1679.) i Džon Lok (1632-1704.), te kasnije Žan Žak Ruso (1712-1778.). Lok je smatrao da država mora štiti čovjekovo urođeno pravo na život, slobodu i privatno vlasništvo. Ovi principi su ugrađeni u kasnije pisane ustave. Ruso je smatrao da društveni ugovor osigurava prava pojedinca koja on ima u svom prirodnom stanju (sloboda, jednakost, ravnopravnost), te da je demokratija najbolji oblik vladavine koja garantira prava pojedinca. Još jedan politički mislilac izvršio je značajan utjecaj na ideje Francuske revolucije, ali i na tvorce američke Deklaracije nezavisnosti. Bio je to tvorac teorije o podjeli vlasti koju izlaže u svom djelu *O duhu zakona*, Monteskje (1689-1755.). Monteskje dijeli vlast na izvršnu, zakonodavnu i sudsku vlast, što je temelj modernih građanskih demokratija i ovu podjelu vlasti nalazimo u većini svjetskih ustava.¹⁰ On je vjerovao da, ukoliko je vlast podijeljena na različite ogranke, postoji mala mogućnost da se zloupotrijebi, a rezultat takve situacije bi bio da vlast djeluje u cilju zajedničke dobrobiti. Također, boreći se za građanska prava i slobode, veliki doprinos kasnijem razvoju ideja Francuske revolucije dao je i Volter (1694–1778.), koji je još promovirao princip odvojenosti crkve od države.

U Engleskoj je u XVII stoljeću doneseno još nekoliko povelja koje su dalje učvršćivala imovinska i lična prava i kao takve činile osnov za kasnije pisane ustave: Povelja o pravima (*Petition of Rights*, 1628.), koja predstavlja razradu

9 Festić, Raifa, *Common law i druge pravno historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008., str. 219-220.; McIlwain, Charles, *The Growth of Political Thought in the West*, Macmillan, New York, 1950., str. 389.

10 Vlasti se međusobno obuzdavaju, smatrao je Monteskje, na taj način što svaka grana vlasti sopstvenom snagom djeluje kao protivteža drugoj vlasti, kao protivvlast, ljubomorno čuvajući svoj djelokrug od posezanja drugih vlasti. Neumann, Fritz, *Demokratska i autoritarna država*, Naprijed, Zagreb, 1974., str. 163.

Velike povelje o ljudskim pravima; Zakon o nepovredivosti čovjekove ličnosti (*Habeas Corpus Act*, 1679.)¹¹ i Zakon o pravima (*Bili of Rights*, 1689.)¹².

Sporazum naroda (*Agreement of the People*, 1647.) i Zakon o ujedinjenju (*Act of Union*, 1707.) su bili akti koji su učvrstili ulogu parlamenta u Engleskoj sa tačno određenom ulogom kralja.¹³ Svi ustavni akti Engleske prožeti su idejom o ograničenju i kontroli političke vlasti, i to prije svega zakonodavne i izvršne vlasti, te garantovanjem osnovnih sloboda i prava čovjeka. Poučeni ovim primjerom, američki ustavotvorci su donijeli prvih deset amandmana o zaštiti ljudskih prava na Ustav SAD, a uloga Vrhovnog suda u njihovom tumačenju i primjeni uprave govore o duhu precedentnog prava.¹⁴ Ovi dokumenti su bili i ostali u historiji ljudskog društva višestruko značajni jer su predstavljali početak jedne nove ere koja je prethodila, i u određenom smislu dovela do pojave pisane ustavnosti. Otuda, u ovim dokumentima se i nalaze prve klice ustava.¹⁵

Revolucija nizozemskih provincija u drugoj polovini XVI stoljeća bila je istovremeno upravljena protiv katolicizma i protiv tuđeg, španskog feudalnog apsolutizma. Specifičnost Nizozemske revolucije je činjenica da je temeljni konsenzus u nizozemskim provincijama uspostavljen bez posebnog sazivanja ustavotvorne skupštine. Zato se može reći da je nizozemska revolucija bila ustavotvorna revolucija u širem značenju tog pojma, dok će tek američka revolucija biti prva ustavotvorna revolucija *stricto sensu*. Engleska revolucija dobila je svoje prvo značenje i historijsko mjesto ako se posmatra upravo kao

11 Ovaj dokument spada u najvažnije dokumente o pravu čovjeka ne samo u historiji Engleske već i svjetske ustavnosti. Kao jedan od najspecifičnijih instituta anglo-američkog prava, *Habeas Corpus Act* predstavlja osnovno sredstvo za garantovanje lične slobode od davne prošlosti sve do danas. Mrđenović, Dušan, *Temelji moderne demokratije – izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, IRO Nova knjiga, Beograd, 1989., str. 80.

12 Odredbe *Bill of Rights-a* utrlje su put ka parlamentarnoj demokratiji i njenim institucijama. S jedne strane, ovaj dokument je po prvi put postavio osnove novog položaja kralja kao ustavnog monarha i modernog odnosa izvršne i zakonodavne vlasti. Ali istovremeno je, s druge strane, učvrstio temelje individualnih prava i sloboda građana, i to ne samo u Velikoj Britaniji, nego i u SAD, pa i u mnogim drugim zemljama svijeta, bilo kroz neposrednu recepciju ili kroz stimulativnu inspiraciju. Ibidem, str. 100.

13 Kod ovih dokumenata radi se o ugovorima jedne feudalne aristokracije sa svojim lenskim gospodarima, te o osiguravanju ekskluzivnih privilegija za vodeće staleže. Razlučivanje jednog posebnog i samostalnog ustavnog prava, pravno reguliranje i organizacija vladavine ima svoje određene tačke i ugovorne početke u tzv. srednjovjekovnom konstitucionalizmu, u dogovorima, vladajućim ugovorima ili statutima koji određuju granice djelovanja vladara, međutim, samo na staleško-ugovornoj osnovi. Tako se i pisanost modernih ustava da svesti s jedne strane na srednjovjekovno redovništvo, ali i na staroenglesku tradiciju pisama slobode, tzv. *Colonial Charters*, povelje koje je engleska domovina dala kolonijama u Sjevernoj Americi. Ovi ovdje samo nagovještajni razvoji predstavljali su bitne prekretnice na putu ka modernom razumijevanju ustava. Op. cit. Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, str. 15.

14 Basta, Lidija, *Politika u granicama prava: studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, Istraživačko-izdavački centar SSO Srbije, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1984., str. 33., i Vasović, Vučina, *Savremeni politički sistemi: izbor dokumenata*, Savremena administracija, Beograd, 1976., str. 26-31.

15 Nikolić, Pavle, *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1995., str. 48.

svojevvrstan prijelazni oblik između Nizozemske i Američke revolucije. Stvaranje republike Ujedinjenih pokrajina u Holandiji, bila je prva pobjedonosna građanska revolucija u Evropi, iako s vrlo ograničenim uticajem. Mada je prva građanska revolucija izbila u Nizozemskoj u XVI stoljeću, kapitalistički odnosi su počeli da se razvijaju još od XVI stoljeća, u okvirima feudalnog društva. Dakle, prvi događaj za koji se smatra da Evropu i svijet uvodi u Novi vijek, predstavljala je jedna od mnogih pobuna protiv neumjerenih feudalnih obaveza i/ili strane vlasti, što je inače bila česta pojava u mnogim zemljama širom srednjovjekovne Evrope. Tek kasnije je ovaj događaj, koji se odigrao u XVI stoljeću, nazvan "Nizozemska revolucija" i dobio svoje posebno mjesto historiji, kao jedan od graničnika od kojih se računa nastanak Novog vijeka i moderne države.

Nesporno je da su Nizozemci bili prvi koji su izveli jednu klasičnu revoluciju: oformili su pobunjenički savez u borbi protiv španske tiranije, zbacili je (u sedam provincija) i nakon toga uspostavili novo republikansko i federalno uređenje, koje je poznavalo rudimentarnu podjelu vlasti i štitilo određena elementarna prava svojih građana.¹⁶ Nizozemska republika, iako veoma nesavršena i protivurječna, prva je u Evropi srušila stari režim, prošla kroz revolucionarnu promjenu i počela da funkcioniše kao (liberalna) ustavna država. Zbog svega što su Nizozemci u XVI stoljeću postigli revolucijom, Nizozemska je u literaturi s pravom proglašena za "dom građanske revolucije" ili čak zemlju koja je prva kročila u "modernu epohu".¹⁷ Nizozemska revolucija je prva u svijetu promijenila višestoljetne odnose, raskinula sa feudalizmom, ustanovila republiku¹⁸, ostvarila vjersku toleranciju, uvela u praksu princip narodne suverenosti¹⁹ i postavila temelje modernih država u

16 Fritz Mauthner pisao je svojevremeno da su u XVI stoljeću Nizozemci već bili "rođeni nehrišćani; čulni, nadasve čulni u protivstvu prema onostranim tendencijama srednjovjekovne crkve, čvrsto stojeći na svojoj zemlji koju su tako često otimali od mora, i od svih naroda, prvi opijeni idejom građanske i duhovne slobode. Nizozemska revolucija, takozvano odvajanje od Španije, uslijedila je prije i bila je kao obrazac mnogo značajnija za svijet nego Engleska revolucija u sljedećem stoljeću i Francuska revolucija dva stoljeća kasnije". Više o tome: Molnar, Aleksandar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi 2. Klasične revolucije: Nizozemska – Engleska – SAD*, Samizdat B92, Beograd, 2001., str. 12.

17 Ibidem, str. 10.

18 U Nizozemskoj je praktično prvi put na širem prostoru uspostavljeno republikansko uređenje (sa izuzetkom antičkih i srednjovjekovnih republika). Avramović, Sima, Stanimirović, Vojislav, *Uporjedna pravna tradicija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012., str. 252.

19 Prvu teorijsku elaboraciju federalizma dao je Johannes Althusius, koji je pred kraj XVI stoljeća u odbrani principa holandske revolucije protiv španske vlasti izložio naprednu teoriju narodnog suvereniteta. Za uzor svojim stajalištima ima holandsku, prvu demokratsku revoluciju. On se inspirira monarhomaškom literaturom i kalvinističkom motivacijom, jer revolucijom nastaje holandska država, složena država, ujedinjena od više provincija sa različitim jezikom, vjerom i tradicijom. Prema njegovom stajalištu "federativni ugovor", koji on naziva "consociatio", osnovni je odnos koji stvara veće i šire zajednice, uključujući i države. Prema njegovoj teoriji konstitucionalizma selo je federacija porodica, a grad je federacija gildova (korporacija zanata, trgovine i drugih djelatnosti). Gradovi i sela uspostavljaju federativne odnose u okviru oblasti ili provincija, a kraljevstvo je federacija takvih jedinica. Ovim udruživanjem se uspostavlja posebna zajednica, politički narod, kome pripada neotuđivi suverenitet. Sadiković, Elmir, "Federalizam u Evropi", Sarajevski žurnal za društvena pitanja, Sarajevo, vol. 1, br.1/2012., str. 166.

novom vijeku. Nizozemci ne samo što su uspostavili ustavnu državu u svojoj zemlji nego su krajem XVII stoljeća to isto učinili i u Engleskoj, dajući nezadovoljnim Vigovcima i Torijevcima pomoć u protjerivanju Džejmsa II i stvaranju novog aranžmana vlasti, koji će kasnije postati poznat pod nazivom "Engleski ustav". Zato se može zaključiti da Nizozemskoj pripada ogromna zasluga u oblikovanju novovjekovne Evrope: ona je prva afirmisala princip ustavne države, uspjela je da ga odnjeguje na svom tlu, a zatim presadi u Englesku, stvarajući time kritičnu masu za slamanje snaga starog režima u evropskim državama.²⁰

Razvoj engleske ustavnosti, kao što je već istaknuto, karakterišu evolutivnost i kontinuitet. U glavnim crtama, razvoj se kretao od apsolutne monarhije, preko jačanja uloge Parlamenta do uspostavljanja savremene ravnoteže između izvršne vlasti oličene u kabinetu, odnosno vladi i zakonodavne vlasti Parlamenta. Brojni su dokumenti o ljudskim pravima, o ovim institucijama vlasti i njihovim međusobnim odnosima postali izraz civilizacijskih vrijednosti. Pored značajnih povelja i zakona koje je donosio Parlament, englesku ustavnost su bitno oblikovali i običaji i sudska praksa. Zbog toga se može govoriti da Velika Britanija ima najdužu tradiciju ustavne vladavine i da se, s pravom, može smatrati pretečom ustavnosti. I pored činjenice da su brojni akti koji su doneseni bili ustavnog karaktera, u Engleskoj nije došlo do donošenja formalno-pravnog kodificiranog ustava.²¹ Međutim, iako je pokušaj njegove primjene propao, mnogi teoretičari smatraju da je upravo engleski akt *Instrument of Government*, 1653.), tzv. Kromvelov ustav, prvi pravi pisani ustav. Ovaj ustavni dokument konstituisao je izrazito jaku, ali ne i potpuno samostalnu i nezavisnu izvršnu vlast, čiji je glavni nosilac inokosni organ. Iako je doživio neuspjeh u svojoj zemlji, on je otvorio novo poglavlje u razvoju američkog konstitucionalizma, i doživio

20 Molnar, Aleksandar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi 2. Klasične revolucije: Nizozemska – Engleska – SAD*, str. 43.

21 Najčešći prikaz engleskog ustava u nizu izvora ustavnopravne provenijencije i jučer i danas sastojao se u isticanju njegove posebnosti. Takvim ga je ocrtavao npr. još Tomas Pejn, ali i kasnije, na sličan način npr. M. Jovičić. - "To, što se riječ ustav - kaže Pejn - u neengleskom Parlamentu neprestano ponavlja dokaz je da on ne postoji; sve je to vladavina bez ustava, koja sebi prisvaja prava koja želi. Da ustav postoji, na njega bi se sasvim sigurno moglo pozivati. Postojanje ustava prekinulo bi sve rasprave o bilo kojem konstitucionalnom pitanju. Jedan član kaže da je ustav ovo, drugi, da je ono - danas je ustav jedno, sutra nešto drugo - postojanje takvih rasprava zapravo pokazuje da on ne postoji. Prije je to bila opšta nadmoć Parlamenta - svemoć Parlamenta; otkako je, međutim, sloboda u Francuskoj napredovala, sve te fraze imaju despotski prizvuk. Engleski je parlament od Narodne skupštine naučio govoriti o ustavu, ne poznavajući njegovu bit". Ili piše M. Jovičić: - "U Engleskoj ne postoji nikakav dokument koji bi nosio naziv ustava ... Objašnjenje leži prije svega u specifičnom historijskom razvoju Engleske ... Osnovno ustavno pravilo glasi da je Parlament suveren ... Engleski Parlament snabdjeven ovakvim ovlaštenjima nije nikada smatrao potrebnim da u jednom trenutku fiksira ostvareni ustavni razvoj i donese dokument koji bi se zvao ustav ... U stalnom procesu uobličavanja ustava, koji ni danas nije završen, pojavljuje se kao osnovna odlika engleskog ustava njegova fleksibilnost...". "Ako se ustav sastoji od institucija, a ne od papira koji te institucije opisuje, britanski ustav nije nikad donijet, već je nastajao - i tu nema nikakvog papira". Opš.cit. Bačić, Arsen, „*Pisani ustav za Ujedinjeno kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske – kraj jedne epohe*“, Politička misao, Zagreb, vol. XXXI, br. 2/1994., str. 145.

praktičnu primjenu na sistemu predstavničke vlasti u Americi.²² Međutim, ovaj dokument, koji je sadržajno i formalno odgovarao zahtjevima ustava, ostao je neprimijenjen, jer je plemstvo smatralo da i bez njega ima dovoljno vlasti. Ovaj pravni dokument od 42 člana nije, ustvari, nikad stupio na snagu, jer je ubrzo uspostavljen kompromis sa feudalnim vladajućim krugovima. Iako nikad nije bio primijenjen, on je odigrao značajnu ulogu u širenju ideje o ustavu i o ustavnosti u najširem smislu. Upravo oni slojevi građanstva koji su napuštali Evropu protestujući protiv apsolutizma, nasilja i korupcije, i koji odlaze u Ameriku, tamo nakon proglašenja nezavisnosti, kroz deklaracije i ustave koje donose, pokušali su da ostvare primjenu onih načela zbog čijeg su odsustva u Evropi bili proganjani. I bez pisanog ustava u Engleskoj se tokom dužeg vremenskog perioda razvio onaj moderni konstitucionalizam kojem je za svoju historijsku učinkovitost s druge strane Atlantika bio potreban poseban konstituirajući čin.²³ Parlamentarni sistemi u ostalom dijelu Evrope (kontinentalnom), tamo gdje su preuzeti u monarhijskom obliku, imaju sličan institucionalni izgled kao u Engleskoj (monarha, parlament i vladu). Međutim, u ovim sistemima, tradicija, moglo bi se reći kult tradicije, ni izbliza nije prisutna u strogo engleskom smislu. Uticaj pisanog prava na ovim prostorima je znatniji, a samim tim je i ubrzaniji ritam pravno-političkih promjena. Takav je slučaj u skandinavskim zemljama (Švedskoj, Norveškoj i Danskoj) kao i u zapadnim evropskim monarhijama (Belgija, Holandija). Osim što je kolijevka parlamentarnog sistema, u Engleskoj je formirana i dvodomnost parlamenta, koja bi trebala osigurati učešće različitih interesa u prihvatanju zakonodavstva. Engleske političke institucije su izvršile veliki uticaj na mnoge zemlje, pa je još Monteskje istakao engleski politički sistem kao primjer kojem treba težiti, jer u njemu jedna vlast ograničava drugu, a bez toga nema potpune slobode.

Prvi pisani ustavi donose se s krajem XVIII stoljeća. Oni su jedan od rezultata uspjeha građanske revolucije a idejno politički donose se kao rezultat političkih i pravnih shvatanja koja su se razvila u predrevolucionarnoj građanskoj pravnoj i političkoj doktrini u okviru škole prirodnog prava i koncepcije o društvenom ugovoru. Nakon feudalizma u kojem su pisani pravni propisi vrlo rijetki, a pravna nejednakost građana obilježje sistema, pojava pisanih ustava značila je uvođenje pravne jednakosti, određenog stupnja formalne političke demokratije i, ograničavanjem dotad neograničene državne vlasti, određeno jačanje pravne sigurnosti i građanskih prava i sloboda ljudi.²⁴

U historijskoj svijesti svoga naroda Amerika nema nedinamični, rasparčani srednji vijek, sva razdoblja feudalizma. Postoje samo refleksije toga doba tokom XVII stoljeća kada su neki doseljenici dobijali od kralja Engleske neke feudalne povlastice na osvojenom zemljištu. Jer, kolonijalni sistem koji se tada

22 Basta, Lidija, *Politika u granicama prava: studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, str. 33.

23 Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, str. 32.

24 Šentija, Josip, *Opća enciklopedija Jugoslavenskog leksikografskog zavoda*, Treće izdanje, JLZ, Zagreb, 1982., str. 415.

javljao je po svim osobinama ranokapitalistički.²⁵ Američki donosioci ustava su se 1776. godine mogli neposredno nadovezati na svoja iskustva iz kolonijalnih vremena. Kolonije su imale *Charters* ili osnovne zakone u zatvorenoj i pisanoj formi, a koji su po uzoru na jezičku upotrebu, koja se u Engleskoj razvila nakon Slavne revolucije, bivali često nazivani *Constitution*. Ove *Colonial Forms of Government* ili *Colonial Charters*²⁶ bile su pravne norme formulirane u povelji, a koje su utvrdile obavezujuća ovlaštenja i granice domaće državne vlasti i ujedno pružale širok spektar prava kolonijalnim naseljenicima. Time je s jedne strane od početka bila ograničena moć guvernera, koji su direktno bili postavljeni od strane kralja u kolonijama kraljevske kuće, a s druge strane se kroz jednu formu prakticirane samoregulacije razvijao osjećaj zajedništva i samopouzdanja, koji su za revolucionarnu samokonstituciju 1776. godine bili od odlučujućeg značaja.²⁷ Istovremeno je uslijedio još jedan korak u konstitucionalizaciji novog političkog uređenja. Ustavi i kodifikacija individualnih prava su i formalno srasli u zajednički dokument. Tako je američki razvoj otišao dalje nego engleska ustavna tradicija. U SAD-u su tako subjektivna prava institucionalizirana u samo donošenje ustava. Individualna prava su postavila granicu državnoj vlasti, proglašena su pravom svrhom ustava i novog političkog uređenja u SAD-u. U toku američke borbe za nezavisnost došlo je do donošenja značajnih akata ("Katalog ljudskih prava", "Američka deklaracija o nezavisnosti" i „Ustav države Virdžinije“) koji se smatraju nekim od najvažnijih dokumenata u oblasti razvoja ljudskih prava. Prva deklaracija o ljudskim pravima, *Bill of Rights* iz Virdžinije, je možda još bila izvan ustava, ali je vrlo brzo, kao i deklaracije o pravima u Pensilvaniji i Masačusetsu, postala formalni sastavni dio ustava. Ustav američke države Virdžinije iz 1776. godine se uobičajeno smatra prvim pisanim ustavom. Ovaj ustav je sadržavao princip podjele vlasti na zakonodavnu, sudsku i izvršnu i proklamovao princip da vlast pripada narodu. U ustavu države Virginije na svečani se način proklamira: "Svi su ljudi po prirodi jednako slobodni i neovisni i posjeduju određena urođena prava"²⁸. Ovo načelo je najčišći izraz prava čovjeka i građanina, neovisno o historijsko-konkretnim pravnim i ustavnim odnosima bilo koje zemlje i svaki budući ustav morao je računati s ovom proklamacijom. U drugom članku odmah je formuliran temelj legitimacije svake državne vlasti: "Sva vlast pripada narodu i potječe od njega"²⁹. Povodom ove proklamacije Tomas Džeferson je pisao: "Da su svi ljudi stvoreni jednaki, a da životu pripada sloboda i težnja prema sreći, smatramo ove istine samorazumljivim. Da bi ova prava osigurali, stvorene su vlade među

25 Kuzmanović, Rajko, (2000) *Osnovi ustavnog sistema Sjedinjenih Američkih Država (sudski sistem)*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Banja Luka, 2000., str. 14.

26 Više o tome: Kurtović, Šefko, *Hrestomatija Opće povijesti prava i države, II knjiga, Novi vijek*, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 38-51.

27 Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, str. 34-35.

28 Kurtović, Šefko, *Hrestomatija Opće povijesti prava i države, II knjiga, Novi vijek*, str. 52.

29 Ibidem, str. 52.

ljudima, koje obavljaju vlast prema pravu dobivenu od onih kojima vladaju.”³⁰ Odmah je vidljivo da su postavljeni nosivi elementi moderne ustavnosti, u kojima vlada od samoga početka univerzalnost individualnog prava čovjeka i njegovo ozbiljenje u kontekstu narodne suverenosti. Ova napetost između individualnih prava čovjeka i narodnog suvereniteta ostaje trajna osobina modernih ustava.

Već je 1780. godine kroz formu pojedinačnih državnih ustava stvoren osnovni model republikanskog konstitucionalnog uređenja s pisanim ustavom. Na saveznoj razini od 1776. do 1781. godine SAD postoje bez formalnog ustava. 1781. godine donesen je konfederalni ustav, a 1787. godine donesen je Ustav SAD-a³¹, koji je ustanovio federalni oblik uređenja države i koji je još uvijek, uz naknadno usvojene amandmane, na snazi. Razvojem ustavnosti u SAD-u, došlo je do konstitucionalizacije individualnih ljudskih prava. Kao vrlo značajna karakteristika američkog ustavnog sistema je ta da su tvorci Ustava od 1787. godine prvi došli na pomisao da iznad svih organa vlasti stave jedan pisani akt kao najvišu pravnu vrijednost i što se središte državnog života nije više nalazilo u vlastodržcima - bilo u jednom čovjeku ili u jednom užem ili širem vijeću, - Senatu ili Skupštini, - nego se središte državnog života nalazilo u pravnim pravilima, pa je tako stvoren i vremenom jačan kult ustava.³² U Engleskoj je zakonodavnoj vlasti data premoć nad izvršnom i time spriječeno gaženje zakona od strane izvršne vlasti, a u SAD je i samoj zakonodavnoj vlasti postavljena granica pomoću ustava koji ova nije imala ovlaštenje da mijenja kao obične zakone.

Ustav SAD je izvršio ogroman uticaj na razvoj ustavnosti u svijetu.³³ Sistem predsjedničke vlade uspostavljen ovim Ustavom je prvi oblik ustavne republikanske vlade u svijetu. U Sjedinjenim Američkim Državama taj je ustavni model omogućio razvoj posebnog oblika odnosa između najviših federalnih tijela, zakonodavstva, izvršne vlasti i sudstva, utemeljenog na različitim oblicima međusobnog uticaja, u kojem se može govoriti o uzajamnom ograničavanju i nadzoru vrhovnih državnih tijela, tj. o djelotvornoj primjeni načela podjele vlasti kao instrumenta koji pridonosi uspostavi ustavne vladavine.

Kao što je parlamentarni sistem “pronađen” u Engleskoj predstavljao primjer za ugled širom svijeta, tako je i predsjednički sistem SAD uspostavljen

30 Walter, Laqueur, Rubin, Barry, *The Human Rights Reader*, Columbia University Press, New York, 1979., str. 107.,

31 Sa osvrtnom na značenje Ustava u američkim državama, Tomas Pejñ je primjetio: Ustav “je bio politička Biblija države. Bio je prisutan u svakoj porodici. Svaki član vlade je imao jedan primjerak; i ništa nije bilo više uobičajeno nego da kada nastane razlika u mišljenju o principu jednog propisa ili obima bilo koje ovlasti, da članovi odštampaju verziju ustava izvuku iz džepa i pročitaju dio koji se odnosi na kontraverzni predmet”. Ibidem, str. 12.

32 Jovanović, Slobodan, (1939) *Američki federalizam*, Politika i društvo, Beograd, 1939., str. 36-37.

33 Ističući karakter i značaj američkog Ustava, Ronald Dworkin objašnjava da ideal države u kojoj se ne vlada samo na osnovu prava, već i u skladu sa ustavnim principom zaštite ljudskih prava, predstavlja najvažniji doprinos koji je američka historija dala političkoj teoriji, te zaključuje da se zbog toga ustavni dokument može razumjeti kao “moralno jedro” društvene zajednice u Americi. Gajin, Saša, *Ljudska prava: pravno-sistemske okvir*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Centar za unapređivanje pravnih studija, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012., str. 135.

Ustavom SAD bio u mnogo slučajeva inspiracija u koncipiranju oblika državne vlasti, a ponekad je čak i neposredno kopiran.

Pod izravnim američkim uticajem, taj su sistem uređenja vlasti prihvatile brojne zemlje Latinske Amerike u svojim ustavima donesenim tokom XIX stoljeća nakon što su se oslobodile španjolske, odnosno portugalske kolonijalne dominacije³⁴, zatim niz zemalja Afrike nakon sticanja nezavisnosti, te dvije zemlje Azije (Južna Koreja, Filipini - gdje je predsjednički sistem uveden Ustavom od 1935. godine). Preuzimanje predsjedničkog modela vlasti nije se, međutim, pokazalo uspješnim. U gotovo svim primjerima zemalja Trećeg svijeta, taj je ustavni okvir poslužio kao osnova razvitka sistema koji se nazivaju prezidencijalističkim³⁵, jer u njima postoji gotovo potpuna dominacija državnog poglavara u sistemu uređenja vlasti. Smjena na vrhu državne piramide u tim zemljama u velikom broju slučajeva događa se državnim ili vojnim udarima, gdje se civilni režimi smjenjuju s vojnim gotovo kao pravilo (Bolivija, Brazil, Čile, Argentina, Paragvaj, Urugvaj, Gana, Gabon, Togo, Liberija).

Ustav SAD nije pružio iste rezultate u ostalim zemljama koje su prihvatile predsjednički sistem, prema američkom obrascu, upravo iz razloga jer nisu imale socijalne i ekonomske premise koje su imale SAD. Iako s uočljivim "institucionalnim imitacijama", rezultati i iskustva koje je polučio ovaj Ustav nigdje nisu ponovljeni. Takav Ustav je bio idealan za SAD, ali ne i za druge države i, svakako, postoje elementi u njemu koji su se sticajem okolnosti pokazali takvim da dosad još uvijek nisu došli u konflikt sa realnošću.³⁶

U nizu zemalja Latinske Amerike, kao što su primjerice Argentina, Brazil, Meksiko i Venecuela, u različitim historijskim, političkim i ekonomskim uslovima, te u bitno različitim uslovima političke kulture i tradicije, američki ustavni model, koji je nedvojbeno uticao na njihove ustave, doveo je do potpuno različitih posljedica. Veoma zanimljiv primjer je Kanada, gdje je federalizam uveden u kombinaciji s britanskim načelom parlamentarne suverenosti. Iskustvo je pokazalo da se američki Ustav ne da tek tako kopirati. Među brojnim razlozima ove opšte nemogućnosti svakako nije najmanje važan kompleks neformalnih institucija, nivo društvene svijesti i karakter tradicije i kulture. Svi ti elementi postavljaju tvrda ograničenja karakteru ustavnih rješenja koja jedno društvo može da apsorbuje. Pa ipak, i kad se uzme u obzir ovo nesumnjivo i univerzalno zastupljeno ograničenje, ovaj Ustav ostaće veliki izvor inspiracije i kao pravni akt iz kojeg će budući zakonodavci moći mnogo da nauče. Značaj američke revolucije je u tome što je u ustavotvornoj fazi revolucije 1787.-1791. godine, našla snage da

34 Venecuela 1811., Meksiko 1812., Argentina 1819., Brazil 1822. godine. Osim Brazila, koji je u periodu 1822-1889. godine bio carstvo, i Meksika, koji je naizmjenično bio carstvo i republika, sve ostale države su republike i svoje su ustave donijele u velikoj mjeri inspirirane načelima pa i konkretnim rješenjima Ustava SAD iz 1787. godine. Više o tome: *Opća enciklopedija* ..., str. 416.

35 Prezidencijalizam se naziva sistem koji proizilazi iz predsjedničkog sistema, ali koji ne poštuje osnovne vrijednosti na kojima se zasniva taj sistem, tj. podjelu vlasti i ravnotežu vlasti.

36 Sadiković, Ćazim, (1998) *Politički sistem*, Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1998., str. 198.

se odupre izazovima (kako republikanskih, tako i liberalnih) inoviranja državnog rezona i omogućiti najoptimalniji politički kompromis „prosvjetiteljskog koncepta slobode – onog koji su ustavopisci razumjeli i prigrlili – (...) sa klasičnom vizijom ograničene republikanske vlade“. Individualne slobode koje su zaštićene jakim ustavnim garancijama, ostale su najvažnijom tekovinom američke revolucije.³⁷ Inspiriran brojnim naučnim teorijama, savremeni federalizam, kao poseban političko-pravni oblik organizacije država, praktično je primijenjen krajem XVIII i početkom XIX stoljeća u Sjevernoj Americi i Zapadnoj Evropi. Najznačajniju fazu u teoriji i praksi federalizma predstavlja pojava američkog modela federalizma koji je izražen u ustavu Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine. Ustavni koncept američkog federalizma je nastao na iskustvima neefikasne konfederativne vlasti, koja nije mogla osigurati funkcioniranje države u uslovima razvijenog kapitalističkog društva. Američki model federalizma je imao snažan uticaj na formiranje federacija u drugim državama.³⁸ Američko federalno uređenje uspostavljeno Ustavom iz 1787. godine bilo je kasnije podsticaj i uzor prilikom obrazovanja praktično svih drugih federacija, a naročito često je ponavljan oblik dvodomnog predstavničkog tijela sa jednim domom kao predstavništvom federalnih jedinica. Teorija i praksa federalizma su dugo vremena bile zasnovane isključivo na iskustvima SAD, prve savremene federacije. Veliki uticaj američkog federalizma ima se pripisati i tome što je njegova teorija otvorila prostor za pluralizam grupa, interesa i regionalnih različitosti u okvirima federalizma a to je iskorišteno i u Americi i van nje.³⁹ Iskustva, kao i teorijska dostignuća do kojih se došlo u toku dugogodišnjeg funkcionisanja američke federacije, imala su i svoj neposredni odraz na teoriju i praksu federalizma u SSSR, Jugoslaviji, Čehoslovačkoj - koje, mada kao federacije nastale u sasvim drugim historijskim okolnostima i povodima, nisu u svom konstituisanju mogle mimoći i ugraditi neke tekovine i elemente klasičnog američkog federalizma.⁴⁰ Izgleda da će se tvorcima ustava u mnogim zemljama u svijetu još dugo suočavati sa okolnošću da u američkom Ustavu imaju primjer koji u brojnim komponentama valja oponašati, ali i jedan visoki filozofski i pravnički domet iz koga mnogo toga može da se naučiti.⁴¹

U Francuskoj je na početku izgledalo kao da će se novo političko uređenje, koje se moralo osnovati nakon pada *Ancien Regime*, konstituisati prema američkom uzoru. Međutim, razvoj konstitucionalizma u Francuskoj je krenuo sasvim drugim tokom. Nije više bio pisani ustav taj koji je bio važan, kao što je to bio slučaj u

37 Molnar, Aleksandar, „Svetlost slobode u veku prosvjetiteljstva (2): Engleska i Francuska“, Filozofija i društvo, Beograd, vol. 22, br. 2/2011., str. 134.

38 Sadiković, Elmir, *Federalizam u Evropi*, str. 167.

39 Hamilton, Aleksandar, Madison, Džejms, Džon, Dej, *Federalistički spisi*, Radnička štampa, Beograd, 1981., str. 158.

40 Mujačić, Mahmut, *Američka federacija*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1991., str. 391-392.

41 Bačić, Arsen, „Ustavne promjene i dileme konstitucionalizma“, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 4/2009., str. 656.

Sjevernoj Americi. Od 1791. godine Francuzi su poznavali brojne ustave, ali oni nisu bili ništa drugo osim instrumenata i organizacijskih statuta vladanja. Velika revolucija iz 1789. godine, previranja i promjene režima, kao i politička uređenja sa sobom su donijela nove ustave. Ali vladajući sistem kao i političko uređenje nisu se definirali kroz ustav. Ispred ustava je bila ‘nacija’ i *la nation* je do 1789. godine bila predstavljana od strane kralja, a nakon toga ubrzo kroz narod i njegov suverenitet. Jakobinski ustav iz 1793. godine narodu je dao suverenitet. Godine 1789. je to bio treći stalež, napredujuće građanstvo koje je suverenitet zahtijevalo za sebe, tako što se proglasilo nacijom. Nakon kraja *Ancien Regime*a i feudalno-apsolutističkog sistema, narod je predstavljao naciju koja je postala republikanska. Nacija je bila osnovna politička jedinica Francuske, ustav nije morao tek da konstituirati ovu jedinicu, drugačije nego u SAD-u. Republika i nacija su time imale prednost nad ustavom, zbog čega u francuskom konstitucionalizmu ustav nije mogao zauzeti rang koji je imao već s druge strane Atlantika. Napet odnos između Deklaracije o pravima čovjeka i građanina s jedne strane i čvrstog suvereniteta parlamentarnog zakonodavca s druge strane, a koji se pojavljuje i 1789. godine kao i 1791. godine u različitim članovima i deklaracijama o ljudskim pravima i revolucionarnim ustavima, na kraju će odlučiti u korist suvereniteta zakona i na račun prednosti ustava. To i objašnjava zašto nije bilo moguće da Francuska ima jednu ustavnosudsku vlast sličnu onoj američkog Vrhovnog suda, koja bi ustavu osigurala prednost nad običnim zakonodavcem.⁴²

Uticaj Francuske revolucije na razvoj evropske ustavnosti bio je neposredan i posredan. Neposredan, u onim zemljama koje su nakon revolucije, ali i kasnije, tokom XIX stoljeća, donosile svoje ustave i u njih ugrađivale revolucionarne ideje i institucije, konstitucionalizovane u francuskim revolucionarnim ustavima iz 1791., 1793. i 1795. godine. Posredan je bio u državama poput Austrije, Turske i Rusije, koje su se snažno opirale ukidanju apsolutističke monarhije i uvođenju ustava. Pa ipak, i u zemljama poput ovih, postojale su snage koje su se, nadahnute revolucionarnim idejama, borile protiv postojećih režima i koje su, promičući te ideje, u konačnici uticale na ukidanje stega feudalnog poretka i ublažavanje apsolutizma.⁴³

U oblasti organizacije vlasti Francuska revolucija je iznjedrila brojne institucije koje su bile značajne za oblikovanje modernih ustavnih sistema. Među njima najveći značaj imaju institucija pravne države i sistem odgovornosti. Uvođenje ovih institucija u pravno-političku praksu značilo je zamjenu režima samovolje i pravne nesigurnosti, ‘u kojem je zakon bio ono što se vladaru sviđa (*quod principi placuit*) i u kojem uprava i sudstvo nisu bili u pravom smislu riječi vezani pravom’ režimom u kojem, u skladu sa odredbama Deklaracije o pravima čovjeka i građanina, zakon mora biti jednak za sve, i kada štiti i kada kažnjava

42 Op. cit. Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, str. 43-44.

43 Jovičić, Miodrag, „*Uticaj Francuske revolucije na ustavni razvoj u Evropi*“, u „Francuska revolucija, ljudska prava i politička demokracija nakon dvjesto godina“, Zbornik radova sa naučnog skupa, Jugoslovenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1989., 333-334.

i u kojem nosioci javnih funkcija podliježu političkoj, krivičnoj i materijalnoj odgovornosti. Vladavina prava koja je drugi naziv za pravnu državu i sistem odgovornosti, izražen načelom odgovorne vlade, po prvi put u Evropi, regulisani su pravnim normama revolucionarnih francuskih ustava i Deklaracija, naročito Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, a godinama kasnije svoje su mjesto pronalazili i u ustavima svih evropskih država. Na ovaj je način Francuska revolucija promicala revolucionarne, prosvjetiteljske ideje na kojima je bila utemeljena i putem pravnih akata koje je donosila, a u kojima su ove ideje bile otjelotvorene, uticala na razvoj moderne evropske ustavnosti.

Na temeljima Francuske revolucije nastali su brojni instituti od značaja za dalji razvoj ustavnosti, kao što su: uvođenje vladavine prava, uspostavljanje sistema odgovornosti, naročito odgovorne vlade, te principa jednakosti zakona za sve. Nova, prosperitetna građanska klasa nadahnjivala se naprednim idejama, koje su tražile jednakost uslova za sve i uvođenje osnovnih građanskih prava i sloboda. Važan element u tome je bila i borba za ustav, kao "uslov slobode". Ustav je imao pravo da ograniči monarhovu vlast, uvede režim zakonitosti i osigura prava građana. Podsticaj naprednim snagama francuskog društva toga vremena pružali su i nekoliko godina ranije uspješno okončana borba američkog naroda za nezavisnost i donošenje ustava od 1787. godine, baziranog na istim naprednim idejama koje su nadahnjivale i francuske revolucionare.⁴⁴ Dalje, njen veliki značaj je u afirmaciji ideja podjele vlasti, narodnog suvereniteta i ljudskih prava i sloboda. Jedan od najznačajnijih akata koji je afirmirao ljudska prava i slobode i obuhvatio materiju koja se odnosi na organizaciju vlasti, jeste francuska Deklaracija o pravima čovjeka i građanina (1789. godine). Sadržavajući odredbe ustavnog karaktera, Deklaracija je u obliku preambule postala sastavni dio kasnijeg francuskog ustava. Nastala na temelju ideja Francuske revolucije, Deklaracija je utvrdila princip narodne suverenosti ("niko, ni pojedinac, ni grupa ljudi, ne može vršiti vlast koja ne proizlazi neposredno iz naroda") i promovirala principe jednakosti i slobode. Deklaracija je snažno afirmirala značaj ustava ističući da "svakom društvu u kojem nisu zagarantirana prava i u kojem ne postoji podjela vlasti, nedostaje ustav". Deklaracija je usvojila princip podjele vlasti, a njen značaj se naročito ogleda u njenom utjecaju na širenje ideja o ljudskim pravima koja "vrijede za sva vremena". Kroz ovaj dokument u Francuskoj su postavljeni temelji moderne demokratije i pravne države, ali i uzor na koji će se ugledati cijeli svijet.⁴⁵ Deklaracija je nesumnjivo utjecala na Sjedinjene Američke Države, koje

44 Jovičić, Miodrag, *Ustavni i politički sistemi: Savremeni politički sistemi*, Službeni glasnik, Beograd, 2006., str. 130.

45 Francuski pisac Claude Lefort izveo je uspješnu sintagmu konstatirajući da je Francuska revolucija proces "izumijevanja demokratije" u kome se problem institucionalizacije slobode u jednakosti javlja kao središnji problem Revolucije. Demokratija se rađa, započinje svoj krivudavi hod, zbacivanjem aristokratskog društva, apsolutističke monarhije i prevlasti katoličke vrkve. Više o tome: Vejvoda, Ivan, „*Francuska revolucija kao proces izumjevanja demokratije*“, u : Sloboda, jednakost, bratstvo: Francuska revolucija i suvremenost, Institut za evropske studije, Beograd, 1990., str. 112.

su nekako u isto vrijeme formulisale svoj Bil o pravima.⁴⁶

Misli slobodnog zidara La Fayette-a, Talleyranda, Sieyesa i Monniera, izražene u Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine postale su kasnije idealima novog društvenog poretka u zapadnoj Evropi i u cijelom kulturnom svijetu, koji se izgrađivao u savremenoj građanskoj državi po uzoru zapadno-evropskom, a u obliku liberalno-parlamentarnom. Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine je poslužila kao preambula prvog francuskog Ustava iz 1791. godine. Kao “prirodna i građanska prava” razrađuju se i proširuju mnoga prava iz Deklaracije prava nastale 1789. godine.⁴⁷ Iako je ovim ustavom zadržana monarhija, vlast kralja je značajno ograničena. Ovim ustavom je prvi put uveden institut poslaničkog imuniteta. Nakon ovog ustava, slijedila su dva bitna ustava i to 1792. i 1793. godine, koja nisu bila primijenjena, ali su imala zantan uticaj na dalji razvoj ustavnosti i demokratije. U tom smislu je posebno zanačajan ustav iz 1793. godine, tzv. “Montanjarski” ustav, koji je usvojen voljom naroda na referendumu i tako postao najdemokratskiji akt tog perioda. Bazirao se na Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina (iz 1789. godine), propagirao je jedinstvo vlasti i narodne suverenosti, predvidio skupštinski sistem i proširio katalog prava čovjeka, uvodeći nova socijalna prava. Značaj ovog ustava je u tome što je afirmirao princip razvoja pravne države.

Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine uticala je na stvaranje pravne i političke misli uopšte. Talas revolucionarnih dekreta, koji je uslijedio, otkrivao je pravce, glavna područja pravne intervencije, značaj društvenih odnosa i sve drugo što predodređuje ulogu “pisanog prava”. Tako je stvaran čitav jedan mehanizam zakonodavstva koji će kasnije preuzeti ogromne zadatke. Na taj način su tehničke pogodnosti, a posebno zakonodavna procedura, bili na liniji maksimalnog uzdizanja autoriteta ustava, zakona i drugih akata, što je karakteristika prava modernog doba i modernih demokratija. Deklaracija o pravima, kao i cijeli revolucionarni proces, bila je nagovještaj modernog državno-pravnog poretka, kako u samoj Francuskoj tako i u ostalim zemljama u Evropi i svijetu. Tako je postepeno izrasla jedna civilizacijsko-kulturna tvorevina u sferi politike, ali namijenjena ostvarivanju ne samo klasnih već i društvenih interesa. Svojevrsnom institucionalizacijom država se postavlja u pravne okvire, poput svih ostalih subjekata. Tako je usavršena tzv. “pravna država” kao jedino primjeren oblik demokratski uređenog društva. Tekovine Francuske revolucije, prije svega Deklaracija o pravima iz 1789. godine, smatraju se jednom od glavnih etapa u oblikovanju moderne demokratije. Modernu demokratiju ne čini samo “politički režim”, utemeljen na kombinaciji predstavničkog sistema i opšteg prava glasa, nego i “društveni režim”, označen nepostojanjem statusnih nejednakosti aristokratskog tipa.⁴⁸ Principi izneseni u francuskoj Deklaraciji o pravima iz

46 Avramović, Sima, Stanimirović, Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, str. 297.

47 Milojević, Miodrag, „*Francuska revolucija i ljudska prava*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. XXXIX, br. 4/1991., str. 374.

48 Raynaud, Philipe, *Demokracija*, Naše teme, Zagreb, 1990., str. 112.

1789. godine, nalaze se, a i znatno su prošireni i "obogaćeni", i u savremenim ustavima gotovo svih država svijeta. Savremeni ustavi predstavljaju proširenje političke i pravne civilizacije ustavnosti i nacionalne vladavine. Sve se to ujedno dešava u socijalnim, političkim, nacionalnim i etničkim sukobima i previranjima, institucionalnim nestabilnostima i neizvjesnostima, kao i pokušaju stvaranja novih društvenih i političkih oblika. Međutim, usprkos svemu ideje ustava i ustavnosti su neuništive i do sada neprevaziđene a time i ideje iznesene još 1789. godine u francuskoj Deklaraciji prava čovjeka i građanina koja u članu 16. kaže: "Svakom društvu u kojem nisu zajamčena prava i u kome ne postoji podjela vlasti nedostaje Ustav".⁴⁹

Zaključak

Demokratska ustavna država prvi put se u Evropi pojavljuje u modernoj epohi, ali njeni korijeni sežu mnogo dublje u historiju. Revolucijama u evro-atlanskom regionu Evropa se transformisala od tradicionalnog u moderno društvo. Uporedo sa transformacijom Evrope tekao je proces nastanka moderne države na sjeveru američkog kontinenta. Postojali su različiti putevi na kojima se izgradio moderni konstitucionalizam. Revolucionarni procesi, posredovani na različite načine, odredili su čitavo novovjekovno političko kretanje. S revolucionarnim događajima, koji su osigurali prevlast narodnog suvereniteta, dobili su moderni ustavi svoju definitivnu osnovnu strukturu. Demokratske reforme i revolucije u Evropi i Sjevernoj Americi pokrenule su novo utemeljenje države na demokratskim vrijednostima slobode i jednakosti građana uz suverenost naroda u nacionalnoj državi. Ali konkretne su mjere u izgradnji demokratske države kroz to vrijeme bile organizacijske prirode. One su bile usmjerene na organizaciju predstavničkih skupština kojima je povjerena vrhovna vlast donošenja obaveznih opštih propisa, zakona u državi i odvajanje i suprostavljanje zakonodavnih tijela, organa izvršne vlasti i hijerarhije sudova. Skupštine predstavnika izabраних od građana trebale su ostvariti narodnu suverenost, a podjela vlasti zaštititi građane od jedinstveno organizirane državne sile. Ove mjere povlačile su za sobom i implicirale načelo ustavnosti i zakonitosti, jamstvo ljudskih i građanskih prava pojedinaca od strane državne vlasti. Njihov je praktični cilj bio kontrola izvršne vlasti i državne uprave od strane izabраних političkih tijela i nezavisnih sudskih institucija, zaštita građana od neovlaštenog uplitanja države u njihovu privatnu sferu, ukratko, jamstvo pravne države.

Upravo iz historijskog iskustva, što su atlantske revolucije učinile za razvoj ustavnosti u svijetu i oblikovanje moderne demokratije, izučavanje ovog fenomena će ostati veliki izvor inspiracije iz kojeg će mnogi ustavotvorci i zakonodavci

⁴⁹ Pobrić, Nurko, „*Svojstva i funkcije modernog ustava*“, Pravna misao: časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 9-10/2011., Sarajevo, str. 69.

moći da nauče kako pristupiti regulisanju ključnih komponenti u interpersonalnim i opštedruštvenim odnosima.

Literatura:

1. Avramović, Sima, Stanimirović, Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
2. Bačić, Arsen, „*Pisani ustav za Ujedinjeno kraljevstvo Velike Britanije i Sjeverne Irske – kraj jedne epohe*“, Politička misao, Zagreb, vol. XXXI, br. 2/1994.
3. Bačić, Arsen, „*Ustavne promjene i dileme konstitucionalima*“, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 4/2009.
4. Basta, Lidija, *Politika u granicama prava: studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, Istraživačko-izdavački centar SSO Srbije, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1984.
5. Festić, Raifa, *Common law i druge pravno historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.
6. Gajin, Saša, *Ljudska prava: pravno-sistemiški okvir*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Centar za unapređivanje pravnih studija, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
7. Hamilton, Aleksandar, Medison, Džems, Džej, Džon, *Federalistički spisi*, Radnička štampa, Beograd, 1981.
8. Jovanović, Slobodan, *Američki federalizam*, Politika i društvo, Beograd, 1939.
9. Jovičić, Miodrag, „*Uticaj Francuske revolucije na ustavni razvoj u Evropi*“, u „*Francuska revolucija, ljudska prava i politička demokracija nakon dvjesto godina*“, Zbornik radova sa naučnog skupa, Jugoslovenska akademija znanosti i umjestnosti, Zagreb, 1989.
10. Jovičić, Miodrag, *Ustavni i politički sistemi: Savremeni politički sistemi*. Službeni glasnik, Beograd, 2006.
11. Kurtović, Šefko, *Hrestomatija Opće povijesti prava i države, II knjiga, Novi vijek*, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2005.
12. Kuzmanović, Rajko, *Osnovi ustavnog sistema Sjedinjenih Američkih Država (sudski sistem)*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Banja Luka, 2000.
13. McIlwain, Charles, *The Growth of Political Thought in the West*, Macmillan, New York, 1950.
14. Molnar, Aleksandar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi, 2. Klasične revolucije: Nizozemska – Engleska – SAD*, Samizdat B9, Beograd, 2001.
15. Molnar, Aleksandar, „*Svetlost slobode u veku prosvjetiteljstva (2): Engleska i Francuska*“, Filozofija i društvo, Beograd, vol. 22, br. 2/2011.
16. Neumann, Franz, *Demokratska i autoritarna država*, Naprijed, Zagreb, 1974.

17. Milojević, Momir, „*Francuska revolucija i ljudska prava*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. XXXIX, br. 4/1991.
18. Mrđenović, Dušan, *Temelji moderne demokratije – izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, IRO Nova knjiga, Beograd, 1989.
19. Mujačić, Mahmut, „*Američka federacija*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1991.
20. Nikolić, Pavle, *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1995.
21. Pobrić, Nurko, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar, 2000.
22. Pobrić, Nurko, „*Svojstva i funkcije modernog ustava*“, Pravna misao: časopis za pravnu teoriju i praksu, Sarajevo, br. 9-10/2011.
23. Posavec, Zvonko, *Nekoliko opaski o pojmu pravne države*, Politička misao, vol. XXXIV, br. 4/1997.
24. Raynaud, Philipe, *Demokracija*, Naše teme, Zagreb, 1990.
25. Sadiković, Čazim, *Politički sistem*, Studentska štamparija Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 1998.
26. Sadiković, Elmir, „*Federalizam u Evropi*“, Sarajevski žurnal za društvena pitanja, Sarajevo, vol. 1, br.1/2012.
27. Smerdel, Branko, Sokol, Smiljko, *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.
28. Šentija, Josip, *Opća enciklopedija Jugoslavenskog leksikografskog zavoda*, Treće izdanje, JLZ, Zagreb, 1982.
29. Vasović, Vučina, *Savremeni politički sistemi: izbor dokumenata*, Savremena administracija, Beograd, 1976.
30. Vejvoda, Ivan, „*Francuska revolucija kao proces izumevanja demokratije*, u : Sloboda, jednakost, bratstvo: Francuska revolucija i suvremenost“, Institut za evropske studije, Beograd, 1990.
31. Vorlander, Hans, *Ustav: ideja i historija*, University Press, Sarajevo, 2012.
32. Vukasović, Predrag, „*Amerika ili Rim – ima li osnova za ideologiju?*“, Strani pravni život, Beograd, br. 1/2008.
33. Zlokapa, Zdravko, *Demokratski politički sistemi, stvoreni da traju: United Kingdom&United States*, Centar za publikacije, Banja Luka, 2000.
34. Walter, Laqueur, Rubin, Barry, *The Human Rights Reader*, Columbia University Press, New York, 1979.

Abstract: Modern European constitutionality has developed under the influences of the Netherlands, British, American and French Revolutions. It should be emphasized that the influence of the French Revolution on the development of constitutionality was the largest and most immediate, given its autochthony and originality. The Atlantic revolutions were the origin of modern constitutionality and formed the paradigm of constitutional solutions. The Western societies had a different history characterized by national particularities and cultures, but shared the same common features of libertarian survival. The great revolutions of the late eighteenth century (primarily American and French) had a deep democratic significance, because they strived towards the liberation from any kind of domination, the collapse of any absolutism, privileges and privileges, and strived towards political freedom and the freedom of economic development. The particular significance of the revolutionary declarations and other constitutional documents is that they underpin the foundations of modern democracy and its integral elements.

Key words: The Atlantic revolutions, the constitution, constitutionalism, modern democracies

dr. sc. Haris Omerika, docent

Ekonomski fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

Alem Merdić, MA, viši asistent

Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici

mr. sc. Mustafa Sarajlić

Studentski biro 99, Tuzla

HISTORIJSKI RAZVOJ EKONOMSKOG NEOLIBERALIZMA I NJEGOVA PRIMJENA U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA

Sažetak: Zemlje Zapadnog Balkana nastoje po uzoru na najjače ekonomije svijeta osigurati stabilan rast i razvoj nacionalnih ekonomija. Kako je neoliberalni koncept ekonomije prihvaćen kao osnovno sredstvo za kreiranje napretka, prosperiteta, te novog globalnog poretka, tako su i zemlje Zapadnog Balkana poslije ratnih sukoba s početka '90-ih godina prešle sa centralno-planske na tržišnu ekonomiju. Navedena činjenica je predstavljala početak primjene novog, neoliberalnog, koncepta ekonomije. Prema tome, cilj ovog istraživanja je bio utvrditi uticaj primjene neoliberalnog koncepta ekonomije na nacionalne ekonomije zemalja Zapadnog Balkana, posmatrano kroz njihove najvažnije makroekonomske indikatore. Analiza je obuhvatila period od 2000. do 2016. godine. Osnovni rezultati istraživanja ukazuju na negativne efekte primjene neoliberalnog koncepta ekonomije na osnovne makroekonomske pokazatelje zemalja. Također, refleksija svjetske finansijske krize na ekonomske trendove u regionu ukazuje na visok stepen zavisnosti nacionalnih privreda od globalnih ekonomskih tokova, te međunarodnih finansijskih institucija.

Ključne riječi: neoliberalizam, nezaposlenost, budžetski deficit, trgovinski bilans, inflacija

UVOD

Neoliberalizam se u posljednjih nekoliko decenija, a posebno slomom komunističkog sistema u Evropi, predstavljao kao sredstvo ostvarenja novog globalnog poretka koji se zasniva na slobodi tržišta, ali i dominantne političke filozofije zamišljenje na principima individualizma. Novi, neoliberalni koncept ekonomije usmjeren je prije svega u svrhu interesa privatnog kapitala i vlasništva, a često je u određenim djelima okarakterisan kao konačno stanje prema kojem se sva društva nedvosmisleno kreću.

Glavna obilježja neoliberalizma su reduciranje i otklanjanje državnih regulativa iz ekonomije, smanjenje javne potrošnje, liberalizacija trgovine i finansija, te privatizacija. Rezultati liberalizacije zapravo se svode na

maksimalizaciju uloge tržišta kao glavnog regulatora ne samo ekonomskog života, već gotovo svih sfera društvenog života. Protagonisti teorije tvrde da se omogućavanjem slobodnog prolaska kapitala, dobara i usluga stvaraju preduslovi za maksimizaciju profita i za najveću efikasnost. Takav bi pristup svim državama trebao omogućiti prosperitet i jednaku šansu za uspjeh. Neoliberalizam se temelji na individualizmu, odnosno na uvjerenju da pojedinac prvobitno djeluje u vlastitom interesu, pa je stoga glavni zadatak države da mu to omogući, a rezultat je dobrobit i napredak cijelog društva.¹

1. Historijski razvoj neoliberalnog koncepta ekonomije

Uspón neoliberalizma kao ekonomske doktrine nije predstavljala sasvim nove ideje i poglede. Naime, takve ideje još u svom radu promovisao je Adam Smith krajem XVIII i početkom XIX stoljeća. Sredinu XX stoljeća je karakterisao period poslijeratne obnove, državnog upliva u ekonomiju, kreiranje socijalne države, gdje ideje individualizma i zakona tržišta nisu nailazile na plodno tlo. Upravo u tom periodu (1944) član austrijske ekonomske škole Friedrich Hayek je napisao poznato djelo *Put u ropstvo*, gdje je promovisao ideje slobodnog tržišta i individualizma.

Koncept neoliberalizma zasnovan je na ideji preispitivanja državne moći, sredinom XX stoljeća kada je osnovano društvo Mont Pelerin. Ovo društvo je osnovano 10. aprila 1947. godine na konferenciji, održanoj od strane Friedrich Hayek-a. Društvo je ime Mont Pelerin dobilo po mjestu u Švicarskoj, na kome je pomenuta konferencija i održana. Cilj konferencije je bio da se pozovu naučnici iz raznih oblasti (od ekonomije, filozofije, pa sve do historije), kako bi se razgovaralo o sudbini trenutnog liberalizma, ali i mogućim metodama borbe protiv moći države odnosno o nastanku neoliberalizma. Osnivači navedenog društva su bili: Fridrih Hajek, Frank Knight, Karl Popper, Ludvig fon Mizes, George Stigler, te Milton Friedman čiji je osnovni cilj bio konstantna borba za slobodu izražavanja, provođenje politike slobodnog tržišta, te čuvanje i jačanje slobodnog društva. Hayek je bio glavni zagovornik ideje da temelj društva treba biti naučna zajednica protiv kolektivismu. Mont Pelerin je istakao da se srž interesovanja pomenutog društva treba temeljiti na:²

- analiziranju trenutne krize koja je zasnovana na ekonomskom porijeklu i moralnim obavezama,
- preciziranju razlike između totalitarnog i liberalnog poretka,
- načinu stvaranja takve vladavine prava u kojoj pojedinci i grupe nisu u mogućnosti da ometaju slobode drugih,

1 Vidović, D. i Pauković, D., (2006), *Globalizacija i neoliberalizam - refleksije na hrvatsko društvo*. Zagreb: Centar za politička istraživanja, str. 48.

2 Prilagođeno prema: Mont Pelerin Society (2015), <https://www.montpelerin.org/montpelerin/mps/Goals.html> (Datum pristupanja: 15.6.2017.)

- uvođenju osnovnih standarda koji se ne suprostavljaju inicijativi i funkcionisanju tržišta,
- načinu eliminisanja zloupotrebe historije u svrhu podsticanja vjeroispovijesti koje negativno utiču na slobodu i
- postojanju međunarodnog poretka bi doprinosilo osiguravanju mira, te bi omogućavalo jačanje dobrih međunarodnih ekonomskih odnosa.

Važno je istaći da je od ukupno trideset šest članova društva Mont Pelerin, čak njih osam dobilo Nobelovu nagradu iz ekonomske naučne oblasti. To su: George Stigler, Maurice Allais, Gari S. Beker, Milton Friedman, Vernon Smith, Fridrih Hajek, Ronald Coase, te James M. Buchanan. Međutim, najznačajniji za jačanje ideje neoliberalizma je poznati teoretičar David Harvey.

Univerzitet koji je proizveo najveći broj Nobelovih nagrada je Univerzitet u Čikagu, a najistaknutiji sa tog Univerziteta je Ekonomski fakultet. U sklopu spomenutog Univerziteta nastala je Čikaška škola ekonomije, koja je do sredine 1970-ih godina potpuno potisnula kejnsezianizam, a dovela do procvata monetarizma. Čikaška škola se zalaže na kategoričnom vjerovanju pozitivnog uticaja neoklasične teorije cijena, te normativnom položaju koji ima za cilj da istakne i jača slobodno tržište i ekonomski liberalizam.

Među najpoznatije predstavnike čikaške škole ubrajaju se James M. Buchanan i Gari Beker. Gari Beker je Nobelovu nagradu iz oblasti ekonomije dobio 1992. godine, a suština njegovog rada se temeljila na temi seksualnih odnosa, kriminala, robstva i droga, sve pod pretpostavkom racionalnog ponašanja ljudi. James M. Buchanan je Nobelovu nagradu dobio 1986. godine, zahvaljujući svom radu koji se temeljio na teoriji javnog izbora. Za vrijeme svog života bio je član društva Mont Pelerin, profesor Univerziteta George Mason, te član Upravnog odbora Nezavisnog Instituta. Buchanan je ustavnu političku ekonomiju tumačio kao igru u sklopu koje su pitanja o dobrim pravilima igre dio područja socijalne filozofije, a pitanja strategije igrača u području ekonomije. Zajednička zamisaoklasičnoj i neoklasičnoj ekonomiji bilo je načelo ekonomskog liberalizma. Smisao neoklasične ekonomije je da pojedinca, njegove ciljeve i odluke stavi u središte istraživanja, što je potpuno suprotno od onoga na čemu se zasnivala klasična ekonomija.

Početkom 1950-ih godina ekonomski stručnjaci su pisali o tome kako je kapitalizam i komunizam nestao u njihovim sirovim oblicima. Prema Robert A. Dahl i Charles E. Lindblom jedini put koji bi dalje vodio ka napretku i prosperitetu je mješanje državnih, tržišnih i demokratskih institucija. Upravo u tom smjeru novi svjetski poredak je izgrađen na osnovu sporazuma u Bretton Woodsu, kroz institucije Ujedinjenih nacija, Svjetske banke i Međunarodnog monetarnog fonda, koje su imale zadatak relaksacije međunarodnih odnosa i afirmacije slobodne trgovine. Period poslije završetka Drugog svjetskog rata rezultirao je formiranjem različitih oblika država u Evropi, SAD-u i Japanu, koje su naravno politike najčešće usmjeravale prema liberalno-demokratskoj formi države. Taj period je poznat pod nazivom "izgrađeni liberalizam". S jedne strane izgrađeni liberalizam je doveo

do ekonomskog napretka zapadnih zemalja tokom 1950-ih i 1960-ih godina XIX stoljeća, dok je s druge strane u zemljama Afrike izgrađeni liberalizam ostao pusti san. Krajem 1960-ih godina, izgrađeni liberalizam ukazivao je određene slabosti kroz krizu akumulacije kapitala, visoke stope nezaposlenosti i inflacije u svim zemljama. Navedena kriza je upućivala na stagflaciju, koja je bila prisutna u osmoj dekadi XIX stoljeća. Prema tome, ista je ukazivala na potrebu kreiranja kvalitetne alternative "izgrađenom liberalizmu".

Alternativa igrađenom liberalizmu je bio neliberalizam. Da bi se provjerile pretpostavke i teorije novog koncepta ekonomije bilo je potrebno izvršiti eksperiment istih na državama koje su udaljene od onih koje zagovaraju ove ideje. Tako je u septembru 1973. godine u Čileu, pod vođstvom Pinochet-a, izvršen državni udar i smjenjena legalno izabrana vlast. Ono što je interesantno jeste da su navedene aktivnosti bile podržane od CIA-e, velikih korporacija te tadašnjeg američkog sekretara Henry Kissinger-a. Na svaki način se nastojala ugušiti ljevica kako bi njihov plan uspio. U periodu koji je nastupio poslije državnog udara, grupa ekonomskih stručnjaka zajedno sa Pinochet-om ulaze u vladu kao stručnjaci koji će Čileu pomoći u njegovom ekonomskom napretku. Međutim, ekonomski stručnjaci o kojima se govori su bili "čikaški momci", koji su od 1950. godine školovani i podučavani neloberalnim teorijama Milтона Friedmana koji je u to vrijeme predavao na Čikaškom univerzitetu. Među prvim stvarima koje su urađene uspostavljanjem nove vlasti jeste zaduživanje kod Međunarodnog monetarnog fonda, privatizacija javne imovine, slobodna trgovina te slobodan priliv direktnih stranih investicija. Sličnih eksperimenata je bilo u Meksiku, Argentini, Nikaragvi, Iranu i Iraku.

1.2. Uticaj političkog faktora na razvoj neoliberalnog koncepta

Iako je ideja neoliberalizma, predvođena Hayek-om, postojala od sredine 1940-ih ona je ostala na margini akademskog i političkog života sve do pojave navedene krize 1970-ih godina. U tim godinama ideje neoliberalizma polahko se približavaju glavnim svjetskim silama SAD-u i Velikoj Britaniji. Također, u isto vrijeme neoliberalna dokrina postaje zastupljena u akademskoj sferi, pogotovo na Čikaškom univerzitetu. Za razvoj neoliberalnog koncepta značajan je i period od 1978-1980. godine, koji se može posmatrati kao važan historijski period u kojem je došlo do zaokreta u svjeskoj ekonomiji. Naime, Deng Xiaoping je 1978. godine, tada u zemlji koja je imala petinu svjetskog stanovništva, poduzeo aktivnosti liberalizacije komunistički uređene ekonomije. Naravno, riječ je o Kini. Njegov plan je bio da se Kina u naredne dvije decenije transformiše iz zatvorenog mrtvila u otvorenu komunističku privredu gdje će imati privredni rast nezapamćen u ljudskoj historiji.

Ličnost koja je dodatno obilježila navedeni period jeste Ronald Reagan, koji je 1980. godine izabran za predsjednika Sjedinjenih Američkih Država. U istom tom periodu u SAD-u Pol Volker je došao na čelo američkih Federalnih

rezervi, gdje je u julu 1979. godine drastično izmijenio monetarnu politiku. Jedna od najkontraverznijih odluka Volкера nazvana je Volkerov šok. Njegova odluka je bila da se negativne realne kamatne stope pretvore u pozitivne. Kao rezultat navedenog došlo je do porasta nominalne kamatne stope koja se sredinom 80-ih godina zadržala na nivou od 20%. Na taj način direktno se uticalo na solventnost zemalja koje su pozajmljivale novac od SAD-a. Volker je smatrao da je ovaj korak bio nužan, ali ne i dovoljan za neoliberalizaciju. Prvi test ovih odluka je bio u periodu od 1982-1984. godine kada je Meksiko dospio u situaciju da ne može plaćati svoje odluke. U tim godinama američke vlasti su razmatrale mogućnost prestanka saradnje sa MMF-om, ali se na kraju došlo do konsenzusa američkim Ministarstvom finansija i MMF-om, i to na način da za odlaganje duga dođe do usvajanja neoliberalnih reformi. Od 1982. godine navedeni postupci su bili utemeljena praksa, za koju Joseph Stiglitz smatra da predstavlja "čistku" kejnsezijanskog uticaja. U svrhu reprogramiranja duga zemlja dužnik je bila u obavezi da provede reforme strukturnog prilagođavanja a koje su podrazumijevale smanjenje troškova na ime socijalne pomoći, privatizacija te fleksibilniji zakoni tržišta radne snage.

Međutim, ono što je pokazao slučaj Meksika bila je ključna razlika između liberalne i neoliberalne prakse: u okviru prve zajmodavci preuzimaju gubitke koji proizilaze iz loših investicionih odluka, dok u okviru druge država i međunarodne snage primoravaju zajmoprimce da preuzmu na sebe troškove otplate duga bez obzira na posljedice koje to može imati po održavanje i dobrobit lokalnog stanovništva.³

S druge strane Atlantika godine 1979. Margaret Thatcher je bila izabrana za premijera Velike Britanije, sa zadatkom da smanji moć sindikata, te da riješi problem inflatorne stagnacije, jer je Velika Britanija uslijed finansijske krize koristila pomoć MMF-a u periodu od 1975. do 1976. godine.

Kako bi se osigurao ubrzan razvoj neoklasičneekonomske doktrine formulisan je program ekonomske stabilizacije 1990. godine, koji je poznat pod nazivom Vašingtonski konsenzus. Cilj navedenog programa je bio predstavljanje modela za provedbu seta neoliberalnih reformi.⁴ Novi ekonomski koncept u prvi plan je istakao smanjenje državnih funkcija, vlasničke interese, te jačanje i zaštitu ekonomskog položaja. Provedbu navedenih reformi u zadatku je imala država, gdje institucije nisu samostalno provodile društvenu i ekonomsku strategiju, čime su položaj i uloga države dovedeni u pitanje. Neoliberalizam po svojoj prirodi poštuje liberalni stav države, pri čemu je država podložna korupciji, održavanju monopola, te zlouporebi i ograničenjima, pa je potrebno minimizirati njenu ulogu. Efikasno sredstvo za promociju ideja neoliberalizma predstavljala je globalizacija,

3 Harvey, D., (2012) *Kratka historija neoliberalizma*. Preveo sa engleskog jezika Viktor Radun Teon. Novi Sad: Mediterran Publishing, str. 26.

4 Osnovna načela Vašingtonskog konsenzusa su: Fiskalna disciplina, promjena prioriteta javnih rashoda, poreska reforma, liberalizacija kamatnih stopa, politika konkurentnog deviznog kursa, liberalizacija spoljne trgovine, liberalizacija priliva stranih direktnih investicija, privatizacija, deregulacija i vlasnička prava.

koju karakteriše transformacija lokalnih i regionalnih fenomena u globalne. Proces globalizacije predstavlja rezultat promocije interesa najmoćnijih država, a u širem kontekstu posmatrani proces se može predstaviti kao evolutivni tok minimiziranja kulturnih, tradicionalnih i religijskih razlika, odnosno približavanja različitih naroda.

Sama činjenica da je globalizacija doprinijela povećanju međusobne povezanosti, povećanju transfera između država, finansijskih institucija i multinacionalnih kompanija, ona je u isto vrijeme neke manje probleme pretvorila u probleme cijeloga svijeta. Upravo zbog toga postavlja se opravdano pitanje da je li takav sistem po sebi bio nužan, jer ako ga je svijet formirao onda bi ga taj isti svijet trebao i kontrolisati. Tipičan primjer učinaka globalizacije može se prikazati kroz privatizaciju domaćeg bankarskog sektora stranim kapitalom, koji u postupku kupovine preuzima i štednju domaćeg stanovništva u tim bankama. Također, primjer koji se često navodi u kontekstu učinaka globalizacije jeste uvoz od kojeg, u određenim segmentima, zavisi egzistencija stanovništva.

Ipak zajedničkim širenjem globalnih i liberalnih preporuka, formirale su se glavne tačke neoliberalnog koncepta:⁵

- Oslobođanje privatnih kompanija od bilo kakvih državnih ograničenja nametnutih od strane zemlje, bez obzira na socijalnu štetu;
- Veće slobode za međunarodnu trgovinu i investicije;
- Smanjenje plata i ukidanje radničkih prava stečenih poslije mnogogodišnjih borbi,
- Ukidanje kontrole cijena;
- Totalna sloboda za kretanje kapitala, dobara i usluga;
- Smanjenje javnih troškova za socijalne usluge kao što su obrazovanje i zdravstvene usluge;
- Smanjenje pomoći za siromašne slojeve populacije, pa čak i smanjenje troškova za održavanje puteva, mostova i vodosnabdijevanja, a sve u ime marginalizovanja uloge države;
- Smanjenje državne regulacije svih elemenata koji bi mogli da umanje profit, uključivši i zaštitu životne sredine;
- Prodaja državnih preduzeća privatnim investitorima, uključujući banke, ključne industrijske kapacitete, željenice, autoputeve, proizvođače električne energije, škole, bolnice, pa čak i vodu za piće;
- Eliminacija koncepta "javnih dobara" i "zajedničkog interesa" koji su zamijenjeni sintagmom "individualna odgovornost".

1.3. Milton Friedman i njegov doprinos razvoju neoliberalizma

Ranije je konstatovano da je Friedrich Hayek jedan od najznačajnijih zagovornika neoliberalizma. U nastavku će se ukratko pažnja posvetiti Miltonu

⁵ Prilagođeno prema: Vasiljević, B., (2012), *Fijasko neoliberalizma ili početak kraja neobuzdane mantre o slobodnom tržištu*. Ekonomska politika

Friedmanu i njegovom doprinosu neliberalizmu, odnosno ekonomskoj nauci. Milton Friedman je američki ekonomista koji je u svojim djelima *Studija o kvantitativnoj teoriji novca*, *Eseji u oblasti pozitivne ekonomije* i *Uzroci i posljedice inflacije* posebnu pažnju posvetio pitanjima slobodnog djelovanja tržišnih zakona te pitanja monetarnog regulisanja. U svom djelu *Kapital i sloboda* (1962) Friedman ističe značaj slobodne trgovine, fleksibilnih deviznih kurseva, negativnog poreza na dohodak, slobodno formiranje cijena te aktivnu ulogu monetarne politike.

U okviru šire ekonomske javnosti Friedman je poznat kao glavni zagovornik monetarizma, koji u fokusu posmatranja ima značaj novca u ekonomskim tokovima i aktivnostima, s posebnim akcentom na ravnotežu novca na tržištu. Friedman je smatrao da opšti nivo cijena u jednoj privredi zavisi od ponude novca. Sve velike promjene nivoa cijena u prošlosti su bile prouzrokovane dramatičnim promjenama stope rasta ponude novca. Također, svi padovi i skokovi privredne aktivnosti uvijek su bili izazvani oštrim promjenama ponude novca.

Monetarizam kao teorija javlja se početkom 50-ih godina XX stoljeća na Univerzitetu u Čikagu pod rukovodstvom Milтона Friedmana. Navedena nova ekonomska teorija nastala je kao reakcija na kejnzijizam koji je propagirao državni intervencionizam za povećanje agregatne potražnje. Kejnsezijanska škola nastala je kao odgovor na neoklasičnu školu, odnosno na njenu nesposobnost da riješi Veliku krizu od 1929-1933. godine.

Liberalne ideje Milтона Friedmana su bile poznate i polovinom XX stoljeća, ali ideje monetarizma su bile na margini akademskih političkih krugova bez bilo kakvog uticaja na ekonomsku politiku. Međutim, prilike se značajno mijenjaju početkom 70-ih godina XX stoljeća kada nastupa kriza kejnzijanske politike uslijed nerješavanja problema stagflacije. Najveća razlika između kejnzijizma i monetarizma jeste pitanja državnog intervencionizma. Keynes je posmatrao kapitalističku ekonomiju kao nestabilan sistem kojem su trebale određene korekcije koje bi bile učinjene od strane države, dok s druge strane monetaristi u državnoj intervenciji vide osnovne probleme i turbulencije na kapitalističku ekonomiju.

Friedman je iskazao ozbiljnu sumnju u sposobnost države da obezbijedi podešavanje količine novca u opticaju, te da državi treba prepustiti prije svega zakonodavnu ulogu, a rast ponude novca da bude automatski povezan sa rastom realnog nacionalnog bruto proizvoda. Naime, po mišljenju Friedmana, ako je tražnja novca stabilna, ako je ponuda novca određena egzogeno i ako je rast bruto društvenog proizvoda realno određen, ekonomska stabilizacija može se ostvariti dosljednom i čvrstom monetarno – kreditnom politikom. Pored navedenog Friedmanov doprinos ekonomiji se ogleda i na poljima metodologije ekonomske analize, empirijske analize te ekonomske politike.⁶

6 Prilagođeno prema: Kurtović, S. & Dašić, Đ. D., (2007), Osnovi ekonomije. Beograd: Grafičar, str. 523.

1.4. Neoliberalizam i međunarodne finansijske institucije

Značajnu ulogu u navedenim dešavanjima su imale osnovane međunarodne finansijske institucije u okviru Međunarodne naučne konferencije održane u Bretton Woodsu 1944. godine. Historijski trenutak održavanja navedene konferencije je zahtijevao uspostavljanje određenih institucija koje će promovisati irealizovati ideje i ciljeve neoliberalizma, te zemljama u tranziciji "nametnuti" ideje navedenog koncepta. Međunarodne institucije o kojima se govori jesu Međunarodni monetarni fond (MMF), Svjetska banka i Svjetska trgovinska organizacija. Ono što je zajedničko za navedene međunarodne institucije jeste da raspolažu sa ogromnim kapitalom i da imaju uticaj na globalna kretanja, zatim sve su imale aktivnu ulogu u svim procesima tranzicije od njihovog osnivanja, tako da imaju zasluge i za kreiranje moderne globalne ekonomije i na kraju sve su osnovane u svrhu realizacije makroekonomskih i opštedruštvenih ciljeva, koji se realizuju kroz ekonomski rast i razvoj na svjetskoj razini.

Ipak pola stoljeća nakon formiranja tih međunarodnih finansijskih institucija postalo je jasno da nisu uspjele u svojoj misiji. Ove institucije nisu učinile ništa kako bi opravdale glavni razlog zašto su i osnovane: osigurati sredstva za zemlje suočene s ekonomskom krizom te pomoć istim da ostvare stanje visoke zaposlenosti. MMF je prevazišao svoju prvobitnu misiju prilagođavanja politike globalnim promjenama i obavezama. Iako je još uvijek potreban, MMF je postao preširok i preopterećen. Postoji potreba da se MMF vrati svojoj primarnoj ulozi prema kojoj će se usredotočiti na prevenciju i olakšavanje posljedica finansijske krize, posebno u oblasti likvidnosti i krize banaka, a projekte poput smanjenja siromaštva u svijetu prepustiti Svjetskoj banci. Također, ove argumente propagiraju i zagovornici MMF-a, po kojima je MMF vrlo važna monetarna institucija koja će, slijedeći svoje ciljeve, dovesti zemlje članice slabijeg ekonomskog statusa i privrednih poteškoća do ekonomskog prosperiteta i napretka. Zbog navedenog MMF je postao predmetom brojnih rasprava i sporova (Fisher, 2002).

2. Primjena neoliberalnog koncepta u tranzicijskim zemljama

Krajem XX stoljeća zemlje u tranziciji koje su nastale nakon raspada političkih, socijalističkih, i ekonomskih sistema našle su se u problemu. Naime, u cilju održavanja uspješne i efikasne prilagodbe vlastite ekonomije novoj globalnoj ekonomskoj paradigmi, nastala je potreba za velikim strukturnim promjenama u ekonomskoj sferi.

Navedene strukturne promjene provodile su se u zemljama koje u prethodnom periodu nisu ostvarile željeni jači ekonomski rast, što je dovodilo do izrazito velikog deficita, hronične inflacije te niske produktivnosti, a sve je praćeno političkim nestabilnostima te socijalnom krizom.

Zbog navedenih problema zemlje u tranziciji su trebale znatno veće iznose kapitala koji je bio iznad visine njihove akumulacije, kako bi sačuvale vrijednost nacionalne valute, pokrili nekontrolisane budžetske deficite te smirili političke i socijalne krize, odnosno promjene u strukturi vlastitih privreda. Tranzicijske zemlje su radi nedostatka sredstava iz vlastite akumulacije, a u cilju poboljšanja produktivnosti i konkurentnosti nacionalnih privreda, nerijetko posezale za sredstvima tuđe akumulacije, odnosno za sredstvima međunarodnih finansijskih institucija, posebno Međunarodnog monetarnog fonda. Očekivani rezultat ovakvog ponašanja država jeste ostvarenje pretpostavki za ekonomski rast i razvoj.

Međunarodni monetarni fond prilikom pozajmljivanja svojih sredstava, odnosno davanja kredita ide korak dalje. Naime, u situaciji kada MMF odobrava sredstva zemlji u tranziciji, on istovremeno postavlja određene uslove zemlji primaocu sredstava, a koji se najčešće odnose na preporuke za vođenje ekonomske politike. Navedena činjenica je s jedne strane i razumljiva jer sredstva u većini slučajeva odlaze u države koje su makroekonomski nestabilne s povećanim rizikom povrata tih sredstava, dok s druge strane navedeni uslovi se mogu posmatrati i kao ucjenjivanje zemlje primaoca kako da uspostavi određene propise, proda privredne resurse te privatizuje profitabilna preduzeća. Kao što se može vidjeti, provedba neoliberalnih načela u zemljama u tranziciji može imati ekonomske i socijalne proturječnosti.

Uslijed toga otvara se prostor kritičnoj procjeni i propitivanju službeno utvrđenog cilja rada odnosno institucije na kreiranje privrednih uslova koji će doprinositi makroekonomskoj stabilnosti pojedine zemlje. Svrha navedenog jeste uspostava neoliberalnog modela kapitalizma, pod pokroviteljstvom Međunarodnog monetarnog fonda, Svjetske trgovinske organizacije, Svjetske banke, zajedno sa ostalim međunarodnim finansijskim institucijama. Sam tranzicijski proces kod većine zemalja koje su podvrgnute većim strukturnim socijalnim i privrednim promjenama je jednoobrazan. Naime, radi se o takvom pristupu koji ima za cilj provedbu tranzicijskih reformi koje će rezultirati povoljnijim socijalnim i privrednim uslovima za ekonomski rast i razvoj pojedine zemlje.

Glavni cilj naprijed navedenih međunarodnih institucija je afirmacija neoliberalnog koncepta ekonomije u uslovima tranzicije i globalizacije, koja će istima, direktno ili indirektno, donijeti odgovarajuću ekonomsku korist. Međutim, kada se govori o zemljama u razvoju ili zemljama u tranziciji uglavnom je riječ o štetnim posljedicama na njihovu nacionalnu privredu i društveno blagostanje.

3. Primjena neoliberalnog koncepta u zemljama Zapadnog Balkana

Historijski gledano, zemlje Zapadnog Balkana imaju turbulentnu prošlost, koja se ogleda kroz ratna dešavanja, nacionalnu retoriku, politička previranja, te geografska prekrajanja. Početak 90-ih godina je obilježen sukobima i raspadom Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Raspadom navedene države

danas postoje sljedeće države: Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Slovenija, Srbija, Crna Gora, Makedonija i Kosovo. Slovenija je prošla dosta lakši put do samostalnosti, pa je proces tranzicije i prelaska na tržišnu privredu započeo 1992. godine. S druge strane, najteži put ka samostalnosti je imala Bosna i Hercegovina, koja je pretrpila agresiju od strane Srbije i Crne Gore, te Hrvatske. Posljednja država koja je nastala na Zapadnom Balkanu je Kosovo, koje je 17. februara 2008. godine jednostrano proglasilo nezavisnost. U ekonomskoj, odnosno literaturi Evropske unije umjesto termina Balkan se sve više koristi termin Jugoistočna Evropa.

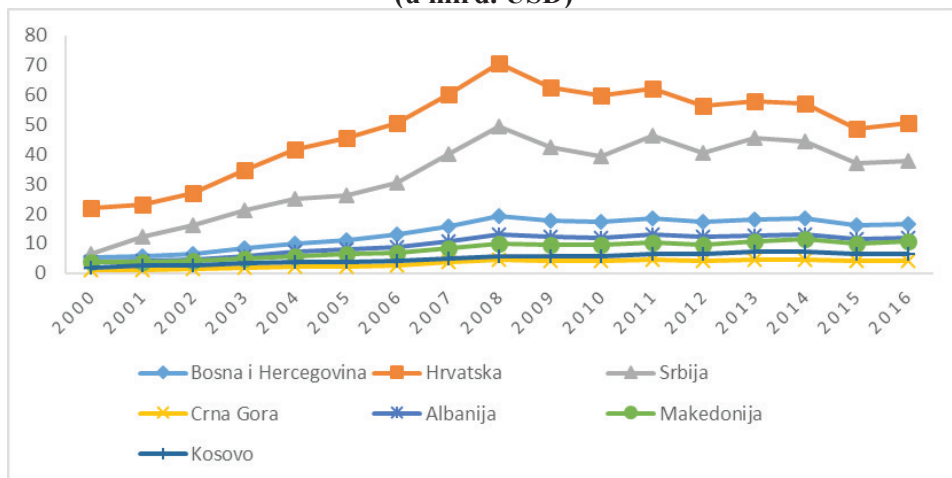
Prelazak zemalja Zapadnog Balkana sa centralnoplanske na tržišnu privredu je bio dosta složen proces, koji je zahtijevao snažan angažman inostranih eksperata. Imajući u vidu da je cjelokupan sistem tranzicionih reformi postavljen na neoliberalnim temeljima, poseban doprinos su dali eksperti međunarodnih finansijskih institucija, Međunarodnog monetarnog fonda i Svjetske banke. Osnovni cilj navedenih reformi je bio što brža adaptacija u kapitalizam, odnosno ostvarivanja privrednog rasta zemalja Zapadnog Balkana u novom tržišnom sistemu.

Primjena neoliberalnog koncepta u zemljama Zapadnog Balkana će se prikazati kroz makroekonomsku stabilnost, odnosno preko odgovarajućih makroekonomskih pokazatelja. Prema tome, u nastavku će se pristupiti analizi sljedećih makroekonomskih pokazatelja: GDP zemalja Zapadnog Balkana, GDP per capita, stopa nezaposlenosti, stopa inflacije, te budžetski suficit/deficit zemalja Zapadnog Balkana. Navedeni pokazatelji se uglavnom odnose na period od 2000. do 2016. godine.

Kada se posmatra dinamika GDP-a, kao najvažnijeg makroekonomskog pokazatelja, može se kazati da je ona uglavnom ista za sve zemlje Zapadnog Balkana, sa zajedničkim karakteristikama, rasta do finansijske krize 2008. godine, zatim pada, te blagog oporavka do drugog vala finansijske krize 2012. godine (Grafikon 1). Najveći zabilježeni GDP od navedenih zemalja, u posmatranom razdoblju, ima Hrvatska od cca 70 milijardi USD, a slijede je Srbija i Bosna i Hercegovina sa 49 milijardi i 19 milijardi USD. Od 2012-2016. godine GDP navedenih zemalja je imao blaže oscilacije, s tim da GDP Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Srbije nije dostigao nivo koji je imao 2008. godine. Za razliku od navedenih zemalja, GDP Crne Gore, Albanije, Makedonije i Kosova prevazišao je nivo koji je imao prije finansijske krize 2008. godine.

Za razliku od GDP-a koji predstavlja pokazatelj razvijenosti privrede, GDP per capita pokazuje životni standard stanovništva. Dinamika GDP-a u zemljama Zapadnog Balkana je slična dinamici kretanja GDP-a, sa zajedničkim tačkama rasta i pada. Naime, GDP per capita svih zemalja Zapadnog Balkana bilježi rast od 2000. do 2008. godine kada poprima najveću vrijednost. Najveći GDP per capita u 2008. godini je imala Hrvatska od cca 15.800 USD, a slijede je Crna Gora, Srbija i Bosna i Hercegovina sa cca 7.300 USD, 6.700 USD i 5.000 USD, respektivno.

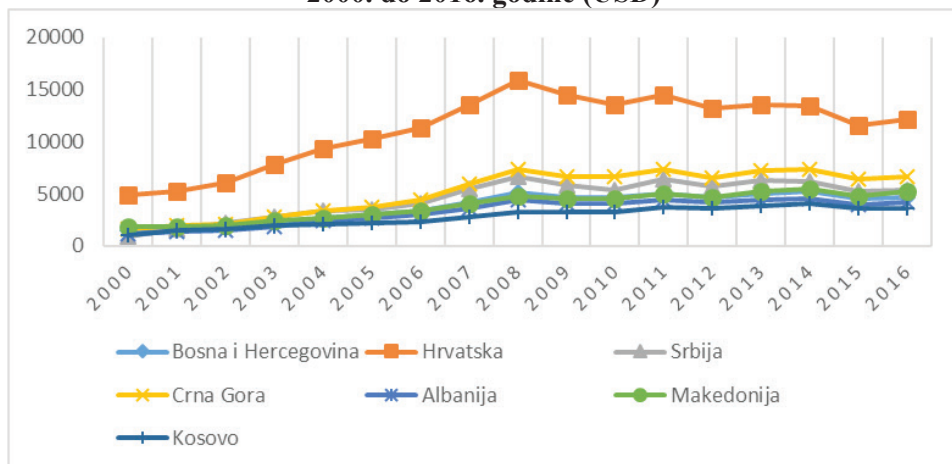
Grafikon 1. Dinamika GDP-a zemalja Zapadnog Balkana od 2000. do 2016. godine
(u mlrd. USD)



Izvor: Obrada autora prema podacima Svjetske banke

Eskalacijom finansijske krize 2008. godine dolazi do smanjenja vrijednosti GDP-a per capita u posmatranim zemljama (Grafikon 2). Do drugog vala finansijske krize 2012. godine bilježio se blagi oporavak GDP-a per capita, nakon čega ponovo dolazi do njegovog pada. Zemlje koje nisu uspjele od 2009. do 2016. godine ostvariti vrijednost GDP-a per capita iz 2008. godine su Bosna i Hercegovina, Hrvatska i Srbija, dok su ostale u godinama od 2012. do 2016. to ostvarile.

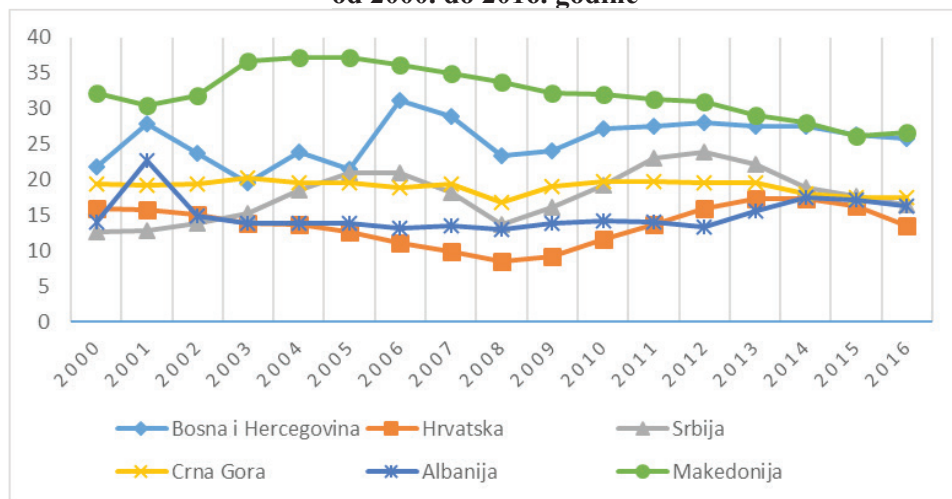
Grafikon 2. Dinamika GDP per capita u zemljama Zapadnog Balkana od 2000. do 2016. godine (USD)



Izvor: Obrada autora prema podacima Svjetske banke

Visoka stopa zaposlenosti, odnosno niska stopa nezaposlenosti je jedan od ciljeva svake makroekonomske politike. Karakteristika svih zemalja Zapadnog Balkana jeste visoka stopa nezaposlenosti, koja dovodi do socijalnih problema, te do napuštanja radno sposobnog stanovništva ovog regiona. U periodu od 2000. do 2008. godine, kada se bilježi smanjenje stope nezaposlenosti, najveća nezaposlenost je zabilježena u Makedoniji od 37,3% u 2005. godini, te u Bosni i Hercegovini 31,1% u 2006. godini (Grafikon 3). Država sa najmanjom stopom nezaposlenosti u periodu od 2000-2008. godine je Hrvatska koja je 2008. godine imala nezaposlenost na novou od 8,5%.

Grafikon 3. Stopa nezaposlenosti u zemljama Zapadnog Balkana od 2000. do 2016. godine

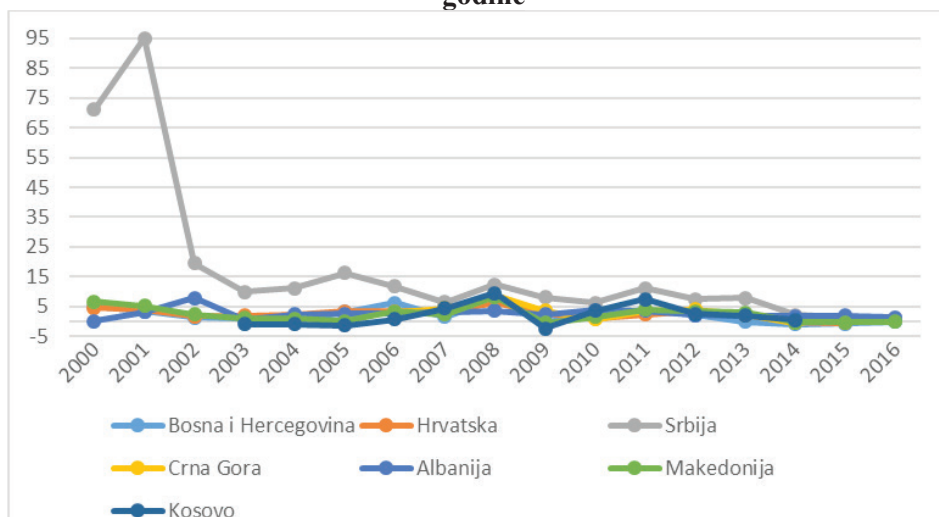


Izvor: Obrada autora prema podacima Svjetske banke

Drugi val ekonomske krize iz 2012. godine nije izazvao dodatne turbulencije kao u ranije elaboriranim pokazateljima, tako da je na kraju posmatranog perioda stopa nezaposlenosti približno ista u Bosni i Hercegovini i Makedoniji, dok se kod ostalih zemalja kreće u intervalu od 13,5% do 17,5%.

Još jedan od prioriternih ciljeva svake makroekonomske politike jeste i inflacija, odnosno stabilnost opšteg nivoa cijena. Bez stabilne i kontrolirane stope inflacije nemoguće je ostvariti makroekonomsku stabilnost zemlje. U periodu od 2000. do 2008. godine sve zemlje Zapadnog Balkana, izuzev Srbije, su imale jednocifrenu, kontrolisanu inflaciju, dok je Srbija u 2000. i 2001. godini zabilježila visoke stope inflacije od 71,1% i 95%, respektivno. Može se konstatovati da sve zemlje regiona na kraju perioda imaju nisku i kontroliranu stopu inflacije, što je preduslov za makroekonomsku stabilnost regiona (Grafikon 4).

Grafikon 4. Stopa inflacije u zemljama Zapadnog Balkana od 2000. do 2016. godine



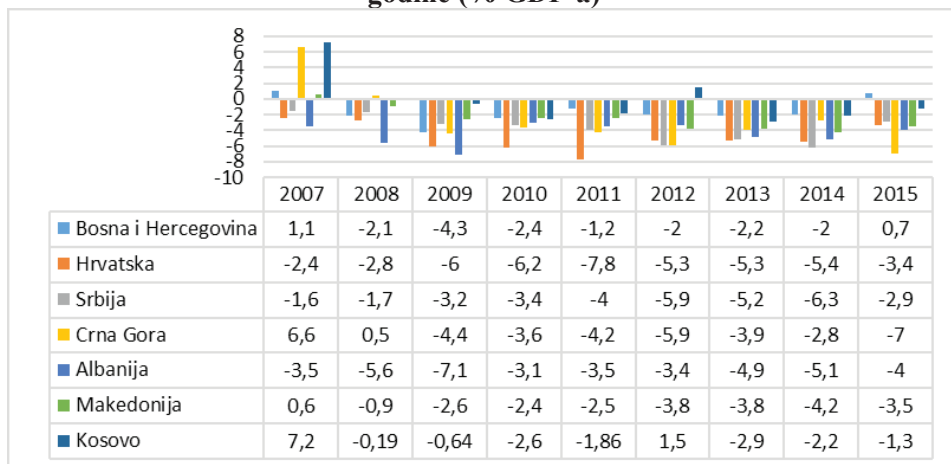
Izvor: Obrada autora prema podacima Svjetske banke

Budžetski deficit je karakteristika budžeta zemalja Zapadnog Balkana, što ukazuje na nesrazmjer između javnih prihoda i javnih rashoda. Navedena činjenica nije iznenađujuća ako se ima u vidu nivo razvoja posmatranih zemalja i zavisnost njihove privrede od svjetskih dešavanja. Politika budžetskog deficita, nastala na osnovu Keynes-ovog djela "Opšta teorija zaposlenosti kamate i novca", podrazumijeva značajnu ulogu države u periodu smanjene privredne djelatnosti kroz povećanje javnih rashoda kako bi se stimulisala agregatna potražnja. Prema navedenoj politici država bi trebala, kroz povećanje jasnih rashoda, biti u stanju kratkoročnog deficita, tj. do prevazilaženja krize i postizanja stabilnosti. Stav pobornika neoliberalizma je suprotan navedenoj politici, odnosno zalažu se za tezu da je zadatak države da vodi politiku uravnoteženog državnog budžeta, te da je podsticanje agregatne potražnje pogrešna politika.

Najveći budžetski deficit od zemalja Zapadnog Balkana u periodu od 2007. do 2015. godine zabilježen je 2011. godine u Hrvatskoj u iznosu od 7,8% GDP-a. Najveći suficit u navedenom periodu je ostvarila Crna Gora, i to 2007. godine u iznosu od 6,6% GDP-a (Grafikon 5). Može se kazati da je eskalacija krize 2008. godine značajno uticala na povećanje budžetskog deficita zemalja Zapadnog Balkana, jer su samo Kosovo 2012. i Bosna i Hercegovina 2015. godine ostvarili suficit i to 1,5% i 0,7%, respektivno.

Dinamika kretanja deficita trgovinskog bilansa zemalja Zapadnog Balkana je veoma slična, kao što se može vidjeti na grafikonu 6. Period od 2000. godine pa do 2008. je obilježen povećanjem budžetskog deficita u svim zemljama, a najveće deficite trgovinskog bilansa posmatrane zemlje su imale 2008. godine, gdje se posebno ističu Hrvatska, Srbija i Bosna i Hercegovina sa deficitima od 16.618 miliona \$, 13.359 miliona \$ te 7.168 miliona \$, respektivno.

Grafikon 5. Budžetski deficit zemalja Zapadnog Balkana od 2007. do 2015. godine (% GDP-a)



Izvor: <https://tradingeconomics.com> (Datum pristupanja: 12.7.2017.)

Kao i kod većine analiziranih pokazatelja uzrok smanjenja trgovinskog deficita iz 2008. godine je svjetska finansijska kriza koja je dovela do usporavanja privreda vodećih ekonomija svijeta, što se odrazilo na izvozno/uvozne aktivnosti posmatranih zemalja, rezultirajući smanjenjem deficita trgovinskog bilansa. Tendencija kretanja deficita je takva da se isti smanjuje u svim zemljama, krećući se ka vrijednostima iz 2000. godine. Nijedna od posmatranih zemalja u periodu od 2000. do 2016. godine nije zabilježila suficit u trgovinskom bilansu.

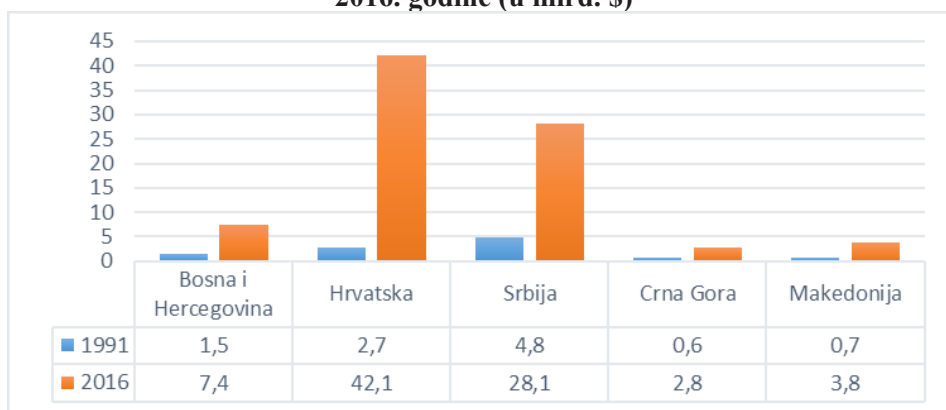
Grafikon 6. Deficit trgovinskog bilansa zemalja Zapadnog Balkana od 2000. do 2016. godine (u mil. \$)



Izvor: <http://countryeconomy.com> (Datum pristupanja: 12.7.2017.)

Početkom 1991. godine SFRJ je imala vanjski dug oko 15 milijardi dolara. Pored podataka navedenih na grafikonu 7 važno je napomenuti da je učešće u navedenom dugu imala i Slovenija te Federacija s dugom od 1,7 i 3,1 milijardi dolara, respektivno. Od posmatranih zemalja najveći dug imaju Hrvatska, Srbija te Bosna i Hercegovina sa dugom od 42,1; 28,1 i 7,4 milijardi dolara, respektivno.

Grafikon 7. Usporedba vanjskog duga zemalja Zapadnog Balkana iz 1991. i 2016. godine (u mlrd. \$)



Izvor: Podaci za 1991. godinu preuzeti sa http://www.b92.net/biz/fokus/analiza.php?yyyy=2015&mm=11&nav_id=1061942 (Datum pristupanja: 25.7.2017.), podaci za 2016. godinu pruzeti sa <http://countryeconomy.com> (Datum pristupanja: 25.7.2017.)

Ukupan vanjski dug pet posmatranih zemalja u 2016. godini iznosi 84,2 milijarde dolara, što je povećanje u odnosu na 1991. godinu u nominalnom iznosu od cca 69,2 milijarde dolara, naravno bez duga Slovenije i Federacije. Slična situacija je i sa Albanijom, koja nije prikazana na prethodnom grafikonu, a koja je također zabilježila rast vanjskog duga. Vanjski dug Albanije je 1997. godine iznosio 1,6 milijardi dolara, dok je 2016. godine imao vrijednost od 8,4 milijardi dolara.⁷

Jedan od bitnih pokazatelja kada se govori o vanjskom dugu jeste i njegov udio u GDP-i zemlje (Tabela 1). Na osnovu prikazanih podataka može se zaključiti da su najzaduženije države Zapadnog Balkana Hrvatska, Srbija, Albanija i Crna Gora s udjelom vanjskog duga u GDP-u sa 86,7%, 76,0%, 73,7% i 69,3%, respektivno. Bosna i Hercegovina i Makedonija su prema ovim podacima umjereno zadužene zemlje s učešćem vanjskog duga u GDP-u sa 45,4% i 38,2%, respektivno.

⁷ <http://countryeconomy.com/national-debt/albania> (Datum pristupanja: 25.7.2017.)

Tabela 1. Odnos vanjskog duga i GDP-a zemalja Zapadnog Balkana u 2015. godini (u %)

Godina	BiH	Hrvatska	Srbija	Crna Gora	Makedonija	Albanija
2015	45,4	86,7	76,0	69,3	38,2	73,7

Izvor: <http://countryeconomy.com> (Datum pristupanja: 25.7.2017.)

Analiza zaduženosti zemalja Zapadnog Balkana je ostavljena za kraj ovog poglavlja, iz razloga što je najbolji pokazatelj na koji su se način pomenute zemlje priklonile neoliberalnom konceptu ekonomije. Svakako, pomenuti koncept stimulise zemlje na zaduživanje kod međunarodnih finansijskih institucija, da bi, kako je već ranije rečeno u slučaju drugih država, stekao mogućnost njihove ekonomske, ali i druge kontrole.

Zaključak

Područje Zapadnog Balkana kroz historiju je obilježeno mnogim tenzijama i sukobima koji su u većoj ili manjoj mjeri imali uticaj na performanse socijalnog i ekonomskog karaktera. Jedan od takvih sukoba, koji je doveo do političkih tenzija i geografskih promjena, svakako jeste i posljednji u nizu s početka '90-ih godina. Raspadom SFRJ i formiranja samostalnih država na području Zapadnog Balkana značilo je prelazak sa planske na tržišnu ekonomiju, odnosno donošenje i provedba reformi u skladu sa neoliberalnim konceptom ekonomije. Cilj zemalja navedenog regiona je bio da u najkraćem vremenskom razdoblju prevaziđu procese tranzicije i adaptacije na novi koncept, kako bi ostvarili ekonomske performanse približne onima koje ostvaruje moderne i jake nacionalne ekonomije u svijetu. Međutim, primjena novog koncepta je dala slabije rezultate od očekivanih, a što je vidljivo na osnovu analiziranih makroekonomskih pokazatelja. S druge strane, kao jedan od uzroka finansijske krize iz 2008. godine navodi se neoliberalni koncept ekonomije.

Uticaj pomenute krize na privredna kretanja zemalja Zapadnog Balkana ilustruje njihovu uključenost u svjetske privredne tokove, te visok nivo zavisnosti od istih. Dva vala finansijske krize iz 2008. i 2012. godine su imali približno jednak uticaj na dinamiku posmatranih pokazatelja, pogotovo kada je riječ o GDP-u kao pokazatelju ukupnog privrednog rasta, te GDP-a per capita koji predstavlja pokazatelj blagostanja stanovništva. Negativan uticaj krize je zabilježen i kada je u pitanju saldo trgovinskog bilansa zemalja. U analiziranom periodu značajnije promjene nisu zabilježene kada su u pitanju stopa inflacije (uz izuzetak Srbije), odnosnostopanepozaposlenosti, gdje su oscilacije bile prisutne kroz cijeli period. Od 1991. godine u svim posmatranim zemljama bilježi se povećanje vanjskog duga, pri čemu Hrvatska ima najvećevanjski dug, a slijede je Srbija, Albanija i Bosna i Hercegovina. U slučaju Hrvatske vanjski dug se na kraju 2016. godine povećao

nominalnom iznosu u odnosu na 1991. godinu za 39,4 milijardi dolara, dok je u slučaju Srbije, Albanije i Bosne i Hercegovine to povećanje bilo na nivou od 23,3 mlrd. \$, 6,8 mlrd. \$ i 5,9 mlrd. \$, respektivno.

Rezultati komparativne analize ukazuju na zaključak da su najzaduženije države Zapadnog Balkana Hrvatska, Srbija, Albanija i Crna Gora s udjelom vanjskog duga u GDP-u sa 86,7%, 76,0%, 73,7% i 69,3%, respektivno. Bosna i Hercegovina i Makedonija su prema ovim podacima umjereno zadužene zemlje s učešćem vanjskog duga u GDP-u sa 45,4% i 38,2%, respektivno. Na kraju možemo konstatovati da je područje Zapadnog Balkana decenijama unazad okarakterizirano kao područje slabog životnog standarda, velikih migracija, ekonomske i socijalne neizvjesnosti, te visokog stepena korupcije. Očekivani pozitivni efekti primjene neliberalnog koncepta u zemljama regiona nisu ostvareni. S druge strane, evidentni su negativni efekti poput kriminalne privatizacije ili problematizacije država od međunarodnih finansijskih institucija, prije svega Međunarodnog monetarnog fonda.

Literatura

1. Bae-Gyoon, P., Hill, R.C. & Saito, A. (2012) Locating neoliberalism in East Asia: Neoliberalizing space in developmental states, [Online] Blackwell Publishing Ltd. Dostupno [file:///C:/Users/User/Downloads/\[\]_Locating_Neoliberalism_in_East_Asia_Neoliberal\(BookZZ.org\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/[]_Locating_Neoliberalism_in_East_Asia_Neoliberal(BookZZ.org).pdf) [Datum pristupanja: 04.11.2016.]
2. Berend, I. T. (2006) An Economic History of Twentieth-Century Europe: Economic Regimes from Laissez-Faire to Globalization, Cambridge University Press. Dostupno [file:///C:/Users/User/Downloads/\[Ivan T. Berend\]_An_Economic_History_of_Twentieth-\(BookZZ.org\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/[Ivan T. Berend]_An_Economic_History_of_Twentieth-(BookZZ.org).pdf) [Datum pristupanja: 04.11.2016.]
3. Buturac, B. Lovrinčević, Ž. & Mikulić, D. (2011) Macroeconomic Performance, Trade and Competitiveness of South-East European Countries. *Ekonomski pregled*, 62 (9-10), str. 483-507.
4. Dašić, D., & Jarić, D., (2014) *Privredni razvoj Bosne i Hercegovine u uslovima globalizacije*. Banja Luka: "Point štamparija"
5. Fischer, S. (2002) *Financijal crises and reform of the international financijal sytem*, [Online] Dostupno <http://www.nber.org/papers/w9297.pdf> [Datum pristupanja: 17.07.2017.]
6. Harvey, D., (2012) *Kratka historija neoliberalizma*. Preveo sa engleskog jezika Viktor Radun Teon. Novi Sad: Mediterran Publishing
7. Josifidis, K. & Lošonc, A. (2014) *Antiliberalne posljedice neoliberalizma. (Anti)liberalizam i ekonomija*, str. 92-106.

8. Jovanović, M. & Eškinja, I. (2008) Neki aspekti neoliberalizma u svjetskom gospodarstvu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 29(2), str. 941-958.
9. Kurtović, S. & Dašić, Đ. D., (2007), Osnovi ekonomije. Beograd: Grafičar
10. Medić, Đ. & Marić, G. (2013) Kritika neoliberalnih mitova i njihove uloge u opisu i rješavanju krizno-recesijskog stanja u privredi [Online] Dostupno http://www.rifin.com/images/stories/2014/03/duro_medic_2014.pdf [Datum pristupanja: 25.10.2016.]
11. Mont Pelerin Society (2015), <https://www.montpelerin.org/montpelerin/mpsGoals.html> [Datum pristupanja: 15.6.2017.]
12. Mršević, Z. (2014) Nasilje dominacije i bogaćenja: Neoliberalna ili slobodna Evropa. (*Anti*)liberalizam i ekonomija, str. 138-149.
13. Piketty, T., (2014) *Capital in the Twenty-First Century*, *Twenty-First Century*, [Online] Dostupno <http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2014/06/14-Thomas-Piketty.pdf> [Datum pristupanja: 27.08.2016.]
14. Vasiljević, B., (2012) *Fijasko neoliberalizma ili početak kraja neobuzdane mantre o slobodnom tržištu*. Ekonomska politika
15. Vidović, D. & Pauković, D., (2006), Globalizacija i neoliberalizam - refleksije na hrvatsko društvo. Zagreb: Centar za politička istraživanja

Ostali izvori:

- <http://countryeconomy.com/national-debt/albania> (Datum pristupanja: 25.7.2017.)
- http://www.esiweb.org/pdf/bridges/bosnia/WB_Trzisterada.pdf (Datum pristupanja: 20.7.2017.)
- <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4850&langTag=bs-BA> (Datum pristupanja: 15.8.2017.)
- <https://tradingeconomics.com> (Datum pristupanja: 12.6.2017.)
- http://www.b92.net/biz/fokus/analiza.php?yyyy=2015&mm=11&nav_id=1061942 (Datum pristupanja: 25.7.2016.)

Haris Omerika, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Economics of the Dzemal Bijedić University of Mostar

Alem Merdić, MA, Senior Assistant

Faculty of Economics of Zenica University

Mustafa Sarajlić, LL.M

Studentski biro 99, Tuzla

HISTORICAL DEVELOPEMENT OF NEOLIBERALISM AND ITS IMPLEMENTATION IN WESTERN BALKANS COUNTRIES

Abstract: Western Balkans countries, like all the most powerful world economies, are striving to secure the stable growth and development of their national economies. Since the neoliberal concept has been accepted as the basic asset to make the progress, Western Balkans countries, after the war conflicts from the early '90s, changed from centrally-planned to market economy. According to that, the aim of this research is to determine the influence of applying the neoliberal concept to national economies of Western Balkans countries. It is conducted by observing the most important macro-economic indicators. The analysis observed the time period from 2000 to 2016. The basic results indicate negative effects which neoliberal concept has on countries' basic macro-economic indicators. In addition, the reflection of the world's financial crisis to the economic trends in the region indicates to the high rate of dependence between the national economy and global economic flows, as well as the international financial institutions.

Key words: Neoliberalism, unemployment, budget deficit, trade balance, inflation

OGRANIČENJA I ZABRANE NUKLEARNOG ORUŽJA PREMA MEĐUNARODNOM HUMANITARNOM PRAVU

Sažetak: U ovom radu će se obraditi ograničenja i zabrane koja postoje u pogledu upotrebe nuklearnog oružja. Međunarodno humanitarno pravo ima za cilj da ograniči destruktivne efekte oružanih sukoba. Postoje stalna nastojanja da se u oružanim sukobima patnje i razaranja svedu na samo neophodnu mjeru. Ovaj rad će ukazati na posljedice primjene nuklearnog oružja odnosno na strahovita stradanja koja ono prouzrokuje, kao i na trenutno stanje u međunarodnoj zajednici u pogledu njegove zabrane i ograničenja. Problem ovog rad predstavlja ustanovljavanje granica dozvoljenog od nedozvoljenog po međunarodnom humanitarnom pravu u pogledu nuklearnog oružja kao i da se utvrdi domašaj tih ograničenja i zabrana te njihovo poštovanje u praksi. Rad će da utvrdi i same ciljeve ograničenja i zabrana u pogledu nuklearnog oružja i njihov domašaj u budućnosti.

Ključne riječi: nuklearno oružje, oružani sukobi, ograničenja, zabrane, međunarodno humanitarno pravo

1. UVOD

Kroz čitavu istoriju ljudske civilizacije države su nastojale da usavrše takva sredstva ratovanja kojima bi u oružanim sukobima ostvarili što lakšu pobjedu nad neprijateljem. Države su pribjegavale upotrebi raznih sredstava ratovanja koja su često bila zasnovana na ideji da cilj opravdava sredstvo. U tom pravcu korištena su razna sredstva koja su imala za cilj nanošenje što većih gubitaka neprijatelju. Ona su često bila nehumana i kao takva su još kod starih naroda bila osuđivana i zabranjivana.

Sa razvojem nauke, tehnologije i samim razvojem cjelokupnog ljudskog društva došlo je do otkrića novih oružja koja su imala strahovitu destruktivnu moć i predstavljala su opasnost ne samo po pripadnike neprijateljskih oružanih snaga već i cijelu okolinu, a danas njegovim usavršavanjem i cijelo čovječanstvo. Uporedo s tim činjeni su strahoviti zločini nad civilnim stanovništvom i došlo je do sukoba neviđenih razmjera u kojima niko nije bio pošteđen.

Od samog početka nuklearnu aktivnost karakterisale su vojna svrha i s njima povezana nepredvidivost i tajnovitost. Nesumnjivo ne postoje norme međunarodnog humanitarnog prava koje apsolutno zabranjuju upotrebu nuklearnog oružja, ali postoje one koje ograničavaju njegovu upotrebu, što je više puta potvrđeno. U slučaju da je svaka upotreba nuklearnog oružja zabranjena

pravilima međunarodnog prava postalo bi potpuno bespredmetno istraživati dozvoljenost upotrebe nuklearnog oružja

Dvije nuklearne bombe koje su upotrebljene u oružanim sukobima u Hirošimi i Nagasakiju, eksplodirale su na oko 550 metara nadmorske visine i odnijele su kako trenutno tako i godinama kasnije više stotina hiljada života što ukazuje na strahovitu destruktivnu moć ovog oružja. Samo postojanje nuklearnog oružja predstavlja rizik po sav život na planeti. I pored značajnih umanjjenja arsenala sa okončanjem Hladnog rata, države koje posjeduju nuklearno oružje se i dalje pozivaju na moć nuklearnog odvraćanja kao faktor “dugog” mira u periodu nakon Drugog svjetskog rata. Ratovi druge polovine 20. vijeka imaju drugačije manifestacije, nisu svjetski, ali jednako odnose žrtve i donose dugoročnu nestabilnost. Neke države su odustale od nuklearnog naoružanja kao što je Južnoafrička Republika koja je tokom osamdesetih godina prošlog vijeka proizvela šest komada nuklearnog oružja, ali je sve uništila ranih devedesetih.

Samo međunarodno humanitarno pravo u čijem okvirima se posmatraju ograničenja i zabrane nuklearnog oružja predstavlja dio međunarodnog javnog prava koji uređuje odnose između država u oružanom sukobu i povodom oružanog sukoba, te predstavlja kompromis između vojne potrebe i zahtjeva humanosti koji ne sprječava vojničku pobjedu, već zahtjeva da se ne nanose suvišne patnje i razaranja. Ono kao takvo obuhvata skup pravnih pravila kojim se uređuju odnosi, odnosno prava i obaveze zaraćenih strana, kao i odnosi između njih i neutralnih strana u toku rata.

2. Oružje za masovno uništenje – nuklearno oružje

Opšteprihvaćena je podjela oružja na konvencionalno i nekonvencionalno oružje odnosno oružje za masovno uništenje. Pod oružjem za masovno uništenje podrazumijeva se oružje čiju je primjenu nemoguće kontrolisati, čije je dejstvo nemoguće vremenski i prostorno ograničiti, tako da dovodi do masovnog uništavanja svih živih bića i nesrazmjernog razaranja u odnosu na cilj koji se želi postići. U ova oružja spadaju nuklearno, termonuklearno, hemijsko, biloško i oružje za promjenu čovjekove okoline.

Nuklearno oružje predstavlja oružje čija se razorna moć ne zasniva konvencionalnom, hemijskom eksplozivu, već na direktnom iskorištavanju atomske energije, odnosno naglom pretvaranju materije u energiju (npr. za razliku od nuklearnog reaktora gdje se to odvija postepeno). Postoje dva osnovna tipa nuklearnog oružja: fisiono koje poznato kao atomska bomba, kod koga se energija dobija fisijom teških elemenata i fuzionu kod koga se energija dobija fuzijom lakih elemenata poznato kao hidrogenska ili termonuklearna bomba. Za fisiono nuklearno oružje koriste se najčešće izotopi uranijuma U-235 i izotopi plutonijuma Pu-239, dok za fuzionu nuklearno oružje koriste se uglavnom izotopi vodonika. Kod oba procesa naglo se oslobađa velika energija strahovite razorne moći.

Prema preporuci Ujedinjenih nacija, *Commision for Conventional Armaments* iz 1948. godine, oružja za masovno uništenje, kako to i sam naziv kaže jesu oružja čija je zajednička karakteristika da upotrebom dovode do velikih razornih ili destruktivnih efekta i velikog broja ljudskih žrtava.¹ Definiciju nuklearnog oružja sadrži i Ugovor o osnivanju bezatomske zone u Latinskoj Americi i Karibima iz 1967. godine. Spomenuti ugovor definiše nuklearno oružje kao bilo koju spravu sposobnu oslobađati nuklearnu energiju na nekontrolisani način, koja posjeduje skup karakteristika koje je čine podobnom za upotrebu u vojne svrhe. Sredstvo koje se može koristiti za prijenos ili pogon takve naprave ne potpada pod ovu definiciju ukoliko se može odvojiti od naprave, te nije njen sastavni dio. Ugovor o bezatomskoj zoni u Južnom Pacifiku pod pojmom „nuklearna eksplozivna naprava“ podrazumijeva bilo koje oružje ili drugu eksplozivnu napravu sposobnu za oslobađanje nuklearne energije, bez obzira na njenu namjenu. Ovaj pojam uključuje takvo oružje ili napravu u rastavljenom ili djelimično sastavljenom obliku, ali ne obuhvaća sredstva transporta ili dostave takvog oružja ili naprave ukoliko su odvojiva od njih i nisu njihov sastavni dio. Nuklearno oružje je oružje sa najdestruktivnijim efektima koje za razliku od hemijskog i biološkog oružja, pored ljudskih stradanja dovodi i do masovnog razaranja objekata i infrastrukture kako vojne tako i civilne.

Oružja za masovno uništenje najbolji su primjer upotrebe tehnoloških dostignuća u štetne svrhe i protiv ljudske civilizacije. Njihova je upotreba se zabranjuje i ograničava nizom međunarodnih konvencija i deklaracija, ali koje nisu umanjile prijetnje i rizike. Pored vojnog osoblja ovo oružje posebno ugrožava civilno stanovništvo, a postoji opasnost da se upotrebi i u terorističke svrhe.² Nuklearno oružje zahvaljujući istorijskom pamćenju iz doba Hladnog rata, najpoznatije je oružje za masovno uništenje.³ Strah od upotrebe nuklearnog oružja i njegov zastrašujući potencijal zasniva se objektivno na njegovom zastrašujućem učinku. Eksperiment kojim je potvrđena teorija o nuklearnoj reakciji prvi je sproveo britanski fizičar Ernest Rutherford 1911. godine. Nakon toga proizvedeno je i proučavano stotine nuklearnih reakcija, ali se tek 1939. godine počele ozbiljno razmatrati mogućnosti fisije kao izvora energije. Tokom Drugog svjetskog rata američki naučnici izrazili su predsjedniku SAD svoju zabrinutost da bi Njemačka

1 UN document S/C.3/32/Rev.1, 02. 08. 1948.

2 Vučemilović, Ante, Toksiološke posljedice oružja za masovno uništavanje i noka u suvremenom ratovanju i terorizmu, Arhiv za higijenu rada i toksikologiju, Vol. 61, No. 2, Zagreb, 2010., str. 54.

3 Dana 6. i 9. avgusta 1945. godine bačene su bombe na japanske gradove Hirošimu i Nagasaki. Prva bomba, koja je sadržavala 60 kilograma uranijuma eksplodirala je snagom 15 kilotona TNT- a i trenutno je usmrtila 130. 000 građana Hirošime, a u sljedećih pet godina još 70. 000 ljudi umire od posljedica radijacije. Druga bomba, od 8 kilograma plutonijuma, eksplodirala je snagom od 22 kilotona TNT-a trenutno usmrтивši 70. 000 civila, a broj se u narednim godinama udvostručio zbog radioaktivnog zračenja. Rezultati bombi bačenih na Hirošimu i Nagasaki urezala su se duboko u pamćenje cjelokupnog čovječanstva. Poslije Hirošime bilo je nesporno da se teret činjenice postojanja ovakvog oružja može u percepciji čovječanstva prihvatiti kao realnost samo pod uslovom da ono nikad neće biti upotrijebljeno. Nakon što je i tadašnji SSSR testirao svoje nuklearno oružje nastala je “ravnoteža straha”.

mogla proizvesti sistem s lančanom reakcijom.⁴ U januaru 1942. godine vođenje projekta razvoja nuklearnog programa s Kolumbijskog univerziteta prebačeno je na Čikaški univerzitet. Izvještaji o razvoju njemačkog projekta, britanski istraživački program, kao i mnogi istaknuti britanski naučnici stavljeni su na raspolaganje SAD. U junu 1942. godine vrhovnu kontrolu nad nuklearnim istraživanjem dobio je Odbor vojne policije SAD, a nekoliko mjeseci kasnije general Leslie Groves zadužen je za cijeli projekat, koji

postaje poznat kao *Manhattan District Project*. Sve osobe uključene u ovaj projekat, uključujući i najpoznatije naučnike bili su obavezni da se podvrgnu vojnoj kontroli i najstrožijim odredbama o sigurnosti. Ne više od 12 od ukupno 150 hiljada ljudi koji su do kraja bili angažovani na ovom projektu, imalo je jasnu koncepciju o svrsi i obimu projekta. Od svog početka projekat je karakterisala tajnovitost, nedostatak javnog polaganja računa i prećutni savez između nauke i vojnog establišmenta, što će sve postati istaknuto obilježje i poslijeratnih nuklearnih programa.⁵ Za vrijeme rata stvoreni nuklearni establišment između naučnika, velikih privrednika, vrhova vojske i politike na realizaciji ovog projekta, pokazao se kao najekspeditivniji i najefikasniji put razvoja, projektovanja i proizvodnje nuklearne bombe, što će na kraju i dovesti i do njene upotrebe na samom kraju Drugog svjetskog rata.

3. Dozvoljenost odnosno nedozvoljenost nuklearnog oružja

Pitanje dozvoljenosti odnosno nedozvoljenosti upotrebe nuklearnog oružja predstavlja jedno od najkontraverznijih i najsloženijih pitanja savremenog međunarodnog prava i međunarodne politike. Po prvi put u istoriji postoji oružje od koga nije moguća nikakva efikasna odbrana. I najveće nuklearne sile bi bile bespomoćne u slučaju opšteg nuklearnog rata. I sama proizvodnja i vršenje eksperimenata izaziva dalekosežne i nenadoknadive štete po cjelokupno čovječanstvo. Otuda je problem dozvoljnosti ovog oružja od izuzetnog značaja.⁶ Jedinstven stav ne postoji ni u teoriji ni u praksi. Jedan broj teoretičara smatra da je ovo oružje dozvoljeno. Polaze od činjenice da su savezničke sile, odnosno SAD, upotrebile atomsko oružje 1945. godine, protiv Japana, a da taj akt nije izričito osuđen kao protivzakonit.⁷ U okviru Ujedinjenih nacija ovim pitanjem bavila se posebna komisija za atomsku energiju da bi kasnije cijeli problem bio sjedinjen u komisiju za razoružanje, odnosno njen potkomitet. Dok je jedna

⁴ Šeparović, Perko, Inge, Nuklearna energija i energetska efikasnost, Politička misao: časopis za politikologiju, Vol. 34, No. 2, Zagreb, 1997., str 242-243.

⁵ Camilleri, A., Joseph, The State and Nuclear Power, University of Washington Press, Seattle, 1984., str. 2.

⁶ Avramov, Smilja, Kreća, Milenko, Međunarodno javno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2001., str. 667.

⁷ Odak, Dinko, „Podinijeti nepodnošljivo“: kapitulacija Japana 1945. godine, Zbornik Janković, Vol. 2, No. 2, Daruvar, 2017., str. 252-288.

strana imala monopol nad tim oružjem i zahtijevala je jedino međunarodnu kontrolu, dotle je druga strana insistirala na potpunoj zabrani. Kada je monopol prestala da ima jedna država, onda je postavljeno više pitanja kao što su zabrana eksperimenata nuklearnim oružjem, problem opšteg i potpunog razoružavanja, zone dezangažovanja itd.⁸ Dalju podršku stavu da je nuklearno oružje dozvoljeno teoretičari su našli u Uputstvu koje u SAD izdale svojim pomorskim jedinicama 1955. godine, odnosno Pravilniku o suvozemnom ratu iz 1956. godine. Upotreba nuklearnog oružja na osnovu ovih akata dozvoljena je američkim vojnim snagama i time je legalizovana u unutrašnjem pravnom poretku SAD. Predsjednik SAD Hari Truman u govoru od 9. avgusta 1945. godine, odmah nakon bacanja prvih nuklearnih bombi dao je zvanično saopštenje da su nuklearne bombe bačene da bi se spasili životi američkih vojnika i da bi se skratila agonija rata. Istu izjavu dao je britanski premijer Vinston Čerčil pred Donjim domom ističući da su nuklearne bombe spasile preko milion američkih i britanskih života. Međutim sa druge strane postoje stalni zahtjevi i pritisci za zabranu nuklearnog oružja što ukazuje da njegova apsolutna zabrana jov uvijek ne postoji.

Realnost je da su velike sile snadbjevene velikim količinama ovog oružja i u slučaju nuklearnog sukoba nijedna država ne bi mogla izaći kao pobjednik. Upravo u ovoj činjenici leži realnost njegove zabrane i bez ikakvog pravnog propisa. Grupa teoretičara smatra da je zabranu nuklearnog oružja moguće izvesti iz postojećeg međunarodnog prava. Pri tome se ukazuje na načela usvojena u Petrogradskoj deklaraciji iz 1868. godine i Haškim konvencijama iz 1899. i 1907. godine iz kojih proizilazi da zaraćene strane ne uživaju neograničeno pravo u pogledu izbora sredstava ratovanja protiv neprijatelja.⁹ Ženevski protokol iz 1925. godine, predstavlja jednu od najčvršćih pravnih osnova za zabranu nuklearnog oružja, a s obzirom na sličnost fizičkih i hemijskih osobina sa oružjem koje se zabranjuje.¹⁰ Takođe borba za zabranu nuklearnog oružja može se porediti sa borbom za zabranu hemijskog oružja.¹¹ Tako da bi se iz borbe za zabranu bojnih otrova između dva svjetska rata u Društvu naroda moglo shvatiti da je upotreba bojnih otrova u Prvom svjetskom ratu bila dozvoljena, što je neprihvatljivo jer bi to značilo da sam Haški pravilnik nije važio.¹² Tu je i De Martensenova klauzula na

8 Perazić, Đ., Gavro, Međunarodno ratno pravo, Kultura, Beograd, 1966., str. 143.

9 Perazić, Đ., Gavro, Op. cit., str. 147.

10 Ženevski protokol o zabrani upotrebe u ratu zagušljivih, otrovnih ili sličnih gasova i bakterioloških sredstava potpisan je od strane 29 država na Konferenciji za međunarodnu kontrolu trgovine oružjem, municijom i ratnim materijalom. On potvrđuje već postojeću zabranu bojnih otrova, čime smatra da su postojeći ugovori na snazi i pored prakse Prvog svjetskog rata. Nastao je na osnovu iskustava Prvog svjetskog rata i pravnih praznina koje su se koristile u dotadašnjim propisima kako bi se opravdala upotreba bojnih otrova.

11 Hemijska oružja su ona oružja koja sadrže hemijske supstance, bilo u gasnom, tečnom ili čvrstom stanju, a čija upotreba izaziva trovanje ljudi, životinja i biljnog svijeta. Otrovnii sastojci se unose direktno u tijelo konvencionalnim metodama, bacanjem bombi, raketa ili posredno kroz trovanje zemljišta, poljoprivrednih proizvoda itd.

12 Prvo veće korištenje hemijskog oružja zabilježeno je u Prvom svjetskom ratu. Nijemci su 1915. godine upotrebili bojne otrove u napadu na selo Langemark u Francuskoj, nakon čega su taj način

osnovu koje se može izvesti zabrana. Prema toj klauzuli, u slučajevima koji nisu uređeni međunarodnim konvencijama, civilno stanovništvo i vojnici zaštićeni su načelima međunarodnog prava, koja proizlaze iz običaja ustanovljenih između civilizovanih naroda, u skladu sa zahtjevima čovječnosti i javne savjesti. Tom se klauzulom želi istaći da se iz toga što u međunarodnom humanitarnom pravu ne postoji neka određena zabrana, postavljena pravilima ugovornog ili običajnog međunarodnog prava, ne smije zaključiti da postoji sloboda djelovanja zaraćenih strana i da je dopušteno sve što nije zabranjeno. Zaraćene strane su uvijek vezane elementarnim zakonima čovječnosti i zahtjevima javne savjesti. Značenje je klauzule i u tome da novi načini ratovanja, nova sredstva razaranja i nova oružja ne ostaju potpuno neregulirani. Imao se posebno u vidu nagli razvoj ratne tehnike, koji je mogao postojeće konvencije da učini zastarjelim.¹³ Zabrana nuklearnog oružja može se izvesti i iz stava 3. člana 25. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 1949. godine, u kome se konstatuje „zabranjeno je primjenjivati metode ili sredstva ratovanja koja su namijenjena ili od kojih se može očekivati da će prouzrokovati opsežna, dugotrajna i jaka oštećenja prirodnoj okolini“.¹⁴ Nesumnjivo da nuklearno oružje ima takvo dejstvo da djeluje izrazito destruktivno na prirodnu okolinu na prostoru na kome se primjeni čemu su najbolji dokaz Hirošima i Nagasaki ili prostori na kojima su se vršili eksperimenti ovog oružja.

Postoje mišljenja da treba razlikovati taktičku od strategijske upotrebe nuklearnog oružja. Smatra se da je taktička upotreba nuklearnog oružja ona koja je usmjerena protiv neprijateljskih oružanih snaga, dok bi strategijska bila usmjerena protiv velikih naseljenih centara. Tako da neki smatraju da je dozvoljena upotreba nuklearnog oružja u taktičke svrhe. Međutim takvo shvatanje je neodrživo. Strategijski cilj jedne države može bit jednak taktičkom cilju druge države, dok taktički cilj jedne male vojske nije jednak taktičkom cilju velike vojske. Ako je sa stanovišta međunarodnog prava zabranjeno upotrebiti jednu tonu hemijskog oružja isto tako zabranjeno je upotrebiti jedan gram tog oružja. Zato sa stanovišta međunarodnog prava ne može biti razlike između taktičkog i strategijskog nuklearnog oružja.¹⁵ Sve dok jedno nuklearno oružje širi i najmanju

ratovanja prihvatile i Velika Britanija i Francuska. U Prvom svjetskom ratu od hemijskog oružja broj ranjenih i mrtvih iznosio je 1.296.000 što je 4,9 % od ukupnog broja stradalih. U vojsci SAD koje je znatno kasnije ušla u rat, ukupni gubici od hemijskog oružja iznosili su 26,8 %. Samo u jednom napadu na sektor Ipra 22. aprila 1918. godine u 18:00 časova pušten je oblak dima koji je prouzrokovao smrt oko 5000 vojnika te je probijen front saveznika u širini 6 km. U 1918. godini od ukupne municije koja se proizvela kod saveznika 30 % je bila hemijska, a u Njemačkoj čak 50 %. Prvo se koristio masovno hlor gas da bi se kasnije usvaršio iperit. Do kraja rata bilo je poznato oko 100 vrsta bojnih otrova, a taj se broj nakon rata podigao na nekoliko hiljada.

13 Ime je dobila po svom predlažaču, ruskom pravniku Frederiku Fromholdu De Martensu koji je bio ruski delegat na Haškoj mirovnoj konferenciji. Ova klauzula se primjenjuje i danas i postala je dio običajnog međunarodnog prava.

14 Dopunski protokol Ženevskoj konvenciji od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I), 8. juni 1977. godine.

15 Nobilo, Mario, Taktičko nuklearno oružje i problem proliferacije, Politička misao: časopis za politikologiju, Vol. 15, No. 2, Zagreb, 1978., str. 231-232.

dozu radijacije, ono ne bi moglo biti dozvoljeno prema međunarodnom pravu. Analogijom bi trebalo tumačiti i primjenu projektila sa nuklearnim bojevim glavama, kao i svih drugih nuklearnih sredstava. Postoje i teoretičari koji smatraju da se zabrana nuklearnog oružja može izvesti iz postojećeg međunarodnog prava, tako da je ono dozvoljeno ako se upotrebi kao mjera represalije. Tako Vojni priručnik Njemačke predviđa mogućnost primjene nuklearnog oružja na bazi represalija.¹⁶

Ujedinjene nacije izjasnile su se u prilog zabrane primjene nuklearnog oružja u formi rezolucije 24. novembra 1961. godine, kojom je istaknuto da je upotreba nuklearnog oružja suprotna principima i ciljevima Povelje Ujedinjenih nacija, te da je njihova primjena izvan domena vojnih operacija jer dovodi do masovnog razaranja i nepotrebnih patnji, zbog čega je u suprotnosti sa zakonom čovječnosti, te bi njegova primjena bila zločin protiv cijele civilizacije. Protiv ove rezolucije koju su predložile države članice Pokreta nesvrstanih bile su SAD, Francuska, Velika Britanija i još 20 država. Rezolucijom Ujedinjenih nacija od 29. novembra 1979. godine, povezuje se zabrana upotrebe sile sa zabranom upotrebe nuklearnog oružja, te se poziva Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija da preduzme potrebne mjere u tom pravcu. Rezolucija je prihvaćena sa 117 za, 4 protiv i 46 uzdržanih glasova.¹⁷ U okviru Ujedinjenih nacija 7. jula 2017. godine donesena je Konvencija o zabrani nuklearnog oružja od strane 122 države. Ona pored izričite zabrane ovog naoružanja, predstavlja volju i namjeru većine država svijeta da ojača i očuva međunarodnopravni poredak. Nijedna od država koja posjeduje nuklearno oružje nije podržala Konvenciju za zabranu nuklearnog oružja. Ova Konvencija otvorena je za potpisivanje i ratifikaciju od strane država članica Ujedinjenih nacija od 20. septembra 2017. godine. Da bi stupila na snagu mora biti ratificirana od strane 50 država članica Ujedinjenih nacija, dok je do danas ratificiralo 23 države.

Da bi nešto iz činjeničnog stanja prešlo u pravni svijet, potrebno je da postoji volja ovlašćenih subjekata da uz pomoć odgovarajućih tehničkih pravnih sredstava to i urade. Bez obzira na radikalne izazove koje nedržavni akteri predstavljaju za savremni međunarodnopravni poredak, države i dalje predstavljaju ključne subjekte međunarodnog prava. To u svakom slučaju važi za postupak donošenja međunarodnopravnih normi. Upravo zbog toga može da se kaže da norme koja bi

16 Represalija prema međunarodnom pravu predstavlja oblik samopomoći, odnosno mjere koje država preduzima protiv druge države kao odgovor na njen protivpravni čin kako bi je odvratila od nastavljanja toga čina ili navela na naknadu štete. Iako povređuju subjektivno pravo druge države, represalije su međunarodnim pravom dopuštene i njihova je protivpravnost otklonjena, jer su one odgovor na protivpravni čin. U miru represalije ne smiju koristiti silu, moraju biti srazmjerne deliktu, ne smiju kršiti kogentne norme međunarodnog prava te moraju imati značaj krajnjeg sredstva. U ratu represalije smiju uključivati upotrebu sile, međutim ne smiju biti preduzete prema ranjenicima, bolesnicima, brodolomcima, ratnim zarobljenicima, civilnim osobama, njihovoj imovini, kulturnim dobrima, vjerskim objektima, te prirodnoj okolini.

17 Vrduka, Alenko, Sigurnost formacijskog nuklearnog oružja, *Polemos: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 14, No. 27, Zagreb, 2011., str. 33-52

na izričit način zabranila svaku upotrebu nuklearnog oružja nema jer nema volje država koje posjeduju nuklearno oružje da takvu normu stvore.

4. Ograničenja nuklearnog oružja

I pored svih nastojanja da se zabrani nuklearno oružje, ono je poprimilo velike razmjere u svijetu. Konstruisani su novi interkontinentalni i interplanetarni projektili, došlo je do velike trke u naoružanju i njegovog stalnog usavršavanja. Na osnovu podataka kojima raspolaže institut za istraživanje mira u Štokholmu SIPRI¹⁸, dvije najveće nuklearne sile SAD i Rusija raspolažu takvim nuklearnim potencijalom koji odgovara 5 tona klasičnog eksploziva po stanovniku zemlje. Kada bi se troškovi oko naoružanja koristili u mirnodopske svrhe sva svjetska populacija mogla bi mogla da ima standard na nivou visoko razvijenih država.

Danas nuklearno oružje posjeduje devet država, ali najveći nuklearni potencijal imaju SAD, Rusija, Velika Britanija, Francuska i Kina. Ovih pet država se smatra nuklearnim silama te im je na izvjestan način priznato pravo da posjeduju nuklearno oružje, prema Sporazumu o neširenju nuklearnog oružja.¹⁹ Pored ovih država nuklearno oružje posjeduju i Izrael, Indija, Pakistan i Sjeverna Koreja²⁰ Specifično je da su pet navedenih država upravo one kojima su Ujedinjene nacije povjerile posebnu ulogu u očuvanju svjetskog mira i stalno mjesto u Savjetu bezbjednosti Ujedinjenih nacija.

Međutim izvjesno olakšanje predstavlja činjenica da je proteklih decenija zaključeno više međunarodnih bilateralnih i multilateralnih ugovora koji uvode ograničenja kada je riječ o ovoj vrsti oružja, a koja se manifestuje kroz zabranu njegovog lociranja na određenim mjestima, određivanju mjesta gdje se mogu izvoditi eksperimenti sa njim, odnosno koji uvode zabrane njegovog daljeg širenja.

Ugovor o Antartiku iz 1959. godine, zabranjuje na tom području uspostavljanje vojnih baza, utvrđenja ili izvođenje vojnih manevara, kao i upotrebe bilo kojeg tipa oružja. Ugovor o miroljubljivom korišćenju kosmosa iz 1967. godine, sadrži analogne odredbe u odnosu na Mjesec i ostala nebeska tijela. Ugovorne zabrane su se takođe obavezale da neće lansirati u orbitu bilo koju vrstu oružja za masovno uništenje, niti instalirati takvo oružje na nebeskim tijelima. Međutim obje supersile su prekršile ove odredbe, militarizovale su kosmos i konstruisale su svemirsko oružje sa teledirigovanom energijom, sa mikrotalasima na elektromagnetni pogon

18 *Stockholm International Peace Research Institute*

19 Rusija i SAD posjeduju ukupno 83% posto nuklearnog naoružanja u svijetu, ako se uzmu u obzir nuklearne bojeve glave koje nisu spremne za upotrebu onda se ta cifra podiže na 93 %. Izrael, Indija, Pakistan i Sjeverna Koreja posjeduju oko 340 bojevih nuklearnih glava, dok je ukupan broj bojevih nuklearnih glava u svijetu oko 15.000. Postoji trend smanjenja ovog broja ali i trend sve većeg ulaganja u modernizaciju nuklearnog oružja.

20 Giba, Marijana, Sjevernokorejski nuklearni izazov - perspektive američke diplomacije prinude, *Polemos: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 21, No. 41, Zagreb, 2018., str 113-131.

i postavili u svemiru osmatračnice. Taj novi prodor u svemir popularno je nazvan „rat zvijezda“.

Ugovor o zabrani eksperimenata sa nuklearnim oružjem u atmosferi, kosmosu i pod vodom potpisan u Moskvi avgusta 1963. godine i pored zabrana koje uvodi ostavio je slobodu nuklearnim silama da izvode neograničene eksperimente u utrobi Zemlje.²¹ Sporazum o neširenju nuklearnog oružja iz 1968. godine, koji je istovremeno potpisan u Moskvi, Londonu i Vašingtonu i koji je stupio na snagu marta 1970. godine, predviđa da države članice ne mogu drugim državama davati neposredno ili posredno nuklearno oružje ili neke druge uređaje za nuklearne eksplozije ili za kontrolu nad tim oružjem.²² Njima je takođe zabranjeno da na bilo koji način podstiču ili pomažu države koje ovo oružje ne posjeduju, kako bi ga one proizvele ili nabavile. Imali su za cilj da smanje rizik i mogućnost od izbijanja nuklearnog rata. Moskovski ugovor iz 1963. godine nameće ograničenja svim državama dok Sporazum o neširenju nuklearnog oružja iz 1968. godine nameće u suštini, ograničenja samo određenim kategorijama država i nenuklearnim državama. Strane ugovornice Sporazuma o neširenju nuklearnog oružja obavezale su se da neće ustupiti bilo kome nuklearna oružja ili druga eksplozivna sredstva, da ni na koji način neće podsticati ili navoditi bilo koju državu da proizvodi nuklearno oružje.²³ Ugovor o korištenju morskog dna iz 1971. godine zabranjuje stavljanje nuklearnog oružja i ostalog oružja za masovno uništenje na dno okeana ili podzemlja otvorenog mora, ali i na razdaljini od 12 nautičkih milja od obale svake priobalne države. Ugovor je usvojen u formi deklaracije na 25. zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija. Dugoodišnji naponi međunarodne zajednice doveli su do konačnog zaključenja Ugovora o potpunoj zabrani nuklearnih proba. Ugovor je odobrila Generalna skupština Ujedinjenih nacija i on je otvoren za potpisivanje u septembru 1996. godine. Ugovorom je ustanovljena apsolutna zabrana vršenja nuklearnih proba u svim sredinama, kao i mehanizam kontrole ugovornih klauzula koji obuhvata i inspeksijsku kontrolu na licu mjesta. Ovaj ugovor pored nuklearnih sila potpisalo je preko 140 država.

Na bilateralnom planu karakteristični su ugovori zaključeni između SAD i SSSR, odnosno Rusije, zasnovani na Sporazumu o ograničenju strategijskog oružja (SALT - 1), Sporazumu o redukciji strategijskog oružja (START - 1) i Sporazumu o zabrani balističkih raketa srednjeg i malog dometa. Sporazum SALT - 1 potpisan je 26. maja 1972. godine, a SALT – 2 18. juna 1979. godine. Najvažniji dio prvog sporazuma jeste Sporazum o antibalističkim raketama i Protokol o ograničenju strategijskog ofanzivnog naoružanja. Sporazum START-1 potpisan je 1. jula 1991. godine, a stupio je na snagu 5. decembra 1994. godine. Sporazum je

21 Ovaj ugovor je potpisan nakon *Kubanske krize* krajem 1962. godine oko postavljanja sovjetskih raketa s nuklearnim glavama na Kubi, kada je čovječanstvo bilo najbliže nuklearnom ratu.

22 Jauk, Rafael, Neširenje nuklearnog oružja i savremeno međunarodno pravo, *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, Vol. 47, No. 94, Zagreb, 2013., str. 109-132.

23 Ostojić, Jerolim, Pravna zaštita od nuklearnog oružja s naglaskom na zaštitu morskog okoliša, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu*, Vol.. 45, No. 3, 2008., str. 584-585.

potpisan posle pregovora osamdesetih godina i potpisali su ga tadašnji predsjednik SAD Džordž Buš i predsjednik SSSR Mihail Gorbačov. Bio je to prvi sporazum kojim se predviđa eliminacija američkog i sovjetskog odnosno ruskog nuklearnog arsenala. Ograničenje je postavljeno na 6.000 strategijskih ili dugometnih nuklearnih bojevih glava, na obje strane. Tim sporazumom takođe je ograničen broj avionskih, artiljerijskih i podmorničkih projektila na po 1.600 komada. Rasapadom SSSR i formiranjem novih samostalnih država, značajan nuklearni potencijal ostao je na teritoriji Ukrajine, Bjelorusije i Kazahstana. Rusija nije htjela da ratifikuje ovaj sporazum dok ne postigne dogovor sa ovim državama o povlačenju takvog oružja sa njihove teritorije. Takav dogovor je uspješno postignut potpisivanjem Lisabnoskog sporazuma 23. maja 1992. godine, koji je Rusiji otvorio put ka ratifikaciji START-1. Do danas su dvije države dopuštale međusobnim inspekcijskim timovima da posjete raketne baze u cilju međusobne razmjene informacija o svojim raketnim arsenalima. Kako su se ovi sporazumi poštovali od strane SAD i Rusije, tako je vremenom došlo do pada njihovih nuklearnih arsenala. Međutim i dalje i SAD i Rusija imaju toliko nuklearnih bojevih glava koje su dovoljne da jedna drugu potpuno unište.²⁴

Prvi ugovor koji je u jednom regionu zabranio nuklearno oružje i uspostavio denuklearnu zonu zaključen je između država Južne Amerike 1967. godine. Bezatomske zone su dijelovi teritorije na kojim se ne mogu proizvoditi, instalirati, odlagati i vršiti eksperimenti sa nuklearnim oružjem. Južnoameričke države su se obavezale da na svojoj teritoriji zabrane probe, upotrebu, proizvodnju i nabavku nuklearnog oružja. Ugovor ima niz neodstatika, tako da se ne odnosi na Panamski kanal, Portoriko i Djevičanska ostrva, gdje SAD imaju svoje baze, ali i pored toga predstavlja značajan korak u pravcu razoružanja. Takođe Kuba nije potpisala ovaj ugovor. Generalna skupština Ujedinjenih nacija podržala je donošenje ovog ugovora i pozvala nuklearne sile da mu se pridruže, što su SAD, Velika Britanija, Francuska i Kina i učinile. Stvaranje denuklearnih zona predloženo je i na Balkanu, Africi i nekim drugim regionima u svijetu. Za stvaranje denuklearne zone nuklearne sile postavile su tri uslova:

- da su precizno utvrđene granice takvih zona;
- da države odnosno područja preduzmu obavezu da nijednoj trećoj sili neće davati bilo kakve privilegije ili povlastice u pogledu naoružanja ili skladištenja oružja na tom području;
- da države odnosno područja moraju pružiti čvrste garancije da će savjesno ispuniti obaveze koje proizilaze iz ugovora o stvaranju denuklearnih zona.

Denuklearne zone imaju veliki značaj i predstavljaju jednu vrstu nuklearne neutralnosti, ali je efikasnost ovakvog rješenja upitna imajući u vidu na nemogućnost teritorijalnog ograničenja uslijed upotrebe nuklearnog oružja.²⁵

24 Vujković, Radomir, Međunarodna kontrola naoružanja, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1998., str. 18-37.

25 Avramov, Smilja, Kreća, Milenko, Op. cit., str. 670

Kada se mogućnosti i posljedice dejstva ovog oružja, posmatraju kroz prizmu opštih principa u vezi sa upotrebom sredstava ratovanja, može se zaključiti da međunarodno pravo ne odobrava pribjegavanje takvim sredstvima ratovanja jer bi ovo oružje nesumnjivo izazvalo nepotrebne patnje. Kao što je već navedeno takve zabrane se mogu naći u Ženevskom protokolu iz 1925. godine, odnosno u analogiji sa sredstvima ratovanja koja su ovim aktom stavljena van zakona (zagušljivi, otrovni i drugi slični gasovi, kao i sve tečnosti, materije ili drugi slični postupci). Ovo što je jedan od efekata primjene ovakvog oružja radijacija, čijim su pogubnim dejstvima, tj. nepotrebним patnjama, izloženi svi, a to znači i pripadnici vojnih snaga i cijelokupno stanovništvo, na isti način kao i u slučaju hemijskog i biološkog oružja koje je zabranjeno ovim protokolom. Uporište za takav stav nalazi se i u odredbama mirovnih ugovora zaključenih posle Drugog svjetskog rata kojim su pobijeđenim državama nametnute zabrane proizvodnje, usavršavanja i posjedovanja ovakvog oružja, ali i navedenim ugovorima kojima se stimulišu izvjesna ograničenja i zabrane u vezi sa stokiranjem, eksperimentisanjem i isprobavanjem nuklearnog oružja u mirnodopskim uslovima. Prema tome ako se ograničenja i zabrane odnose na mirnodopske uslove kako bi se obezbjedio opstanak čovječanstva, onda je sasvim ispravna ocjena da bi upotreba ovog oružja u ratu bila fatalna za cijeli ljudski rod i da je stoga ona nelegalna sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava. Svi ovi pravni principi i pravila, predstavljaju pravni osnov zabrane i upotrebe i drugih vrsta oružja koja u sebi sadrže nuklearne komponente, kao što je taktičko nuklearno oružje (posebno neutronske) ili oružje punjeno sa osiromašenim nuklearnim elementima, bez obzira što su ovo prvo neke zapadne nuklearne sile još prije više decenija pokušale da legalizuju. Međutim ova legalizacija je vršena unutrašnjim pravnim propisima koji samim tim su došli u koloziju sa odgovarajućim međunarodnim odredbama u ovoj oblasti koje su obavezujuće i za te države.²⁶ U pogledu svih pravnih praznina i nejasnoća u vezi sa nuklearnim oružjem može se poći kako je navedeno i od De Martensonove klauzule prema kojoj u svim slučajevima koji nisu regulisani, stanovništvo i zaraćene strane su zaštićeni načelima međunarodnog prava, koja prističu iz običaja ustaljenih između prosvetljenih naroda, zakona čovječnosti i zahtjeva javne savjesti. Osnovni principi međunarodnog humanitarnog prava i De Martensenova klauzula imaju neprolazan značaj i prema njima treba cijeniti i legalnost upotrebe nuklearnog oružja.

5. Mišljenje međunarodnog suda pravde u pogledu nuklearnog oružja

Međunarodni sud pravde 1996. godine nije uspio dati jasan odgovor u savjetodavnom mišljenju koje je Generalna skupština Ujedinjenih nacija zatražila

²⁶ Vučinić, Zoran, Međunarodno ratno i humanitarno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2006., str. 177.

od njega o zakonitosti prijetnje nuklearnim oružjem i njegove primjene.²⁷ To je bila najpoznatija, ali i najkontroverznija analiza normi međunarodnog humanitarnog prava u vezi sa upotrebom nuklearnog oružja. Međunarodni sud pravde je u tom mišljenju zaključio što u doktrini nije ni sporno da ne postoji izričita zabrana upotrebe nuklearnog oružja sadržana u međunarodnim ugovorima. Iako su neki autori, a i države pokušavali da ovakvu zabranu izvedu iz ugovora koji zabranjuju druge vrste oružja (hemijsko, zapaljivo, itd.) Sud je ovakva stanovišta odbacio i prezentovao zaključak po kojem pomenute ugovore nije „vidio kao elemente koji bi rezultirali jasnom i univerzalnom zabranom upotrebe, ili pretnje upotrebom, tih oružja kao takvih”.²⁸ Međunarodni sud pravde izjasnio se: „destruktivna moć nuklearnog naoružanja ne može biti ograničena ni prostorno ni vremenski... jonizirajuća radijacija ima potencijal uništenja buduće životne sredine, hrane i vodenog ekosistema, kao i prouzrokovanja genetskih poremećaja i bolesti među budućim generacijama... imperativ za Sud je da uzme u obzir jedinstvene karakteristike nuklearnog oružja, a naročito njegovu destruktivnu moć, njegovu moć da prouzrokuje neizmjernu ljudsku patnju, kao i sposobnost da naškodi budućim generacijama”.²⁹ Apsolutna većina sudija stala je na stanovištu da međunarodno pravo ne sadrži nikakvu sveobuhvatnu i univerzalnu zabranu da se nuklearnim oružjem kao takvim, prijeti ili se ono upotrebljava. Sudije su jednoglasne u tome da je upotreba sile i korišćenje nuklearnog oružja nezakonito, a koje je suprotno članu 2. stav. 4. Povelje Ujedinjenih nacija.

Međunarodni sud pravde je jednoglasno konstatovao da prijetnja nuklearnim oružjem i upotreba nuklearnog oružja mora biti u saglasnosti sa međunarodnim pravom primjenjivim na oružane sukobe, naročito sa načelima i pravilima međunarodnog humanitarnog prava, kao i sa posebnim obavezama po ugovorima i drugim sporazumima koji se izričito odnose na nuklearno oružje. Međunarodni sud pravde se izjasnio da imajući u vidu stanje međunarodnog prava i činjenične elemente na raspolaganju, ne može konačno da ustanovi da li bi prijetnja nuklearnim oružjem ili njegova upotreba bila zakonita ili nezakonita u ekstremnim uslovima samoodbrane, kada je u pitanju sam opstanak države. Za ovakvo mišljenje glasalo je sedam sudija, dok je sedam sudija zajedno sa predsjednikom suda glasalo protiv. Međunarodni sud pravde na kraju je jednoglasno odlučio da postoji obaveza država da u dobroj vjeri vode i zaključe pregovore o sevebuhvatnom nuklearnom razoružanju pod strogim i efikasnim međunarodnim nadzorom.

Povezivanje prava na upotrebu nuklearnog oružja sa samoodbranom (pa i u slučaju krajnje samoodbrane) moglo bi da dovede u pitanje jedno od osnovnih načela međunarodnog humanitarnog prava o potrebi razlikovanja *ius in bello* (pravo u ratu) i *ius ad bellum* (pravo na vođenje rata). Ovo načelo međunarodnog humanitarnog prava je važno jer nalaže da se norme međunarodnog humanitarnog

²⁷ www.icj-cij.org

²⁸ *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 63.

²⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para. 35.

prava moraju poštovati uvijek i bez obzira na motive strana u oružanom sukobu za otpočinjanje tog sukoba.³⁰ “Na osnovu Savjetodavnog mišljenja Suda dobar dio doktrine zadržao je uravnotežen stav da se može zaključiti da je u najvećem broju slučajeva upotreba nuklearnog oružja zabranjena. Ali, ipak, postoje neke situacije, koje su rijetke, u kojima upotreba nuklearnog oružja ne bi povrijedila nijednu normu međunarodnog humanitarnog prava. Moglo bi se reći da dozvoljeni slučajevi često predstavljaju samo teorijske konstrukcije, ali dok postoji i jedan mogući slučaj, ne može se govoriti o zabrani upotrebe već samo o zabranjenim načinima njegove upotrebe”.³¹ Mišljenje u Sudu koje je prevagnulo bilo je da potvrda opšte zabrane upotrebe nuklearnoga oružja, dok god ga neke države posjeduju, ne bi mnogo pomogla. Temeljeći se na preuzetoj obavezi država na pregovaranje (*pactum de contrahendo*) iz člana VI. Ugovora o neširenju nuklearnoga oružja iz 1968. godine, Sud se zauzeo za sklapanje sveopšteg ugovora sličnog onima o bakteriološkom i hemijskom oružju te o protivpješadijskim minama. Zabrana bi trebala dovesti do sveopšteg nuklearnoga razoružanja, odnosno do strogo kontrolisanog uništenja cjelokupnoga nuklearnoga arsenala i trebalo bi da obuhvati njegovu buduću proizvodnju u vojne svrhe.³²

Države koje su pred Međunarodnim sudom pravde tvrdile da je svaka upotreba nuklearnog oružja zabranjena međunarodnim pravom su se osim različitih međunarodnih ugovora pozivali i na to da je formirano međunarodno običajno pravo o zabrani upotrebe nuklearnog oružja. U vezi sa ovim Sud je u ovom kontekstu analizirao rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija i dosao do zaključka da one same po sebi (iako sadrže dijelove u kojima se spominje zabrana upotrebe nuklearnog oružja) nisu obavezujuće, a da nisu ni doprinjele stvaranju međunarodnog običajnog prava jer je prilikom glasanja za njih bilo puno uzdržanih i država koje su glasale protiv. Opet je, dakle, prepreka nastanku norme koja bi na izričit način zabranila svaku upotrebu nuklearnog oružja bila volja određenih država, a prije svega onih koje posjeduju nuklearno oružje.

Tako napad taktičkim nuklearnim oružjem male snage na kasarnu u pustinji ili napad istim takvim oružjem na nuklearnu podmornicu u otvorenom moru prema stavu Međunarodnog suda pravde bio bi dozvoljen. Ovakve teorijske konstrukcije onemogućile su većinu sudija Međunarodnog suda pravde da konstatuju da je svaka upotreba nuklearnog oružja zabranjena međunarodnim pravom. Nuklearnim silama ostavljen je prostor da imaju pravo da zadrže nuklearni arsenal u svom vlasništvu iako ne postoji teorijska mogućnost upotrebe strateškog nuklearnog oružja koje bi bila u skladu sa međunarodnim pravom.

30 Hrnjaz, Miloš, Legalnost upotrebe nuklearnog oružja u oružanim sukobima: ograničenja u vezi sa zaštitom čovekove životne sredine, Međunarodne studije, Godišnjak Fakulteta političkih nauka u Beogradu, Vol. 8, No. 2, Beograd, 2014., str. 122-124.

31 Raičević, Nebojša, Zabranjena oružja u međunarodnom pravu, Studentski kulturni centar, Niš, 2013., str. 135.

32 Degan, Đuro, Vladimir, Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2011., str 835.

6. Nuklearno oružje u današnjoj međunarodnoj zajednici

Danas velike sile na razane načine pokušavaju da problem nuklearnog naoružavanja prenesu na treće države optužujući ih da ga posjeduju i ukazujući na potencijalnu opasnost po međunarodnu zajednicu od tih država. Priznanje šefa inspektorskog tima Ujedinjenih nacija u Iraku Hansa Bliksa o falisifikovanim dokumentima o vezi nigerijskog uranijuma u Irak, samo je otvorilo vrata jedne velike afere u međunarodnoj zajednici i privuklo pažnju i reakciju međunarodne zajednice.³³

Politika sile i pribjegavanje sili u prošlosti imali su za cilj ostvarenje jedne pretenzije, teritorijalne ili ideološke, određene koristi ekonomske ili političke. I kroz neposredno te koristi određivala su se mjerila na osnovu kojih se pribjegavalo sili. U današnjoj svjetskoj politici zasnovanoj na mogućoj primjeni nuklearnog oružja taj elemenat faktičke koristi otpada. Eventualni nuklearni rat bi bio rat sveopšteg uništenja, rat bez pobjednika i poraženog. Zato su i nuklearne sile nastojale da minimiziraju pribjegavanje sili u svojim spoljnim politikama, tako da nuklearno oružje nije upotrebljeno od 1945. godine, kada su prve nuklearne bombe bačene na Hirošimu i Nagasaki.³⁴ Strah od opšteg nekontrolisanog rata bio je prepreka ne samo upotrebi nego i prijetnjama nuklearnim oružjem. Međutim i pored svega toga proizvodnja nuklearnog oružja nije zaustavljena. Nesigurnost u svijetu dovela je do ponovne trke u naoružanju. U nestabilnoj bezbjednosnoj situaciji u svijetu vladama pojedinih država lako je pronaći argumenete u ubijediti svoje parlamente za izdvajanje ogromnih sredstava za naoružanje u cilju očuvanja bezbjednosti. SAD i Rusija danas najveće dvije svjetske sile posjeduju ogroman nuklearni potencijal koji predstavlja neupotrebljenu silu. Regulisanje i kontrola sile u takvim uslovima postaje krajnje složeno pitanje.³⁵

Revolucionarni napredak u nauci i tehnici iz temelja je izmjenio svu strategiju i taktiku rata. Nova strahovita razorna vojna tehnika, raspoređena i koncentrisana u dvije dominantne svjetske suprotnosti, uspostavila je specifičnu ravnotežu između materijalnih snaga obje strane. Ravnoteža se sastoji u tome da razorna snaga eventualnog budućeg svjetskog rata čini i da pobjeda i poraz donose gotovo jednake materijalne i društvene posljedice. Time u izvjesnom smislu sama ratna tehnika postaje prepreka za rat. Ona predstavlja takvu opasnost za razaranje svijeta da niko, makar raspolagao velikom snagom, neće lako naći za sebe povoljnu računicu u eventualnom novom svjetskom ratu. Izgleda da se istorija potrudila da i na tom području uskladi subjektivne težnje i stepen društvene svijesti sa materijalnim uslovima, ostavljajući sve manje prostora subjektivnim odlukama

33 Džamić, Dragan, CIA iznutra, Knjiga komerc, Beograd, 2004., str. 267.

34 Cerruti, Furio, Politička racionalnost i sigurnost u nuklearno doba, Politička misao:časopis za politikologiju, Vol. 23, No.4, Zagreb, 1986., str. 3-13.

35 Avramov, Smilja, Zabrana i kontrola sile u pravnom sistemu UN, UN i savremeni svet: Zbornik radova, savez udruženja za UN Jugoslavije, Beograd, 1970., str. 86.

u ovoj oblasti.³⁶ Kao što je Žan Žak Ruso sumirajući osnovne principe na kojima počiva međunarodno humanitarno pravo istakao, da svrha ratnog napada nikad ne smije da bude fizičko uništenje neprijatelja i da je rat samo odnos između država, a ne čovjeka i čovjeka i da su pojedinci u njemu neprijatelji slučajno.³⁷ Još je kineski mislilac Sun Cu zaključio da je u ratu bolje pokoriti neku državu netaknutu, nego je uništiti, bolje je zarobiti neprijateljsku vojsku bez ikakvih žrtava sa njihove strane nego je uništiti. Bolje je natjerati neprijateljske odrede da se predaju bez borbe nego ih uništiti. Takav stav vladao je vijekovima među stranama u oružanim sukobima, međutim svega toga u slučaju primjene nuklearnog oružja nema.³⁸

Postoji opasnost da nuklearno oružje dođe u ruke raznih terorističkih organizacija. Poznati fizičari i drugi eksperti za nuklearno oružje upozoravaju da danas i nije tako nemoguće doći do fizionog materijala, a posle toga kadrovi i novac ne predstavljaju neku posebnu teškoću da bi se konstruisala jedna nuklearna eksplozivna naprava. Neke države su krađom dolazile do materijala potrebnog za izradu nuklearne bombe, tako da isto mogu učiniti i teroristi.³⁹ Ovakvu opasnost u najvećoj mjeri karakteriše kompleksnost, nepredvidljivost i nemogućnost definisanja determinanti kojima bi se odredili indikatori takvih prijetnji.⁴⁰ Informacije o terorističkim aktivnostima svakodnevnica su pa i sama upotreba oružja za masovno uništenje od strane terorista je realnost i u pažnji je svjetske javnosti. Međutim praksa pokazuje da su ovakve opasnosti postojale i ranije naročito od upotrebe hemijskog i bakteriološkog oružja od raznih anarhističkih grupa, ali i pored svega može se zaključiti da najveća opasnost dolazi od država kao članica međunarodne zajednice. Proizvodnja nuklearnog oružja više ne predstavlja tajnu već njegova proizvodnja u jednoj državi zavisi samo od njenog nivoa tehnološke razvijenosti i materijalnih uslova.

Razvoj međunarodnih odnosa uoči Prvog svjetskog rata, zatim između 1919. i 1939. godine, kao i poslije Drugog svjetskog rata pokazao je, a i danas pokazuje da je procesu ograničenja i smanjenja naoružanja, a pogotovo razoružanja, naročito danas u pogledu nuklearnog oružja, nemoguće pristupiti ako se prethodno ne uspostavi minimum povjerenja i iskrenosti među rukovodećim silama. Politika u prvom redu dvije najveće sile SAD i Rusije, uvijek je zasnovana na prestižu i sili, a u stanju je ako ne da dovede u pitanje mir među njima i budućnost čovječanstva, onda bar da odloži smirivanje među narodima pa samim tim i ograničenje i smanjenje naoružanja, održavanjem mira na ravnoteži straha.⁴¹

36 Kardelj, Edvard, *Nacija i međunarodni odnosi*, Beogradski izdavačko grafički zavod, Beograd, 1975., str. 190.

37 Ruso, Žak, Žan, *Društveni ugovor*, Prosveta, Beograd, 1949., str. 14

38 Sun, Cu, *Umeće ratovanja*, Alnari mono Manana Press, Beograd, 2002., 27.

39 Aleksić, Živojin, Škulić, Milan, *Kriminalistika, Dosije*, Beograd, 2002., str. 383.

40 Klasan, Vilko, *Utjecaj proliferacije oružja za masovno uništenje na sigurnost Europske unije, National security and the future*, Vol. 13, No. 1-2, Zagreb, 2012., str. 127.

41 Radojković, Miloš, *Pitanje razoružanja u Povelji i praksi UN, UN i svet: zbornik radova, Savez udruženja za UN Jugoslavije*, Beograd, 1970., str. 89.

Što su sredstva ratovanja savremenija, ratna razaranja su ubojitija, a gubici u ljudstvu, a naročito na strani civilnog stanovništva, veći su 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. Savremena vazduhoplovna tehnika i sofisticirani raketni sistemi mogu da djeluju stotinama, pa čak i hiljadama kilometara u dubinu teritorije protivnika tako da savremeni rat ima totalni i opšti karakter. Uz sve to rat se vodi i u oblasti informatičkih sistema što može da se odrazi i na samu upotrebu nuklearnog oružja.⁴² To se već vidi i na primjeru dva dosadašnja svjetska rata, ali današnjim ratovima koji se vode. U Prvom svjetskom ratu učestvovalo je 38 država sa 1,5 milijardi stanovnika, vođen je na prostoru od 4 miliona km², mobilisano je 70 miliona ljudi i završen je sa 9 miliona žrtava. Drugi svjetski rat obuhvatio je 58 država, sa 2,106 milijardi stanovnika na prostoru od 30,5 miliona km², mobilisano je 110 miliona ljudi, a završen je sa 37 žrtava. U oba rata stradao je veliki broj lica od oružja za masovno uništenje koje ne pravi razlike ni u pogledu prostora ni kategorije lica, što je upravo karakteristično za nuklearno oružje kao najrazornije oružje za masovno uništenje.

Današnje tenzije ne predstavljaju nikakav izuzetak u odnosu na kontinuirano stanje rizika u kome živimo još od napada na Hirošimu i Nagasaki 1945. godine. Jedina je razlika to što je razorni potencijal današnjih nuklearnih projektila daleko veći. Situacija između SAD i Sjeverne Koreje je samo ilustracija problema. Opasnost je više nego realna, a kako vrijeme odmiče, povećava se. Nuklearno oružje ostaje i postoji stalni strah od njegove upotrebe. Međutim ostaje i mogućnost da se utiče na to da se rizik od njegove katastrofalne upotrebe smanji. Donošenje Konvencije o zabrani njegove upotrebe je veliki korak u tom pravcu. U ovom trenutku izgleda nemoguće da ga podrže i države koje posjeduju nuklearno oružje, ali one mogu promijeniti svoj stav iz različitih razloga, a jedan od njih bi mogao da bude situacija u kojoj je prijetnja od nuklearnog terorizma postala važnija od prednosti koju nuklearno oružje nudi.

7. ZAKLJUČAK

Države koje se odluče da se naoružaju nuklearnim oružjem to čine iz brojnih razloga, ali prvenstveno radi nacionalne bezbjednosti. Svih pet članica Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija su nuklearne sile. Dominantne ekonomske sile svijeta su takođe države sa nuklearnom tehnologijom. Neke od država koje su stekle takvo oružje, poput Indije, Pakistana i Sjeverne Koreje, locirane su u nestabilnim regionima, te je jedan od razloga za razvoj nuklearnog programa upravo pitanje bezbjednosti. Međutim postoje i države poput Brazila i Argentine koje su donijeli odluku da odustanu od nuklearnog naoružanja, iako su imale tehnologiju

42 Kovačević, Božo, Cyberwar-američka izlika za novi hladni rat, *Polemos*: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira, Vol. 16, No. 32, Zagreb, 2013., str. 91-110.

ili Južne Afrike, Kazahstana i Bjelorusije koje su se odrekle nuklearnih bombi jer su procjenile da ne služe njihovim interesima. Sa jedne strane svjedoci smo stalne trke u naoružanju i gomilanju nuklearnih arsenala, kao i tajnoj proizvodnji i usavršavanju, a sa druge strane čine se veliki naponi u pravcu njihovih zabrana i ograničenja. Postoji potreba da se ukaže na opasnosti od ovog oružja i shvati činjenica da u slučaju velikog oružanog sukoba u kome bi bila upotrebljena ova sredstva niko ne bi izašao kao pobjednik. Ovo oružje koliko predstavlja opasnost za neprijateljsku stranu predstavlja i opasnost i za onu stranu koja ga koristi. Tako da su poslednjih decenija učinjeni su veliki naponi u pogledu međunarodnopravnih zabrana ovog oružja.

Klasična pravila međunarodnog humanitarnog prava uređuju tri cjeline: rat na kopnu, rat na moru i rat u vazduhu. U tom smislu postoje određena pravila, odnosno konvencije. Međutim u savremenim uslovima postojanja oružja za masovnog uništenje, a prvenstveno nuklearnog oružja, ova pravila nisu strogo odvojena i zasebna već u nedostatku drugih, shodno se primjenjuju u svim slučajevima. Ta podjela gubi na značaju jer takvo oružje djeluje multikompleksno i kombinovano u vazduhu, u vodi i na kopnu.

I pored toga što je nuklearno oružje “slijepo” i ne može da se ograniči na tačno određeni cilj, te nanosi nepotrebne ptnje borcima i neborcima, usvajanje njegove apsolutne zabrane i pored svih pokušaja nije uspjelo niti je u dogledno vrijeme moguće. Danas se samo otežava njegova proliferacija, što se svodi na to da države koje ga imaju sprječavaju druge države da do njega dođu.

Politika sile i pribjegavanje sili u prošlosti imali su za cilj ostvarenje jedne pretenzije, teritorijalne ili ideološke, određene koristi ekonomske ili političke. I kroz neposredne te koristi određivala su se mjerila na osnovu kojih se pribjegavalo sili. U današnjoj svjetskoj politici zasnovanoj na mogućoj primjeni nuklearne sile taj elemenat faktičke koristi otpada. Eventualni nuklearni rat bi bio rat sveopšteg uništenja, rat bez pobjednika i poraženog. Zato su i velike sile nastojale da minimiziraju pribjegavanje sili u svojim spoljnim politikama, ali nerado se prihvataju ograničenja u tom pogledu. Visokorazvijene tehnike same po sebi čine ratove sve težim, jer ih čine sve razornijim. U slučaju nuklearnog rata pobjednik nema šta materijalno da očekuje, tako da takav rat postaje sve manje prihvatljiv.

Razvoj ratne tehnike išao je ispred pravnog regulisanja, dovodeći tako do pravnog vakuma. Sredstva ratovanja su se brže razvijala nego pravni poredak. Savremeno međunarodno humanitarno pravo nije u mogućnosti da reguliše sve slučajeve, što je prije svega rezultat nespremnosti mnogih razvijenih država da se povinuju novim ugovornim zabranama ili ograničenjima u tom pogledu. U pogledu same humanizacije rata učinjeni su veliki naponi, ali taj proces odvijao se jako sporo i uz stalnu izgradnju kompromisa između onih kojima takva pravila nisu išla u korist i onih koji su na njima izričito insistirali. Međutim osnovni principi međunarodnog humanitarnog prava i De Martensenova klauzula dovoljno su snažna podloga za procjenjivanje svih spornih pitanja. Ta pravila imaju neprolazan

značaj i u njihovim okvirima treba cijiniti dozvoljenost, odnosno nedozvoljenost primjene određenih sredstava ratovanja, pa i samog nuklearnog oružja.

Nuklearno oružje predstavlja veliku opasnost za našu planetu. Samo jedan pogrešan korak je dovoljan da nestane svijet koji poznajemo. Zbog toga je potrebno da se konstantno podiže svijest kod ljudi o ovoj temi i da se državama nuklearnim silama ukaže koliku prijetnju njihovo naoružanje predstavlja po ljudsko postojanje.

Danas, u eri nuklearne energije, eri posle Hirošime, Nagasakija, Černobilja, istraživanja idu dalje. Nuklearne bombe su odavno postale sredstvo za procjenu vojne moći jedne države i snažno političko oružje. Velike sile su izvukle pouku i vjerovatno to oružje neće više upotrebiti, ali sve više je malih država koje posjeduju moć nuklearne energije. Energija atomskog jezgra postaje sve dostupnija, a samim tim opasnost je sve veća. Fizičari nastavljaju istraživanja, otkrivaju nove i moćnije izvore energije. Cilj istraživanja je miroljubiv, cilj je dobrobit ljudskog društva, dobijanje novih izvora energije. Međutim, ako ta energija, ta snaga nekada bude iskorišćena u pogrešne svrhe rezultati i posljedice mogu biti katastrofalni.

Literatura:

1. Aleksić, Živojin, Škulić, Milan, Kriminalistika, Dosije, Beograd, 2002.
2. Avramov, Smilja, Zabrana I kontrola sile u pravnom sistemu UN, UN i savremeni svet: Zbornik radova, savez udruženja za UN Jugoslavije, Beograd, 1970.
3. Avramov, Smilja, Kreća, Milenko, Međunarodno javno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2001.
4. Camilleri, A., Joseph, The State and Nuclear Power, University of Washington Press, Seattle, 1984.
5. Cerruti, Furio, Politička racionalnost i sugurnost u nuklearno doba, Politička misao:časopis za politikologiju, Vol. 23, No.4, Zagreb, 1986.
6. Degan, Đuro, Vladimir, Međunarodno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 2011.
7. Džamić, Dragan, CIA iznutra, Knjiga komerc, Beograd, 2004.
8. Giba, Marijana, Sjevernokorejski nuklearni izazov - perspektive američke diplomacije prinude, Polemos: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira, Vol. 21, No. 41, Zagreb, 2018.
9. Hrnjaz, Miloš, Legalnost upotrebe nuklearnog oružja u oružanim sukobima: ograničenja u vezi sa zaštitom čovekove životne sredine, Međunarodne studije, Godišnjak Fakulteta političkih nauka u Beogradu, Vol. 8, No. 2, Beograd, 2014.
10. Jauk, Rafael, Neširenje nuklearnog oružja i savremeno međunarodno pravo, Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, Vol. 47, No. 94, Zagreb, 2013.

11. Kardelj, Edvard, *Nacija i međunarodni odnosi*, Beogradski izdavačko grafički zavod, Beograd, 1975.
12. Klasan, Vilko, *Utjecaj proliferacije oružja za masovno uništenje na sigurnost Europske unije*, *National security and the future*, Vol. 13, No. 1-2, Zagreb, 2012.
13. Kovačević, Božo, *Cyberwar-američka izlika za novi hladni rat*, *Polemos: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 16, No. 32, Zagreb, 2013.
14. Nobilo, Mario, *Taktičko nuklearno oružje i problem proliferacije*, *Politička misao: časopis za politikologiju*, Vol. 15, No. 2, Zagreb, 1978.
15. Odak, Dinko, „Podinijeti nepodnošljivo“: kapitulacija Japana 1945. godine, *Zbornik Janković*, Vol. 2, No. 2, Daruvar, 2017.
16. Ostojić, Jerolim, *Pravna zaštita od nuklearnog oružja s naglaskom na zaštitu morskog okoliša*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Vol. 45, No. 3, 2008.
17. Perazić, Đ., *Gavro, Međunarodno ratno pravo*, Kultura, Beograd, 1966.
18. Radojković, Miloš, *Pitanje razoružanja u Povelji i praksi UN*, *UN i svet: zbornik radova, Savez udruženja za UN Jugoslavije*, Beograd, 1970.
19. Raičević, Nebojša, *Zabranjena oružja u međunarodnom pravu*, Studentski kulturni centar, Niš, 2013.
20. Ruso, Žak, Žan, *Društveni ugovor*, Prosveta, Beograd, 1949.
21. Sun, Cu, *Umeće ratovanja*, Alnari mono Manana Press, Beograd, 2002.
22. Šeparović, Perko, Inge, *Nuklearna energija i energetska efikasnost*, *Politička misao: časopis za politikologiju*, Vol. 34, No. 2, Zagreb, 1997.
23. Vrđuka, Alenko, *Sigurnost formacijskog nuklearnog oružja*, *Polemos: časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 14, No. 27, Zagreb, 2011.
24. Vučemilović, Ante, *Toksiološke posljedice oružja za masovno uništavanje i noksa u suvremenom ratovanju i terorizmu*, *Arhiv za higijenu rada i toksikologiju*, Vol. 61, No. 2, Zagreb, 2010.
25. Vučinić, Zoran, *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
26. Vujković, Radomir, *Međunarodna kontrola naoružanja*, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1998.

Mr. sci. Željko Petrović, Senior Expert Associate, The Republic
Administrative Unit for Geodetic and Legal - Property Issues

RESTRICTIONS AND PROHIBITIONS OF NUCLEAR WEAPONS UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract: This paper will address the limitations and prohibitions that exist regarding the use of nuclear weapons. International humanitarian law aims to limit the destructive effects of armed conflict. There is an ongoing effort to reduce suffering and destruction to the extent necessary in armed conflicts. This paper will highlight the consequences of the use of nuclear weapons, or the dire casualties it causes, as well as the current situation in the international community regarding its prohibition and restrictions. The problem with this paper is the establishment of the limits allowed by the international humanitarian law regarding nuclear weapons, as well as to determine the scope of these restrictions and prohibitions and their compliance in practice. The paper will establish both the objectives of the organization and the ban on nuclear weapons and their reach in the future.

Keywords: nuclear weapons, armed conflicts, restrictions, prohibitions, international humanitarian law

MEĐUODNOS USTAVNOG SUDA CRNE GORE I SUDSKE VLASTI U CRNOJ GORI

Sažetak: Ustavni sud Crne Gore je najviše ustavno tijelo čija nadležnost je zaštita supremacije Ustava. Ustavni sudovi svoje odluke o zaštiti individualnih ljudskih prava i sloboda zasnivaju na pravnim načelima, a ne na političkim argumentima ili na zakonskim pravilima, oni u odlučivanju o ustavnim žalbama protiv akata sudske vlasti ponekad dolaze u „jurisdikcijski sukob“ sa redovnim sudovima, posebno sa Vrhovnim sudom, kao najvišom sudskom instancom kada u nekom ustavnosudskom postupku moraju ukinuti odluku sudske vlasti kao neustavnu. Prilikom zaštite ustavnih prava i osnovnih sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktima sudske vlasti preko instituta ustavne žalbe u slučaju ocjenjivanja materijalno-pravnog sadržaja pojedinačnog akta sa sadržajem osnovne norme, Ustavni sud mora zadržati svoj ustavni položaj uzdržavajući se od ulaska u nadležnosti redovnih sudova. Nakon napuštanja Kelzenovskog ograničenja poslova ustavnog suda, na apstraktnu kontrolu ustavnosti zakona, postalo je teško razdvojiti njegovu jurisdikciju od Vrhovnog suda. Konačno, Ustavni sud bi trebalo da pristupi drugačijem načinu pisanja obrazloženja odluka u skladu sa metodom pisanja presuda Evropskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: ustavni sud, sudska vlast, ustavna žalba, vrhovni sud

UVOD

Ustavno sudstvo u Evropi utemeljio je Hans Kelzen na doktrini o međusobnom odnosu načela supremacije ustava i načela supremacije parlamenta. Ovaj model počiva na argumentu da samo jedno sudsko tijelo unutar ustavnopravnog poretka ima nadležnost ustavnog nadzora i da se takvo sudsko „tijelo, po pravilu, naziva ustavni sud, a prema modelu ono se nalazi izvan tradicionalne strukture sudske grane“.¹ Položaj, mjesto i uloga ustavnih sudova u nastajanju i razvoju ustavne države i vladavine prava doživljavaju značajne kvantitativne i kvalitativne promjene, pri čemu se šire njihove nadležnosti i jača njihova uloga, jer više ne odlučuju samo o utvrđivanju neustavnosti pojedinih zakona ili njihovih odredbi, već o ustavnoj legitimnosti zakona koje su ispitivali, čije odluke imaju značajne posljedice. Povećani obim nadležnosti ustavnih sudova, od „čuvara ustava“ do

1 Garlicki, L. (2007) Constitutional courts versus supreme courts, I* CON, Vol. 5, br. 1/2007, str. 44-45.

brige za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, zaštitu ljudskih prava i sloboda, prava i sloboda manjina, savremenih interpretatora osnovnih vrijednosti na kojima počiva ustavni poredak od ustavnog suda zahtijeva poštovanje višeg nivoa kreativnosti.

Položaj, uloga i mjesto sudske vlasti na čelu sa Vrhovnim sudom nezamjenjivi su u ostvarivanju osnovnih prava, vrijednosti i sloboda savremene države, države vladavine prava i pravne sigurnosti. Ona je bitna kao jedna od tri grane vlasti i jedan od faktora konstitucionalizacije moderne države, kao ustavno tijelo koje ima svoj ustavni položaj, zadatke i nadležnosti i kao vlast koja ustavom mora biti ograničena u svom djelovanju i ispunjavanju svojih nadležnosti.

Ustavni sudovi svoje odluke o zaštiti individualnih ustavnih prava i sloboda grade uglavnom na pravnim načelima, a ne na političkim argumentima ili na zakonskim normama. Oni u odlučivanju po ustavnim žalbama protiv akata sudske vlasti ponekad dolaze u „jurisdikcijski sukob“ sa redovnim sudovima, posebno sa vrhovnim sudom države kao najvišom instancom, kada u nekom ustavnosudskom postupku moraju ukinuti odluku najviše sudske vlasti kao neustavnu. U takvim situacijama čini se da ustavni sud nastupa kao „nadsudska vlast“, da se bavi suđenjem, a ne osnovnim zadatkom apstraktne kontrole ustavnosti zakona, pojedinih njegovih odredbi, opštih akata te da u istom predmetu „otima“ jurisdikciju vrhovnom sudu i da, donoseći drugačiju odluku o istom pravnom pitanju, unosi nesigurnost u pravni poredak. Ova pojava prisutna je u državama „novim demokratijama“, koje su nakon pada Berlinskog zida i ustavnih reformi postavile širi jurisdikcijski okvir svojih ustavnih sudova od onih započetih u Kelzenovo vrijeme. To je karakteristično i za Crnu Goru, jer je Ustavni sud u posljednje četiri i po godine ukinuo preko 50 presuda redovnih sudova.

Međutim, ispravno shvaćeni i realizovani ustavni zadaci Ustavnog suda Crne Gore i Vrhovnog suda Crne Gore ne dovode do stvarnog jurisdikcijskog sukoba, niti ugrožavaju pravni poredak u zemlji. Ispravno shvaćena i ostvarena nadležnost Ustavnog suda pomaže u izbjegavanju vještačkog spora oko funkcionalne nadležnosti Ustavnog i Vrhovnog suda Crne Gore i stabilizaciji pravnog poretka.

I PRAVNI STATUS USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Da bi se razumio status Ustavnog suda Crne Gore i napravilo razgraničenje od svih drugih ustavnih tijela državne vlasti, uključujući Vrhovni sud kao najviši sud u državi, potrebno je ispitati njegov pravni status, odnosno mjesto koje on zauzima u sadržajnoj strukturi Ustava Crne Gore. Ustavni sud Crne Gore, njegov status, nadležnost, izbor sudija, kao i druga pitanja od značaja za izvršenje njegovih nadležnosti regulisani su u posebnom dijelu, pod nazivom „USTAVNI SUD CRNE GORE“. Na ovaj način ustavotvorac je Ustavnom sudu Crne Gore kao ustavnom tijelu dao položaj koji je pandan ukupnoj državnoj vlasti – zakonodavnoj, izvršnoj

i sudskoj, čime je istovremeno razgraničio Ustavni sud kao ustavno tijelo od svih ostalih.

Ustavni sud Crne Gore, odnosno ustavna vlast u Crnoj Gori, ne može se svrstati ni u jednu od tri grane državne vlasti, niti se o njemu može govoriti kao o „četvrtoj“ državnoj vlasti koja nadzire ostale tri u nadležnostima utvrđenim Ustavom. Ona nije hijerarhijski nad njima, niti je njihov dio u smislu ustrojstva državne vlasti. Stav Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), koju je prihvatio i Ustavni sud Crne Gore najprihvaljiviji je: polazeći od nadležnosti ustavnih sudova, Evropska komisija smatra da „to ne može značiti ništa drugo nego da je ustavni sud državna vlast (*State Authority*). Komisija obrazlaže stav i razloge zbog kojih su odredbe o ustavnim sudovima u pojedinim zemljama, uključujući i Crnu Goru, izdvojene u posebnu glavu nacionalnih ustava i da ta činjenica ne utiče na sudski karakter ustavnih sudova:

„26. ... postojanje odvojenih glava u ustavu za 'redovne' sudove i ustavni sud ne može značiti da ustavni sud nije sud. Suprotno tome, postojanje posebne glave služi tome da se naglasi njegov lični status u odnosu prema svim državnim institucijama koje vrše državnu vlast, naglašavajući specifičnu svrhu i nadležnost ustavnog suda. Zaključno: sudska nezavisnost takođe je, ako ne i *a fortiori*, inherentan element ustavnih sudova.

27. Saglasno tome, nije u skladu sa položajem ustavnog suda da se on smatra bilo čim drugim osim sudom na koji se primjenjuje sudska nezavisnost.“²

Navedeno mišljenje Venecijanske komisije ukazuje da izdvojenost ustavnog suda, za razliku od sudske vlasti, u posebnu glavu nacionalnih ustava upućuje na zaključak da on ne ulazi, iako je sud, u sudsku vlast i da ujedno predstavlja sprovođenje Kelzenovog modela ustanovljavanja ustavnog suda i ustavnog sudstva. Nadalje, pravni status ustavnog suda rasvjetljava njegov ustavnopravni okvir kojim mu je ustav utvrdio nadležnost.

Status Ustavnog suda Crne Gore određuju njegovi zadaci i nadležnost koja je utvrđena Ustavom. Ustavni sud pored ostalog odlučuje: 1) o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima; 2) o saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom; 3) o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava; 4) prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti obavještava Skupštinu.³

Zakonom o Ustavnom sudu propisano je da Ustavni sud obezbjeđuje poštovanje i primjenu Ustava Crne Gore, da odlučuje samostalno i nezavisno o pitanjima iz svoje nadležnosti koja su utvrđena Ustavom i da niko ne smije uticati na njega prilikom odlučivanja o pitanjima iz njegove nadležnosti.⁴ Nadalje, ovim zakonom propisano je da je svako dužan da poštuje odluku Ustavnog suda i da su

2 Mišljenje Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) (10.09.2010) br. 598/2010.

3 Ustav Crne Gore, (2008) Službeni list CG, br. 1/2008, član 149, str. 1. tačka 1, 2 i 3 i str. 3.

4 Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 2.

stavovi o određenim pitanjima izraženi u odlukama Ustavnog suda obavezujući za sve državne organe, organe državne uprave, organe lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i druge subjekte koji vrše javna ovlašćenja.⁵ Ustav je politički, ali i pravni akt, najviši zakon na koji se svako ima pravo pozvati i koji se treba neposredno primjenjivati.⁶

Peter Häberle ističe da „klasična nacionalna država ne smije više biti obavezni uzorak za ustavnu državu“⁷ i da je „Ustavna država opšteevropskog/atlantskog oblika obilježena ljudskim dostojanstvom kao kulturnoantropološkom premisom, suverenosti naroda i diobom vlasti, osnovnim pravima i tolerancijom, raznolikošću stranaka i nezavisnošću sudova; ona se opravdano veliča kao pluralistička demokratija, odnosno otvoreno društvo. Njen ustav, shvaćen kao pravni osnovni poredak države, ima povećanu snagu valjanosti. On stvara element stabilnosti i trajnosti.“⁸

Ustavni sud je u Crnoj Gori ustavnopravnim okvirom pozicioniran kao dio ravnoteže vlasti, koji štiti načelo diobe vlasti, a istovremeno je i zaštitnik i čuvar ustava, koji jamči poštovanje i primjenu ustava, čime dovodi do toga da je ustavno sudstvo jedan od središnjih, pravno utemeljenih predmeta rasprave ustavne države. Propisana nadležnost Ustavnog suda Crne Gore u cjelosti u sadržajnom smislu čini osnovu koja je imanentna, iz koje proizlaze sva bitna obilježja modernog i savremenog ustavnog sudstva, koja se zasniva na germanskom, odnosno Kelzenovom modelu.

II PRAVNI STATUS SUDSKE VLASTI

Ustavom Crne Gore propisano je da je vlast uređena po načelu podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku (član 11 st. 1); da zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu vlast vrši Vlada, a sudsku sud (član 11 st.2); da je vlast ograničena Ustavom i zakonom i da odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli (član 11 st 3); da ustavnost i zakonitost štiti Ustavni sud (član 11 st. 6); da je sud samostalan i nezavisan i da sudi na osnovu Ustava i potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora (član 118 st. 2); da je Vrhovni sud najviši sud u Crnoj Gori i da obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona od strane sudova (član 124 st. 1 i 2); da je Sudski savjet samostalan i nezavisan organ koji obezbjeđuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija (član 126) i da Sudski savjet bira i razrješava sudiju, predsjednika suda i sudiju-porotnika (član 128 st.1 tačka 1).

Sudska vlast je jedna od triju grana državne vlasti. Moderna država vladavine prava i pravne sigurnosti nezamisliva je bez sudske vlasti kao jednog od činilaca u sistemu državne podjele vlasti. Ovakav status sudske vlasti u sastavu

5 Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 3.

6 Smerdel, B. (2012) O ustavima i ljudima. Zagreb: Novi Informator, str. 84.

7 Häberle, P. (2002) Ustavna država. Zagreb: Politička kultura. str. 30.

8 Isto, str.15.

državne vlasti proizlazi iz ustavnopravnog poretka koji joj uređuje odgovarajući ustavnopravni okvir.

U ovom dijelu rada osvjetljavaju se položaj, zadaci i nadležnost sudske vlasti u okviru Ustava Crne Gore, da bi se ukazalo na bitne karakteristike kojima se ona razgraničava i približava ustavnom sudstvu i da svako u sklopu svog položaja, nadležnosti i zadataka, kako je definisao ustavnopravni poredak, doprinese ostvarivanju osnovnih ciljeva i vrijednosti koje sam utvrđuje i na kojima počiva ustanovljavanje i djelovanje pravnog sistema Crne Gore.

U Ustavu Crne Gore sudskoj vlasti i Vrhovnom sudu Crne Gore kao najvišem sudskom tijelu u strukturi sudske vlasti posvećen je poseban dio, u kojem su i druge dvije grane državne vlasti, zakonodavna i izvršna. Taj dio je naslovljen „UREĐENJE VLASTI“, s podnaslovima: Skupština Crne Gore, Predsjednik Crne Gore, Vlada Crne Gore, Sud i Državno tužilaštvo. Ove ustavne odredbe su veoma značajne za razumijevanje mogućeg razgraničenja i potrebnog približavanja u obavljanju zadataka između sudske vlasti i Ustavnog suda Crne Gore. Vrhovni sud je pozicioniran u Ustavu kao ustavno tijelo i najviši sud Crne Gore koji „osigurava jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni“. Takva pozicija Vrhovnog suda ustanovljena je zbog navedenog zadatka u odnosu prema svim sudovima, ali pod uslovom da se takvo djelovanje ne smatra i ne smije smatrati zadiranjem u njihovu samostalnost i nezavisnost, jer su samostalnost i nezavisnost sudova i sudija kojima je povjerena sudijska dužnost osigurane normama Ustava. Navedene ustavne odredbe odnose se na to da je sudska vlast utvrđena kao ustavna kategorija koja se tiče jedne grane vlasti; da je jasno razgraničeno šta je zadatak subjekata koji vrše sudsku vlast; da Vrhovni sud ima status ustavnog tijela s utvrđenim nadležnostima u Ustavu u odnosu na sudove kao nosioce sudske vlasti. Vrhovni sud ima ustavna ovlašćenja i dužnosti koje se odnose na doprinos osiguranju vladavine prava i pravne sigurnosti, kroz jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njihovoj primjeni.

Zakon o Sudskom savjetu i sudijama reguliše način izbora i prestanak mandata članova Sudskog savjeta, organizaciju i način rada Sudskog savjeta, postupak izbora sudija i sudija-porotnika, prava i dužnosti, način utvrđivanja prestanka sudijske funkcije, disciplinsku odgovornost i razrješenje sudija i sudija-porotnika i druga pitanja o kojima Sudski savjet odlučuje⁹ te da sudija sudi samostalno i nezavisno, da se sudijska funkcija ne smije vršiti ni pod čijim uticajem, da niko ne smije uticati na sudiju u vršenju sudijske funkcije, a da nezavisnost, samostalnost, odgovornost i profesionalnost sudova i sudija obezbjeđuje Sudski savjet.¹⁰

Zakonom o sudovima uređuju se osnivanje, organizacija i nadležnost sudova, organizacija rada sudova i pravosudne uprave, kao i druga pitanja od značaja za uredno i blagovremeno funkcionisanje sudova;¹¹ i propisano da sudsku

9 Zakon o Sudskom savjetu i sudijama. (2015) Službeni list CG, br. 11/15, član 1.

10 Isto, član 2.

11 Zakon o sudovima. (2015) Službeni list CG, br. 11/15, član 1.

vlast vrše sudovi osnovani tim zakonom,¹² a to su: 1) sud za prekršaje; 2) Viši sud za prekršaje Crne Gore; 3) osnovni sud; viši sud; Privredni sud Crne Gore, Upravni sud Crne Gore, Apelacioni sud Crne Gore i Vrhovni sud Crne Gore¹³ i da je nadležnost sudova uređena zakonom.¹⁴

III MEĐUODNOS USTAVNOG SUDA I SUDSKE VLASTI

Razgraničenje između Ustavnog suda Crne Gore i sudske vlasti nužno je učiniti u okviru njihovog ustavnopravnog statusa, zadataka i djelokruga, radi lakšeg razumijevanja sudske vlasti i ustavnog sudstva. Naime, sve je očiglednije, po Garlickom, da „U modernoj ustavnoj državi sudija mora ustanoviti sadržaj relevantne norme što traži simultanu primjenu zakonskih, ustavnih i supranacionalnih odredbi. Dok zakonske odredbe čine najočitiji i koristan temelj za odluku, obavezujuća snaga uskoro postaje ograničena, jer se u gotovo svakom predmetu može pojaviti pitanje jesu li te odredbe u skladu sa višim pravom ili pak nijesu. Odgovor mora dati upravo sudija redovnog suda, barem kao prvi korak, što znači da sudija mora pronaći ispravno tumačenje zakonske odredbe i ustavne (ili supranacionalne) norme. Zapravo, ustav ne tumači samo Ustavni sud, to čini i Vrhovni sud, kao što i jedan i drugi tumače ordinarne zakone.“¹⁵ Pitanje *funkcionalnog razgraničavanja* između ustavnog suda i sudske vlasti nužno je, kako to navodi Ustavni sud u odluci UŽ-III br. 352/15.

„...Sud pokazuje da je ustavna obaveza ustavnog suda zaštita ustavnih prava podnosilaca ustavnih žalbi u slučajevima kad su ta prava povrijeđena odlukom suda ili drugim pojedinačnim aktom nadležnog tijela državne ili javne vlasti. Ustaljeno je stanovište ustavnog suda da je zadatak u prvom redu nadležnih tijela državne i javne vlasti da tumače i primjenjuju pravo. Uloga ustavnog suda ograničena je na ispitivanje jesu li učinci takvog tumačenja, odnosno primjene prava saglasni s Ustavom i jesu li u konkretnom slučaju doveli do povrede ustavnih prava podnosioca ustavne žalbe. U postupcima pokrenutim ustavnom žalbom ustavni sud se, po pravilu, ne upušta u ispitivanje činjenica jer njegov zadatak nije bavljenje greškama o činjenicama ili o pravu, osim ako i u mjeri u kojoj te greške mogu povrijediti ljudska prava i slobode zajemčene Ustavom. Ustavni sud u tom smislu svoje odluke zasniva na činjenicama utvrđenim u sudskom postupku, osim ako podnosilac ustavne žalbe ne iznese ozbiljnije, relevantne i dovoljne razloge zbog kojih je od tog pravila potrebno odstupiti.“¹⁶

Zaštita povrijeđenih ustavnih prava i osnovnih sloboda otvorila je širok

¹² Isto, član 2, str. 1.

¹³ Isto, član 8.

¹⁴ Isto, član 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22 i 24.

¹⁵ Garlicki, L. (2007) Constitutional courts versus supreme courts, I* CON, Vol.5-br.1/2007, str. 44-45.

¹⁶ Odluka Ustavnog suda Crne Gore. (27.06.2017) UŽ-III br. 352/15.

prostor ustavnom sudstvu, samim tim i stvorila poseban odnos između ustavnog suda i sudske vlasti u cjelini, jer je potreba njihove zaštite rezultirala i potrebom ustavnog sudstva u konkretnim pojedinačnim slučajevima koji su bili u isključivoj nadležnosti sudske vlasti. No, takva pravna situacija otvorila je cijeli niz pitanja: da li ustavni sud bez potrebe preuzima prerogative redovnih sudova; da li se ustavni sudovi pretvaraju u superrevizorske sudove i da li se ovakvim ovlaštenjima ustavnih sudova zadire u strukturu i nadležnost redovnih sudova (sudske vlasti), čime se negira odnosno bitno ublažava institut podjele vlasti, a vrhovnim sudovima anulira ili umanjuje ustavnopravni status najvišeg suda, odnosno da li se napušta evropski kontinentalni model ustavnog sudstva koji je utemeljio Hans Kelzen. Ustavna žalba je otvorila poveznicu između sudske primjene zakona i ustavnog suda i dovela u pitanje jednostavne formule razgraničenja između redovnih sudova i ustavnog suda. Lech Garlicki navodi da ona počiva na početnoj Kelzenovoj ideji i polazi od toga da „rješavanje svih predmeta i rasprava iz ustavne dimenzije treba monopolizirati unutar ustavnog suda, dok rješavanje svih predmeta i rasprava u kojima ima primjene opštih zakona treba pripadati isključivo djelokrugu redovnih sudova (i, konačno, vrhovnom sudu). Ustavnu žalbu kao pravni institut prvo je prihvatila Austrija, zatim Njemačka, Španija, zemlje srednje i istočne Evrope, među kojima je i Crna Gora. Crna Gora je institut ustavne žalbe prihvatila po uzoru na model koji primjenjuje SR Njemačka.

Odnos Ustavnog suda i sudske vlasti karakteriše problem supervizije, jer Ustavni sud ima pravo da u postupku koji se vodi povodom ustavne žalbe ocjenjuje ustavnost akta sudske vlasti, odnosno u najvećem dijelu presuda Vrhovnog suda, što Vrhovni sud smatra neprihvatljivim, jer iznosi da nijesu vezani pravnim shvatanjima Ustavnog suda izraženim u ukidnim odlukama, već Ustavom Crne Gore. Međutim, pravni stavovi Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi ograničeni su na problem ustavnih prava i sloboda, pa bi neprihvatanje stavova Ustavnog suda od strane redovnih sudova i Vrhovnog suda bilo suprotno članu 2 Zakona o ustavnom sudu.

V. Belajec izvodi zaključak: „Svaka povreda ustavnog prava gotovo je uvijek i povreda nekog zakona, no svaka povreda zakona ne mora biti ujedno i povreda ustavnog prava. Nezakonitost koja nije ujedno i povreda ustavnog prava – čak kad je riječ o povredi subjektivnog prava koje određenoj osobi pripada na temelju zakona – ne spada pred Ustavni sud i, u pravilu, ne može se osnovano isticati u ustavnoj tužbi. Za zaštitu takvih prava nadležni su sudovi, dakle sudbena vlast, a ne Ustavni sud.“¹⁷ Isti autor ističe i sljedeće: „Suprotno stajalište značilo bi da bi, u povodu ustavne tužbe, Ustavni sud trebao odlučivati o svim slučajevima nezakonitosti (u najširem smislu) u kojima su prethodno odlučivala tijela sudske ili upravne vlasti, ili druga tijela sa javnim ovlastima. Ustavni sud postao bi megasudište četvrtog (ili trećeg) stupnja u svim stvarima u kojima su se prethodno vodili i okončali pravno regularni postupci državnih i inih tijela.... Takav položaj

17 Belajec, V. (2000) „Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe“, str. 99. U: Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava, Zagreb. Organizator.

Ustavnog suda bio bi ne samo u protivnosti s Ustavom nego i s ciljem radi kojeg je ustrojen i svrhom njegovog postojanja. Zbog toga je svako tumačenje Ustava ili zakona koje bi značilo takvo proširenje nadležnosti ustavnog suda i njegovu potpunu supremaciju nad svim drugim državnim organima (uključujući i sudove) bilo protivno Ustavu. Bilo bi to u suprotnosti s ustavnom odredbom o samostalnosti i neovisnosti sudbene vlasti i o Vrhovnom sudu kao najvišem sudu koji osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnosti građana¹⁸

Zaštita osnovnih ljudskih prava putem ustavne žalbe po pravilu je supsidijarnog karaktera jer je jedan od uslova dopuštenosti ustavne žalbe da je prethodno iscrpljen pravni put zaštite,¹⁹ odnosno da podnosilac ustavne žalbe u prethodnom postupku nije koristio dopušteno pravno sredstvo; da su ispunjene procesne pretpostavke i uslovi na osnovu kojih će Ustavni sud moći utvrditi da li je konkretna ustavna žalba podnesena za njegovo postupanje i odlučivanje ili će biti odbačena ako nije nadležan, ako je neblagovremena, nepotpuna, nerazumljiva ili nedopuštena.²⁰ Nadalje, ne postoji odnos supremacije Ustavnog suda nad Vrhovnim sudom Crne Gore, a najmanje one koja bi negirala ili dovela u pitanje njegovu ustavnu poziciju najvišeg suda u Crnoj Gori, tačnije u odnosu na sudsku vlast jer i Ustavni sud i Vrhovni sud u ustavnopravnom okviru imaju utvrđen položaj, zadatke i nadležnost u ustavnim normama.

U slučaju ocjenjivanja materijalnopravnog sadržaja pojedinačnog akta sa sadržajem osnovne norme, Ustavni sud mora zadržati svoju ustavnu poziciju uzdržavajući se od ulaska u ingerencije koje u konkretnom slučaju imaju redovni sudovi. Ustavni sud mora reagovati u svim slučajevima kada osporeni pojedinačni akt nema uporište u mjerodavnom propisu, nezavisno od činjenice opšteg nepostojanja pravnog osnova odlučivanja u spornoj pravnoj situaciji izvršenog na osnovu očigledne i grube greške u izboru pravnog osnova. Svaki pojedinačni akt tijela sudske vlasti koji nema uporište u premisi *maior* akt je samovolje i kao takav ne smije proizvoditi pravne efekte. Ustavni sud mora djelovati i u svakoj onoj situaciji kada je pojedinačni akt u suprotnosti sa sudskom praksom. U svim onim slučajevima u kojima pojedinačni akt odstupa od uobičajene prakse redovnih sudova na način da je s njom u očiglednoj suprotnosti, taj akt se može okarakterisati kao pravno neutemeljen ili arbitraran. Razgraničenje ingerencija Ustavnog suda i redovnih sudova zahtijeva i situacija u kojoj redovni sudovi tumače sadržaj zakonskih odredaba pri njihovoj primjeni na konkretan slučaj.

Ustavno sudstvo je najmlađi oblik suđenja, pa se treba uputiti na praksu Saveznog ustavnog suda Njemačke, koji je u početku naglašavao svoju suzdržanost prema drugim sudovima, sve do slučaja Lüth gdje je izvršio intenzivni nadzor odluka redovnih sudova. U svojoj interpretaciji Savezni ustavni sud je izrazio stav da redovni sudovi više ne mogu kao granicu između efekta i realizacije osnovnih prava uzimati isključivo odredbe zakona kojima se neko ustavno dobro razrađuje,

18 V. Belajec, citirano djelo, str. 102.

19 Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 68.

20 Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 69.

već se u obzir mora uzeti i učinak koji osnovna prava imaju na pojedine zakone. Nakon slučaja Lüth odnos Saveznog ustavnog suda i redovnih sudova obilježava institucionalno razgraničenje ingerencija te kauzalna interakcija u domenu zaštite ljudskih prava institucionalizirane kroz institut ustavne žalbe.²¹ Savezni ustavni sud je u praksi područje svoje kontrole obilježio formulom „specifičnoga ustavnog prava“, gdje Sud postupa samo u slučajevima kada je pojedinačnim aktom povrijeđeno konkretno i specifično ustavno pravo.²²

Razradu područja djelovanja Suda, utvrđenog kroz sintagmu specifičnog ustavnog prava, kod pružanja ustavnosudske zaštite u vezi s povredama osnovnih prava prouzrokovanih pojedinačnim aktom sudske vlasti Savezni ustavni sud vrši kroz primjenu *Hecke-Schumannove formule*. Prema toj formuli sudska odluka prelazi u kategoriju neustavnih kada se zasniva na načelno pogrešnom shvatanju sadržaja osnovnog prava ili kad tumačenje prava od strane sudova dovodi do rezultata koji zakonodavac ne bi bio ovlašten da propiše. Istu kvalifikaciju dobija i odluka koja je rezultat očigledne greške u primjeni zakona. Nadalje, prema sudskoj praksi Saveznog ustavnog suda vođenje postupka i utvrđivanje i priznavanje činjeničnog stanja u načelu je samo stvar za to uopšteno nadležnih sudova i otud ne podliježe njegovoj kontroli. Tumačenje zakona i njegova primjena mogu biti ustavnopravno pitanje ako se njime neposredno zadire u osnovna prava podnosioca ili se radi o uspostavljanju konkurencije pravnih pravila unutar koje se mora ocijeniti srazmjernost opravdanosti uvođenja određenih ograničenja.

Ustavni sud Crne Gore je u dosadašnjoj praksi bio veoma uzdržan kada je ukidao presude redovnih sudova, posebno Vrhovnog suda Crne Gore. Prikazani podaci o broju usvojenih ustavnih žalbi po godinama to najbolje ilustruju. U 2010. godini ukupno su usvojene tri ustavne žalbe, od čega se jedna odnosila na pravo na pravni lijek iz člana 20 Ustava Crne Gore i člana 13 Konvencije, a dvije na pravo na pravično suđenje iz člana 32 Ustava CG i člana 13 Konvencije.²³ U 2011. godini usvojeno je 13 ustavnih žalbi: četiri su se odnosile na članove 29 i 30 Ustava i član 5 Konvencije; šest ustavnih žalbi je usvojeno, a predmet im je bio zaštita prava na pravično suđenje, odnosno član 32 Ustava i član 6 Konvencije; dvije ustavne žalbe tretirale su materiju člana 58 Ustava i člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju, dok se

21 Slučaj Lüth - BVerfGE 7, 198; 1958. g., Erich Lüth, rukovodilac odjela za štampu jedne fabrike javno se izjasnio protiv antisemitskog propagandnog filma „Jud Süß“, pozivajući na bojkot njegovog prikazivanja. Autor filma je na sudu zahtijevao obustavu pokrenute kampanje, čemu je sudskim putem udovoljeno pozivom na odredbe civilnog prava koje bojkot smatraju protivnim dobrim običajima (§ 826 građanskog zakonika – BGB). Savezni ustavni sud je takve odluke ukinuo utvrdivši povredu prava na slobodu iznošenja misli sadržanu u članu 5 stavu 1 rečenici 1 Temeljnog zakona.

22 Više o praksi Saveznog ustavnog suda Njemačke vidjeti: Davor Krapac, Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora, Narodne novine, Zagreb, 2014. str. 16-17. i Dubravko Ljubić, „Granice ustavnog sudovanja iniciranog ustavnom tužbom“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 17/2013, str.165–171.

23 Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2010. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Pregled%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202010.godinu.pdf>

jedna ustavna žalba odnosila na član 47 Ustava i član 10 Konvencije.²⁴ U 2012. godini ukupno je usvojeno 13 ustavnih žalbi: jednom odlukom Sud je utvrdio povredu prava iz člana 47 Ustava i člana 10 Konvencije; dvije odluke odnosile su se na povredu prava imovine zaštićene članovima 58 Ustava i 1 Protokola 1 uz Konvenciju; odluke koje se odnose na utvrđenje povrede članova 29 i 30 Ustava i člana 5 Konvencije (pravo na slobodu i zakonito lišenje slobode) bile su četiri; konačno, 6 odluka Suda ticalo se zaštite prava na pravično suđenje iz članova 32 Ustava i 6 Konvencije.²⁵

Izveštajem o radu Ustavnog suda za 2013. godinu predstavljeni su podaci koji se odnose na broj usvojenih ustavnih žalbi, iz kojeg se dâ zaključiti da je u odnosu na prethodne godine broj usvojenih žalbi koje se odnose na zaštitu prava na pravično suđenje porastao, a isto će biti vidljivo i u daljem tekstu kroz prikaz izveštaja za sljedeće godine. Tako, broj usvojenih ustavnih žalbi koje se odnose na pravo na pravično suđenje, odn. član 32 Ustava i član 6 Konvencije, iznosi 12; jedna ustavna žalba odnosila se na članove 29 i 30 Ustava i član 5 Konvencije (pravo na ličnu slobodu i pravo na zakonito lišenje slobode); ustavnih žalbi vezano uz član 58 Ustava i član 1 Protokola 1 Konvencije (pravo na imovinu) bilo je 1, isto koliko je bilo uz članove 47 Ustava i 10 Konvencije (pravo na slobodu izražavanja) i članove 19 Ustava i 6 Konvencije (pravo na jednaku zaštitu prava i sloboda).²⁶ U 2014. godini Ustavni sud Crne Gore usvojio je ukupno 25 ustavnih žalbi, od kojih se 12 odnosilo na pravo na pravično suđenje (član 32 Ustava/član 6 Konvencije), 7 ustavnih žalbi na pravo na ličnu slobodu i pravo na zakonitost lišenja slobode (član 29 i 30 Ustava/član 5 Konvencije), 5 ustavnih žalbi odnosilo se na pravo na slobodu izražavanja (član 47 Ustava/član 10 Konvencije), dok se jedna ustavna žalba odnosila na pravo na pretpostavku nevinosti zajemčenu članovima 35 Ustava i 6 Konvencije.²⁷

Prema Izveštaju o radu Ustavnog suda Crne Gore za 2015. godinu, ukupno je doneseno 15 odluka kojima se usvajaju ustavne žalbe, od kojih se svih 15 odluka odnosilo na utvrđenje povrede prava na pravično suđenje iz člana 32 Ustava i člana 6 Konvencije,²⁸ a u 2016. godini Sud je ukupno donio 34 odluke kojima su usvojene ustavne žalbe. Od toga se po jedna ustavna žalba odnosila na zaštitu prava zajemčenih članovima 32, 34 i 58 Ustava i članom 6, 7 Konvencije i članom 1 Protokola 1 uz Konvenciju (pravo na pravično suđenje i primjenu

24 Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2011. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Pregled%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202011.godinu.pdf>

25 Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2012. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/P%20R%20E%20G%20L%20E%20D%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202012.pdf>

26 Dokument br: Su br. 369/14-2, 25.04.2014. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>

27 Dokument br: Su br. 459/15, 13.05.2015. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>

28 Dokument br: Su br. 377/16-17, 13.05.2015. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>

blažeg zakona i pravo na imovinu i pravo na pravično suđenje). Nadalje, po dvije usvojene ustavne žalbe odnosile su se na zaštitu sljedećih prava: pravo na pravni lijek (član 20 Ustava/član 13 Konvencije), pravo na slobodu izražavanja (član 47 Ustava/član 10 Konvencije) i pravo na imovinu (član 58 Ustava/član 1 Protokola 1). Najviše usvojenih ustavnih žalbi bilo je u vezi sa članom 32 Ustava i članom 6 Konvencije – njih 26.

U 2017. godini bilo je ukupno u radu 1269 predmeta iz prethodne godine, primljena je 941 ustavna žalba, što je 91% od ukupnog broja predmeta, riješeno je 949 predmeta. Donijeto je 611 odluka o odbijanju ustavnih žalbi, 231 rješenje o odbačaju ustavnih žalbi i 12 rješenja o obustavi postupka. Donešene su 83 odluke o usvajanju ustavnih žalbi, što je 11,4%, što je van evropskih standarda koji iznose oko 3%. Od tih predmeta 63 se odnosi na član 32 Ustava/član 6 Konvencije; 9 na članove 29 i 30 Ustava/član 5 Konvencije; 4 na član 58 Ustava/član 1 Protokola; po 3 na članove 28 i 47 Ustava /članove 3 i 10 Konvencije i jedan na član 28 Ustava/član 2 Konvencije.²⁹

Vrhovni sud Crne Gore, rješavajući povodom ukidnih odluka Ustavnog suda, u 2012. ukinuo je dvije presude,³⁰ u 2013. četiri,³¹ u 2014. tri,³² u 2015. dvije,³³ i u 2016. godini 10 presuda, od kojih osam Apelacionog suda i dvije revizije.³⁴

Povodom ukidnih presuda Ustavnog suda Crne Gore, Vrhovni sud je u pet predmeta donio istovjetnu odluku ne poštujući stavove Ustavnog suda. U ponovnom postupku po ustavnim žalbama Ustavni sud nije još uvijek odlučio ni u jednom predmetu, pa se očekuje razrješenje ove pravne situacije, koja svakako utiče na pravnu sigurnost.

U vezi s navedenim, Ustavni sud je ove godine u odluci U-III br. 113/18, od 23. aprila 2018. godine, nakon usvajanja ustavne žalbe ponovo utvrdio da su rješenjem Apelacionog suda Crne Gore, Už-Kvž.br. 5/17, od 6. decembra 2017. godine, podnositeljki ustavne žalbe povrijeđena prava iz člana 29 st. 1, 2, i 3, člana 30 st. 2 i 4 Ustava Crne Gore i člana 5 stav 1 tač. a i f i člana 5 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i ukazao istom sudu na obavezu poštovanja Zakona o Ustavnom sudu.

„11. Polazeći od činjenice da je Apelacioni sud, u ponovnom postupku samo formalno donio novo rješenje, koje je sadržinski identično prethodnom koje je Ustavni sud ukinuo, pritom zanemarujući naloge Ustavnog suda date u odluci U-III br. 751/17, od 30. novembra 2017. godine, to Ustavni sud smatra bitnim za ukazati da je imperativnim odredbama Ustava i Zakona o Ustavnom sudu propisana obaveza poštovanja i izvršenja odluka Ustavnog suda. Naime, odredbom člana 151 stav 3 Ustava propisano je da je odluka Ustavnog suda obavezna i

29 Statistički izvještaj za 2017.godinu.

30 Rev. br. 721/10 i Rev. br. 8/12.

31 Rev. br. 290/11, 76/11, 819/12 i 68/10.

32 Rev. br. 224/14, 825/10 i 199/11.

33 Rev. br. 858/10 i 78713.

34 Rev. br. 145/13 i 193714.

izvršna, odredbom člana 3 Zakona o Ustavnom sudu da je svako dužan da poštuje odluke Ustavnog suda i da su stavovi o određenim pitanjima izraženi u odlukama Ustavnog suda obavezujući za sve državne organe, organe državne uprave, organe lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i druge subjekte koji vrše javna ovlašćenja, dok je odredbom člana 52 stav 1 istog Zakona propisano da su državni organi, organi državne uprave, organi lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i drugi subjekti koji vrše javna ovlašćenja dužni da, u okviru svoje nadležnosti, izvršavaju odluke Ustavnog suda. S tim u vezi, Sud dalje ukazuje da je, na osnovu člana 76 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu, ovlašćen da, kada utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom povrijeđeno ljudsko pravo ili sloboda zajemčeni Ustavom, usvoji ustavnu žalbu i ukine taj akt, a predmet vrati na ponovni postupak i odlučivanje, što dalje podrazumijeva da je Ustavni sud ovlašćen da odredi način otklanjanja štetnih posljedica utvrđene povrede Ustavom zajemčenog prava ili slobode, kao što je učinio u konkretnom slučaju nalaganjem Apelacionom sudu da ponovi postupak po žalbi podnosioca izjavljenoj na rješenje Višeg suda u Podgorici, Kv.br. 852/17, od 6. oktobra 2017. godine. Ovo dalje znači, da u situaciji kada je zbog utvrđene povrede Ustavom i Konvencijom zajemčenih prava ili sloboda, naloženo ponavljanje žalbenog postupka pred drugostepenim sudom, izvršenje odluke Ustavnog suda ne podrazumijeva samo formalno donošenje nove drugostepene odluke od strane tog suda, kako je to uradio Apelacioni sud u konkretnom slučaju, već i postupanje i odlučivanje drugostepenog suda u skladu sa pravnim razlozima iznijetim u odluci Ustavnog suda koja se izvršava, na šta ga obavezuje odredba člana 77 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu.“

ZAKLJUČAK

Ustav je povelja slobode i instrument ograničenja samovolje vlasti, a ustavni sud jedini autoritativni čitalac ustava, koji obavezuje građane i državne organe koji ima zadatak da kaže na obavezujući način kako treba da čitamo ustav, u smislu: „ovu ustavnu odredbu treba razumjeti na ovaj način“, i na taj način nam kaže šta je ustavno a šta protivustavno. Njegova moć je velika pa ga mnogi nazivaju četvrtom vlašću, a neko ga naziva prikrivenim ustavotvorcem. Kako kažu neki njemački autori, ustavni sud je „ustavotvorna skupština u stalnom zasijedanju“.³⁵

Međutim, od svog osnivanja pa dosad uloga Ustavnog suda u Crnoj Gori nije bila prepoznata na pravi način, a posljedice osjećamo i danas. Na to ukazuju određene pojave s kojima se kontinuirano susrećemo u političkom životu, a koje su uzrok tenzija što se stvaraju u društvu kada je Ustavni sud u pitanju, koje su uvijek opasne, posebno ako proizilaze iz zabluda i predrasuda.

Ustavno sudstvo može pomoći pravnoj državi da pronade ono što je bolje

35 Dimitrijević, N. (2007) Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno. Beograd: Edicija REČ, str. 37.

„tragajući za njim dok protekne vrijeme“ (Ksenofan) i na taj način povećava vjerovatnoću da se putem razumne kritike dođe do boljih rezultata pravne države. Ustavni sud ne može sam garantovati uslove pravne države: oni se mogu ostvariti prirodno samo u interakciji sa izvršnom, zakonodavnom i sudskom vlašću, jer se uloga ustavnog sudstva u pravnoj državi ne može ocjenjivati apstraktno već samo u konkretnom kontekstu ukupnog pravnog poretka od zemlje do zemlje.

Vrhovni sud saglasno Zakonu na osnovu pravnih stavova usaglašava sudsku praksu kao oblik prava u kojem se iskazuje pravo značenje opšte pravne norme, ali pritom nema neograničenu slobodu jer je vezan odgovarajućim normama Ustava, zakona i potvrđenih međunarodnih dokumenata, a radi ujednačavanja sudske prakse i obavezujućim stavovima iz odluka Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda. Ustavni sud sa stanovišta primjene prava mora poštovati presude Evropskog suda, jer su one „centralno sredstvo tumačenja Konvencije koje se kao takve odnose na sve članice Konvencije“.³⁶

Propisujući Ustavnom sudu ovlašćenje da u postupku kontrole sudskih odluka sa stanovišta ljudskih prava donese i kasatornu odluku, Ustavni sud je dobio instrument nadzora i u odnosu prema stavovima iskazanim u odlukama Vrhovnog suda, što znači i u njegovom sadržaju izloženom tumačenju prava. Drugo je pitanje da li Ustavni sud u donošenju korektivnih odluka, u određenim slučajevima, izlazi van granica svoje nadležnosti sa stanovišta ljudskih prava ili se kreće *praeter legem*, namećući istovremeno i svoja pravna shvatanja u tumačenju odgovarajućih pravnih normi. To je prigovor *lege ferenda*, a ne *lege lata*. Nadležnost Ustavnog suda propisana je Ustavom Crne Gore i Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore, kojima je propisano da je svako dužan da poštuje odluku Ustavnog suda i da su stavovi o određenim pitanjima izraženi u odlukama Ustavnog suda obavezujući za sve državne organe, organe državne uprave, organe lokalne samouprave, odnosno lokalne uprave, pravna lica i druge subjekte koji vrše javna ovlašćenja.³⁷

Prema tome, Vrhovni sud mora poštovati odluke Ustavnog suda i u njegovom sadržaju iskazane pravne stavove na temu tumačenja pravnih normi i utvrđivanju njihovog pravog značenja, i to ne samo onda kada su one sadržane u njegovom dispozitivu, već i obrazloženju. Vrhovni sud nema pravni kapacitet da kontroliše odluke Ustavnog suda, one su van njegove nadležnosti, jer se pravna nemoć ne može zamijeniti insistiranjem na „svojim razlozima“, što je neprihvatljivo sa stanovišta primjene prava.

Razrješenje nesuglasica može se postići pokretanjem sudskog dijaloga sa Vrhovnim sudom, koji će doprinijeti većem stepenu pravne sigurnosti u tumačenju procesnih odredaba na kojima Ustavni sud Crne Gore i redovni sudovi zasnivaju svoju nadležnost, kako bi i jedni i drugi djelovali u okviru Ustava, a Ustavnom sudu onemogućili da se stavlja u ulogu suda treće ili četvrte instance

36 Dr Đorđević, Lj. „Uticaj presuda Evropskog suda za ljudska prava na praksu Ustavnog suda“, Pravni život, Tematski broj 14 TOM VI str. 39.

37 Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 3.

zbog tumačenja zakonskih procesnih pravila. Radi shvatanja instituta ustavne žalbe potrebna je edukacija građana i advokata, a Ustavni sud u svojim odlukama da jasnije navodi razloge zbog kojih se neka ustavna žalba smatra očigledno neosnovanom ili osnovanom i u njima zauzme jasan stav koji bi koristio redovnim sudovima prilikom odlučivanja.

Postojeći sukob između Ustavnog suda i redovnih sudova je vještački i ne postoji nijedan razlog niti ustavna i zakonska smetnja da se dosadašnje tenzije razriješe na adekvatan način u cilju ostvarenja vladavine prava, što je jedna od glavnih vrijednosti Ustava Crne Gore. No, ukoliko redovni sudovi i dalje budu ostali na istim pozicijama i nastavili dosadašnju praksu nepoštovanja odluka Ustavnog suda, bez obzira na njihov kvalitet, koji mora biti znatno bolji, kao uostalom i presude redovnih sudova, razrješenje ovog problema može se izvršiti na sljedeći način:

Ustavni sud ima obavezu saglasno odredbama člana 149 stav 3 da prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti obavještava Skupštinu. U ovom slučaju Skupština bi bila obavezna da nakon rasprave predloži Sudskom savjetu, u kojem participira sa dva poslanika, pokretanje odgovornosti i razrješenje sudija koji učestvuju u donošenju odluka, kao i pokretanje eventualne krivične odgovornosti zbog kršenja zakona od strane sudije.

LITERATURA

1. Belajec, V. (2000) „Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe“, str.99. U: Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava, Zagreb. Organizator.
2. Dimitrijević, N. (2007) Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno. Beograd: Edicija REČ, str. 37.
3. Dokument br: Su br. 369/14-2, 25.04.2014. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>
4. Dokument br: Su br. 377/16-17, 13.05. 2015. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>
5. Dokument br: Su br. 459/15, 13.05.2015. Dostupno na:
6. <http://www.ustavnisud.me/upload/praksa.html>
7. Dr Đorđević, Lj. „Uticaj presuda Evropskog suda za ljudska prava na praksu Ustavnog suda“, Pravni život, Tematski broj 14 TOM VI str. 39.
8. Garlicki, L. (2007) Constitutional courts versus supreme courts, I* CON, Vol.5, br. 1/2007, str. 44-45.
9. Häberle, P. (2002) Ustavna država. Zagreb: Politička kultura. str. 30.
10. Mišljenje Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) (10.09.2010) br. 598/2010.
11. Odluka Ustavnog suda Crne Gore. (27.06.2017) Už-III br. 352/15
12. Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2010. Dostupno na: <http://>

www.ustavnisud.me/dokumenti/Pregled%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202010.godinu.pdf

13. Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2011. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/Pregled%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202011.godinu.pdf>

14. Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore, 2012. Dostupno na: <http://www.ustavnisud.me/dokumenti/P%20R%20E%20G%20L%20E%20D%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202012.pdf>

15. Rev. br. 145/13 i 193714

16. Rev. br. 224/14, 825/10 i 199/11.

17. Rev. br. 290/11, 76/11, 819/12 i 68/10.

18. Rev. br. 721/10 i Rev. br. 8/12.

19. Rev. br. 858/10 i 78713.

20. Smerdel, B. (2012) O ustavima i ljudima. Zagreb: Novi Informator. str. 84.

21. Ustav Crne Gore. (2008) Službeni list CG, br. 1/2008, član 149, str. 1. tačka 1, 2 i 3 i str. 3.

22. Zakon o sudovima. (2015) Službeni list CG, br. 11/15, član 1.

23. Zakon o sudskom savjetu i sudijama. (2015) Službeni list CG, br. 11/15, član 1.

24. Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 2.

25. Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 3.

26. Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 68.

27. Zakon o Ustavnom sudu. (2015) Službeni list CG, br. 11/15 član 69.

INTERRELATION OF CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO AND JUDICIAL POWER IN MONTENEGRO

Abstract: Constitutional Court of Montenegro is the highest judicial body whose jurisdiction is the protection of constitutional supremacy. Constitutional courts base their individual human rights and freedoms protection decisions on legal principles, not political arguments or rules emerging from laws. In decision making on constitutional appeals against acts of judicial authorities, they sometimes get into a “jurisdictional collision” with regular courts, especially the Supreme Court as the highest instance court, when they are compelled to abolish verdicts of judicial authorities as unconstitutional. As violated constitutional rights and freedoms are protected from judicial authorities’ individual acts by means of constitutional appeals in cases of determining the material contents of the individual act followed by the fundamental norm, the Court must retain its constitutional position, holding back from entering the authority of regular courts. Abandoning the Kelsen limitation of constitutional court tasks to abstract constitutionality control of the law, it has become difficult to separate its jurisdiction from that of the Supreme Court. Constitutional Court of Montenegro should approach the method of decision writing practiced by the ECtHR.

Key words: constitutional court, judicial authority, constitutional appeal, supreme court

OPĆA PRAVNA NAČELA EVROPSKE UNIJE U KONTEKSTU JAVNIH NABAVKI

Sažetak: Jedan od glavnih ciljeva jedinstvenog unutrašnjeg tržišta Evropske unije (dalje: EU) je osigurati ravnopravno tržišno natjecanje svim privrednim subjektima, te time povećati konkurentnost evropske ekonomije. Sud Evropske Unije (dalje: SEU), u svojoj praksi, davajući odgovore na pitanja proizašla iz tumačenja donesenih zakona stvorio je „opća pravna načela“, kojima je popunjavao pravne praznine u nedorečenim propisima, koja su kasnije ugrađivana u nove propise (direktive o javnim nabavkama). Opća pravna načela predstavljaju pravne norme koje omogućavaju rješavanje sporova za koje ne postoji jasno, bezuslovno i precizno pisano pravno pravilo. U kontekstu javnih nabavki najzanimljivija opća pravna načela su načelo jednakog postupanja i nediskriminacije, načelo transparentnosti, načelo uzajamnog priznavanja i načelo proporcionalnosti ili razmjernosti. Sami Osnivački ugovori direktno i indirektno na više mjesta daju opravdanje za primjenu općih načela prava, što se može vidjeti u čl. 5 i 6. Ugovora o EU (dalje: UEU) i čl. 340. Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU).

U radu se analiziraju bitna obilježja općih pravnih načela EU u kontekstu javnih nabavki i navode primjeri predmeta SEU iz područja svakog od navedenih općih pravnih načela EU, sa porukom značenja pojedinih izraza nakon što ih je SEU normirao.

Ključne riječi: načelo jednakog postupanja i nediskriminacije, načelo transparentnosti, načelo uzajamnog priznavanja i načelo proporcionalnosti ili razmjernosti, kontekst javnih nabavki.

1. Uvod

Opća pravna načela EU koja se primjenjuju u području javnih nabavki nastala su postupno iz prekse SEU. U početku se SEU najčešće pozivao na slobodu kretanja roba i povezanu zabranu količinskih ograničenja uvoza i mjera s jednakim učinkom, jer su se konkretni predmeti nabavke odnosili na favoriziranje domaćih privrednika i domaćih proizvoda.¹ Naime, od 1971. godine do 1992. godine na nivo EU direktivama su bile uređene samo nabavke radova, odnosno od

¹ D. Stanković, *Izravna primjena pravila UFEU-a i načela primarnog prava Unije na dodjele ugovora*, Pravni vjesnik br.2, 2018., 93.

1977. godine i nabavke robe² pa je i to jedan od razloga što je težište sudske prakse bilo upravo na slobodi kretanja robe - kao direktnom predmetu nabavke (nabavka samo robe) ili indirektnom predmetu nabavke robe (npr. nabavka građevinskog materijala u kontekstu nabavke radova).³ Opća pravna načela su značajna, jer ih SEU često koristi da popuni praznine u zakonima i pronađe rješenja za situacije koje su često složene. Najvažnija opća pravna načela u kontekstu instituta javnih nabavki su načelo jednakog postupanja i nediskriminacije, načelo transparentnosti, načelo međusobnog priznavanja i načelo proporcionalnosti (razmjernosti).⁴ Dosljedno provođenje pravila EU o javnim nabavkama je potrebno kako bi se osiguralo da države članice budu primorane, putem kontrole i eventualne primjene prijetnje - sankcijama povinovati se propisima na jednak način.⁵ U praksi javnih nabavki vlasti se moraju pokoravati odredbama Osnivačkih ugovora i direktivama o javnim nabavkama roba, usluga i radova, odnosno povinovati se dosljednoj primjeni osnovnih i općih pravnih načela u svim postupcima javnih nabavki. SEU je u svojoj praksi potvrdio da se na sve dodjele ugovora o javnoj nabavci, neovisno o primjeni direktiva in concreto, primjenjuju pravila Osnivačkih ugovora, najprije ona o slobodi kretanja roba, slobodi pružanja usluga i slobodi poslovnog nastana, ali i određena načela primarnog prava EU koja je SEU razvio na osnovu tih sloboda.⁶ SEU je uvijek naglašavao da to što su neki ugovori izuzeti iz područja primjene direktiva o javnim nabavkama ne znači da su potpuno isključeni iz područja primjene prava EU.⁷ Razvoj općih pravnih načela počeo je podjednako, prvo u postupcima u povodu tužbi Evropska komisija (dalje: EK) protiv država članica zbog povrede obaveza iz Ugovora i u onim postupcima u povodu zahtjeva za prethodnu odluku u konkretnim sporovima između ugovornih organa i ponuđača.⁸ Naime, riječ je bila o situacijama u kojima je sama država članica propisom ili upravnom praksom omogućila kršenje tih načela ili onim situacijama u kojima ugovorni organ u konkretnom postupku nije poštivao navedena načela.⁹ Ciljevi koji se žele postići primjenom načela u postupcima javnih nabavki su dobijanje najbolje vrijednosti za javni novac, stvaranje stvarne tržišne konkurencije, otvaranje tržišta, te jednako postupanje pod istim uslovima

2 M. Maciejewski, *Ugovori o javnoj nabavi*, Informativni članci o EU, Evropski parlament, juni 2017.

3 D. Stanković, *Op.cit.*, 93.

4 Sigma, *Javne nabavke u EU, Zakonodavni okvir, osnovna načela i institucije*, 2016., 2.

5 A. Veldkamp, *Shifting Boundaries of European and National Enforcement: Three Case Studies*, u Vearvaelu (ed.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, The European Monograph (Hague: Kluwer Law International, 1999. godina), p. 247.

6 Presude Telaustria (C-324/98, EU:C:2000:669) i Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654).

7 Presude Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654, t. 19.) i Njemačka i dr./Komisija (T-258/06, EU:T:2010:214, t. 74.).

8 D. Stanković, *Op.cit.*, 92.

9 Presude Medipac – Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337) i Komisija/Grčka (C-489/06, EU:C:2009:165)

za privredne subjekte u tržišnoj privredi.¹⁰ Ostvarivanje ovih ciljeva doprinosi privrednoj sigurnosti, razvoju kvalitetne proizvodnje, zaštiti okoline, promociji domaće proizvodnje itd.¹¹ Povrede načela (osnovnih ili općih pravnih) mogu se sankcionisati u postupcima kontrole javnih nabavki u skladu s nacionalnim pravom, ali i u postupcima pred SEU u povodu tužbi EK protiv država članica zbog povrede obaveze (međutim, postoji mogućnost da se domaći sudovi obratite SEU sa zahtjevom za tumačenje pojedinih pitanja - na način da domaći sud/organ za zaštitu prava utvrđuje činjenice i formuliše pitanja vezana za tumačenje koja se postavljaju SEU i na koja su odgovori nužni za rješavanje spora).¹² Opća pravna načela važe nezavisno od direktiva, tako da i kad direktive nisu primjenjive, načela se i dalje mogu primijeniti na postupke javnih nabavki i dodjele ugovora koje provode ugovorni organi.¹³

2. Načelo jednakog postupanja i nediskriminacije

„Jednakost je jedna od bitnih vrijednosti EU, a propisi EU u vezi s nediskriminacijom među najopširnijim propisima na svijetu. Koncepti jednakosti postupanja i zabrane diskriminacije nisu isti. Svi propisi o javnim nabavkama nastoje da očuvaju jednakost ponuđača. Međutim, u kontekstu EU, ta jednakost zasnivaće se na „državljanstvu“, odnosno na porijeklu roba, zbog čega je u kontekstu EU potrebno uvesti još jednu definiciju koncepta jednakog postupanja, jer je u tom kontekstu koncept jednakosti dodatno zasnovan na državljanstvu, odnosno na porijeklu roba. Zbog toga se svi ponuđači sa državljanstvom EU i sve ponude koje se odnose na robe sa porijeklom iz EU moraju tretirati na isti način (to je načelo zabrane diskriminacije)“¹⁴. Načelo jednakosti u postupanju - zabrane diskriminacije ima poseban značaj za funkcionisanje pravnog poretka EU. Njegova je uloga u integraciji zajedničkog evropskog tržišta neprikosnoven. Ono što nazivamo pravnom doktrinom četiri tržišne slobode – slobode kretanja osoba, robe, usluga, kapitala - nije ništa drugo do rezultat dugoročne upotrebe načela jednakosti u postupanju putem pravnih mehanizama radi postizanja ekonomskog cilja slobodnog tržišta kada za to nije bilo volje od strane nacionalno fokusiranih političkih elita u državama članicama.¹⁵ Načelo jednakosti postoji od samog početka EU (od 1957. godine).¹⁶ Ono postoji prije svega da bi se osiguralo

10 H. Buza, S. Tešanović, S. Petričević, *Javne nabavke legislativa i praksa*, 35.

11 *Ibid.*,

12 Sigma, *op.cit.*, 8.

13 *Ibid.*, 2.

14 *Ibid.*, 5.

15 G. Selanec, *Kritički pogled na primjeni antidiskriminacijskih jamstava u paraksi Suda pravde EU*, Zbirka izabranih presuda, 2013., 6.

16 Preuzeto sa: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1474/>, (pristup: 15.10.2019.)

pošteno tržišno natjecanje i jednako postupanje pri radu.¹⁷ Iz navedenog se može vidjeti da je SEU, prije donošenja direktiva o javnim nabavkama, razvio koncept načela jednakog postupanja u postupcima javnih nabavki, a u predmetu C-243/89¹⁸ (Komisija EZ protiv Kraljevine Danske) je pokazao kako je direktivama navedeno načelo samo potvrđeno i razrađeno.¹⁹ Načelo jednakog postupanja zahtijeva pozitivno djelovanje, dok načelo nediskriminacije zabranjuje određene radnje - aktivnosti.²⁰ Načelo jednakog postupanja i nediskriminacije u oblasti javnih nabavki, zahtijeva od ugovornih organa da ostanu objektivni, pravedni i nepristrasni za sve učesnike u postupku nabavki (u svim fazama postupka), da se svi potencijalni učesnici postupka tretiraju isto i da svi moraju dobiti iste šanse za učešće u postupcima javnih nabavki kao i za potpisivanje ugovora, odnosno niko ne bi trebao biti diskriminisan na osnovu državljanstva, porijekla, spola, rase, religije.²¹ Svi oblici pristrasnosti i diskriminatornog ponašanja su strogo zabranjeni.²² U kontekstu javnih nabavki, prema SEU „ zabrana diskriminacije je samo konkretna potvrda opšteg principa jednakosti koji je jedan od principa zakona Zajednice i kojim se zahtijeva da slične situacije ne smiju biti drugačije tretirane osim ako ne postoji objektivno opravdanje za pravljenje razlike²³, odnosno u praksi to znači da postupci i prakse javnih nabavki ne mogu biti pripremljeni, usvojeni ili primijenjeni kako bi se obezbijedila zaštita, stimulisanje ili preferiranje ili diskriminacija određenih roba, usluga ili dobavljača.²⁴ Diskriminacija može biti direktna i indirektna. Diskriminacija je direktna kada se specifičnom mjerom (odredbom, praksom) primjenjuje zabranjeni kriterij kojim se pravi razlika među ponuđačima ili kada se različiti slučajevi podvrgavaju formalno sličnim pravilima.²⁵ Indirektna diskriminacija se dešava kada mjera, iako eksplicitno ne koristi nezakoniti nejednak kriterij, ima efekte koji koincidiraju sa korištenjem takvog kriterija, što je rezultat korištenja drugih kriterija koji sami po sebi nisu

17 *Ibid.*,

18 Vidi više, A. Mužina, M. Marković, Zaštita prava ponuđača, 2008., 44. „Podneskom Sekretarijatu Suda dana 2.8.1989. godine, Komisija Evropske zajednice podnijela je tužbu, prema članu 169. Ugovora o EEZ, radi utvrđivanja da, s obzirom na to: da je kompanija Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen objavila poziv za dostavljanje ponuda na osnovu uslova kojima se u najvećoj mogućoj mjeri zahtijeva korišćenje danskih materijala, potrošačkih dobara, rada i opreme, i da su pregovori sa odabranim konzorcijumom bili sprovedeni na osnovu ponude kojom nisu bili ispoštovani uslovi tendera... Sud je odlučio da Kraljevina Danska nije uspjela ispuniti svoje obaveze prema pravnim normama Zajednice i da je konkretno prekršila odredbe čl. 30, 48. i 59. Ugovora o EEZ” kao i Direktivu Vijeća br. 71/305/EEZ od 26. 7.1971. godine u vezi sa usaglašavanjem postupaka za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova.

19 H. Buza, S. Tešanović, S. Petričević, *op.cit.*, 36.

20 *Ibid.*,

21 EUPPP, Priručnik, Obuka predavača javnih nabavki u BiH (prvi dio), 47.

22 *Ibid.*,

23 EUPPP, Priručnik, Obuka predavača javnih nabavki u BiH (drugi dio), 4. – (pogledati presudu Evropskog suda pravde za slučaj 117/76).

24 *Ibid.*, 24.

25 *Ibid.*,

zabranjeni.²⁶ Kako proizilazi direktno iz Sporazuma, načelo jednakog postupanja i zabrane diskriminacije primjenjuje se na sve ugovore o javnim nabavkama (kao i na ugovore čija vrijednost ne prelazi vrijednosne razrede, odnosno ugovore koje ne pokrivaju direktive javnih nabavki EU).²⁷

Dodatni zahtjevi koji se tiču načela jednakog postupanja u postupcima javnih nabavki utvrdio je SEU u svojoj praksi. Sve ponude moraju biti specificirane prema zahtjevima ugovornog organa - kako bi se omogućilo njihovo nepristrano djelovanje, odnosno ponuđaču se ne smije dopustiti naknadna izmjena ponude i na taj način stjecanje prednosti u odnosu na ostale ponuđače.²⁸ Također, prema stavu sudske prakse, tužba zbog povrede načela jednakog postupanja (ali i zbog povrede načela transparentnosti) može se podnijeti u svakoj fazi dodjele javnog ugovora, pa čak i prije podnošenja ponuda, a nakon objave tendera.²⁹ SEU je u kontekstu javnih nabavki načelima koja su se razvila u vezi sa osnovnim ugovornim načelima (slobodama) dao i novu, znatno širu dimenziju. Naime, prema stavu SEU između načela nediskriminacije i načela jednakog postupanja nema posebne razlike. Prije je riječ o dva aspekta istog instituta kojima je cilj izbjeći nejednako postupanje u uporedivim situacijama, odnosno jednako postupanje u različitim situacijama.³⁰ Zato se u nekim presudama spominje samo načelo nediskriminacije³¹, a u nekima oba navedena načela.³² Pravila jednakog postupanja zabranjuju ne samo diskriminaciju nego i sve oblike prikrivene diskriminacije, koji primjenom drugih kriterija razlikovanja, dovode do istog rezultata.³³ Otkad je Povelja EU o osnovnim pravima u skladu s Lisabonskim ugovorom postala pravno obvezujući dokument, načelo jednakog postupanja sada je (njezinim članom 20., naslovljenim "Jednakost pred zakonom"), izričito predviđeno kao načelo primarnog prava.³⁴ U prvim presudama, SEU je utvrdio da, iako ga direktive o javnoj nabavci izričito ne navode, obaveza poštivanja načela jednakog postupanja odgovara samoj biti tih direktiva kojima je cilj razviti izražajno tržišno natjecanje u području javnih nabavki.³⁵

„SEU je, u predmetima C-45/87 Komisija protiv Irske, C-359/93 Komisija protiv Nizozemske i C-59/00 Vestergaard, u kojima su ugovorni organi zahtijevali

26 *Ibid.*, 25.

27 EUPPP, *op.cit* (prvi dio), 47.

28 Slučaj Wallon Buses, Case C-87/94.

29 Slučaj Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium, Case C-87/94.

30 Presuda Španija/Komisija (T-461/13, EU:T:2015:891, t. 168.).

31 Presuda Telaustria (C-324/98, EU:C:2000:669, t. 60.).

32 Presuda presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 32. i navedena sudska praksa).

33 Presuda Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 30.).

34 Presuda Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, t. 43.).

35 Presude Komisija/Danska (C-243/89, EU:C:1993:257, t. 37.) i Komisija/Belgija (C-87/94, EU:C:1996:161, t. 51.). Cilj „otvaranja nacionalnih nabava“ prvi je put u primarnom pravu izražen u članku 130.f stavku 2. UEZ-a koji je dodan Jedinstvenim europskim aktom iz 1986. (SL 1987., L 169, str.1.), sada član 179. stavak 2. UFEU-a.

posebne žigove ili certifikate usklađenosti sa nacionalnim standardima, i gdje zahtjeve nije pratila fraza “ili ekvivalent”, zaključio da su ti zahtjevi suprotni članu 28. Ugovora (sadašnji član 34. UFEU), jer su imali zahtjev ograničavanja ugovora na one dobavljače koji su namjeravali koristiti precizno navedene sisteme, dok je SEU u predmetu C-225/98 Komisija protiv Francuske u kojem je ugovorni organ zahtijevao usklađenost sa francuskim standardom, zaključio da princip jednakog tretmana ne zabranjuje samo otvorenu diskriminaciju na osnovu nacionalnosti, već i sve oblike prikrivene diskriminacije koji imaju isti učinak. SEU je smatrao da su specifikacije koje je utvrdio ugovorni organ toliko specifične i nejasne da su samo nacionalni ponuđači mogli shvatiti njihovu relevantnost. Zbog toga je korištenje tog upućivanja moglo imati učinak pružanja većeg broja informacija domaćim kompanijama, čime im se omogućuje lakši način dostavljanja ponuda, odnosno “upotreba klasifikacije francuskih stručnih organizacija u tenderskoj dokumentaciji predstavlja indirektnu diskriminaciju, obzirom da stvara bolje uslove za francuske kompanije da podnesu svoje ponude u kratkim vremenskim rokovima.”³⁶ Iz navedenih presuda se može zaključiti da su Ugovorni organi dužni osigurati da tehničke specifikacije budu tako napisane da otvaraju konkurenciju javnih nabavki, a ne da je uskraćuju, da tehničke specifikacije moraju pružiti jednak pristup ponuđačima i ne smiju imati zahtjev stvaranja neopravdanih prepreka otvaranju nabavki konkurenciji i da korištenje određenog porijekla, žiga ili proizvodnje nije dozvoljeno, osim ako je opravdano predmetom nabavke, a i tada samo u izuzetnim, definisanim okolnostima, stim da takvo upućivanje mora biti praćeno frazom “ili ekvivalent”.³⁷

U Komisijinoj Interpretativnoj komunikaciji iz 2006. godine³⁸, je navedeno da „načela jednakog postupanja i nediskriminacije podrazumijevaju nediskriminirajući opis predmeta nabave (koji u slučaju nabavki roba uvijek mora sadržavati napomenu o prihvatljivosti jednakovrijednog proizvoda, što je posljedica i slobode kretanja robe), jednak pristup privrednih subjekata iz svih država članica (bez nametanja uslova koji dovode do direktne ili indirektno diskriminacije (poput zahtjeva o poslovnom nastanu u državi članici ili regiji u

36 EUPPP, *op.cit.*, (prvi dio), 47 i 48.

37 Sigma,

38 Vidi više „Evropska komisija je donijela i Interpretativnu komunikaciju Komisije br. 2006/C 179/2 o Pravu Zajednice koje se primjenjuje na sklapanja ugovora koji nisu ili nisu u potpunosti obuhvaćeni odredbama direktiva o javnoj nabavi. U istoj je utvrđena obaveza poštivanja odredaba UFEU za ugovore ispod vrijednosnog razreda, kao i za ugovore o uslugama utvrđene u Aneksu II B Direktive 2004/18/EZ i Aneksu XVII B Direktive 2004/17/EZ. U istoj je konstatirano da je Sud EU potvrdio da se pravila i načela UFEU primjenjuju i na ugovore koji izlaze iz područja primjene direktiva. U skladu s tačkama 1.1. i 1.2. Interpretativne komunikacije, ugovorni organi iz država članica moraju postupati u skladu s pravilima i načelima UFEU kad god sklapaju javne ugovore koji su obuhvaćeni područjem primjene Ugovora. Ta načela uključuju slobodu kretanja roba (član 34. UFEU), pravo poslovnog nastana (član 49. UFEU), slobodu pružanja usluga (član 56. UFEU), nediskriminaciju i jednako postupanje, transparentnost, proporcionalnost i uzajamno priznavanje. Preuzeto sa: Smjernice za utvrđivanje finansijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na izdatke koje u okviru podijeljenog upravljanja financira Unija, 5, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/, (pristup: 03.09.2019.)

kojoj se nalazi ugovorni organ - što se može vidjeti iz presude SEU u predmetu Contse - C-234/03). U navedenom predmetu SEU donio je odluku da član 49. EZ zabranjuje ugovornim organima da u tenderskim specifikacijama navode uslov za prijem ponuda ako ti uslovi nisu opravdani imperativnim zahtjevima od općeg interesa, odnosno nisu prikladni za osiguranje postizanja cilja kojem nastoje stići ili nadilaze ono što je nužno za njegovo postizanje, što bi nacionalni sud trebao utvrditi³⁹.

Ukratko, za načela jednakog postupanja i nediskriminacije se može reći da se primjenjuju na sve aspekte i faze postupaka javnih nabavki, npr. i na tehničko pitanje ponderacije pojedinih kriterija u ocjenjivanju ponuda (kako je SEU u predmetu Dimarso C-6/15 presudio)⁴⁰, izračuna kriterija ekonomski najpovoljnije ponude (kako je SEU u predmetu Španija/Komisija T-402/06 naveo)⁴¹, isključenja izuzetno niskih ponuda (kako je SEU u presudama Costanzo 103/88, i SECAP i dr. (C-147/06 i C-148/06,) presudio)⁴², kao i na izmjene dokumentacije o nabavci nakon objave poziva na nadmetanje (što se može vidjeti iz presude Borta C-298/15)⁴³, te ograničavanje podizvođenja (kako je SEU utvrdio u presudama Wrocław – Miasto na prawach powiatu C-406/14, Borta C-298/15 i Partner Apelski, Dariusz C-324/14)⁴⁴ i mnoge druge. Naime, SEU je često citirao načela jednakog postupanja i zabrane diskriminacije kao osnovu za svoje presude. Tako je u predmetu C-243/89, Storebaelt, odlučio da “odluka da ugovorni organ stupi u pregovore sa samo jednim ponuđačem na osnovu njegove neprihvatljive ponude i da promijeni kriterije za dodjelu ugovora tokom postupka da bi odgovarale tom ponuđaču, predstavlja povredu načela jednakog postupanja,” a u predmetu C-16/98, Komisija v. Francuska, “objavljivanje obavještenja o javnoj nabavci samo na državnom nivou, a ne objavljivanje tog obavještenja u Službenom glasniku EU (u slučaju ugovora iznad vrijednosnih razreda EU) diskriminira strane kompanije⁴⁵.

39 Vidi više., Predmet C-234/03., Presuda Suda (treće vijeće) od 27.10.2005. Contse SA, Vivisol Srl i Oxigen Salud SA protiv Nacionalnog instituta za gonja Sanitaria (Ingresa), ranije Instituto Nacional de la Salud (Insalud). Zahtjev za prethodnu odluku: Audiencia Nacional - Španija. Direktiva 92/50 / EEZ - preuzeto sa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0234> (pristup: 03.09.2019.)

40 Presuda Dimarso (C-6/15, EU:C:2016:555).

41 Presuda Španija/Komisija (T-402/06, EU:T:2013:445).

42 Presude Costanzo (103/88, EU:C:1989:256) i SECAP i dr. (C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277).

43 Presuda Borta (C-298/15, EU:C:2017:266).

44 Presude Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562); Borta (C-298/15, EU:C:2017:266) i Partner Apelski, Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214).

45 EUPPP, *op.cit.*, (prvi dio), 47 i 48.

3. Načelo transparentnosti

SEU je načelo transparentnosti izveo iz načela jednakog postupanja.⁴⁶ Transparentnost se često izdvaja kao jedan od ključnih pokazatelja pravednog i funkcionalnog sistema javnih nabavki.⁴⁷ “Ukoliko ugovorni organ ne osigura adekvatan nivo transparentnosti, nije moguće provjeriti da li je postupak javne nabavke proveden nepristrasno i u skladu sa procedurama. Transparentno provođenje javnih nabavki doprinosi većoj odgovornosti ugovornih organa i efikasnijoj kontroli trošenja javnih sredstava.”⁴⁸ Transparentno provođenje javnih nabavki može značajno doprinijeti i smanjenju korupcije u javnim nabavkama⁴⁹, iz razloga što se u transparentnom sistemu javnih nabavki odluke moraju donositi na osnovu objektivnih, unaprijed definisanih i javno dostupnih pravila, a smanjen je i prostor za favoriziranje određenih ponuđača koji su platili ili bili spremni platiti mito.⁵⁰ Transparentnim postupkom značajno se mogu ograničiti štetni efekti korupcije u javnim nabavkama, kao što su, između ostalog, visoki troškovi nabavke lošeg kvaliteta, nabavka roba, usluga i radova koji nisu ekonomski opravdani ili nisu bazirani na stvarnim potrebama, ili isporuka proizvoda koji sa sobom nose sigurnosne i druge rizike za stanovništvo.⁵¹ Javni organi, osim što su dužni osigurati transparentnost u javnim nabavkama, imaju obavezu i zaštititi povjerljive informacije ponuđača, prije svega, zaštititi vlasnička prava, odnosno poslovne tajne ponuđača, te tehnička rješenja navedena u ponudi koje je ponuđač označio kao povjerljive, odnosno čije bi objavljivanje nanijelo štetu komercijalnim interesima ponuđača.⁵²

Ciljevi direktiva su usko vezani za stvaranje jedinstvenog tržišta (u ovom slučaju javnih nabavki) i njihova primarna svrha je poštivanje principa nediskriminacije među članicama EZ, dok zahtjevi po pitanju transparentnosti imaju za cilj i održavanje konkurencije između ponuđača iz EZ, kao i sredstvo kojim se osigurava da ta konkurentnost postoji, time što uvodi efikasan sistem monitoringa postupaka javnih nabavki.⁵³ Poštivanje načela transparentnosti se garantuje odredbama koje obavezuju da se obavještenja o javnoj nabavci objave i

46 Predmet C-275/98, Unitron Scandinavia, p. 31.

47 Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2007), 65.

48 Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse, *Analitika – Centar za društvena istraživanja*, 6.

49 S. Kühn, L. B. Sherman, *Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide* (Berlin: Transparency International, 2014).

50 UNODC, *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances*, 9.

51 S. Kühn, L. B. Sherman, 9.

52 Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *OECD Principles for Integrity in Public Procurement* (Pariz: OECD, 2009), 24.

53 P. Trepte, *Pravo i politika javnih nabavki u BiH, Zahtjevi po pitanju transparentnosti*, EUPPP, 2006., 49.

da se o rezultatima postupaka i donesenim odlukama informišu učesnici.⁵⁴ Zahtjev za transparentnost je prekršen; ukoliko obavještenje o javnoj nabavi uopšte nije objavljeno na propisan način, obavještenje je objavljeno ali ne sadrži informacije od vitalnog značaja ili sadrži informacije koje su netačne ili nejasne, obavještenje je objavljeno u medijima ograničenog tiraža, zatim ako se minimalni vremenski rokovi ne poštuju (ugovorni organ postavlja vremenske rokove koji su kraći od propisanih), ako ugovorni organ primjenjuje kriterije za kvalifikaciju dobavljača i/ili dodjelu ugovora koji su drugačiji od onih koji su objavljeni, odnosno ako ugovorni organ promijeni uslove tendera nakon objavljivanja obavještenja i ako su uslovi izvršenja ugovora promijenjeni nakon zaključivanja ugovora.⁵⁵ Ove vrste obavještenja, čiju objavu propisuju direktive EU, predstavljaju ključne segmente transparentnog provođenja postupaka javnih nabavki. Za osiguranje transparentnog sistema javnih nabavki neophodno je obavezati ugovorne organe da donose odluke na osnovu pravila te da omoguće provjeru poštivanja procedura.⁵⁶ Konkretno, pravila moraju biti jasno definisana kako bi se znalo na koji način službenik donosi različite odluke, kao naprimjer, u kojim se slučajevima primjenjuje otvoreni postupak, a u kojim druga vrsta postupka, zašto je prilikom dodjele ugovora odlučeno da se primjenjuje kriterij najniže cijene, a ne, naprimjer, kriterij ekonomski najpovoljnije cijene i sl.⁵⁷ Kako bi se omogućila provjera da li su se poštivale procedure i pravila, ugovorni organi su također, dužni voditi pismenu evidenciju o svim odlukama koje se donose u procesu javnih nabavki.⁵⁸ Načelo transparentnosti doprinosi ostvarenju ciljeva drugih načela javnih nabavki, prije svega načelu obezbjeđivanja što šire konkurencije. „Smatra se da transparentnost nije sama sebi cilj, to je mehanizam koji se koristi kako bi se postigao određeni drugi cilj. Transparentnost je sredstvo, a ne cilj i svrha tog sredstva se mora razumijeti da bi se ono efikasno primjenilo.“⁵⁹

SEU odigrao je značajnu ulogu u afirmaciji načela transparentnosti u javnim nabavkama. Do donošenja direktiva 2004. godine načelo transparentnosti nije bilo eksplicitno navedeno u direktivama.⁶⁰ U predmetu “Unitron Scandinavia”⁶¹ SEU donio je odluku prema kojoj zabrana diskriminacije neminovno uključuje obavezu transparentnosti. U navedenom predmetu radilo se o odabiru dobavljača koji će uzgajačima stoke osigurati markice kojim se označava porijeklo stoke u Danskoj. Proceduru je provela privatna kompanija “Danske Slagterier”, kojoj su nadležne

54 Vidi više., EUPPP, *op.cit.*, (prvi dio), 48.

55 *Ibid.*, 6.

56 Arrowsmith, Public Procurement Regulation, 21.

57 N. Voloder, *Transparentnost javnih nabavki u BiH, između teorije i prakse*, Analitika, Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2015, 16.

58 Arrowsmith, *op.cit.*, 21.

59 P. Trepte, *op.cit.*, 27.

60 Analitika – Centar za društvena istraživanja, Međunarodni standardi i komparativne prakse, 17.

61 Court (First Chamber), Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Presuda Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, 18.11.1999.

vlasti dodijelile ekskluzivna prava za provođenje ove vrste veterinarske kontrole. Žalbu na provedenu proceduru nabavke markica uložio je jedan od nezadovoljnih ponuđača, kompanija “Unitron”, koja je, između ostalog, tvrdila da se nije smio koristiti preferencijalni tretman domaćeg, što je rezultiralo time da je javni poziv objavljen samo na prostoru Danske, ali ne i na nivou EU. Istovremeno, predstavnici kompanije “Danske Slagterier” i nadležnog državnog veterinarskog odjela tvrdili su da nisu dužni pridržavati se odredbi EU, jer ova kompanija ne kupuje direktno markice, već administrira i koordinira kupovinu između snabdjevača i kupaca.⁶² SEU je potvrdio da ugovorni organ prilikom izbora procedure nije imao obavezu pridržavanja direktive, već nacionalnog zakona o javnim nabavkama Danske⁶³, ali je imao obavezu pridržavati se načela zabrane diskriminacije na osnovu nacionalnosti. Princip nediskriminacije, kako se navodi u presudi, ne bi se smio tumačiti restriktivno. On posebno implicira obavezu transparentnosti kako bi ugovorni organ mogao dokazati da je princip nediskriminacije ispoštovan.⁶⁴ Isto tako, u predmetu “Telaustria i Telefonadress protiv Telekom Austria”, SEU je 2000. godine utvrdio da princip transparentnosti u javnim nabavkama mora biti ispoštovan iako se konkretna nabavka nalazi van dometa regulacije pravila EU.⁶⁵ U navedenom predmetu SEU je utvrdio da ugovorni subjekti i u slučajevima kada nisu dužni pridržavati se odredaba direktiva EU, “svejedno su obavezni postupati prema osnovnim propisima iz Sporazuma, a posebno prema načelu nediskriminacije na osnovu nacionalnosti, što posebno znači obavezu transparentnosti kako bi se ugovornom organu omogućilo ispunjavanje tog načela”.⁶⁶ Sud je dalje precizirao da se “obaveza transparentnosti, propisana ugovornom organu, sastoji od osiguranja određenog stepena oglašavanja, u korist svakog potencijalnog ponuđača, kako bi se omogućilo da se tržište usluga otvori konkurenciji i da se ispita pravičnost postupka nabavke”.⁶⁷

62 Opinion of Advocate General Alber of 8.7.1999. Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri.

63 Direktive Evropske unije primjenjuju se za ugovore iznad određenog vrijednosnog praga, koji se na nivou EU određuje svake dvije godine. Za nabavke ispod vrijednosnog praga EU, nabavke se provode prema nacionalnim zakonima država članica. U skladu s tim, nabavke iznad vrijednosnog praga EU moraju biti objavljene u Službenom glasniku Evropske unije, web stranica Službenog glasnika EU, dok se nabavke ispod te vrijednosti oglašavaju u nacionalnim glasilima. Support for Improvement in Governance and Management (SIGMA), Understanding the EU Financial Thresholds (Pariz: SIGMA, 2011).

64 Judgment of the Court (First Chamber), Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Presuda Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, 18.11.1999.

65 N. Voloder, *op.cit.*, 18.

66 Sud Evropske unije predmet C-324/98, Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH v. Telekom Austria, 7.12.2000.

67 *Ibid.*,

4. Načelo uzajamnog priznanja

„Načelo uzajamnog priznanja osnovno je načelo pravosudne saradnje u krivičnim stvarima između država članica EU. Evropsko vijeće ga smatra “kamenom temeljcem” pravosudne saradnje ne samo u krivičnim već i u građanskim stvarima, a odnosi se i na presude i na ostale odluke pravosudnih tijela. Osnove načela su usvojene na sastanku Evropskog vijeća 1999. godine u Tampere-u, kada su i doneseni Zaključci sa tog sastanka, sa ciljem stvaranja prostora slobode, sigurnosti i pravde.”⁶⁸ Vijeće je u okviru razgovora o pravdi zaključilo da postoji nužnosti adaptacije načela uzajamnog priznanja kako bi se olakšala saradnja između država članica i zaštitila pojedinačna prava njihovih građana. U zaključcima (tačka 35.) zaključeno je kako bi formalan postupak izručivanja trebao biti ukinut u odnosu na osobe kojima je izrečena pravomoćna presuda, a postupci za izručenje bili ubrzani u odnosu na osobe osumnjičene za učinjene kazne.”⁶⁹

Prva konkretna mjera u području krivičnog prava kojom se primjenjuje načelo uzajamnog priznanja donesena je 2002. godine „Okvirnom odlukom o „evropskom uhidbenom nalogu“⁷⁰ i postupcima predaje između država članica. Prema odluci pravosudna saradnja zasniva se na visokom nivou povjerenja između država članica u smislu međusobnog priznanja sudskih odluka, na neposrednoj komunikaciji pravosudnih tijela, postupku priznanja i izvršenja instrumenata pravosudne saradnje, isključenja načela obostrane kažnjivosti itd.”⁷¹

„Evropski uhidbeni nalog (dalje: EUN) zamijenio je dugotrajne postupke izručenja među državama EU, a u primjeni je od 1. januara 2004. godine. Naime, riječ je o zahtjevu pravosudnog tijela u jednoj državi članici EU za hašenje osobe u drugoj državi članici EU i njenoj predaji prvoj državi u svrhu krivičnog progona ili izvršavanja zatvorske kazne ili naloga o pritvoru. Mehanizam se zasniva na načelu uzajamnog priznavanja sudskih odluka. Nalog funkcionise putem direktnog kontakta među pravosudnim tijelima. Pri primjeni EUN nadležna

68 Tampere European Council 15 and 16.10.1999, Europsko vijeće posvetilo je poseban sastanak u Tampereu, Finska, u oktobru 1999., uspostavljanju područja slobode, sigurnosti i pravde. Tokom ovog sastanka razrađene su političke smjernice, uključujući na području imigracije, policijske i pravosudne suradnje i borbe protiv kriminala. Zaključci ovog Europskog vijeća čine program iz Tamperea, - preuzeto sa: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/tampere-council-conclusions-1999_en (pristup: 06.09.2019.)

69 D. Musulin, *Evropski uhidbeni nalog i uloga zastare u postupku predaje: kritički osvrt na sudsku praksu iz teorijskog i praktičnog kuta*, 48, 1 (97), 2015., 84.

70 EUN je pojednostavnjeni prekogranični sudski postupak predaje za potrebe vođenja krivičnog progona ili izvršenja kazne zatvora ili naloga za oduzimanje slobode. Nalog koji izda pravosudno tijelo jedne države EU vrijedi na cijelom području EU - preuzeto sa: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_war/, (pristup: 06.09.2019.)

71 Prema mišljenju J.H.H. Weiller, Z. Burić i H. Filipović, Uticaj na donošenje odluke je imao i teroristički napad na SAD 2001.

tijela moraju poštivati osnovna prava osumnjičenih ili optuženih osoba (pravo na informisanje, pravo na advokata, prevodioca i pravnu pomoć) kako je propisano zakonom države u kojoj je osoba uhapšena.⁷²

Svrha EUN je stvoriti jedno jedinstveno evropsko područje izručenja te uspostaviti, barem za najozbiljnija krivična djela, "predajne ugovore" koji se zasnivaju na načelu uzajamnog priznanja i trenutnog djelovanja naloga od strane države nalogodavca.⁷³ „Načelo uzajamnog priznanja ne zahtijeva zauzimanje stava o kažnjavanju ili nekažnjavanju okrivljenog, već samo poziva na izvršenje konkretne strane sudske odluke u pravnom okviru međusobne saradnje u krivičnim stvarima u državama članicama EU. To znači, ako jedna država, zbog nekih stvarnih okolnosti, ne može izvršiti svoju presudu (npr. zato što je osuđeni pobjegao u inostranstvo zbog korupcije u javnim nabavkama i sl.) druga država će pružiti pomoć, bez preispitivanja detalja presude.“⁷⁴

Evropska komisija objavila je Priručnik o izdavanju i izvršavanju evropskog uhidbenog naloga kako bi olakšala i pojednostavnila svakodnevni rad pravosudnih tijela. Priručnik pruža detaljne smjernice o postupovnim koracima za izdavanje i izvršenje EUN. Osim toga pruža potpuna objašnjenja najvažnije sudske prakse SEU u kojoj se tumače konkretne odredbe Okvirne odluke o evropskom uhidbenom nalogu.⁷⁵

U načelu uzajamnog priznavanja kao metode saradnje i integracije u području slobode, sigurnosti i pravde vidljivo je porijeklo i kontekst načela uzajamnog povjerenja. Načelo međusobnog povjerenja strukturno je načelo ustavnog prava EU (EU constitutional law) iako se ne navodi u osnivačkim Ugovorima o EU (founding treaties).⁷⁶ Veže se uz područje slobode, sigurnosti i pravde i ulazi u opća pravna načela institucionalnog karaktera, te ističe važnost uzajamnog povjerenja u pravni sistem i sudske institucije druge države članice.⁷⁷ Države članice EU pri implementaciji prava EU u nacionalna zakonodavstva, u skladu sa pravom EU, pretpostavljaju da se temeljna ljudska prava poštuju i uzimaju u obzir u svim državama članicama, slijedom čega ne da ne mogu zahtijevati od druge države članice viši stepen zaštite od onog predviđenog pravom EU, već ne moraju, osim u posebnim slučajevima provjeravati da li je druga država članica, u konkretnom slučaju, poštivala osnovna ljudska prava garantovana pravom EU.⁷⁸

⁷² *Ibid.*,

⁷³ Program mjera za implementiranje načela uzajamnog priznanja u kaznenim stvarima. Donesen na osnovu tačke 37. Zaključka Evropskog Vijeća u Tampereu - preuzeto sa: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/tampere-council-conclusions-1999_en (pristup: 06.09.2019.)

⁷⁴ Princip uzajamnog priznavanja u međunarodnoj krivičnopravnoj saradnji, Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, 2008.vol.XLII, br. 1-2, 941-954.

⁷⁵ *Ibid.*,

⁷⁶ K. Lenaerts, The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, The fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture all Souls College, University of Oxford, 30.01.2015., 2.

⁷⁷ I. Turudić, T. Pavelin Borzić, I. Bujas, *Odnos načela uzajamnog priznavanja*, Zbornik Pravog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 36, br. 2, 1075-1098 (2015) (1080).

⁷⁸ *Ibid.*,

Prema dostupnim podacima nije poznato da je do izrade ovog rada neka od država članica EU pokrenula postupak po EUN iz oblasti javnih nabavki.

5. Načelo proporcionalnosti (razmjernosti)

Načelo proporcionalnosti opće je pravno načelo EU.⁷⁹ Pojam proporcionalnosti (razmjernosti) u sistemu prava EU susrećemo u dvostrukom značenju i to kao regulatorno pravilo⁸⁰ koje određuje dopustivost donošenja sekundarnog zakonodavstva institucija EU u odnosu na nadležnost država članica, ali i kao opće načelo koje služi zaštiti subjektivnih prava i objektivnom poretku u cjelini. U ovom drugom smislu, njegovom primjenom ocjenjuje se valjanost pojedinih i općih mjera i akata, odnosno ono služi tumačenju pravnih pravila.⁸¹ Njime se kao i načelom supsidijarnosti regulišu nadležnosti EU. Ovo načelo obavezuje institucije EU da čuvaju proporcionalnost između ciljeva koje treba postići i sredstava koja se mogu koristiti za njihovo postizanje. Načelo zahtijeva da mjere koje preduzimaju institucije ne prelaze granice onoga što je odgovarajuće i potrebno za ostvarivanje ciljeva. Načelo nalaže da se EU kada su joj na raspolaganju različiti oblici postupanja, a ukoliko je rezultat jednak, mora odlučiti za pristup koji ostavlja najveću slobodu državama članicama i pojedincima.⁸² Načelo proporcionalnosti postavlja određene zahtjeve i zakonodavcima država članica EU, tako da zakonodavac može propisati samo onu mjeru kojom se ograničavaju individualna prava, a koja je prikladna za ostvarivanje određenog legitimnog cilja, da mjera ne smije biti teža nego što je nužno i da težina mjere mora biti primjerena legitimnom cilju.⁸³ Ovo načelo odnosi se na sva javna tijela koja preduzimaju mjere ograničenja individualnih prava. Ono vrijedi u svim postupcima u kojima se mogu primjenjivati rečene mjere, pa dakle i u postupcima javnih nabavki. U tim postupcima određena mjera javnog tijela je opravdana, samo ako je nužna za postizanje legitimnog cilja. Radi se o testovima primjenjivosti, nužnosti i razmjernosti *stricto sensu*.⁸⁴

„Načela pravnih postupaka (pa tako i načelo proporcionalnosti) često znaju u praksi biti zanemareni dio postupovnih zakona, i javna nabavka tu nije izuzetak.

79 Direkcija za evropske integracije BiH - preuzeto sa: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5696&l/>, (pristup: 05.09.2019.)

80 O načelu proporcionalnosti kao regulatornom načelu vidjeti u: T. Čapeta, S. Rodin, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2011., 20. Članak 5. st. 4. UEU propisuje kako u skladu s načelom razmjernosti, sadržaj i oblik mjere koju poduzima EU ne smije prelaziti ono što je prijeko potrebno za postizanje ciljeva Ugovora. Institucije Unije načelo proporcionalnosti primjenjuju na način utvrđen Protokolom o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.

81 I. Vezmar Barlek, *Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske unije*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, 673-688 (2017).

82 Preuzeto sa: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5696&langTag=bs-BA> (pristup: 05.09.2019.)

83 S. Rodin, *Europska integracija i ustavno pravo*, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 1997.

84 I. Vezmar Barlek, *op.cit.*, 647.

Doživljavaju se kao „ukras“ norme, odnosno ispraznu proklamaciju kako bi se i u kojem duhu određeni postupak morao voditi. Ipak, njihova važnost je nemjerljiva. Načelima postupka zakonodavac primjenjivaču daje uputu kako postupati prema stranci u situaciji kada se pojavi bilo kakva sumnja u jasnoću norme, ali i kako postupati u onim neizbježnim situacijama kada se pojavi pravna praznina. Na osnovu proklamovanih načela savjestan primjenjivač može utvrditi koji je cilj i svrha norme koju mora primijeniti i razriješiti nedoumice koje su mu se otvorile za vrijeme provođenja postupka. Načela će uvijek biti postavljena vrlo široko i općenito, kako bi primjenjivaču dala prostora za ispravno tumačenje i ispravnu primjenu. Ali, naravno da ta širina može dovesti i do nesigurnosti i neizvjesnosti kako postupati u situacijama koje u dotadašnjoj praksi nisu imale presedana.⁸⁵

U praksi ugovorni organ dok provodi postupak nabavke mora primjenjivati i uvijek imati na umu načelo proporcionalnosti u svim fazama postupka. U fazi izrade dokumentacije o nabavci, mora testom proporcionalnosti procijeniti što je opravdano očekivati od privrednog subjekta. Uvođenjem ESPD⁸⁶ obrasca privrednim subjektima je olakšano učestvovanja u postupcima javnih nabavki. Traženje dostave dokumentacije u dokumentaciji o nabavci suprotno je cilju i svrsi odredaba o ESPD obrascu, protivno je i načelu proporcionalnosti, budući da ugovorni organ uvijek mora odabrati mjeru koja će postići cilj, a najmanje negativno uticati na privrednog subjekta. U ovom slučaju, proporcionalno je tražiti ESPD obrazac, dok je nepotrebno opteretiti privredni subjekt na traženje i dostavu bilo kakve dodatne dokumentacije. Isti je slučaj i kod utvrđivanja kriterija za isključivanje privrednog subjekta iz postupka javnih nabavki (vezanog za izvršenje prethodnih ugovora o javnoj nabavci), obzirom da se navedeni kriteriji moraju tumačiti prema načelu proporcionalnosti. To znači da ugovorni organ mora procijeniti od slučaja do slučaja prema nivou nepravilnosti, ali i činjenici da li je privredni subjekt uočene nedostatke u traženom roku i na odgovarajući način otklonio.⁸⁷ Primjena načela proporcionalnosti doprinosi ostvarenju vladavine prava, te ga SEU primjenjuje u ocjeni valjanosti i općih i pojedinačnih administrativnih mjera, tražeći ravnotežu između javnog interesa s jedne strane i privatnih interesa te individualnih subjektivnih prava i temeljnih sloboda, s druge strane.⁸⁸

85 M. Turudić, *Načelo razmjernosti i javna nabava - studija slučaja*, 2019., - preuzeto sa: <https://upravnopravo.blog/2019/07/01/nacelo-razmjernosti-i-javna-nabava-studija-slucaja/> (pristup: 05.08.2019.)

86 ESPD (European Single Procurement Document – Evropska jedinstvena dokumentacija o nabavci) je obrazac koji olakšava sudjelovanje u postupcima javne nabave i predstavlja ažuriranu formalnu izjavu gospodarskog subjekata o vlastitoj prikladnosti, financijskom stanju i sposobnosti gospodarskog subjekta koja služi kao preliminarni dokaz u postupcima javne nabave umjesto potvrda koja izdaju tijela javne vlasti ili treće strane, a kojima se potvrđuje da gospodarski subjekt: nije u jednoj od situacija zbog koje se gospodarski subjekt isključuje ili može isključiti iz postupka javne nabave (osnove za isključenje), ispunjava tražene kriterije za odabir gospodarskog subjekta (uvjeti sposobnosti), ispunjava objektivna pravila i kriterije određene za smanjenje broja sposobnih natjecatelja, ako je primjenjivo - preuzeto sa: <https://info-puls.hr/uploads/docs/74.pdf> (pristup: 05.09.2019.)

87 M. Turudić, *op.cit.*

88 I. Vezmar Barlek, *op.cit.*, 683.

SEU je u predmetu C-213/07, u kojem je Grčka smatrala da je postojao rizik da medijska preduzeća nezakonito utiču na odluku o dodjeli ugovora o javnoj nabavci, na primjeru - korištenja kampanje masovnog informisanja, potvrdio da pravo Zajednice nije isključivalo primjenu nacionalnog prava koje ima namjeru izbjeći prakse koje bi mogle ugroziti transparentnost i narušiti konkurenciju. Međutim, navedeno grčko pravo imalo je za posljedicu automatsko isključenje privrednih subjekata zbog njihovih medijskih veza. Ti privredni subjekti nisu imali način da pokažu da nije postojao stvari rizik da će doći do opasnosti koju ta mjera nastoji izbjeći. SEU je presudio da je automatska i apsolutna karakteristika zabrane neproporcionalna i da nije dozvoljena prema pravu EU.⁸⁹

6. Zaključak

Opća pravna načela EU u kontekstu javnih nabavki već su dobrim dijelom postala sastavni dio propisa o javnim nabavkama, obzirom da je većina njih ugrađena u propise o javnim nabavkama. Bez njihove primjene ne može se osigurati zakonito provođenje propisa o javnim nabavkama. Navedena načela, u području javnih nabavki, dala su značajan doprinos razvoju sistema javnih nabavki, općenito. Praksa SEU je važan izvor prava i sva državna tijela, uključujući nacionalne sudove u obavezi su poštivati i provoditi odluke SEU. SEU se u svojoj praksi, kontinuirano bavi pitanjem jednakog postupanja i nediskriminacije, transparentnosti, uzajamnog priznavanja i proporcionalnosti u javnim nabavkama. Važno je napomenuti da zakonodavstvo države članice ne treba izričito predviđati obavezu poštivanja općih pravnih načela, s obzirom na to da ona proizlaze iz primarnog prava. Ugovornim organima i zakonodavcima država članica kao apsolutni imperativ nameće se poznavanje relevantne sudske prakse SEU, kad je riječ o kriterijima za primjenu navedenih načela, kako bi izbjegli povrede svojih obaveza na osnovu UFEU. Isto tako, važno je znati da opća pravna načela važe nezavisno od direktiva, tako da i kad direktive nisu primjenjive, načela se i dalje mogu primijeniti na postupke javnih nabavki i dodjele ugovora koje provode ugovorni organi. Iz prakse SEU može se zaključiti kako primjena općih pravnih načela prije svega načela jednakog postupanja i nediskriminacije u oblasti javnih nabavki zahtijeva od ugovornih organa da ostanu objektivni, pravedni i nepristrasni za sve učesnike u postupku nabavki, odnosno da niko ne bi trebao biti diskriminisan na osnovu državljanstva, porijekla, spola, rase, religije, da transparentno provođenje javnih nabavki smanjuje prostor za favorizovanje pojedinih ponjudača, da uzajamno priznanje doprinosi pretpostavci da se osnovna ljudska prava poštuju i uzimaju u obzir u svim državama članicama i da primjena proporcionalnosti (razmjernosti) u oblasti javnih nabavki doprinosi ostavrenju

⁸⁹ Presuda Suda (veliko vijeće) od 16.12.2008., Michaniki AE protiv Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias. Zahtjev za prethodnu odluku: Symvoulío tis Epikrateias - Grčka. Direktiva 93/37/EEZ - Član 24. Predmet C-213/07 - preuzeto sa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0213> (pristup: 05.09.2019.)

vladavine prava. Značajno je u nacionalnom pravnom sistemu prihvatiti pristup SEU naznačenim problemima, jer pokazuje fleksibilnost prema konkretnim okolnostima i nacionalne sudove usmjerava kako koristiti opća prava načela EU.

Literatura

- A. Mužina, M. Marković, Zaštita prava ponuđača, 2008.
- A. Veldkamp, Shifting Boundaries of European and National Enforcement: Three Case Studies, u Vearvaelu (ed.), Compliance and Enforcement of European Community Law, The European Monograph (Hague: Kluwer Law International, 1999. godina).
- Court (First Chamber), Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Presuda Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, 1999.
- EUPPP, Priručnik, Obuka predavača javnih nabavki u BiH (prvi dio)
- EUPPP, Priručnik, Obuka predavača javnih nabavki u BiH (drugi dio)
- D. Stanković, Izravna primjena pravila UFEU-a i načela primarnog prava Unije na dodjele ugovora, Pravni vjesnik br.2, 2018.
- Direkcija za evropske integracije BiH - preuzeto sa: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5696&la/>, (pristup: 05.09.2019.)
- G. Selanec, Kritički pogled na primjeni antidiskriminacijskih jamstava u paraksi Suda pravde EU, Zbirka izabranih presuda, 2013.
- H. Christopher Bovis, EU Public Procurement Law (Cheltenham: Edward Elgar, 2007).
- H. Buza, S. Tešanović, S. Petričević, Javne nabavke legislativa i praksa.
- I. Vezmar Barlek, Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske unije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 38, br. 1, (2017).
- Judgment of the Court (First Chamber), Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Presuda Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, 1999.
- K. Lenaerts, The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, The fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture all Souls College, University of Oxford, 2015.
- M. Maciejewski, Ugovori o javnoj nabavi, Informativni članci o EU, Evropski parlament, 2017.
- M. Turudić, T. Pavelin Borzić, I. Bujas, Odnos načela uzajamnog priznavanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 36, br. 2, (2015).
- M. Turudić, Načelo razmjernosti i javna nabava - studija slučaja, 2019., - preuzeto sa: <https://upravnopravo.blog/2019/07/01/nacelo-razmjernosti-i-javna-nabava-studija-slucaja/> (pristup: 05.08.2019.)
- N. Voloder, Transparentnost javnih nabavki u BiH, između teorije i prakse, Analitika, Centar za društvena istraživanja, Sarajevo, 2015.

- Opinion of Advocate General Alber of 8.7.1999. Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab vs. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri.

- P. Trepte, Pravo i politika javnih nabavki u BiH, Zahtjevi po pitanju transparentnosti, EUPPP, 2006.

- Predmet C-234/03, Presuda Suda (treće vijeće) od 27.10.2005. Contse SA.

- Predmet C-275/98, Unitron Scandinavia, p. 31.

- Predmet C-324/98, Telaustria Verlags Gmbh i Telefonadress Gmbh v. Telecoma Austrije, 7.12.2000.

- Presuda Borta (C-298/15, EU:C:2017:266).

- Presude Costanzo (103/88, EU:C:1989:256) i SECAP i dr. (C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277).

- Presuda Dimarso (C-6/15, EU:C:2016:555).

- Presuda Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 30.).

- Presuda presstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 32. i navedena sudska praksa).

- Presude Komisija/Danska (C-243/89, EU:C:1993:257, t. 37.) i Komisija/Belgija (C-87/94, EU:C:1996:161, t. 51.)

- Presuda Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, t. 43.).

- Presude Medipac – Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337) i Komisija/Grčka (C-489/06, EU:C:2009:165).

- Presuda Suda (veliko vijeće) od 16.12.2008., Michaniki AE protiv Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias. Zahtjev za prethodnu odluku: Symvoulío tis Epikrateias - Grčka. Direktiva 93/37/EEZ - Član 24. Predmet C-213/07 - preuzeto sa: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=/](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=/pristup: 05.09.2019) (pristup: 05.09.2019).

- Presuda Španija/Komisija (T-461/13, EU:T:2015:891, t. 168.).

- Presuda Španija/Komisija (T-402/06, EU:T:2013:445).

- Presude Telaustria (C-324/98, EU:C:2000:669) i Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654).

- Presude Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654, t. 19.) i Njemačka i dr./Komisija (T-258/06, EU:T:2010:214, t. 74.).

- Presude Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562); Borta (C-298/15, EU:C:2017:266) i Partner Apelski, Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214).

- Sigma, Javne nabavke u EU, Zakonodavni okvir, osnovna načela i institucije, 2016.

- S. Kühn, L. B. Sherman, Curbing Corruption in Public Procurement: A Practical Guide (Berlin: Transparency International, 2014).

- S. Rodin, Europska integracija i ustavno pravo, Institut za međunarodne odnose, Zagreb, 1997.

- Slučaj Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium, Case C-87/94.

- Slučaj Wallon Buses, Case C-87/94.
- T. Čapeta, S. Rodin, Osnove prava Europske unije, Narodne novine, Zagreb, 2011.
- Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad, Princip uzajamnog priznavanja u međunarodnoj krivičnopravnoj saradnji, 2008.vol.XLII, br. 1-2.
- <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=5696&langTag=/>, (pristup: 05.09.2019.)
- <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1474/>, (pristup: 15.10.2019.)
- https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-hr.do (pristup: 16.10.2019.)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A/>, (pristup: 03.09.2019.)
- <https://info-puls.hr/uploads/docs/74.pdf> (pristup: 05.09.2019.)
- https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_war/, (pristup: 06.09.2019.)

Mr. iur Edisa Softić

Ph.D. student at the Faculty of Law, University of Zenica

GENERAL LEGAL PRINCIPLES OF THE EUROPEAN UNION IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary: One of the main objectives of the internal market of the European Union (hereinafter: EU) is to ensure fair competition all commercial entities, and thereby increase the competitiveness of the European economy. The Court of the European Union (hereinafter: ECJ), in his practice, giving answers to questions arising from the interpretation adopted legislation created the “general principles”, which has filled the legal gap in incomplete regulations, which were later embodied in the new regulations (Directive on public Procurement). General principles of law are legal norms that allow the resolution of disputes that do not have a clear, unconditional and precise written rule. In the context of public procurement najznančajnija general principles are the principle of equal treatment and non-discrimination, the principle of transparency, the principle of mutual recognition and the principle of proportionality or proportionality. Sami founding treaties directly and indirectly in many places provide justification for the application of general principles of law, which can be seen in art. 5 and 6 of the TEU and Art. 340 TFEU.

This paper analyzes the essential elements of the general legal principles of the EU in the context of public procurement and provides examples of cases the ECJ in the field of each of these general legal principles of the EU, with a message of meaning of terms after being SEU be standardize.

Key words: The principle of equal treatment and non-discrimination, the principle of transparency, the principle of mutual recognition and the principle of proportionality or proportionality, the context of public procurement.

mr. Alma Đukić

Doktorantica na Pravnom fakultetu, Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA PREMA ODREDBAMA UREDBE (EU) 2016/679 (OPĆE UREDBE O ZAŠTITI PODATAKA)

Sažetak: Okosnica ovog rada jeste sigurna obrada ličnih podataka i to prema normama propisanim u Uredbi (EU) 2016/679 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (dalje Uredba). Autorica će u radu dati detaljan prikaz definicije ličnog podatka, navesti osnovna načela kojih se treba pridržavati prilikom obrade ličnih podataka te predstaviti neke od mehanizama zaštite.

Povećanim korištenjem tehnologije, preduzeća i pojedinci postaju sve ovisniji o podacima pohranjenim na lokalnim računalima, bazama podataka ili poslužiteljima u oblaku. Zbog takvog načina pohrane, sprječavanje neovlaštenog pristupa podacima svodi se na zaštitu mreža i računala na kojima su podaci pohranjeni. Incidenti neovlaštenih pristupa podacima, tj. tačnije, povrede sigurnosti podataka, postaju sve učestalije, hakeri stalno traže ranjivosti u softverskim aplikacijama, protokolima i infrastrukturi, te je neophodno ulagati u edukaciju ljudskog faktora u oblasti zaštite digitalnih ličnih podataka, kako bi se ova oblast razvijala istim tempom kao i tehnologija.

Ključne riječi: GDPR, lični podatak, načela obrade ličnih podataka, anonimizacija, pseudonimizacija, Security by default, Security by design

Uvod

U nedavno provedenom istraživanju stoji da bi računalo moglo tačnije predvidjeti ličnost pojedinca nego kolega na poslu analizirajući samo 10 lajkova; tačnije od prijatelja sa 70 lajkova, preciznije od člana porodice (roditelj, brat / sestra) sa 150, a supružnika sa 300 lajkova¹. Prednje navedeni podatak nam govori koliko današnja tehnologija ima podataka o samom pojedincu.

Savremeni svijet, onakav kakvim ga znamo, ne bi bio moguć bez upotrebe ličnih podataka. Velike kompanije za svoje poslovanje svakodnevno koriste tzv.

¹ University of Cambridge, Computers using digital footprints are better judges of personality than friends and family, (online) Dostupno na: <https://www.cam.ac.uk/research/news/computers-using-digital-footprints-are-better-judges-of-personality-than-friends-and-family> (pristupljeno 13.3.2019.)

*big data baze*² čak bi se moglo reći da se njihovo tržišno nadmetanje svodi na to, ko ima koliko podataka u bazama na osnovu kojih pak kreiraju svoje poslovne strategije. Jedna od takvih kompanija je zasigurno Facebook. Dnevno se na ovu društvenu mrežu prijavi preko 1,62 milijarde ljudi, od čega je preko 307 milliona u Evropi³. Svaku sekundu Facebook bilježi pet novih korisničkih računa a da bi se kreirao korisnički račun, pojedinac mora navesti neke od svojih ličnih podataka. Najpopularnija društvena mreža današnjice garantuje sigurnu, zakonitu i prije svega transparentnu obradu ličnih podataka. Međutim, brojne sudske presude, među kojima svakako najznačajnije mjesto zauzima presuda Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner⁴ ukazuju na to da politika zaštite ličnih podataka i ne ide u potpunu korist pojedinaca, odnosno da se Facebook ne pridržava zaštite ličnih podataka onako kako bi trebao prema ustanovljenim pravilima. Prednje pomenuta presuda je imala veliki utjecaj na, kako mnogi nazivaju, reformu u oblasti zaštite ličnih podataka, odnosno na donošenje Uredbe 2016/679 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (dalje GDPR, Uredba)⁵. Ovdje se postavlja pitanje, koliko je u stvari moguće, obzirom

2 Big Data se podrazumijeva informacioni resurs velike količine podataka, gdje količina podataka ide i do reda petu bajtova.

3 Izvor dostupan online na: <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/> (pristupljeno 10.11.2019.)

4 Presuda Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner, uz sudjelovanje: Digital Rights Ireland Ltd, C – 362/14 od 6. listopada 2015., EU:C:2015:650.

M. Schrems je uputio pritužbu povjereniku, kojom od njega traži, da koristeći svoje ovlasti, zabrani Facebook-u Ireland prenošenje ličnih podataka u SAD, obzirom da se lični podaci korisnika Facebooka koji borave na području EU prenose u cijelosti ili djelomično na poslužitelje/serveure koji pripadaju Facebook Inc. a koji su smješteni na državnom području SAD, gdje su ti isti podaci i predmet obrade.

Sud po ovom pitanju konstatuje, da postupak prenosa ličnih podataka iz države članice u treću zemlju jeste obrada ličnih podataka u smislu člana 2. tačka b) Direktive, koja je provedena na državnom području države članice. Nadzorna tijela su nadležna za provjeru poštuju li se prilikom prenosa ličnih podataka iz države članice u treće zemlje odredbe Direktive. Član 28. Direktive se odnosi na svaku obradu ličnih podataka. Važno je napomenuti da se takav prenos može izvršiti jedino ako te treće zemlje osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite, odnosno moraju se zabraniti takvi prenosi državama koje ne pružaju odgovarajuću razinu zaštite. Sud je utvrdio da se nadzor aktivnosti obavještajnih službi u USA odvija u potpunoj tajnosti i u nekontradiktornom postupku, te tako građani Unije ne raspolažu nikakvim djelotvornim pravom na saslušanje. Iz prednje navedenog proizlazi da nakon prenošenja ličnih podataka u SAD, nacionalne agencije kao što su FBI, NSA mogu pristupiti ličnim podacima u okviru provedbe nazora te masovnog neselektivnog presretanja.

te tako u Tački 2. Odluke Suda se navodi “Odluka 2000/520 je nevaljana” obzirom da ista ne sadrži nikakvo utvrđenje o postojanju državnih pravila SAD-a za ograničavanje mogućih miješanja u temeljna prava osoba čiji se podaci prenose iz EU u SAD, miješanja koja su državna tijela te zemlje ovlaštena provoditi kada slijede legitimne ciljeve kao što je nacionalna sigurnost. Takva nacionalna tijela su ovlaštena vršiti nasumična, masovna provjeravanja, obradu i pohranjivanje podataka, što se kosi sa pravilima o zaštiti podataka u EU.

5 Uredba (EU) 2016/679 EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), SL L 119/1 od 4.5.2016. te Ispravak Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti poje-

na troškove, tehnološka dostignuća, prirodu, opseg ali i svrhu obrade osigurati potpunu zaštitu ličnih podataka, tj. spriječiti neovlašten pristup istim ili pak spriječiti nezakonito uništenje, gubitak ili izmjene takvih podataka. Mnogi autori⁶ smatraju kako je danas nemoguće biti tzv. *GDPR compliant*⁷ odnosno da nije realno odgovoriti pozitivno na sve zahtjeve iz ove Uredbe.

Uredba svakako propisuje osnovne principe, ili kako navodi, načela, kojih se treba pridržavati prilikom obrade ličnih podataka. Takvi principi propisuju one minimalne, osnovne uslove kojih se svaki pojedinac, koji obrađuje lične podatke, ili pak kompanija koja obrađuje podatke, mora pridržavati kada su u pitanju lični podatci, tj. obrada istih. Pored prednje navedenog, Uredba propisuje i osnovne mjere zaštite, koje se moraju sprovesti kako bi se osigurala sigurna obrada ličnih podataka, među koje zasigurno spada *pseudonimizacija*, *anonimizacija*, *Security by Default* te *Security by Design*, o čemu će biti više u nastavku rada.

1. Lični podatak i prava pojedinaca

1.1. Lični podatak

Kako bi se moglo ulaziti u tematiku sigurnosti obrade ličnih podataka, potrebno je odrediti pojam ličnog podatka. Lični podatak predstavlja takvu informaciju, koja nas može dovesti do konkretnog pojedinca. Sama Uredba u svom Članku 4. Kaže: (...) „lični podaci” znače sve podatke koji se odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik”); pojedinac čiji se identitet može utvrditi jeste osoba koja se može identificirati izravno ili neizravno, posebno uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca; (...). Iz prednje navedenog se da zaključiti da među lične podatke ubrajamo sve podatke koji mogu nedvosmisleno i jasno odrediti pojedinca, međutim da su to i skupovi podataka, koji kada se ispravno spoje dovode do identifikacije ličnosti. Ovdje Uredba pravi bitnu razliku između pseudonimiziranih

dinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (SL L 119/1 od 4.5. 2016.), SL L 127/2, 23.5.2018.

6 Supreeth, S., Wasserman, M., Chidambaram, V., The Seven Sins of Personal-Data Processing Systems under GDPR, (online) Dostupno na <https://www.usenix.org/system/files/hotcloud19-paper-shastri.pdf>, (pristupljeno 08.11.2019.); str. 5.; Tumpachová., K., Právní aspekty aktuálního vývoje ochrany osobních údajů, Univerzita Karlova Právnická fakulta, Rigorozni prace, 2018., str. 136.; Všečeková., A., Problematické aspekty ochrany osobních údajů, Univerzita Karlova Právnická fakulta, Diplomová práce, 2017., str. 102.; Kubica, J., Vybrané problémy technologické realizace evropské ochrany osobních údajů. Praha, Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra evropského práva, 2019.str. 93.; itd.

7 Izraz koji se koristi kada se želi naglasiti da je obrada podataka u skladu sa odredbama Uredbe, te da ispunjava sve zahtjeve iz iste.

i anonimiziranih podataka, o čemu će biti više riječi kasnije, no za početak je bitno odrediti, da pseudonimizirane podatke, dakle one lične podatke koji su zamijenjeni pseudonimom gdje se tablica koja povezuje podatke sa pseudonimom drži odvojena i na sigurnom mjestu, Uredba karakteriše kao lične podatke. Za razliku od pseudonimiziranih podataka, anonimizirane podatke, odnosno podatke, koji su mjerom zaštite zvanom anonimizacija podataka, osigurani protiv rizika povrede sigurnosti, Uredba više ne smatra ličnim podacima.

Kako bi se utvrdilo, je li po svemu sudeći izgledno da se upotrebljavaju sredstva za utvrđivanje pojedinca, treba uzeti u obzir sve čimbenike, koji su za to potrebni, kao što je vrijeme i troškovi koji su potrebni za utvrđivanje identiteta, nadalje tehnologija koja je dostupna u vrijeme određivanja identiteta kao i tehnološki razvoj.⁸

Poseban izazov po pitanju digitalnog identiteta umreženog pojedinca predstavljaju IP adrese. One predstavljaju jedinstvene identifikacijske oznake računala i drugih uređaja spojenih na internetu kojima se koriste pojedinci. Nekadašnji nadzornik zaštite ličnih podataka u Evropskoj uniji zauzima stav kako IP adrese, u velikom broju slučajeva jesu lični podaci⁹, te tako spadaju pod načela i pravila iz Uredbe.

1.2. Prava pojedinaca

Cilj Uredbe je doprinjeti uspostavi područja slobode, sigurnosti i pravde te gospodarske unije, gospodarskom i socijalnom napretku, jačanju i približavanju gospodarstva na unutarnjem tržištu i naposljetku dobrobiti pojedinaca.¹⁰ Sa jedne strane ista nastoji olakšati slobodan protok ličnih podataka; s druge strane, slobodan protok ličnih podataka želi podvrgnuti pravnim zahtjevima koji proizlaze iz karaktera temeljnih prava, prava na privatnost i prava na zaštitu ličnih podataka pojedinaca¹¹. Kao osnovna prava pojedinca, koja je Uredba uvela su: pravo na informiranost odnosno transparentnost (Članak 12), pravo na zaborav (Članak 17.), pravo prenosa podataka (Članak 20.), pravo na dopunu i ispravke (Članak 16.), pravo na pristup podacima (Članak 15.), pravo na ograničenje i na prigovor (Članak 18.), te pravo da lični podaci ispitanika ne budu predmetom automatizirane individualne odluke, koja uključuje izradu profila (Članak 22.).

Transparentnost podataka, bi prema Uredbi značila da je voditelj obrade dužan ispitaniku pružiti informacije u vezi sa obradom ličnih podataka koji se na njega odnose i to u jasnom, transparentnom i razumljivom jeziku i obliku.

8 Uredba, Uvodna odredba br. 26.

9 Hustinx, P., Protection of personal data on-line: the issue of IP addresses, 2009., (online) Dostupno na: <https://edps.europa.eu> (pristupljeno 29.04.2019.), str. 17.

10 Uredba, Uvodna odredba br. 2.

11 Mondschein C.F., Monda C., The EU's General Data Protection Regulation (GDPR) in a Research Context. In: Kubben P., Dumontier M., Dekker A. (eds) Fundamentals of Clinical Data Science. Springer, 2019., str. 56.

Jako važno pravo, koje je ujedno i predmetom brojnih diskusija, kao pravo koje se u najvećoj mjeri krši jeste pravo ispitanika na pristup. Ono bi značilo da ispitanik ima pravo da dobije od voditelja potvrdu da li se njegovi podaci obrađuju. Ovo pravo je prošireno i na pravo pristupa informacijama kao što je svrha obrade, kome se podaci otkrivaju, vrijeme na koje se podaci obrađuju i naposljetku ovo pravo za sobom povlači pravo na ispravak i brisanje netačnih informacija te kao najvažnije kome su ti podaci otkriveni odnosno poslati.

Ovo pravo za sobom povlači pravo na ispravak, koje garantira ispitaniku da traži od voditelja obrade da bez nepotrebnog odlaganja ispravi netačne podatke koji se na njega odnose.

Pravo na zaborav je jedno od osnovnih prava koje je uvela Uredba. Ono predstavlja pravo ispitanika da od voditelja obrade traži brisanje ličnih podataka koji se na njega odnose i to u što kraćem roku. Pravo na zaborav nije absolutno pravo, ono kao takvo podliježe uslovima, kako Uredba navodi u Članku 17. „(...) Ispitanik ima pravo od voditelja obrade tražiti brisanje ličnih podataka koji se na njega odnose (...) ako je ispunjen jedan od sljedećih uslova: lični podaci više nisu nužni u odnosu na svrhe za koje su prikupljeni, ispitanik povlači privolu na kojoj se obrada temelji i ako ne postoji druga pravna osnova za obradu, nadalje ako ispitanik uloži prigovor na obradu u skladu s člankom 21. stavkom 1. te ako ne postoje jači legitimni razlozi za obradu, lični podaci nezakonito su obrađeni i lični podaci moraju se brisati radi poštovanja pravne obveze iz prava Unije ili prava države članice.” Prednje navedeno ne primjenjuje se u mjeri u kojoj je obrada nužna radi ostvarivanja prava na slobodu izražavanja i informiranja; radi poštovanja pravne obveze kojom se zahtijeva obrada u pravu Unije ili pravu države članice kojom podliježe voditelj obrade ili za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade; nadalje zbog javnog interesa u području javnog zdravlja (...) takođe u svrhe arhiviranja u javnom interesu, u svrhe znanstvenog ili povijesnog istraživanja ili u statističke svrhe u mjeri u kojoj je vjerovatno da se može onemogućiti ili ozbiljno ugroziti postizanje ciljeva te obrade; ili radi postavljanja, ostvarivanja ili obrane pravnih zahtjeva¹².

Ispitanik takođe ima pravo od voditelja obrade zatražiti i zaprimiti podatke koji se na njega odnose, u obliku koji je potreban za obradu, kako bi iste mogao prenijeti na drugog voditelja obrade.

U svijetu digitalnog marketinga, koji korisnike interneta proganja na svakom koraku, od iznimne je važnosti spomenuti i pravo na prigovor. Ovo pravo se temelji na posebnoj situaciji, u kojoj ispitanik može uložiti prigovor na obradu ličnih podataka, koji se na njega odnose. U konkretnoj situaciji ovo bi značilo, da ukoliko se lični podaci koriste za *izravni marketing*¹³ a ispitanik uloži prigovor, lični podaci se više ne smiju obrađivati u takve svrhe (npr. kada se ispitanik odjavi sa e-mail liste, odnosno newslettera, tada mu se više isti ne smije slati).

12 Uredba, Članak 17.

13 Izravni ili direktni marketing je vrsta marketinga koja se obraća direktno konkretnoj grupi ili tačno određenom pojedincu.

2. Načela obrade ličnih podataka

Načela obrade ličnih podataka, bi trebala biti u skladu sa osnovnim ljudskim pravima, prije svega prava na zaštitu privatnosti i trebala bi se primjenjivati na sve lične podatke putem kojih se može pojedinac identificirati. Iz ovoga proizlazi da se načela zaštite podataka trebaju primjenjivati na pseudonimizirane podatke, dok takav slučaj ne vrijedi za anonimizirane podatke.

Načela zaštite ličnih podataka, onako kako ih danas poznajemo iz savremenih pravnih propisa, predstavljaju adekvatnu osnovu koja vodi pridržavanju prava na zaštitu ličnih podataka i poštovanje privatnosti. Dugoročno gledano, potrebno je i u ovom dijelu pratiti vrijeme, odnosno tehnološki napredak, te tako prilagođavati određenje pojmova samih načela¹⁴. Obzirom da niču nove ideje vezane za proširenje kataloga načela iz same Uredbe, poboljšanje učinkovitosti zaštite ličnih podataka trebalo bi imati naglasak na široj teritorijalnoj harmonizaciji kako bi se pojednostavila međunarodna poslovna razmjena, međutim ovo već spada u sferu WTO¹⁵.

U Uredbi su načela navedena u Poglavlju II., članku 5. Kao prvo i najosnovnije načelo Uredba navodi načelo zakonitosti, poštenosti i transparentnosti. U sistemu načela, ovo je pojmovno i sadržajno najšire. Načelo zakonitosti je, moglo bi se reći, osnova ili nadopuna za druga načela, tj. voditelj obrade može pristupiti obradi ličnih podataka za određenu svrhu samo ako ima pravnu osnovu za isto¹⁶. S obzirom na raznolikost izvora iz kojih se dobivaju podaci za daljnju obradu, nije lako generalizirati koji je pravni osnov same obrade. Zapravo, voditelj obrade može imati nekoliko opravdanih razloga za obradu podataka, što može uključivati osiguranje sigurnosti opreme ili sprečavanje prevara. Međutim, uvijek će se procjenjivati da li je obrada opravdana odnosno neophodna i prevladavaju li interesi vlasnika podataka ili ne. Uredba je sažela zakonitost obrade u svom Članku 6. te navela „(...) da je obrada zakonita ako je ispitanik dao privolu, ako je ista nužna za izvršavanje ugovora u kojem je ispitanik stranka, nadalje ako je obrada nužna kako bi se zaštitili ključni interesi ispitanika ili druge osobe. Obrada je nužna odnosno zakonita i zbog poštovanja pravnih obaveza voditelja obrade, zbog izvršavanja zadaća od javnog interesa te za potrebe legitimnih interesa voditelja obrade ili treće osobe, osim ako su od tih interesa jači interesi ili temeljna prava ispitanika (...)“.

Osnove analiza big data baza pronalazimo u kontinuiranom korištenju novih

14 Novák, D., *Zásady ochrany osobních údajů v právu Evropské unie*. Časopis pro právní vědu a praxi. 2009, č. 4, (online) Dostupno na: <https://journals.muni.cz/cvpv/article/view/6558> (pristupljeno 10.11.2019.), str. 31.

15 Pouillet, Y., Dinant, J. M., *The internet and private life in Europe: Risks and aspirations*. In Kenyon, A. T., Richardson, M. *New Dimensions in Privacy Law. International and Comparative Perspectives*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006, str. 78.

16 Kubica, J., *op.cit.*, str. 27.

metoda, koje kao posljedica vode ka pronalaženju novih veza između raznih baza podataka. Razvoj metoda vodi u ovoj oblasti ka prenosu pažnje sa prilagodbe prikupljanja podataka ka prilagodbi korištenju podataka prema drugoj svrsi¹⁷. Interesovanje voditelja obrade vezano za korištenje podataka na ovaj način se kosi sa načelom Uredbe, gdje se jasno navodi da "(...) lični podaci moraju biti prikupljeni u posebne, izričite i zakonite svrhe te se dalje ne smiju obrađivati na način koji nije u skladu sa tim svrhama (...)"¹⁸. Međutim ovdje sama Uredba uvodi i ograničenja vezana za svrhe, dakle moguća je daljnja obrada u svrhe arhiviranja u javnom interesu, u svrhe znanstvenog istraživanja te u statističke svrhe¹⁹.

Uz prethodno, se nadovezuje i odredba koja kaže da lični podaci moraju biti primjereni, relevantni i ograničeni na ono što je nužno u odnosu na svrhu u kojoj se obrađuju, odnosno da se treba obrađivati ona minimalna količina podataka koja je neophoda da bi se zadovoljila svrha obrade²⁰. Mnogi često ističu, da obrada podataka u okviru big data baza i načelo minimalne količine podataka nisu usklađeni te tako ovo načelo će biti prekinuto svaki put kada se budu obrađivali big data baze podataka. Ovakvo stajalište, u osnovi onemogućuje postojanje big data baza koji obrađuju lične podatke što bi pak imalo nesagledive posljedice na konkurentnost velikih kompanija isto kao i na razvoj inovacija. Neki autori²¹ upravo u obradi big data baza vide osnove uspjeha velikih američkih ali i globalnih kompanija za razliku od onih evropskih, obzirom da su kompanije kao npr. Google ili Facebook svoj poslovni model izgradili upravo na ovim big data bazama. Mnoge kompanije čiji model poslovanja se zasniva na big data bazama najprije se trude da dođu do tih baza, nakon čega traže mogućnost komercijalne koristi od istog. Iz prednje navedenog proizlazi da voditelji obrade ovakve količine podataka unaprijed ne znaju šta će biti rezultat analize, što dodatno komplikuje stvar, odnosno još je teže odrediti svrhu obrade i količinu samih podataka koji su za isto potrebni. Ovo bi se moglo smatrati samo još jednom tačkom gdje je vidljivo da po pitanju obrade podataka nije moguće biti 100% usklađen sa Uredbom.

Sljedeće načelo, načelo tačnosti, koje se u Uredbi navodi u Članku 5. d) kaže da „(...) podaci moraju biti tačni i prema potrebi ažurni; mora se poduzeti svaka razumna mjera radi osiguravanja da se lični podaci koji nisu tačni (...) bez odlaganja izbrišu ili isprave (...)“. Ovdje se dovodi u pitanje koja je to razumna mjera koju je potrebno poduzeti radi osiguranja tačnosti podataka i opet nastaje problem prilikom obrade big data baza, obzirom da mora doći do greške prilikom obrade tako velike količine podataka. Moglo bi se reći da ove big data baze predstavljaju izazov za Uredbu, obzirom da velike količine podataka nije moguće,

17 Custers, B., Uršič, H., Big data and data reuse: a taxonomy of data reuse for balancing big data benefits and personal data protection, International Data Privacy Law Advance Access, 2016., str. 30.

18 Uredba, Članak 5. b)

19 *ibid.*

20 Uredba, Članak 5. c)

21 Kubica, J., *op.cit.*, str. 40.; Všečeková, A., *op.cit.*, str. 58; itd.

prvenstveno iz praktičnih razloga, uskladiti sa načelima navedenim u Uredbi a kao što smo već naveli, big data baze su neophodne za globalni ekonomski napredak.

Ovdje dolazimo do ključnog dijela rada, odnosno načela koje nas upućuje da podaci moraju biti obrađivani na način kojim se osigurava odgovarajuća sigurnost ličnih podataka. Prednje navedeno uključuje zaštitu od neovlaštene ili nezakonite obrade te od slučajnog uništenja, gubitka ili oštećenja i to primjenom tehničkih ili organizacijskih mjera²².

3. Mjere zaštite

Povreda sigurnosti podataka bi se mogla jednostavno objasniti kao neovlašteni pristup povjerljivim podacima. Takvi podaci mogu biti intelektualno vlasništvo firme, poslovne tajne, podaci o kreditnim karticama, zdravstveni podaci pacijenata isl. Žrtva povrede sigurnosti podataka je u svakom slučaju firma ili organizacija čiji su podaci kompromitirani te ukoliko se radi o ličnim podacima tad se žrtvom smatra i osoba ili sve osobe čiji su podaci izloženi neovlaštenom pristupu. Kako bi se smanjio rizik od povrede sigurnosti ličnih podataka ili umanjile njene posljedice, postoji čitav niz mjera koje je potrebno poduzeti. Uredba prednje navedeno reguliše u Članku 32. koji kaže: „Uzimajući u obzir najnovija dostignuća, troškove provedbe te prirodu, opseg, kontekst i svrhe obrade, kao i rizik različitih razina vjerovatnosti i ozbiljnosti za prava i slobode pojedinaca, voditelj obrade i izvršitelj obrade provode odgovarajuće tehničke i organizacijske mjere kako bi osigurali odgovarajuću razinu sigurnosti (...)“. Mjere zaštite (cyber security), odnosno najvažnije principe zaštite, možemo razvrstati u tri grupe²³:

a) Procesi i pravila: „*Clear Desk*“ (politika čistog stola) & „*Clear Screen policy*“ (politika preglednog ekrana); politika fizičke sigurnosti; politika klasifikacije i obrade podataka; politika rukovođenja pristupom; politika zaštite protiv malware-a; politika vođenja zaštite

b) Ljudski faktor: ovaj dio je najvažniji, obzirom da je ljudski faktor, moglo bi se reći, dio svakog procesa zaštite podataka, te tako ovdje spada: analiza incidenata; kontrola uposlenih; određivanje uloga i odgovornosti; te naposljetku ono najvažnije - obuka

c) Tehnologija: zaštita mreže/a; sigurnosni monitoring; *fault monitoring* (nadzor nad greškama, propustima); zaštita *endpointa* (uređaji krajnjih korisnika poput stolnih i prenosnih računala i mobilnih uređaja) i aplikacija

Bitno je napomenuti, da samo ispravnom kombinacijom, nakad čak i primjenom svih gore navedenih tačaka, se može tek uspješno realizirati potpuna

22 Uredba, Članak 5. f)

23 Hadžiosmanovic, A., Katalog Osobních Údajů - Technická specifikace (HLD) - GDPR a kybernetická bezpečnost – mechanismy ochrany osobních údajů, Risk Advisory Academy, Deloitte, 2017., str. 54.

zaštita (sve ovisi o količini te kategoriji podataka).

Uredba navodi pseudonimizaciju, anonimizaciju te Security by Default i Security by Design kao osnovne mjere zaštite. Ovdje je najprije potrebno razvrstati i objasniti pojmove.

3.1. Anonimizacija vs pseudonimizacija podataka

Anonimizacija podataka je postupak obrade ličnih podataka kojim se nepovratno sprječava identifikacija pojedinaca iz obrađenih podataka²⁴. To su dakle podaci, koje nakon ispravne anonimizacije, nije moguće povezati sa određenom osobom, odnosno nije moguća reidentifikacija pojedinca. Na konkretnom primjeru, ukratko, možemo približiti ovaj proces. Dakle u bolnici imamo podatke konkretnog pacijenta: Ime i prezime / Adresa / Razlog posjete bolnici / Bolnica. Ukoliko trajno izbrišemo podatke kao što je ime i prezime te adresa, tada više neće biti moguće odrediti o kojoj se tačno osobi radi, već će se preostali podaci moći koristiti samo u statističke svrhe (10% posjeta Bolnici XY bilo je zbog bolesti XY). Uredba o anonimiziranim podacima navodi sljedeće: „(...) Načela zaštite podataka ne bi se trebala primjenjivati na anonimne informacije, odnosno informacije koje se ne odnose na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi ili na lične podatke koji su učinjeni anonimnima na način da se identitet ispitanika ne može ili više ne može utvrditi. Ova se Uredba tako ne odnosi na obradu takvih anonimnih informacija, među ostalim za statističke ili istraživačke svrhe²⁵. Još jedna tačka, koju Uredba nije razradila do u detalje, je značaj ispravne anonimizacije. Naime, ukoliko anonimizacija nije izvršena ispravno, moguće je i nadalje otkriti identitet pojedinca. Ukoliko su podaci anonimizirani samo naizgled, tj. samo u jednoj bazi, moguće je reidentificirati pojedinca kombinacijom dvije ili više baza podataka iz naizgled anonimiziranih izvora. Ovo predstavlja značajan rizik prilikom zaštite podataka, odnosno prilikom istog treba imati na umu da se proces anonimizacije ne završava na jednoj bazi. Tehnike koje dovode do anonimizacije su tehnike poopćavanja i tehnike nasumične izmjene podataka. Prva tehnika, tehnika poopćavanja, temelji se na poopćavanju vrijednosti određenih atributa. Tako npr. datum rođenja zamjenimo sa godinom rođenja, grad zamjenimo sa regijom isl.²⁶ Druga tehnika, tehnika nausmične izmjene, mijenja istinitost podataka tako da se veza između podatka i pojedinca oslabi. Neki autori ovu tehniku opisuju i kao dodavanje šuma podatku. Ono mijenja vrijednosti nekog atributa tako da individualne vrijednosti više nisu precizne, no sveukupno, vrijednosti i dalje imaju istu distribuciju²⁷.

24 Anonimizacija i pseudonimizacija podataka, Laboratorij za sustave i signale Zavoda za elektroničke sustave i obradbu informacija Fakulteta elektrotehnike i računarstva Sveučilišta u Zagrebu; CARNET; 2018., str. 5.

25 Uredba, Uvodna izjava 26.

26 Anonimizacija i pseudonimizacija podataka, str. 9.

27 *ibid.*, str. 9.

Za razliku od gore navedene anonimizacije, potrebno je razlikovati pseudonimizaciju ličnih podataka. Pseudonimizaciju podataka možemo objasniti kao mjeru zaštite, nakon koje je i dalje moguće podatak povezati sa pojedincem, te tako istog identificirati. Upravo iz prednje navedenog razloga pseudonimizirani podaci se i nadalje smatraju ličnim podacima i kao takvi spadaju pod načela i odredbe Uredbe. Sama Uredba pruža definiciju pojma pseudonimizacije koji „(...) znači obrada ličnih podataka na način da se lični podaci više ne mogu pripisati određenom ispitaniku bez upotrebe dodatnih informacija, pod uslovom da se takve dodatne informacije drže odvojeno te da podliježu tehničkim i organizacijskim mjerama kako bi se osiguralo da se lični podaci ne mogu pripisati pojedincu čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi; (...)“²⁸.

Mjeru pseudonimizacije možemo takođe objasniti i kao postupak obrade podataka u kojem se izravni identifikatori zamijene sa tzv. pseudonimom te se na odvojenom mjestu drži tablica odnosno podaci koji povezuju pseudonime i identifikatore.

Može se zaključiti da će pseudonimizirani podatci barem djelomično udovoljiti zahtjevima zaštite iz Uredbe, te da će broj dodatnih mjera za zaštitu podataka obično biti manji za pseudonimizirane podatke nego za potpuno identificirane podatke²⁹. Naime, obzirom da se tablica sa identifikatorima drži odvojeno, manja je vjerovatnoća da će ista biti kompromitirana, a ako i bude, šteta je znatno manja od alternative u kojoj su kompromitirani identifikatori, a ne samo pseudonimi. Najpoznatije tehnike pseudonimizacije su tokenizacija; pseudonimizacija šifriranjem te pseudonimizacija funkcijom sažimanja³⁰.

Tokenizacija je tehnika pseudonimizacije u kojoj se pseudonim, u ovoj tehnici zvan token, generira neovisno o izvornim podacima. Kada se podaci ispravno pseudonimiziraju tokenizacijom, nije moguće iz pseudonima doći do izravnih identifikatora bez korištenja tablice u kojoj su zapisane njihove veze³¹.

Pseudonimizacija šifriranjem je tehnika pseudonimizacije u kojoj se identifikatori šifriraju tajnim ključem te ta šifrirana vrijednost zapravo postaje pseudonim³². U ovoj tehnici dakle ne postoji odvojena tablica koja povezuje pseudonime s identifikatorima, već se odvojeno drži samo tajni ključ kojim su identifikatori šifrirani.

Za razliku od prednje dvije tehnike u pseudonimizaciji funkcijom sažimanja se u pravilu ne koriste nikakvi odvojeni podaci za povezivanje pseudonima i identifikatora, kao što su prethodno bili tablica odnosno tajni ključ. U ovoj tehnici

28 Uredba, Članak 4. tačka 5.

29 Hintze, M. I El Emam, K., Comparing the Benefits of Pseudonymization and Anonymization Under the GDPR, 2017., str. 19.

30 Anonimizacija i pseudonimizacija podataka, *op.cit.*, str. 15.

31 *ibid.*, str. 15.

32 *ibid.*, str. 16.

je za povezivanje identifikatora s pseudonimom potrebno prvo znati identifikatore te zatim ponovno iz njih generirati pseudonim³³.

Sve tri tehnike pseudonimizacije su korisne mjere zaštite koje pomažu poštivanju Uredbe i to ne samo po pitanju zaštite podataka već i zaštite prava građana te doprinose zakonitoj obradi podataka.

Anonimizacija i pseudonimizacija podataka su naizgled vrlo jednostavne metode tj mjere zaštite ličnih podataka, međutim u stvarnosti one su vrlo komplikovane mjere. Podaci koje danas smatramo anonimiziranim možda već sutra bude moguće povezati sa pojedincima te je tako potrebno dolaziti do novih tehnika, odnosno potrebno je dolaziti do novih saznanja koja će otkrivati mane postojećih tehnika.

3.2. Security by Default i Security by Design

Kompanije se potiču na provedbu tehničkih i organizacijskih mjera u najranijim fazama kreiranja zaštite, i to na način koji štiti privatnost ali i poštuje načela iz Uredbe od samog početka obrade. Kompanije bi prema zadanim postavkama trebale osigurati da se lični podaci obrađuju uz najvišu zaštitu privatnosti (trebaju se obrađivati samo nužno potrebni podaci, na ograničeno vrijeme i ograničene dostupnosti) tako da prema zadanim postavkama lični podaci ne budu dostupni neograničenom broju osoba. Ovo su već odavno poznate mjere zaštite, međutim tek ih je Uredba uvrstila kao obavezne i to u svom Članku 25. u kojem stoji: „Uzimajući u obzir najnovija dostignuća, trošak provedbe te prirodu, opseg, kontekst i svrhe obrade, kao i rizike različitih razina vjerojatnosti i ozbiljnosti za prava i slobode pojedinaca koji proizlaze iz obrade podataka, voditelj obrade, i u vrijeme određivanja sredstava obrade i u vrijeme same obrade, provodi odgovarajuće tehničke i organizacijske mjere, poput pseudonimizacije, za omogućavanje učinkovite primjene načela zaštite podataka, kao što je smanjenje količine podataka, te uključenje zaštitnih mjera u obradu kako bi se ispunili zahtjevi iz ove Uredbe i zaštitila prava ispitanika. (...)“. „Security by Default“ takođe možemo opisati i kao onu osnovnu postavku privatnosti, koja je ugrađena u sistem u fazi nastanka osnovnih postavki³⁴. „Security by Design“ pak možemo opisati kao privatnost odnosno zaštitu privatnosti koja je prilagođena sredini – sistemu za koji se koristi, dakle posebno je dizajnirama za konkretno korisničko sučelje³⁵. Iz prednje navedenoga bi se moglo protumačiti da se pod „Security by Design“ podrazumijeva već pomenuta pseudonimizacija, dok bi se „Security by Default“ mogao najbolje opisati na primjeru društvenih mreža, koje bi kako mnogi autori navode trebalo poticati da postavljaju postavke profila onako kako bi bilo najprikladnije za privatnost, na primjer, ograničavanjem

33 *ibid.*, str. 17.

34 Gobeo, A., Fowler, C., Buchanan, W. J., GDPR and Cyber Security for Business Information Systems, River Publishers, 2018., str. 122.

35 *ibid.*, str. 123.

pristupa korisničkom profilu tako da on prema osnovnim zadanim postavkama nije dostupan neodređenom broju osoba.

Za kompaniju, koja primjenjuje „Security by Default“ bi sada značilo da treba izvršiti slijedeće korake kako bi bila *GDPR compliant* u ovom dijelu. Ti koraci bi se mogli svesti na: reviziju trenutnog stanja, zadovoljenje osnovnih kriterija koji su uspostavljeni za zaštitu te spisak procesa koji se odvijaju prilikom obrade. Za ralikom od ovog, kompanije koje provode „Security by Design“ imaju nešto širi spisak zadataka i to: korigiranje trenutnog sistema sigurnosti, posebna zaštita osjetljivih ličnih podataka (npr. biometrijski podaci), izolacija sistema zaštite, kodiranje te sigurnosni monitoring.

Zaštita podataka sada je sastavni dio tehnološkog razvoja kao i načina isporuke proizvoda ili usluge. Uredba nije jasna u načinu na koji treba tačno provesti ove promjene, ali za mnoge organizacije te njihove arhitekture koje prihvaćaju „Security by Design“, biti će potrebne značajne promjene u dosadašnjem poimanju mjera zaštite.

Zaključak

Zaštita ličnih podataka je živa materija. Činjenica je, da je teško zamisliva životna situacija bez obrade ličnih podataka te gotovo neograničena tehnološka dostignuća govore koliko su zahtjevni poslovi u pogledu regulisanja takve materije. Države se u demokratskom svjetlu najbolje legitimišu upravo odnosom prema ljudskim pravima a jedno od osnovnih je upravo pravo na zaštitu ličnih podataka. U današnjem svijetu, gdje se tehnologija razvija velikom brzinom, je potrebno konstantno ažuriranje takvih propisa.

Upotreba ličnih podataka (pohranjivanje, obrada), je danas od velikog značaja ne samo za međunarodnu trgovinu, ali i tehnološki razvoj, te kao takva mora postojati, ali je treba regulisati u skladu sa prednje navedenim.

Obzirom na trenutno stanje tehnološkog razvoja i utjecaj odabranih tehnoloških kompanija na život pojedinca, simptomatičan je trend mješanja državnih politika u zaštitu privatnosti pojedinca, odnosno miješanje državnih politika u djelovanje Uredbe.

Smatram da bi bilo opravdano zahtijevati da kompanije koje osmisle inovativne načine obrade ličnih podataka također osmisle i inovativne načine za zaštitu ličnih podataka. Iako se Uredbi ne može uskratiti znatan doprinos u ovom području, ne može se ni smatrati idealnim rješenjem koje ne donosi brojne dileme i probleme. Danas, kratko nakon što je stupila na snagu, već su jasno vidljivi nedostaci ali i kontradiktornosti pojedinih normi.

Pored svih mjera zaštite, koje navodi Uredba, mišljenja sam da je važan dio učinkovite zaštite ličnih podataka također poznavanje prava subjekata čiji su podaci predmetom obrade. Datum stupanja na snagu Uredbe bio je popraćen velikom medijskom pažnjom, što je prilično neobično za usvajanje novog

propisa. S jedne strane, ovo je povećalo pravnu svijest građana EU o njihovim pravima i obvezama, a s druge strane, mediji su u mnogočemu iskrivili pogled, ističući prevladavajuću nesigurnost u pogledu Uredbe, ponajprije vezano za drakonske kazne za subjekte koji se ne budu pridržavali normi iz iste. Međutim, ne radi se samo o poznavanju individualnih prava, već i o tome koliko je važno zaštititi lične podatke i koliko je teško domoći se istih, u čemu vrlo često postoji dubok jaz. Pojedinaac nezadovoljan npr. uslovima neke aplikacije često će biti demotiviran boriti se za svoja prava ponajprije zbog vremena i prirode stvari koja će se detaljnije baviti ovim problemom. S druge strane, kompanije za koje je prikupljanje podataka osnova poslovnog modela nemaju problema s trošenjem značajnih resursa za rješavanje takvog slučaja. Kao svjetli primjer pojedinca, koji je podnio „žrtvu“ za veliku količinu korisnika baš takvih aplikacija, možemo svakako navesti gdina. Maxmiliana Schremsa.

Prednje pomenuti slučaj ali i tzv. *Briselski sindrom*³⁶ je uvelike doprinjeo tome da se teritorijalno djelovanje ove Uredbe proširi na cijeli svijet a ne samo na Evropsku uniju, što u biti i čini jednu od specifičnosti ove Uredbe (prošireno teritorijalno djelovanje).

Predviđa se da će se brzi razvoj savremenih tehnologija nastaviti. Daljnji tehnološki razvoj svakako ima revolucionarni potencijal, ali to bi trebala biti revolucija u skladu s evropskim vrijednostima, uključujući pravo na zaštitu privatnog života i pravo na zaštitu ličnih podataka.

Literatura:

a) Knjige:

- Gobeo, A., Fowler, C., Buchanan, W. J., GDPR and Cyber Security for Business Information Systems, River Publishers, 2018.
- Mondschein C.F., Monda C. The EU's General Data Protection Regulation (GDPR) in a Research Context. In: Kubben P., Dumontier M., Dekker A. (eds) Fundamentals of Clinical Data Science. Springer, 2019.
- Poulet, Y., Dinant, J. M. The internet and private life in Europe: Risks and aspirations. In Kenyon, A. T., Richardson, M. New Dimensions in Privacy Law. International and Comparative Perspectives. Cambridge University Press, Cambridge, 2006

b) Članci:

- Anonimizacija i pseudonimizacija podataka, Laboratorij za sustave i signale Zavoda za elektroničke sustave i obradbu informacija Fakulteta elektrotehnike i računarstva Sveučilišta u Zagrebu; CARNET; 2018.
- Computers using digital footprints are better judges of personality than

³⁶ Izvedeno iz pojma *stockholmski sindrom* (emocionalna identifikacija sa agresorom, okupatorom), gdje bi se pod okupatorom mogle odrediti institucije Evropske unije. Države, iako gube dio svog suvereniteta, žele biti dio Evropske unije ili bar Evropskog ekonomskog prostora, čime direktno podliježu djelovanju ovdje konkretno relevantne Uredbe.

friends and family, University of Cambridge, Dostupno na: <https://www.cam.ac.uk/research/news/computers-using-digital-footprints-are-better-judges-of-personality-than-friends-and-family>

- Custers, B., Uršič, H., Big data and data reuse: a taxonomy of data reuse for balancing big data benefits and personal data protection, International Data Privacy Law Advance Access published January 7, 2016.

- Hintze, M., El Emam, K., Comparing the Benefits of Pseudonymization and Anonymization Under the GDPR, 2017.

- Hustinx, P., Protection of personal data on-line: the issue of IP addresses, 2009, Dostupno na: <https://edps.europa.eu>

- Kubica, J., Vybrané problémy technologické realizace evropské ochrany osobních údajů. Praha, Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra evropského práva, 2019.

- Novák, D., Zásady ochrany osobních údajů v právu Evropské unie. Časopis pro právní vědu a praxi. [Online]. 2009, č. 4, s. 270-275. Dostupno na: <https://journals.muni.cz/cvpv/article/view/6558>

- Supreeth, S., Wasserman, M., Chidambaram, V., The Seven Sins of Personal-Data Processing Systems under GDPR, (online) Dostupno na <https://www.usenix.org/system/files/hotcloud19-paper-shastri.pdf>, (pristupljeno 08.11.2019.)

- Tumpachová., K., Právni aspekty aktuálního vývoje ochrany osobních údajů, Univerzita Karlova Právnická fakulta, 2018.

- Všečeková., A., Problematické aspekty ochrany osobních údajů, Univerzita Karlova Právnická fakulta, Diplomová práce, 2017.

c) Právní propisi:

- Uredba 2016/679 o zaštitu pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktivu 95/46/EZ, SL L 119/1, 4.5.2016. te Ispravak Uredbe (EU) 2016/679 Evropskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštitu pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) (SL L 119/1 od 4.5. 2016.), SL L 127/2, 23.5.2018.

d) Sudska praksa:

- Presuda Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner, uz sudjelovanje: Digital Rights Ireland Ltd, C – 362/14 od 6. listopada 2015., EU:C:2015:650

e) Ostalo:

- Hadžiosmanovic, A., Katalog Osobních Údajů - Technická specifikace (HLD) - GDPR a kybernetická bezpečnost – mechanismy ochrany osobních údajů, Risk Advisory Academy, Deloitte, 2017.

- Hintze, M., El Emam, K., Comparing the Benefits of Pseudonymization and Anonymization Under the GDPR, Privacy analytics, 2017.

Alma Đukić, LLM

Ph.D. student at the Faculty of Law, Džemal Bijedić University of Mostar

PROTECTION OF PERSONAL DIGITAL DATA ACCORDING TO THE REQUIREMENTS OF REGULATION 2016/679

Abstract: The framework of this article is the secure processing of digital personal data in accordance with the standards laid down in Regulation 2016/679. The author will give a detailed overview of the definition of digital personal data, outline the basic principles to be followed when processing personal data, and present some of the mechanisms for protecting such data.

With the increasing use of technology, businesses and individuals are becoming more dependent on digital data stored on computers, databases or cloud servers. Because of this storage method, preventing unauthorized access to data is about protecting the networks and computers on which the data is stored. Incidents of unauthorized access to data, or more specifically, breaches of data security, are becoming more frequent, hackers are constantly looking for vulnerabilities in software applications, protocols and infrastructure, and it is necessary to invest in human factor education in the field of digital personal data protection in order to develop this area at the same pace as technology.

Keywords: GDPR, personal data, principles of personal data processing, anonymization, pseudonymization, Security by default, Security by design

SAVREMENI TRENDOWI USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA

Sažetak: Zaštita ustava i ustavnosti, predstavlja jedan od osnovnih razloga zbog kojeg je došlo do uspostave ustavnog sudstva, odnosno uspostave posebnih državnih organa čija je osnovna zadaća upravo kontrola ustavnosti normativnih akta. Njegova uloga i značaj danas, u značajnoj mjeri su proširene. Savremeni ustavni sudovi postali su organi koji rješavaju neke od najznačajnijih i najsloženijih ustavnih sporova do kojih može doći u ustavnim sistemima. Rješavaju sporove o nadležnosti, odlučuju o izbornim sporovima, štite ljudska prava i slobode, daju odgovore i mišljenja o brojnim ustavnopravnim pitanjima. Prilikom vršenja navedenih funkcija nerijetko se izdižu iznad krutih pravnih kvalifikacija, te u značajnoj mjeri oblikuju ustavni sistem. Proaktivnim tumačenjem ustavnih normi u pojedinim slučajevima, nerijetko dovode u pitanje postojeću podjelu vlasti kao i svoju poziciju „negativnog zakonodavca“. Upravo iz tog razloga u ovom radu će se nakon analize samog pojma i prirode ustavnog suda, te pojma sudskog aktivizma, analizirati praksa ustavnih sudova država regiona i njihov „ustavnosudski aktivizam“.

Ključne riječi: ustavno sudstvo, ustavnosudski aktivizam, pozitivni zakonodavac

UVODNA RAZMATRANJA

Ideja o suverenosti parlamenta dugo se smatrala jezgrom demokratske prakse. Nadređeni položaj izabranog zakonodavnog tijela bili su centralna načela demokratskim revolucionarima otkako je pojam dodan u nepisani engleski ustav. Pojavom konstitucionalizma ili idela ograničene vlasti došlo je do sukobljavanja sa idejom parlamentarne suverenosti. Glavni argument protiv sudske kontrole ustavnosti bilo je pozivanje na Montesquieu-ovu doktrinu o podjeli vlasti prema kojoj sud predstavlja samo „usta zakona“. Prema tome, svaki vid sudskog preispitivanja volje parlamenta je bio u suprotnosti sa idejom narodne suverenosti.

Međutim, loša iskustva u prvoj polovini XX vijeka pokazala su da upravo zakonodavac može biti izvor najvećih zloupotreba, što je uticalo da se u Evropi da se počne uvoditi koncept konstitucionalizma. Pojam konstitucionalizam određujemo u njegovom izvornom, tradicionalnom i, po nama, jedino pravom značenju, kao sistem ideja i institucija usmjerenih na ograničavanje nosioca vlasti ustavima i zakonima, tj. kao pravni izraz ideje da se imamo pokoravati zakonima,

a ne ljudima¹. Najjednostavnije rečeno, konstitucionalizam označava nastojanje da se vlast ograniči pravom. Jedno od njezajčajnjih pitanja konstitucionalizma je dioba vlasti. Međutim, u današnje moderno doba u kojem je konstitucionalizam zaživio u većini modernih demokratija došlo je do različitih shvatanja u obavljanju sudske funkcije, pogotovo u državama u kojima se posebne i nezavisne ustavnosudske institucije pojavljuju kao čuvari ustava.

U nekim državama, već od samih početaka postojanja takvih institucija (primjer SAD i Velika Britanija) sudovi su počeli ne samo da primjenjuju pravo, već i da ga stvaraju. Još je 1960-ih Radomir Lukić napisao.....*“ustavno sudstvo štiti pravog suverena. Razlog da ustavno sudstvo smanjuje autoritet zakonodavca i drugi slični razlozi političke prirode ne mogu se braniti, jer se ovaj autoritet smanjuje kršenjem ustava putem neustavnih organa, a ne poništavanjem tih zakona”*². Svakako zemlje poput SAD u kojima je Vrhovni sud postao kreator prava bitno su uticale razvoj konstitucionalizma. Važnu ulogu u tom procesu imale su sudije Vrhovnog suda i njihov autoritet. Kako piše Jovan Đorđević; *„autoritet, snaga i vrijednost institucija kao što je i usatvni sud, neposredno zavise od ljudi koji u njima rade, od sudija i njihove lične vrijednosti, znanja, autoriteta, imaginacije i hrabrosti, a i od podrške koju imaju u javnosti”*³. Ne treba naravno ni zaboraviti čuvenu rečenicu sudije Vrhovnog suda SAD Charles E. Hughesa: *“Mi smo ispod Ustava, ali Ustav je ono što sudija kaže da jest; i sudstvo je zaštitna naše slobode i imovine pod Ustavom”*⁴. U moderna vremena sudskoj kontroli ustavnosti najviše su bile upućene kritike da se sudskoj vlasti davanjem funkcije kontrole ustavnosti daju prevelika ovkaštenja, te da u određenim momentima kroz tumačenje ustava (obzirom da ustavi većinom sadrže uopštene norme) utvrđuju značenje (smisao) ustava.⁵ Kroz savremene trendove konstitucionalizma i uloge ustavnog sudstva razvile su se teorije „sudskog samoograničenja“ (*self-restraint*) i sudskog aktivizma (*judicial activism*).

Također, današnje države se suočavaju sa trendovima zaštite osnovnih ljudskih prava i prava pojedinaca, i svakako najvažaniju ulogu u tom procesu imaju ustavnosudski organi koji su kroz svoj savremeni aktivistički pristup postali kreatori novih rješenja.

1. KELSENOV MODEL USTAVNOG SUDA KAO „NEGATIVNOG“ ZAKONODAVCA

Osnivač modernog evropskog ustavnog sudstva Hans Kelsen govorio je, „da kad ustavni sudovi vrše ustavni nadzor zakona, da oni tada sudjeluju u zakonodavnom

1 Smerdel B: Ustavno uređenje europske Hrvatske, N. novine, Zagreb, 2013., str. 503 – 508.

2 Lukić R: Ustavnost i zakonitost, Beograd, 1966. str.100.

3 Vidjeti više: Đorđević J: Ustavno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986.

4 Preuzeto sa: https://en.wikiquote.org/wiki/Charles_Evans_Hughes; a oni preuzeli sa: Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908 (1908), str.139,

5 Vidjeti više: Marković R: Ustavno pravo, 14. izdanje, Beograd, 2010, str. 532-533.

procesu“.⁶ Na Kelsenovim idejama konstituisan je tzv. centralizovani model kontrole ustavnosti, kao novo rješenje u odnosu na alternativu u anglosaksonskom pravu – decentralizovani model, čije se osnovne karakteristike mogu uočiti iz analize američke sudske prakse. Teorijska podjela na centralizovani i decentralizovani model, tj. „američki“ i „evropski“ model, pripisuje se italijanskom pravniku Mauru Cappellettiju.

U odgovoru na kritiku ustavnog suda kao „nadzakonodavca“, Kelsen nije negirao politički karakter ove institucije ustavnog sudstva. Naime, za razliku od zakonodavca čija je uloga kreatorna – pozitivna, ustavni sud je ovlašten da odluči šta pravo jeste, kao i da uskrati pravnu snagu onome što pravo nije (poništenjem pravnih akata nesaglasnih sa ustavom), stoga neminovno ima karakter zakonodavnog tijela, ali u negativnom smislu.⁷

Kelsen nije bježao od činjenice da se činom poništavanja zakona od strane ustavnog suda („negativnog“ zakonodavca), zakonodavna vlast u konkretnom slučaju dijeli između dva organa, odnosno da tim činom ustavni sud ulazi u domen „pozitivnog“ zakonodavca, jer „poništi zakon u suštini znači postaviti opštu normu“. Tvrdio je da poništavanje zakona ima isti stepen opštosti, kao i njegovo stvaranje čime se ono, u krajnjoj instanci, svodi na stvaranje s negativnim predznakom (*confection avec un signe negatif*). I njegovi sljedbenici konstatuju da ustavni sudovi učestvuju u vršenju javne vlasti, budući da donose autoritativne i politički relevantne odluke.⁸ Po Kelsenu i njegovoj koncepciji ustavni sud je „negativni zakonodavac“, organ koji ne odlučuje šta će zakon biti, ali odlučuje šta zakon ne može da bude.

Zaštita relativne autonomije zakonodavne politike, tj. suverenosti parlamenta kao nosioca zakonodavne vlasti, s jedne strane, a s druge, obezbeđenje i zaštita supremacije ustava od strane nezavisnog ustavnog suda kao čuvara ustava, odnosno očuvanja osnovnih ustavnih principa i vrijednosti pokazuje se za sada kao nezamjenjiv i nužan uslov u izgradnji demokratske države.

2. DEFINISANJE USTAVNOSUDSKOG AKTIVIZMA

Sudski aktivizam (judicial activism) među pravnim teoretičarima nema zavaničnu definiciju. Pojam sudski aktivizam (judicial activism) je prvi pomenuo Arthur Schlesinger u časopisu Fortune 1947.god.⁹ Međutim, nije ga precizno definisao. Za neke autore sama rasprava o temi sudski aktivizam je „mit“ (*Roosevelt III K*), dok je „za druge ona ugrađena u same temelje ustavne revolucije u pojedinim

6 Kelsen H.: *La Garantie Juridictionnel le de la Constitution*, 1928, str.224.

7 Stone Sweet A., *Governing with Judges*, Oxford University Press Inc, New York, 2002, str. 35.

8 Nenadić B.: Ustavnosudska kontrola zakonodavane vlasti-prilog o raspravi o sudskom aktivizmu, Pravni informator br.12/2013, str .3.

9 Kmiec D.K.: The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”, *California law review* vol 42., Inc. California Law Review, 2004, str. 1446.

zemljama“ (*Balkin J. M., Levinson S.*), za treće predstavlja srž sudbene metode *common law* (*Kirby M.*), za četvrte izraz kreativne uloge sudskog zakonodavstva (*MacCormick N.*).¹⁰

Termin sudski aktivizam (*judicial activism*) je raspravljan u 3.815 članaka i osvrta kroz različite časopise od 1990.god.¹¹ Shannon Ishiyama Smithey i John Ishiyama objavili je u 2002. svoj članak “Sudski aktivizam u postkomunističkoj politici” u časopisu „*Law and Society Review*“, u kojem su ispitali kako je struktura društva uticala na pojavu sudskog aktivizma u postkomunističkim zemljama. Postotak aktivizma svake zemlje izračunavan je dijeljenjem broja slučajeva u kojima je sud poništio zakon ili određene politike sa ukupnim brojem prilika za poništenje koje je sud imao. Tako, autori su nastavili od najklasičnijih definicija ustavnosudskog aktivizma, prema kojem se ustavni sud smatra aktivist svaki put kada se njegove odluke sukobljavaju s odlukama drugih političkih kreatora. Ovakav pristup se zasniva na tome da smatra nelegitimnim svaku promjenu javne politike koja ne proizlazi iz demokratski izabranog zakonodavca¹². Kada bi se gledao ovaj pristup, smatrao bi se da je ustavni sud aktivan svaki put kada stavi van snage određeni zakon.

Pitanja ustavnosudskog aktivizma, granice do koje su sudije ustavnog suda spremne da idu u sukobu s politikom predstavlja predmet višedecenijskog proučavanja. Pravni teoretičari su napisali mnogo o sudskom aktivizmu u XX vijeku, a iz tih rasprava može se zaključiti kako ovaj termin ima više značenja. Jedno od njih tiče se odnosa između zakonodavca i ustavnog suda u vezi s pitanjem može li ustavni sud u vršenju svojih nadležnosti zadirati u izvornu nadležnost zakonodavca, odnosno može li se njegova uloga tzv. negativnog zakonodavca, koju prati načelo sudskog samoograničavanja, transformisati u ulogu tzv. pozitivnog zakonodavca, koju prati sudski aktivizam.

Afirmacija sudskog nadzora u SAD omogućila je definiciju sudskog aktivizma koja se fokusira na odnos između sudskog nadzora i tumačenja ustava, pa se može zaključiti da je opis sudskog ponašanja u pojmovima aktivizam protiv ograničenja također američki izum. Kao dokaz tvrdnji da je sudski aktivizam „američki izum“ je i podatak da je sudski aktivizam kao termin u odlukama ustavnosudskih organa prvi upotrijebio sudija Vrhovnog suda SAD Joseph C. Hutcheson, Jr u predmetu *Theriot v. Mercer*, ali i on nije dao precizno zanečnje navedenog termina.¹³

Sudije koje vjeruju da je legitimno svojim odlukama formirati socijalnu politiku zovu se u uporednom (ustavnom) pravu sudskim aktivistima (*judicial activists*), njihove kolege koji pak smatraju da je zadatak sudova primjena zakonskih i drugih propisa na određene slučajeve poznate su kao zagovornici

10 Bačić P: Suvremeni konstitucionalizam i nove podjela vlasti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu br.46, Split, 2009, str.757-776.

11 Salman R: *judicial activism or self-restraint: some insight into the Indonesian constitutional court*, *Yuridika* vol 33, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2018, str. 19.

12 Smithey S.I., Ishiyama J: *Judicial Activism in Post-Communist Politics*. – *Law and Society Review*, 2002 4, str. 719–742.

13 Kmiec D.K.:op.cit.str.1455-1456.

sudskog ograničenja (*judicial restraint*).¹⁴ Jedan od najznačajnijih teoretičara iz oblasti ustavnog prava B. Smerdel za sudski aktivizam kaže da „*ako u zakonu postoji pravna praznina, ustavni suci su je dužni popuniti pravnim shvaćanjem utemeljenim na njihovom razumijevanju ustavnih odredbi i načela*“.

Sudski aktivizam nastaje onda kad se sudovi više ne brinu samo za presuđivanje pravnih sporova, već im je cilj stvaranje društvene politike, čime oni zahvaćaju mnogo više ljudi i interesa negoli je to slučaj u rješavanju pojedinačnog slučaja. Aktivizam suda mjeri se stupnjem njegove vlasti koju on vrši nad građanima, legislaturom i upravom.¹⁵

Može se zaključiti da svaki put kada se sudije ustavnih sudova izdignu iznad krutih pravnih kvalifikacija sa željom da aktivnije utiču na politički život – govorimo u sudskom aktivizmu. Bez obzira što nema opšte prihvaćene definicije ustavnosudskog aktivizma, on egzistira i pojavljuje se u praksi mnogih ustavnosudskih organa.

3. USTAVNOSUDSKA VLAST KAO „ČETVRTA VLAST“?

Budući da je vrijeme nekadašnjih nedoumica u vezi sa uspostavljanjem ustavnog sudstva prošlo, o čemu je teoriji i praksi manje više postignuta saglasnost, ostaje još uvijek aktuelna rasprava o prirodi ustavnog sudstva. Aktuelno pitanje među brojnim pravnicima postalo je: da li je ustavno sudstvo oblik posebnog zakonodavnog djelovanja, ili je u pitanju sudska djelatnost, na što upućuje i sam naziv ove institucije, samo što se radi o sudskoj funkciji primjenjenoj u ustavnim sporovima, te da li je ustavno sudstvo posebna djelatnost državnih organa koja izmiče tradicionalnim klasifikacijama i zaslužuje status posebne funkcije vlasti, djelatnosti „*sui generis*“? Različiti su pogledi na prirodu ustavnosudskih organa. Ocjenjivanjem zakonitosti akata izvršne vlasti i poništavanjem istih, ustavno sudstvo na taj način „indirektno reformiše normativnu djelatnost nadležnosti izvršne vlasti“. ¹⁶ Veoma zanimljiv je i rad zakonodavnih organa koji kroz svoj rade prate odluke ustavnog sudstva, te time prilagođavaju svoju djelatnost odlukama i pravnim shvatanjima proisteklim iz odluka ustavnog suda.

Mauro Cappeletti, poznati italijanski pravni teoretičar, pisao je već 1970-ih da „vršeći kontrolu ustavnosti zakona ustavni sudija učestvuje u samom kreiranju prava“. ¹⁷ Kao primjer iz tih godina treba posdsjetiti na odluku Saveznog ustavnog suda Njemačke iz 1975 god (BVerfGE 39, 1), ¹⁸ gdje je Savezni ustavni

14 Bačić A.; O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, Politička misao, 2/2008, str. 94.

15 Bačić A: op.cit. str. 106.

16 Više o ovom: Vučić O: Teorijske osnove i razvoj institucionalizacije ustavnosudske funkcije, u knjizi: Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika, Dosije studio, Bpgrad, 2010, str.21-27

17 Vučić O: op.cit. str. 23.

18 Izabrane odluke Saveznog ustavnog suda Njemačke, KAS, 2009., str. 160.

sud odlučujući o odredbama koje su se ticale abortusa se direktno postavio kao zakonodavac.

Tradicionalana shvatanja da se da je ustavno sudstvo ipak sudstvo su već odavno prevaziđena, jer je sami položaj ustavnih sudova u ustavima, način izbora sudija ustavnih sudova, dejstvo odluka ustavnih sudova, praksa ustavnih sudova već odavno prevazišla okvire redovnog sudstva. Može se zaključiti da se ustavnosudska vlast u današnjim okvirima posebno izdvaja od zakonodavne, izvrše i sudske, te da se vršnje takve vlasti povjerava posebnim ustavom uspostavljenim organima (ustavnim sudovima), nezavisnim ustavnim organima kojim imaju svoju posebnu ustavnu poziciju. Međutim, debata da li ustavnosudska vlast zadovoljava elemente da bude „četvrta vlast“ će se zasigurno još dugo voditi među pravnim teoretičarima.

4. ULOGA USTAVNOG SUDSTVA KAO „POZITIVNOG“ ZAKONODAVCA

A .Brewer- Carrias navodi 4 trenda djelovanja ustavnih sudova kao „pozitivnih“ zakonodavaca:

1. uloga ustavnih sudova u intervenisanju u ustavne ovlasti, mijenjanju ustavnih pravila i izmjeni ustava,

2. uloga ustavnih sudova koji intervenišu u postojeće zakonodavstvo, ispunjavajući zadatak kao pomoćnici zakonodavcu ,nadopunjuju odredbe i pravila, dodajući im nove odredbe, a također određuju vremensko trajanje zakonodavstva,

3. uloga ustavnih sudova da intervenišu u zakonodavstvo kroz popunjavanje pravnih praznina zbog određenih legislativnih propusta, djelujući kao privremeni zakonodavac,

4. uloga ustavnih sudova kao zakonodavca u materiji kontrole ustavnosti.¹⁹

Kao primjer trenda i intervenisanju ustavnog sudstva u ustavne ovlasti, mogu se navesti slijedeći primjere:

1. Ustavno sudstvo riješeva federalne ustavne sporove i kreira ustavna pravila; kao primjer se može navesti Ustavni sud Austrije i rješavanje podjele ovlasti između federacije i pokrajina (Länder), u kojima Ustavni sud Austrije ima zadnju riječ i djeluje kao pozitivni zakonodavac. Nadalje, primjer SAD i prakse Vrhovnog suda SAD gdje je Vrhovni sud djeluje kao pozitivni zakonodavac i dodjeljuje određene ovlasti federalnim organima na osnovu klauzule „commerce clause“;
2. Ustavno sudstvo provodi kontrolu ustavnosti na ustavnim odredbama; kao primjer opet je navedena Austrija, gdje je Ustavni sud nadležan da preispitiva Ustav s njegovim osnovnim načelima kao što su načelo

¹⁹ Brewer-Carías R.A.: Presentation of General report of constitutional courts as positive legislators in comparative law, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, 2010.

- demokratije, federalnog uređenja, diobe vlasti i sistem ljudskih prava.²⁰
3. Ustavno sudstvo provodi kontrolu ustavne reforme i ustavnih amandmana; kao primjer provođenja kontrole ustavnosti na ustavnim amandmanima navode se Kolumbija, Ekvador i Bolivija. Kao jedan od konkretnih primjera iz navedenih država, naveden je slučaj kada je Ustavni sud Kolumbije poništio Zakon o sazivanju referenduma radi odobravanja člana Ustava kojim bi bio omogućen ponovni izbor predsjednika Republike u treći mandat, smatrajući kako takva reforma znatno krši demokratska načela, a uvođenje te reforme bi značio zamjenju ili derogaciju Ustava.²¹
 4. Uloga ustavnih sudova u prilagođavanju ustava osnovnim pravima; kao primjer navodi se SAD i Francuska. U SAD npr. kada je Vrhovni sud tumačeći IV amandman omogućio pravo na jednaku zaštitu, ili kada se raspravljalo o pravu na pravično suđenje (Amandman Vi XIV), ili kroz otvorenu klauzulu Amandmana IX u svrhu stvaranja svima osjećaja slobode. Isto se desilo u Francuskoj, gdje Ustav uopće ne sadrži deklaraciju o osnovnim pravima, uloga Ustavnog Savjeta je bila mijenjanje Ustava, proglašavajući *bloc de constitutionnalité* ustavnim rangom, preko Preambule Ustava iz 1958., do Preambule Ustava iz 1046., i naposljetku do Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789.²² Navedena uloga ustavnih sudova u prilagođavanju ustava kako bi se granatovala osnovna ljudska prava se danas može smatrati trendom u uporednom pravu, te se može pronaći u mnogim zemljama sa različitim istomom kontrole ustavnosti, kao npr. Švicarskoj, Nječkoj, Poljskoj, Austriji, Portugalu, Hrvatskoj, Grčkoj, Indiji.
 5. Mijenjanje ustava zbog institucionalne materije; primjeri Njemačke (Savezni Ustavni sud je dozvolio raspoređivanje oružanih snaga Njemačke u mirove misije u strane zemlje), Austrija (Ustvani sud uveo suatvni okvir za privatizaciju koji može da slijedi Paralament i druge institucije iako nije bio prethodno navrden u Ustavu). Ustavni sud Slovačke je čak minjenjao ustavne ovlasti predsjednika države u opštoj organizaciji države.²³

Kao primjeri gdje ustavni sudovi intervenišu u postojeće zakonodavstvo može se navesti:

20 Brewer-Carías R.A.:op.cit.str.41

21 Morelli S:COLOMBIA. Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011., str.363-388.

22 Mathieu B: FRANCE- Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. str. 471-496.

23 Svák J, Berdisová L, Brewer-Carías AR: SLOVAK REPUBLIC-Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. str.767-782.

1. intervenisanje kroz tumačenje odredbi- tumačeći odredbu ustavni sud je ne poništava nego mijenja nježno značenje. Kao primjeri mogu poslužiti Italija, Španija, Francuska, i Mađarska.

2. ustavni sudovi u ulozi pozitivnog zakonodavca kroz dodavanje novih pravila u postojeće zakonodavstvo; kao primjeri mogu poslužiti dodavanje novih pravila kako bi se osigurali jednaka prava i načelo nediskriminacije, prava bračnih i vanbračnih partnera, istospolnih brakova, TV komunikacija, u zemljama poput Perua, Kostarika, Argentina, Poljska, Francuska, etc.²⁴

3. uloga ustavnih sudova u utvrđivanju vremenskog roka u budućnosti kada će neustavno zakonodavstvo prestati da važi-učinak odlaganja presude sudova; npr. u Italiji iako je Ustavom određeno da određeni propis za koji je utvrđeno da je neustavan prestaje da važi idući dan od objavljivanja odluke ustavnog suda u službenom glasilu, Ustavni sud je donisio odluke da se prolngiranj u učinka dejstva odluke.²⁵

4. retroaktivno dejstvo odluka ustavnih sudova; navedeno djestvo je posebno zanimljivo kod difuznih sistema kontrole ustavnosti, gdje je odluke ustavnih sudva imaku dejstvo ex tunc, ab initio i retroaktivno dejstvo. Ovo je bio tradicionalni pristup u praksi Vrhovnog suda SAD sa retroaktivnim dejstvom, pogotovo u krivičnim stvarima, međutim vremenom je napušten. U Brazilu i Poljskoj, ustavni sudovi su ovlašteni da u svojim odlukama ograničavaju dejstvo retrokativnosti i te im daju „ex nunc“ dejstvo²⁶.

Uloga ustavnih sudova u popunjavanju pravnih praznina i legislativnog propusta- kao primjer može poslužiti Indija gdje je Vrhovni sud Indije koji je u preispitivanja zakonodavstva u oblasti visokog obrazovanja propisao način na koji se određene stvari trebaju definisati. ²⁷Sličnu praksu je imao i Vrhovni sud SAD, pogotovo u predmetu *Brown v. Board education* nkon kojieg je omogućeno sudovima da izvrše nadzor nad državnim politikama i praksom da bi se spriječila diskriminacija.

U primjeru gdje se ustavno sudstvo pojavljuje kao zakonodavac kroz kontrole ustavnosti svkako možemo navesti primjer poznate prakse Vrhovnog suda SAD u predmetu *Marbury v. Madison*. Poznati su također primjeri gdje je ustavni sud proširio svoje nadležnosti da bi se zaštitila osnovna ljudska prava. U zemljama Latinske Amerike svakako poznato je uviđenje ustavne tužbe *amparo*.

24 Mathieu B: FRANCE-str. 471–496.

25 Parodi G:ITALY-Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. str.603–622.

26 Bustamante T, Bustamante Ede G: BRAZIL-Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011., str. 283–314.

27 Deva S:INDI- Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011. str. 587–602.

5. USTAVNOSUDSKI AKTIVIZAM U ZEMLJAMA REGIONA

5.1. Slovenija

Nadležnosti, postupak, sastav Ustavnog suda Slovenije utvrđene su odredbama 160-167. Ustava Slovenije („Službeni glasnik RS“ br. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, i 47/13), Poslovníkom Ustavnog suda („Službeni glasnik RS“ br. 86/07, 54/, 56/11) i Aktom o Ustavnom sudu („Službeni glasnik RS“ 64/07 i 109/12-prečišćeni tekst).²⁸

U radu Ustavnog suda Slovenije posebna i karakteristična forma sudskog aktivizma postaje očita kada, pored utvrđenja neustavnosti, Ustavni sud ulazi u zakonodavnu nadležnost. Međutim, to što radi je samo privremenog karaktera, dok zakonodavac tu svoju ulogu ne preuzme na sebe. U Sloveniji Ustavni sud to radi na osnovu zakonskih ovlasti koje mu omogućuju da utvrdi način izvršenja svojih odluka²⁹. član 40.stav 2. Akta o Ustavnom sudu glasi: „Ako je neophodno, Ustavni sud određuje koje tijelo mora implementirati odluku i na koji način...“

Aktivni pristup u svom radu Ustavni sud Slovenije je zauzeo već 1992. god. kroz svoju prvu takvu odluku u predmetu br.Up-16/92 koja se odnosila na učešće kandidatske liste na izborima, a koja je u svom nazivu imala nazive koji su podsjećali na veće političke subjekte. Ustavni sud je kroz svoj aktivistički pristup dozvolio učešće ovoj kandidatskoj listi ali je odlučio i da joj promijeni naziv. Po pitanju održavanja referenduma o određenim pitanjima, Ustavni sud je donosio odluke kojima nije dopuštao održavanje referenduma kojima bi se umanjivala prava zagrantovana Ustavom Slovenije. Tako je npr. odlukom U-I-111/04 od 8. jula 2004.god. zabranio održavanje referenduma o izgradnji džamije u Ljubljani, smatrajući da daje dio ustavnih prava na slobodu izražavanje vjere i nezavisnosti vjerskih zajednica i izgradnja vjerskih objekata.³⁰

Odlukom Ustavnog suda Slovenije br. U-I-284/94, od 4. februara 1999. god odlučeno je da je dio zakona koji je regulisao status državljana ostalih država

28 Navedeni dokumenti dostupni na web stranici Ustavnog suda Slovenije: <https://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/>

Ustavni sud Slovenije je nadležan da odlučuje o normativnoj kontroli prava, ustavnim tužbama zbog kršenja ljudskih prava i osnovnih sloboda, sporovima nadležnosti između države i jedinica lokalne samouprave i sporovima među samim jedinicama lokalne samouprave, o sporovima nadležnosti između sudova i drugih državnih organa, kao i sporovima između parlamenta-predsjednika Republike-Vlade. Također, Ustavni sud odlučuje i o neustavnosti akata i djelovanja političkih stranaka, kompetencija određenih zakonom, o odgovornosti predsjednika Republike, predsjednika Vlade i ministara, te o tužbama u postupku izbora zastupnika.

29 Sovdat J: Sudski aktivizam u praksi Ustavnog suda Slovenije, Zbornik radova sa međunarodne konferencije „Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Ustavni Sud BiH, Sarajevo, 2015, str. 107.

30 Ribičić Ć :Inovativne odluke Ustavnog Suda Slovenije/ Innovative Decisions of the Constitutional Court of Slovenia. Pravni Vjesnik, God. 32, br. 3-4, Osijek, 2016, str. 16, 21.

slijednica bivše SFRJ u Sloveniji neustavan. Ustavni sud je pokazaokroz ovu odluku svoj aktivistički pristup, pogotovo u sferi ljudskih prava.

Osim ovih, treba pomenuti još niz drugih odluka kojima je Ustavni sud zauzeo sličan pristup: odluka br. U-I-346/02 iz 2003. god., odluka Ustavnog suda br. U-I-284/94 iz 1999.god, odluka Ustavnog suda br. U-I-346/02 iz 2003.god., odluka Ustavnog suda br. U-I-49/06 iz 2006.god.³¹ itd. Ono što svi navedeni predmeti imaju zajedničko je da je Ustavni sud privremeno zašao u područje zakonodavstva kako bi zaštitio individualna ljudska prava.

Među pojedinim odlukama Ustavni sud se upliće u i diskrecijsko pravo zakonodavca već pri samome tumačenju ustavnih odredbi. Tako npr. u odluci Ustavnog suda br. U-I-248/08 iz 2009.god. Ustavni sud je odlučio drugačije od zakonodavca, konkretno, da predsjednik drugog doma slovenskoga parlamenta profesionalno obnaša ovu dužnost.

Ustavni sud Slovenije je veoma dobar pokazatelj kako se kroz tumačenje ustava i zaštitu ljudskih prava ustavno sudstvo i na području bivše Jugoslavije transformiralo u modernog čuvara ustavnih vrijednosti i zaštitnika prava pojedinica.

5.2. Hrvatska

Zadaća, nadležnost, broj sudaca, način njihovog izbora te druga pitanja od značaja za rad Ustavnog suda Republike Hrvatske uređena su u posebnom (V.) poglavlju odredbama člana 126 – 132. Ustava Republike Hrvatske, te Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.³² Nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske uređena je članom 128. i članom 129. Ustava Hrvatske, te odredbama člana 85-105., koje, uz to što utvrđuju nadležnost, sadrže i odredbe o tome kako mora postupati Ustavni sud u ostvarivanju iste.³³

31 Više o ovom pogledati: Sovdat J: Sudski aktivizam u praski Ustavnog suda Slovenije, Zbornik radova sa međunarodne konferencije „Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Ustavni Sud BiH, Sarajevo, 2015.

32 Prečišćeni tekst Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine br. 39/02)

33 Osnovnim tekstom Ustava Republike Hrvatske iz 1990.god. nadležnosti Ustavnog suda odedene na način da ovaj Sud odlučuje o normativnoj kontroli prava, štiti ustavna prava i slobode čovjeka i građanina. U okviru sporova o nadležnosti, Ustavni sud odlučuje o sukobima nadležnosti između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Također, Ustavni sud odlučuje i o odgovornosti predsjednika Republike, nadzire ustavnost programa i djelovanje političkih stranaka i može zabraniti njihov rad. Na kraju Ovaj Sud nadzire i ustavnost i zakonitost izbora i referenduma, te rješava izborne sporove koji nisu u nadležnosti sudova. Promjenama Ustava Hrvatske iz 2000.god. Ustavnom sudu su dodijeljene i nove ndležnosti: da ocjenjuje ustavnost zakona, te ustavnost i zakonitost drugih propisa koji su prestali važiti ako od tog prestanka do podnošenja zahtjeva ili prijedloga za pokretanje postupka nije prošlo više od 1 godine; kao i da prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i da o uočenim pojavama obavijestava Sabor Hrvatske. Također, Ustavni sud je ovlašten da, ako utvrdi da nadležno tijelo nije donijelo propis za izvršenje odredbi Ustava, zakona i drugih propisa, a bilo je dužno takav propis donijeti o tome obavijesti Vladu, a o propisima koje bila dužna donijeti Vlada obavijestava Sabor. Ustavnim promjenama iz 2000.god. izmjenjena je nadležnost Ustavnog suda u zaštiti individualnih ustavnih prava, na način da Ustavni sud „odlučuje povodom ustavnih tužbi protiv pojedinačnih odluka državnih tijela, tijela jedinica lokalne samouprave i samouprave, te pravnih

U kontekstu sudskog aktivizma Ustavnog suda Republike Hrvatske, na takav pristup se opredijelio i sam ustavotvorac. Izvorna ustavna ovlast za aktivističko postupanje ustavnog suda proizlazi iz člana 3. Ustava Republike Hrvatske. Njime je propisano: “Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava idemokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.”³⁴

Osnova za evolutivno tumačenje ustavnih odredbi, a time i aktivističkog pristupa za Ustavni sud Republike Hrvatske, proizlaze iz same Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Položaj međunarodnopravnih dokumenata u ustavnopravnom sistemu Hrvatske regulisan je članom 141 Ustava Hrvatske.³⁵ Sami položaj Evropske konvencije u ustavnopravnom poretku Hrvatske potvrđen je i odlukom Ustavnog suda Hrvatske br. U-I-745/1999 (Narodne novine br. 112/00.). Osim navdenog, Ustavni sud je dosta prati i praksu Evropskom suda za ljudska prava, te usklađuje svoku praksu i pravna shvatanja sa odlukama ovog suda. Među prvim odlukama u kojima je pokazao svoj aktivizam vrijedi izdvojiti postupak u ocjeni ustavnosti i zakonitosti odredbi Poslovnika Ustavnog suda RH u predmetu br. U-I- 238/1995 i U-I-797/1997,³⁶ te odluka br. U-I-762/1996.

Od presuda novijeg datuma kojima je Ustavni sud pokazao svoj aktivizam svakako vrijedi izdvojiti presudu Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-II-1118/2013 i dr.³⁷

5.3. Srbija

Nadležnosti, sastav, postupak i dejstvo odluka Ustavnog suda Srbije definisane su odredbama 166-175. Ustava Republike Srbije („Službeni glasnik RS“ br. 98/2006, Zakonom o Ustavnom sudu („Službeni glasnik RS“ br.

lica sa javnim ovlaštenjima kada su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i osnovne slobode, kao i pravo na lokalnu i regionalnu samoupravu koji su garantovani Ustavom Republike Hrvatske“. Više o ovom može se pronaći na web stranici Ustvanog suda RH: <https://www.usud.hr/hr/povijest-razvitak-hrvatskog-ustavnog-sudovanja>

34 Arlović M: Ustavnosudski aktivizam i eurposki pravni standardi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu br. 1/2014, str. 14.

35 Član 141. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst, br. 85/10) glasi: „Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su njima utvrđeni ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava”

36 Praksa Ustavnog suda RH dostupna na: <https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf>

37 U navdenoj presudi Ustavni sud zauzeo je stav koji traži od države da djeci osigura takve odgojno-obrazovne programe u osnovnim i srednjim školama koji će im biti od koristi, na njihovu dobrobit i koji će omogućiti razvoj njihove osobnosti. Ova presuda je naslonjena na presudu Evropskog suda za ljudska prava *Folgero i dr. protiv Norveške* (aplikacija broj: 15472/02).

109/2007, 99/2011, 18/13-Odluka US, 40/15 i 103/15) i Poslovnikom o radu Ustavnog suda ("Službeni glasnik RS", broj 103/13).³⁸ Ustavni sud Republike Srbije je jedan od ustavnih sudova sa najrasprostranjenijim nadležnostima.³⁹ Slijedeći praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, i polazeći od sadržaja pojma zakona, koji je u smislu odredbi Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda utvrdio ovaj sud, Ustavni sud je počeo preispitivati ne samo odredbe zakona koje su u nису u saglasnosti sa Ustavom u formalnom i materijalnom smislu, nego i u slučajevima kad odredbe zakona ne zadovoljavaju određena svojstva i standarde u pogledu jasnoće i preciznosti, odnosno razumljivosti, izvjesnosti i predvidljivosti. Tako je Ustavni sud Srbije učinio sa odredbama Zakona o bezbjednosti saobraćaja na putevima (Odluka IUz-1503/2010); odredbama Zakona o radnim odnosima u državnim organima (Odluka IUz-299/2011); odredbama Zakona o sahranjivanju i grobljima (IUz-27/2009); odredbama Zakona o parničnom postupku (Odluka IUz-51/2012) i dr, kada je nakon sprovedene analize našao da osporene odredbe ovih zakona "zbog svoje nepreciznosti i nepotpunosti" nisu u "funkciji obezbjeđivanja vladavine prava", tj. "pravne jednakosti svih pred zakonom", ili "pak obezbjeđenja pravne sigurnosti", što ih "po ocjeni Ustavnog suda, čini nesaglasnim sa Ustavom".⁴⁰

Praksa Ustavnog suda Srbije sve više pokazuje da se Sud ne ograničava na to da garantuje poštivanje Ustava od strane javne vlasti, samo kroz preispitivanje njihovih akata, nego sve više teži ka tome da u svojim odlukama definiše šta Ustav i zakon jesu. Naime, vidna je tendencija smanjenja broja jednostavnih odluka Ustavnog suda, i pojava odluka u kojima Ustavni sud tumči i interpretira Ustav i osporeni zakon. U suštini, interpretativnim odlukama Sud daje takvo tumačenje osporene zakonske norme kojim normu dovodi u saglasnost sa Ustavom. Iz ovih odluka slijedi da bi svako drugačije tumačenje osporene norme zakona bilo protivno Ustavu. U izreci pojedinih odluka Ustavni sud izričito navodi da se odbija konstatacija neustavnosti "pod uslovima i ograničenjima koji su dati u obrazloženju odluke". To znači da se odlukom odbija utvrđivanje da je zakon nevustavan, ali sa

38 Navedni dokument dostupni na web stranici Ustavnog suda Srbije: <http://www.ustavni.sud.rs>

39 Ustavotvorac je Ustavnom sudu Srbije dodijelio slijedeće nadležnosti: prvo, da kao čuvar noramativnog poretka odlučuje o saglasnosti zakona i drugih općih akata sa ustavom, pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, o saglasosti međunarodnih ugovora sa ustavom, o saglasnosti drugih općih akata sa ustavom, o saglasnosti statuta i općih akata jedinica lokalne samouprave sa ustavom i zakonom, te saglasnosti općih akata organizacija kojima su povjerena javna ovlaštenja, političkih stranaka, udruženja građana i kolektivnih ugovora sa Ustavom i zakonom. Drugo, kao „konfliktni sud“, Ustavni sud riješava sukob nadležnosti između sudova i drugih državnih organa, kao i sukob nadležnosti između republičkih organa i pokrajinskih organa ili organa jedinica lokalne samouprave. Treće, odlučuje o izbornim sporovima za koje zakonom nije određena nadležnost redovnih sudova, te odlučuje o zabrani političkih stranaka, sindikalnih organizacija ili udruženja građana, te vrši i druge poslove određene Ustavom Srbije i zakonom. Četvrto, kao zaštitnik individualnih i kolektivnih ustavnih prava, Ustavni sud Srbije odlučuje i o ustavnim žalbama. Peto, odlučuje o razrješenju predsjednika Republike zbog povrede Ustava, te o žalbi sudije protiv odluke Visokog savjeta sudstva kojom je prestala njegova sudska funkcija.

40 Nenadić B: Ustavnosudska kontrola zakonodavne vlasti-prilog raspravi o sudskom aktivizmu, Pravni informator 12/2013, str. 6.

rezervom da se ima tumačiti onako kako ga je Ustavni sud protumačio, odnosno da je saglasan Ustavu, ali samo “pod uslovima i ograničenjima iz obrazloženja odluke Suda”. Tako u izreci Odluke o ocjeni ustavnosti odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine (IUz-353/2009), pored ostalog stoji, da se odbija predlog za utvrđivanje neustavnosti pojedinih odredaba Zakona, “ali pod uslovima i ograničenjima datim u obrazloženju ove odluke”, odnosno “uz tumačenje dato u obrazloženju ove odluke”.

Ovim se ukazuje na to da Ustavni sud u određenim momentima postaje pozitivni zakonodavac⁴¹. Ustavni sud Srbije je svojom praksom pokazao u proteklom periodu da je prevazišao klasične forme kontrole ustavnosti i zakonitosti, te se svrstao u trend ustavnosudskih organa koja sve više postaju „pozitivni“ zakonodavci (*positive legislators*).

5.4. Crna Gora

Nadležnosti, pokretanje postupak, sastav i dejstvo odluka Ustavnog suda utvrđene u odredbama 149-154. Ustava Crne Gore (“Službeni list Crne Gore”, br. 1/07)⁴², te Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore (Službeni list Crne Gore”, br. 11/15), te Poslovnikom o radu Ustavnog suda Crne Gore (“Službeni list Crne Gore”, br. 7/16).⁴³

Pravni osnov za aktivističko opredjeljenje Ustavnog suda Crne Gore, pored Ustava, nalazi se u Zakonu o Ustavnom sudu, koji ga utvrđuje kao čuvara Ustava jer jemči njegovo poštovanje i primjenu i pozicionira ga kao ustavno tijelo koje je nezavisno od svih grana državne vlasti.⁴⁴

Osnovni cilj Ustavnog suda Crne Gore u evolutivnoj ustavnoj interpretaciji zaštite načela vladavine prava u svakom pojedinom slučaju ispitivanja ustavnosti zakona kao i ustavnosti i zakonitosti drugih opštih i pojedinačnih akata, opravdava određeni nivo aktivizma u ustavnoj interpretaciji. Usklađivanjem svoje prakse s evolutivnom interpretacijom Konvencije i stavovima Evropskog suda, Ustavni

41 .Marinković T: Dejstvo odluka ustavnih sudova, Zbornik “Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Ustavni sud Republike Srbije, str.261

42 Ustavni sud Crne Gore odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima, o saglasnosti drugih propisa i općih akata sa Ustavom i zakonom, o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih parava i sloboda zagartovanih Ustavom, kao i o tome da li je predsjednik Crne Gore povrijedio Ustav. Kao „kompetecioni Sud“, nadležan je da odlučuje o skukobima nadležnosti između sudova i drugih državnih tijela, između državnih tijela i jedinica lokalne samouprave međusobno, odlučuje o zabrani rada političkih stanaka i nevladinih organizacija, kao i o izbornim sporovima i sporovima u vezi sa referendumom koji nisu u nadležnosti drugih sudova, te saglasnosti mjera i radnji državnih organa sa Ustavom koje su poduzeli za vrijeme ratnog ili vanrednog stana. Utsvni sud Crne gore prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i o uočenim pojavama nesutavnosti i zakonitosti obavještava Skupštinu Crne Gore

43 Navedeni dokumenti dostupni na web stranici Ustavnog suda Crne Gore: <http://www.ustavnisud.me/ustavnisud/objava/blog/2/objava/24-propisi>

44 Šarinković H: Ustavnosudski aktivizam u Crnoj Gori, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2019. str. 75.

sud istovremeno, na osnovu njih edukuje sve adresate na koje se odnose njegove odluke i rješenja.⁴⁵

Ustav Crne Gore iz 2007. godine u članu 9. po prvi put izričito utvrđuje da su „potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka; da imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i da se neposredno primjenjuju, kad odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva”. To praktično Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda osigurava nadzakonski karakter.

Ustavni sud je u svom djelovanju postepeno počeo da prihvata specifična načela za interpretaciju ustava. Osnovu je našao u praksi Evropskog suda (načelo vladavine prava, načelo srazmjernosti, načelo slobodne procjene države, načelo zabrane diskriminacije), kao i u praksi Saveznog ustavnog suda Njemačke.⁴⁶ U Odluci U-I br. 15/12. i 17/12 od 2. oktobra 2012. godine o ustavnosti više odredaba Zakona o taksama na pristup određenim uslugama od opšteg interesa za upotrebu duhanskih proizvoda i elektro akustičnih uređaja,⁴⁷ Ustavni sud je obrazloženje zasnivao na ustavnoj argumentaciji u svjetlu pravnih standarda Evropskog suda i Saveznog ustavnog suda Njemačke. Obzirom na evolutivno tumačenje Evropskog suda za ljudska prava, doktrinu i pravna shvatanja je preuzeo i Ustavni sud Crne Gore u odlukama koje zasniva na praksi Evropskog suda za ljudska prava.⁴⁸

Neke od presuda Ustavnog suda Crne Gore u kojima je sud iskazao svoj aktivistički pristup su: U-III br. 183/17 od 12. maja 2017., odluka U-III br. 50/17 od 21. jun 2017, Odluka U- I br. 6/16 od 19. aprila 2016.⁴⁹

Kroz praksu Ustavnog suda Crne Gore jasno se vidi važnost djelovanja Evropskog suda za ljudska prava i njegove prakse. Također, može se zaključiti da kroz zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ustavno sudstvo je doista postavilo standard za aktivističko djelovanje, a sve u tih prava sloboda kao univerzalne vrijednosti svih ustavnih sistema.

45 Lopičić D: Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Zbornik radova sa međunarodne konferencije „Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Ustavni Sud BiH, Sarajevo, 2015, str. 175.

46 Lopičić D: op.cit, str. 172.

47 Službeni list Crne Gore”, br. 51/12

48 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa pripadajućim protokolima ne sadrži odredbe o sudskom aktivizmu, međutim Evropski sud za ljudska prava je kroz svoju praksu započeo evolutivno ili dinamičko tumačenje Konvencije, odno da primjenjuje sudski aktivizam. Tako Sud smatra da je Konvencija živi instrument koji se ... mora tumačiti u svjetlu uvjeta današnjice (predmet *Tyrer v. United Kingdom*, aplikacija br.. 5856/72, te da su prava koja granatuje praktična i učinkovita, a ne teorijska (predmet *Marckx v. Belgium*, aplikacija br. 6833/74). Neke od predmet u kojima se Evropski sud za ljudska prava poredijelo za aktivistički pristu su: *Soering v. United Kingdom*, aplikacija br.. 14038/88, *Christine Goodwin v. United Kingdom* aplikacija br. 28957/95. Više o ovom vidjeti: BOSSUYT M. B: Judicial activism in Europe: the case of the ECHR <http://archive.openeurope.org.uk/Content/Documents/speechmarcbossuytopeneuropese-pt2013.pdf>; P. Bačić: “Konstitucionalizam i sudski aktivizam”, Split, 2010. Praksa ECHR dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%7D>

49 Praksa Ustavnog suda Crne Gore dostupna na: <http://www.ustavnisud.me/ustavnisud/arhiva.php>

ZAKLJUČAK

Debate o sudskom aktivizmu i granicama ovlaštenja ustavnih sudova će se voditi sve dok te institucije postoje. Čak i kreator modernog ustavnog sudstva H. Kelsen nije mogao zamisliti da će njegova ideja ustavnog sudstva postati vodilja brojnim zemljama koje baštine centralizovani sistem ustavnog sudstva. U tome važnu ulogu imaju sudije ustavnih sudova čija pravna shvatanja i odluke mogu u određenim momentima prevazići sami okvir institucije koju predstavljaju. S tim u vezi, svaka država koja kroz svoje ustavno uređenje ima elemente ustavnog sudstva treba obezbijediti da na pozicije ustavnih sudija dolaze najobrazovaiji, najmoralniji i najbolji pravnici.

Položaj ustavnosudske vlasti u uporednim sistemima, kao i sama priroda ustavnog sudstva je već odavno prevazišla okvire redovnog sudstva. Međutim, veoma važno je da postoji „korektivni faktor“ u vidu ustavnog sudstva koji će štiteći ustav omogućiti vladavinu prava, poštivanje ustavnosti i zakonitosti, i ono što je najvažnije zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Može se zaključiti da je ustavno sudstvo na svojevrsan način postalo zaštitnik opštih demokratskih načela i konstitucionalizma.

Literatura

1. Arlović M: Ustavnosudski aktivizam i eurposki pravni standardi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu br. 1/2014.
2. Bačić A.; O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, Politička misao, 2/2008.
3. Bačić P: Suvremeni konstitucionalizam i nove podjela vlasti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu br.46, Split, 2009.
4. Barak A; The judge in a democracy, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2006.
5. Brewer-Carías R.A.: Presentation of Geneeral report of constitutional courts as positive legislators in comparative law, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, 2010.
6. Bustamante T, Bustamante Ede G: BRAZIL-Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.
7. Cristopher W: Judicial activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?, Oxford 1997.
8. Đorđević J: Ustavno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986.
9. Izabrane odluke Saveznog ustavnog suda Njemačke, KAS, 2009.,
10. Kelsen H:La Garantie Juridictionnel le de la Constitution, 1928.
11. Kmiec D.K.: The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”,

Californila law reviw vol 42., Inc. California Law Review, 2004.

12. Lopičić D: Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Zbornik radova sa međunarodne konferencije „Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Ustavni Sud BiH, Sarajevo, 2015.

13. Lukić R: ustavnost i zakonitost, Beograd, 1966.

14. Marinković T: Dejstvo odluka ustavnih sudova, Zbornik “Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava, Ustavni sud Republike Srbije, str.261

15. Mathieu B: FRANCE- Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.

16. Morelli S: COLOMBIA. Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.

17. Nenadić B.: Ustavnosudska kontrola zakonodavane vlasti-prilog o raspravi o sudskom aktivizmu, Pravni informator br.12/2013.

18. Nenadić B: Ustavnosudska kontrola zakonodavne vlasti-prilog raspravi o sudskom aktivizmu, Pravni informator 12/2013.

19. Parodi G: ITALY- Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.

20. Ribičić Č :Inovativne odluke Ustavnog Suda Slovenije/ Innovative Decisions of the Constitutional Court of Slovenia. Pravni Vijesnik, God. 32, br. 3-4, Osijek, 2016.

21. Salman R: judicial activism or self-restraint: some insight into the Indonesian constitutional court, Yuridika vol 33, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2018.

22. Seeman N., taking judicial activism seriously, Fraser Forum, 2003.

23. Smerdel, B., Ustavno uređenje europske Hrvatske, N.Novine, Zagreb, 2013.

24. Smithey S.I., Ishiyama j: Judicial Activism in Post-Communist Politics. – Law and Society Review, 2002.

25. Sovdat J: Suski aktivizam u praski Ustavnog suda Slovenije, Zbornik radova sa međunarodne konferencije „Ustavni sud između negativnog zakonodavca i pozitivnog aktivizma, Ustavni Sud BiH, Sarajevo, 2015.

26. Stone Sweet A., Governing with Judges, Oxford University Press Inc, New York, 2002.

27. Svák J, Berdisová L, Brewer-Carías AR: SLOVAK REPUBLIC- Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. Cambridge: Cambridge University Press; 2011.

28. Šarinković H: Ustavnosudski aktivizam u Crnoj Gori, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2019.

29. Vučić O., Petrov V., Simović D: Ustavni sudovi bivših jugolasvenskih republika, Dosije studio, Beograd, 2010.

Internet izvori:

<https://www.echr.coe.int>

<http://www.ustavni.sud.rs/>

<http://www.ustavnisud.me/ustavnisud/index.php>

<https://hrcak.srce.hr/>

<https://www.ccbh.ba>

<https://www.jstor.org>

<https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>

<https://www.us-rs.s>

<https://www.usud.hr>

Pravni akti:

Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst, br. 85/10)

Ustav Republike Srbije (Službeni glasnik RS» br. 98/2006)

Ustav Crne Gore (“Službeni list Crne Gore”, br. 1/07)

Ustav Slovenije („Službeni glasnik RS“ br. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, i 47/13)

Praksa ustavnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava

MODERN TRENDS OF JUDICIAL ACTIVISM

Abstract: According to comparative legal solutions from the constitutional judiciary, it can be seen that the dominant roles of the constitutional judiciary are in the form of control of constitutionality and legality, and protection of human rights and freedoms. Thus, the final word on the interpretation of the constitution is the decision of a particular constitutional court, which must adequately respond to any violation of the constitution, regardless of whether the breach was caused by legislative, executive or judicial power.

In the context of modern constitutional democracy, the role of the constitutional court is constantly reformed in the sense that it is no longer merely an abuser of abstract control, but also a court that citizens turn to to protect their rights. Also, the constitutional courts are no longer just “negative legislators” but also “positive legislators” or creators of general legal norms.

Through this paper, on the basis of comparative solutions, we will point out the contemporary activist approach of the constitutional courts in modern democracies, as well as the practice of the constitutional courts of the countries of our region.

Keywords: constitutional judiciary, judicial activism, positive legislator

BESPLATNA PRAVNA POMOĆI U GRAĐANSKIM PREDMETIMA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVNOM SISTEMU, SA OSVRTOM NA EVROPSKO I UPOREDNO PRAVO

Sažetak: Pravo na besplatnu pravnu pomoć je jedno od najvažnijih aspekata ljudskog prava - prava na pravično suđenje, odnosno u širem kontekstu prava na pristup pravosuđu. Ono se štiti garancijama sadržanim u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i slobodama, te u direktivama, preporukama kao i u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Pravo na besplatnu pravnu pomoć je garantirano u Ustavu Bosne i Hercegovine, te pojedinim zakonskim odredbama, kao što su zakoni o parničnom postupku, zakoni o advokaturi, te zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći.

U radu se obrađuje institut besplatne pravne pomoći, kroz prizmu njegove regulacije u međunarodnim pravnim izvorima, pravnom sistemu u Bosni i Hercegovini sa odgovarajućim prijedlozima de lege ferenda.

Ključne riječi: besplatna pravna pomoć, pravo na pristup sudu, pravo na pravično suđenje, međunarodni pravni izvori, zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći u BiH

1. Općenito o pravu na besplatnu pravnu pomoć

Pravo na besplatnu pravnu pomoć je jedno od osnovnih ljudskih prava,¹ te podrazumijeva pravo svakog građanina na jednak pristup pravdi, što je u širem kontekstu dio kompleksnog prava na pošteno suđenje.² U samoj osnovi prava na

1 Zemlje zapadne Evrope tradicionalno se smatraju kolijevkom pojma "pravna pomoć".

Detaljnije o pravnim uređenjima pružanja besplatne pravne pomoći u zapadnoeuropskim zemljama: Sepi, R., "Pravna pomoć u zemljama zapadne Evrope - usporednopravni pregled", Pravna pomoć, Beograd, 2007., str. 107 - 222.

2 Prema današnjem stanju prakse Suda u Strasbourgu, a uzimajući u obzir sistematiku iz suvremenih komentara i doktrinarnih tumačenja Evropske konvencije, mogu se navesti sljedeći elementi ili aspekti prava na pošteno (pravično, fair) suđenje: pravo na pristup sudu (access to court), pravo na pravnu pomoć (legal aid and advice), pravo na procesnu ravnopravnost (equality of arms, "jednakost oružja"); pravo na javno i kontradiktorno suđenje (public hearing); pravo na saslušanje (fair hearing); pravo na dokaz (rights to proof); pravo na javnu objavu presuda (public pronouncement of judgments); pravo na sud ustanovljen zakonom (tribunal established by law); pravo na neovisnost i nepristranost u suđenju (impartiality and independence); pravo na suđenje u razumnom roku (reasonable time); pravo na učinkovito izvršenje presuda (effective enforcement); zabrana arbitrarnog postupanja (arbitrariness) i pravo na pravnu sigurnost (legal certainty)". Tako: Uzelac, A. "Hrvatsko procesno pravo i jam-

pravično suđenje nalazi se pravo na pristup sudu iz razloga što sva ostala procesna ljudska prava mogu biti ostvarena tek kada subjekti prava pristupe sudu i zatraže sudsku zaštitu.

Ostvarivanjem prava na besplatnu pravnu pomoć, ogleda se jednakost svih građana pred sudom. Postojanje pravosudnog sistema i slobodan pristup pravosudnom sistemu su osnovni uslovi za efikasno ostvarivanje prava, s tim što korištenje institucija državnog aparata pred korisnika postavlja i finansijske zahtjeve što implicira stvaranje obaveza plaćanja troškova postupka.³

Kako bi se izbjeglo da samo oni koji raspolažu finansijskim sredstvima mogu pokrenuti i voditi postupke, pravni sistemi građanima koji nemaju novčanih sredstva nude pomoć u pokriću nastalih troškova. Sistem pružanja pravne pomoći u sebi obuhvata ne samo pravo na pomoć, odnosno plaćanje troškova pravnog zastupanja u raznim vrstama sudskih i drugih postupaka, već i pravo na primjerenu informaciju i pravni savjet. Konceptualno, besplatna pravna pomoć obuhvaća ne samo snošenje troškova pravnog zastupanja, već i pravo na pomoć u pogledu drugih vrsta troškova, kao što su sudske takse, troškovi izvođenja dokaza (posebno troškovi vještaka), troškovi prijevoda i drugi troškovi nužni za ostvarenje pravne zaštite, kao i posebne vrste predujmova (npr. tzv. aktorska kaucija – polaganje iznosa za osiguranje troškova postupka).⁴ Isto tako, sistem pravne pomoći obuhvata ne samo slučajeve u kojima su učesnici u postupku potpuno onemogućeni da plate troškove postupka, već i one slučajeve u kojima je osoba u mogućnosti da djelomično snosi te troškove, ali ne i sve izdatke koji nastaju u toku postupka, a u povodu ostvarenja prava na pravnu zaštitu.

Pravo na besplatnu pravnu pomoć se može posmatrati i kroz prizmu pravne prirode parničnog postupka, kao dvostranački organizovanog postupka, što pretpostavlja ravnopravnu poziciju oba procesna subjekta. Parnične stranke imaju pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu pravnu zaštitu, zbog čega se ideja o ravnopravnoj poziciji stranaka u postupku ogleda, između ostalog i kroz besplatnu pravnu pomoć. Jednaka pravda je jedan od osnovnih elemenata vladavine prava, najsvetlija tačka svakog demokratskog društva. Ključni aspekt ostvarivanja jednake pravde za sve građane ogleda se u pristupu toj istoj pravdi.

Iako je sistem besplatne pravne pomoći zastupljen u svim pravnim sistemima, ipak postoje stanovite razlike. One su nastale između ostalog i kao rezultat različitog poimanja besplatne pravne pomoći kao siromaškog ili ljudskog prava?

stvo pravičnog postupka iz Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement: Spomenica prof. dr. Đuri Vukoviću, 1998., str. 1005-1030.

3 Maršić, M: “Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)”, Pravnik, vol. 40., 2006., br. 1, str. 127.(dalje: MARŠIĆ)

4 Uzelac, A.: Analiza stanja u RH i sažetak teza o mogućim pravcima projekta (nacrt) str. 2.

2. Međunarodni pravni izvori prava na besplatnu pravnu pomoć

Pravo na besplatnu pravnu pomoć propisano je Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu Evropska konvencija) donijetim od strane Vijeća Evrope 1950. godine, sa pratećim protokolima.⁵ Evropska konvencija je najvažniji ugovor kojim se reguliše pravo na besplatnu pravnu pomoć. Vijeće Evrope je u pravcu regulisanja besplatne pravne pomoći donijelo i čitav niz rezolucija i preporuka.⁶

Članom 6. stav 3. Evropske konvencije je predviđeno da svako ko je optužen za krivično djelo ima slijedeća minimalna prava: a) da u najkraćem mogućem roku, posebno i na jeziku koji razumije, bude obaviješten o prirodi i razlozima za optužbu protiv njega; b) da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane; c) da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtijevaju; d) da ispituje svjedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbijedi prisustvo i saslušanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svjedoče protiv njega; e) da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu. Iz ovog člana Evropske konvencije proizilazi da se pravo na besplatnu pravnu pomoć advokata izričito predviđa samo za optužene, ako to nalažu interesi pravde i materijalni status optuženog.

Kako pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima Konvencijom nije izričito garantirano, to se kao poseban izvor prava za građanske postupke primjenjuje odluka Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Airey protiv Irske.⁷ U slučaju Airey Sud je ocijenio da postoji povreda čl. 6. Konvencije

5 Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama ("Službeni glasnik BiH", br. 6/99) (engl. *European Convention on Human Rights*, franc. *la Convention europeenne des Droits de l'Homme*) je pravni akt Savjeta Evrope (1949) o zaštiti sloboda i prava, donijet u Rimu u Italiji, 4. novembra 1950. godine. Originalna verzija, sastavljena na engleskom i francuskom jeziku i objavljena pod nazivom Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine.

6 Rezolucija 76 (5) o pravnoj pomoći u građanskim, trgovačkim i upravnim stvarima kojom se preporučuje da države odobravaju besplatnu pravnu pomoć svim građanima država članica i svim stanovnicima na istoj osnovi kao i vlastitim građanima; Rezolucija 78 (8) o pravnoj pomoći i savjetima u kojoj je definisano da treba otkloniti ekonomske prepreke u pravnim postupcima, te da će tom cilju doprinijeti i odgovarajući sistem pružanja besplatne pravne pomoći; Preporuka br. R (93) 1 o djelotvornom pristupu zakonu i pravdi za vrlo siromašne; Preporuka (2000) 21 o slobodi obavljanja advokatske profesije sadrži preporuku da države trebaju poticati advokate na pružanje pravne pomoći osobama slabog imovnog stanja, te osigurati dostupnost djelotvornih pravnih usluga, posebno ako se radi o osobama kojima je uskraćena sloboda; Preporuka (2001) 3 o pružanju pravosudnih i ostalih pravnih usluga građanima upotrebom novih tehnologija. Tekst preporuka i rezolucija dostupan na: <http://conventions.coe.int>

7 Presuda Suda Airey protiv Irske od 9. 10. 1979. Izvod iz sudske prakse Evropskog Suda za ljudska prava Vijeća Evrope, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2001, str. 468 – 470. Cijeli tekst odluke je dostupan na <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/8314>, kao Izvod iz sudske prakse Evropskog Suda za ljudska prava Vijeća Evrope, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 2001, str. 468 – 470.

(pravo svakog da nezavisan i nepristrasan sud, pravično, javno i u razumnom roku odluči o pravima i obavezama građanske prirode) ako su troškovi postupka takvi da sprečavaju efikasnu zaštitu prava pred nacionalnim sudovima. Postulacionu sposobnost⁸ stranaka Evropski sud za ljudska prava (dalje Evropski sud) nije smatrao odlučujućom činjenicom. Obaveza je država članica, da osiguraju besplatnu pravnu pomoć uvijek kada je to neophodno za učinkovitu zaštitu građanskih prava i obaveza, neovisno o mogućnosti stranke da se sama zastupa. Pored toga, a cijeneći da je u konkretnom slučaju postojala složena procedura i pravna pitanja koja se u ovom slučaju postavljaju, kao i neophodna dokazna sredstva i emotivna osjetljivost bračnih sporova, Evropski sud je zaključio da mogućnost da gđa Airey sama sebe zastupa pred Višim sudom nije predstavljala djelotvoran pravni lijek. U svjetlu svih okolnosti ovog slučaja, Evropski sud je zaključio da gđa Airey nije garantovano djelotvorno pravo na pristup Višem sudu i da je stoga član 6., stav 1. povrijeđen, kao i član 14. Konvencije (postojanje diskriminacije s obzirom na imovinski status).

Na ovaj način je pravo na besplatnu pravnu pomoć (za one koji pravnu pomoć ne mogu osigurati sami) u praksi Suda prošireno i na sporove građanske prirode, ako je zbog nedostatka pravne pomoći osoba bitno ograničena u sposobnosti da djelotvorno brani svoje pravo i interese.⁹ Ova Odluka postavlja presedan¹⁰ koji je obavezao vlade da obezbijede pravnu pomoć kada je to potrebno, uzimajući u obzir sljedeće kriterije: značaj predmeta za pojedinca (podnosilac predstavke) složenost predmeta, sposobnost pojedinca da se sam zastupa, troškovi i

8 Postulaciona sposobnost je svojstvo određene parnično sposobne osobe da može sama bez punomoćnika neposredno poduzimati parnične radnje pred sudom sa procesnopravnim učinkom. Modul 2 Građanska oblast Visoko sudske i tužilačko vijeće BiH, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca, 2009, str. 15.

9 Osim navedene odluke Suda, kao poseban međunarodni pravni izvor primijenjuju se i sljedeće sudske odluke: opća obaveza država potpisnica da osiguraju pravo jednakosti podnosioca pred zakonom – *Artico v. Italy* (od 13.5.1980., Serije A, br. 37); obaveza podnosioca zahtjeva za besplatnu pravnu pomoć da se samo pozove na nedostatak materijalnih sredstava bez obaveze dokazivanja izvan svake sumnje – *Pakelli v. Federal Republic of Germany* (od 24.4.1983., Serije A, br. 64); postojanje povrede prava na besplatnu pravnu pomoć u slučaju kada advokatu koji je imenovan po službenoj dužnosti nije osigurano dovoljno vremena za pripremu – *Goddi v. Italy* (od 9.4.1983., Serije A, br. 76); obaveza država potpisnica da osiguraju besplatnu pravnu pomoć u svim stepenima postupka – *Granger v. U.K.* (od 28.3.1990., Serije A, br. 174) i *Boner v. U.K.* (28.10.1994., Serije A, br. 300-B); zahtjev države za povrat već odobrenih sredstava, utrošenih za branitelja po službenoj dužnosti ne predstavlja povredu prava na besplatnu pravnu pomoć – *Croissant v. Germany* (od 25.9.1992., Serije A, br. 237-B). Tako i detaljnije: Kauzlarić, Ž., *Besplatna pravna pomoć, Pravo u gospodarstvu*, časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu, Hrvatski savez udruge pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2006, str. 403; <http://echr.coe.int/echr> (preuzeto 6.4.2015. godine) - citirano prema Huseinbegović, A., “Besplatna pravna pomoć u građanskim stvarima u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine”, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa Dani porodičnog prava, Pravna sredstva za smanjenje siromaštva djece, održan 27.-28. marta 2015. godine, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, str. 203.

10 Presuda Suda Airey protiv Irske, kao presedan je utvrdila principe, koji se u stručnoj literaturi nazivaju “Airey principi”

moгуćnost podnosioca da ih snosi.¹¹ Odluka suda u slučaju Airey se i danas smatra prekretnicom i posebnim izvorom prava u odnosu na besplatnu pravnu pomoć u građanskim stvarima.¹²

Zbog važnosti pitanja besplatne pravne pomoći treba naglasiti da pored Evropske konvencije i Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, Haška konvencija o građanskom postupku (1954.),¹³ kao i Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (1980.),¹⁴ se također bave pitanjem osiguranja besplatne pravne pomoći.¹⁵ Konvencija o pravima djeteta (1989.)¹⁶ garantuje pravo na posebnu zaštitu i pomoć države djetetu trajno lišenom porodične sredine, kao i mjere koje treba da preduzme vlast radi zaštite djeteta u sudskim i drugim postupcima. Za razliku od Deklaracije o pravima djeteta (1959.)¹⁷ koja se zasniva na moralnim načelima, Konvencija o pravima djeteta je izvorni pravni akt koji ima snagu zakona, te uključuje pravo nadziranja primjene u državama koje su je prihvatile i ratifikovale.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, sa pripadajućim međunarodnim protokolima, također predviđa da su svi jednaki pred sudovima i da svako ima pravo na zakonom određen nadležan, nezavisan i nepristrasan sud.¹⁸

11 Uzelać, A., Komentari na nacrt Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći u Republici Srbiji, Savjet Evrope, Generalni sekretarijat, direktora za ljudska prava i pravne poslove, 2012, str. 4.

12 Jelinić, Z., Knol Radoja, K. (eds), „Analiza hrvatskog sustava besplatne pravne pomoći u građanskim stvarima u svjetlu dosadašnje prakse Europskog suda za ljudska prava“, Pravni vijesnik časopis za pravne i društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku god.30.,br.2., Osijek, 2014., str.189.

13 Haška konvencija o građanskom postupku, („Službeni list bivše FNRJ”, br 6/62) Konvencija o građanskom postupku (Convention on Civil Procedure, Hag, 01.03.1954. godine, stupila na snagu 12.04.1957. godine, BiH članica temeljem sukcesije; tekst objavljen „Službeni list FNRJ“ Dodatak broj: 06/62);

14 Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima, („Službeni list bivše SFRJ”, br. 4/1988) Prema podacima od 27. aprila 2000., konvenciju su ratificirale slijedeće države: Austrija, Belgija, Danska, Finska, Francuska, Italija, Japan, Kina (samo Macao), Luksemburg, Holandija, Norveška, Njemačka, Portugal, Španija, Švedska i Švicarska. Prema podacima od 27. aprila 2000., konvenciji su pristupile slijedeće države: Argentina, Armenija, Bjelarusija, Bosna i Hercegovina, Češka, Egipat, Hrvatska, Izrael, Kirgistan, Latvija, Liban, Mađarska, Makedonija, Maroko, Moldova, Poljska, Rumunija, Rusija, Slovačka, Slovenija, Surinam, Sveta Stolica, Turska, Ukrajina i Uzbekistan.

15 Haška konvencija o građanskom postupku garantuje jednakost u ostvarivanju prava na besplatnu pravnu pomoć strancima i domaćim državljanima. Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim i trgovačkim predmetima proširuje i na osobe s redovnim boravištem u jednoj od država ugovornica

16 Konvencija o pravima djeteta je međunarodni dokument, usvojen na Glavnoj skupštini Ujedinjenih nacija 20. novembra 1989. godine, a sadrži univerzalne standarde koje država stranka Konvencije (tj. koja ju je potpisala i ratificirala) mora garantovati svakom djetetu. Konvencija je ratificirana u Bosni i Hercegovini i sastavni je dio Aneksa I Ustava BiH – Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH

17 Deklaracija o pravima djeteta je usvojena 20. novembra 1959. godine na Generalnoj skupštini UN-a. Dan 20. novembar se obilježava kao svjetski dan djeteta.

18 čl. 14. (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (Usvojen na skupštini Ujedinjenih naroda 16. 12. 1966. godine – rezolucija br. 2200 A/XXI, a stupio na snagu 23. 3.

Konkretno, po pitanju prava na besplatnu pravnu pomoć, paktom je predviđeno da svako ima pravo da bude prisutan na suđenju i da se brani sam ili uz pomoć pravnog zastupnika po svom izboru, ako nema pravnog zastupnika, da bude upoznat o svom pravu da ga ima i kad god to interes pravde zahtijeva, da mu se postavi branilac po službenoj dužnosti, bez plaćanja troškova ako nema dovoljno sredstava da ga plati.¹⁹

Prema član 47. Povelje o osnovnim pravima EU: “Svako čija su prava i slobode garantovani pravom Unije povrijeđeni ima pravo na učinkovit pravni lijek pred sudom, u skladu s uslovima utvrđenim ovim članom. Svako ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni nezavisni i nepristrasni sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svako ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan. Pravna pomoć osigurava se za lica koje nemaju dostatna sredstva, u mjeri u kojoj je takva pomoć potrebna za osiguravanje učinkovitog pristupa pravosuđu”.²⁰

Evropski sporazum o dostavljanju molbi za pravnu pomoć (1977.) propisuje da svaki pojedinac koji ima boravište na teritoriji jedne od zemalja potpisnica, a koji želi predati zahtjev za pravnu pomoć u građanskim, privrednim ili upravnim postupcima na teritoriji druge države potpisnice, može predati zahtjev u zemlji u kojoj boravi, a obaveza je te zemlje da zahtjev proslijedi onoj državi u kojoj se pravo ostvaruje.²¹

Pored navedenih dokumenata i Konvencija o međunarodnom pristupu pravdi (1980.), predviđa dostavu zahtjeva za pravnu pomoć između država potpisnica. Ova konvencija predviđa da državljani i građani s boravištem u zemlji koja je potpisnica Konvencije imaju pravo na pravnu pomoć u drugoj državi potpisnici pod istim uslovima kao da imaju boravište u toj zemlji.²²

Od obavezujućih međunarodnih dokumenata koji regulišu pravo na besplatnu pravnu pomoć izdvajaju se Direktiva²³ o unaprjeđenju pristupa pravosuđu u prekograničnim sporovima utvrđivanjem minimalnih zajedničkih pravila o pravnoj

1976. godine, dalje: Pakt). SFRJ je ratifikovala Pakt zakonom od 30. 1. 1971. godine („Službeni list SFRJ“, br. 7/1971). Uz Pakt su usvojena i dva protokola i to: Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 23. 3. 1976. godine i Drugi opcioni protokol koji je stupio na snagu 11. 7. 1991. godine. SFRJ je oba protokola ratifikovala 2001. godine (“Službeni list SRJ“- Međunarodni ugovori, br. 4/2001).

19 Član 14. stav 3. tačka d) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

20 Povelja o osnovnim pravima EU (Charter of Fundamental Rights of the European Union) 2007/C 303/01 (Službeni list Evropske unije C 202/389)

21 Evropski sporazum o dostavljanju molbi za pravnu pomoć od 27. januara 1977. godine (“Sl. glasnik BiH”, br. 1/09 – međunarodni ugovori).

22 Ovu konvenciju nisu ratificirale sve članice Evropske unije. Bosna i Hercegovina je preuzela ovu konvenciju 1993. godine

23 Direktiva je zakonodavni akt kojim se utvrđuje cilj koji sve države članice EU-a moraju ostvariti. Međutim, svaka država samostalno odlučuje o načinu na koji će ostvariti taj cilj. https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_hr

pomoći u takvim sporovima²⁴ i Direktiva o prekograničnoj pravnoj pomoći, koja reguliše zajednička pravila o pravnoj pomoći u prekograničnim sporovima.²⁵

Organi Vijeća Evrope i Evropske unije, starajući se da pravo na pravnu pomoć dobije što čvršću strukturu, preduzeli su niz mjera i donijeli čitav niz akata i drugih međunarodnih pravnih dokumenata o ljudskim pravima, koji određuju obaveze pružanja besplatne pravne pomoći od strane državnih organa osobama koja se nađu na njenoj teritoriji (tražioci azila, izbjeglice, žrtve trgovine ljudima, lica pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom i dr.).²⁶

U međunarodnim dokumentima postoji saglasnost da su države potpisnice u obavezi da omoguće pružanje pravne pomoći, ali pitanje pružanja pravne pomoći, odnosno način pružanja pravne pomoći, ovim dokumentima nije regulisan. Pored navedenih dokumenta, donesen je i veliki broj rezolucija i preporuka Vijeća Evrope koje nemaju pravno obavezujući karakter, ali imaju važan politički i pravni uticaj, trasirajući put kojim bi države članice trebalo da se kreću.²⁷

Tako je Rezolucijom (76) 5²⁸ o pravnoj pomoći u građanskim, privrednim i upravnim stvarima Vijeća Evrope iskazana potreba za usklađivanjem tretmana stranih i domaćih državljana u dobijanju pravne pomoći, po principu reciprociteta.²⁹ Principima Rezolucije R (78) 8³⁰ o pružanju pravne pomoći i savjeta, obezbjeđuje se pravo na pristup sudu, kao pravo jednako za sve, koje se odnosi na građanske i krivične postupke. Važnost jednakosti u pristupu sudu je posebno istaknuta kada su u pitanju ekonomsko i socijalno stanje, koje može sprečiti pojedince u ostvarivanju i zaštiti svojih prava pred sudom, tako da pravna pomoć igra u tom slučaju značajnu ulogu. U navedenim dokumentima se posebno ističe važnost pružanja pravne pomoći siromašnim slojevima stanovništva, a glavna uloga je data državi da kroz odgovarajući zakonodavni okvir olakša dobijanje pravne

24 Direktiva Vijeća Evrope 2003/8/EZ od 27. januara 2003. godine

25 Direktiva OJ L 26/41

26 Npr. Haška Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu od 20. juna 1956. godine (objavljena u Sl. listu SFRJ – međunarodni ugovori br. 2/1960) Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece od 25. oktobra 1980. godine (objavljena u Sl. listu SFRJ – Međunarodni ugovori br. 7/91)

27 Preporuka nije obvezujuća. Kad je Komisija uputila preporuku pravosudnim tijelima država EU-a da se češće koriste video konferencijama radi bolje prekogranične saradnje u području pravosuđa, ta preporuka nije imala nikakvih pravnih posljedica. Preporukom se institucijama omogućuje da iznesu svoja stajališta i predlože način djelovanja, a da pritom ne nameću nikakve pravne obaveze onima kojima je upute. https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_hr

28 Rezolucija Komiteta ministara br. (76) 5 o pravnoj pomoći u građanskim, privrednim i upravnim postupcima (Resolution (76) 5 on legal aid in civil, commercial and administrative matters), usvojena 18.02.1976. godine, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>

29 Reciprocitet ili uzajamnost je odnos između dvije države po kome svaka od njih garantuje i daje određeni pravni tretman državljanima druge države ili priznaje prava koja su nastala pod dejstvom zakona te druge države, ukoliko i ova tako postupa sa njenim državljanima i sa pravima nastalim pod njenim zakonima. <https://vasadvokat.com>

30 Rezolucija (78) 8 o pravnoj pomoći i savjetovanju (Resolution (78) 8 on legal aid and advice), usvojena 02.03.1978. godine, vidjeti na zvaničnom sajtu Vijeća Evrope <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>

pomoći, kroz pojednostavljenu proceduru, sa što širim spektrom postupaka i lica na koje se odnosi besplatna pravna pomoć.

Legislativa na nivou Evropske unije koja reguliše aspekte garancija prava na besplatnu pravnu pomoć posebnu pažnju daje i osobama, odnosno organizacijama za pružanje besplatne pravne pomoći. Tako je Komitet ministara Vijeća Evrope donio Preporuku P (2000) 21³¹ o slobodi obavljanja advokatske djelatnosti, kojom se preporučuje da pravne usluge pružaju nezavisni advokati, koje u isto vrijeme treba podsticati na pružanje pravne pomoći osobama u ekonomski lošem položaju, uključujući nevladine organizacije i advokatske komore. Povelja Evropske unije o osnovnim pravima (2002.), član 47. st. 3, odnosno nacrt Ustava Evrope gl. VI, čl. II 107, st. 3 takođe garantuje pravnu pomoć kada je ona potrebna da bi se obezbijedio djelotvoran pristup pravdi. Suština navedenih dokumenata jeste stvaranje što funkcionalnijeg pravosuđa, posebno stvaranjem uslova za uklanjanje finansijskih barijera za građane, koji nemaju dovoljno sredstava da svoja prava i interese zaštite pred sudom ili drugim državnim organima.

3. Pravni i institucionalni okvir besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini

Omogućavanje besplatne pravne pomoći građanima je obaveza države. Obzirom da je ostavljeno nacionalnim pravnim sistemima na slobodu na koji način ispuniti svoju obavezu, to je način regulisanja pitanja pravne pomoći u uporednom pravu država potpisnica Evropske konvencije raznolik. Ustavom BiH,³² su predviđene garancije za pravo na besplatnu pravnu pomoć.

Ustav Bosne i Hercegovine u članu II. propisuje da prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.³³

Na ovaj način je univerzalni karakter prava na pravično suđenje, a samim tim i prava na savjetovanje, odbranu i zastupanje, kroz koje se garantira i pravo na besplatnu pravnu pomoć dobilo svoj nacionalni karakter u Ustavu Bosne i Hercegovine, kroz odredbu člana II tačka e).³⁴

31 Preporuka (2000) 21 Komiteta ministara Vijeća Evrope o slobodi obavljanja advokatske profesije (Recommendation No. R(2000) 21 of Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer), usvojena 25.10.2000. godine, vidjeti na zvaničnom sajtu Vijeća Evrope, <https://wcd.coe.int/com.instranet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533749&SecMode=1&DocId=370286&Usage=2>

32 Član II Ljudska prava i osnovne slobode Ustava Bosne i Hercegovine koji je sastavni dio Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, poznatijeg pod nazivom Daytonski mirovni sporazum, koji je parafiran 22. novembra 1995. godine u američkom gradu Daytonu, a potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu. Sporazum je značio završetak ratnih sukoba i donošenje ovog ustava.

33 Član II stav 2. Ustava BiH – Ljudska prava

34 Čl. II. st. 3. Ustava BiH propisuje da sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode što uključuje: pravo na život, pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju niti nečovječnom

Ustavna obaveza koja se odnosi na pružanje pravne pomoći dodatno je priznata u Strategiji reforme sektora pravde (SRSP) za BiH, koja napominje da „nedostatak sveobuhvatnog sistema pravne pomoći za krivične i građanske slučajeve mora biti otklonjen kako bi se osiguralo da ekonomski status ne sprečava građane da ostvaruju svoja prava pred zakonom.³⁵ Kao ljudsko pravo („svakome ... se jemči pravo na pravnu pomoć“), ono pripada svakome, bez obzira na bilo kakvo lično svojstvo (državljanstvo, nacionalnu pripadnost, itd.).

Uspostava jedinstvenog sistema besplatne pravne pomoći se pokazala posebno značajnom s obzirom na visoku stopu siromašnog stanovništva u Bosni i Hercegovini.³⁶ Zbog postojanja zasebnih zakonodavnih okvira, provođenju pravde se ne pristupa jednako. Ovo posebno iz razloga što postoji čitav niz drugih zakona kojima se na određeni način omogućava pravo na besplatnu pravnu pomoć, kojima se uređuje ostvarivanje prava građana u sudskim i upravnim postupcima.

Pored različitih zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, domaći zakoni o krivičnom postupku,³⁷ također priznaju pravo na besplatnu pravnu pomoć u Bosni i Hercegovini.

U građanskim predmetima, zakoni o parničnom postupku u BiH³⁸ propisuju da sud može osloboditi stranku od plaćanja troškova postupka ako je finansijska situacija stranke takva da bi plaćanje troškova postupka ugrozilo sposobnost stranke da podmiri svoje potrebe ili potrebe članova svoje porodice.³⁹ Oslobođenje od plaćanja troškova postupka uključuje i oslobođenje od plaćanja sudskih taksi,

ili ponižavajućem tretmanu ili kazni, pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti, ili na prisilnom ili obaveznom radu, pravo na ličnu slobodu i sigurnost, pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom, pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku, slobodu misli, savjesti i vjere, slobodu izražavanja, slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja sa drugima, pravo na brak i zasnivanje porodice, pravo na imovinu, pravo na obrazovanje, pravo na slobodu kretanja i prebivališta.

35 Ministarstvo pravde, “Strategija reforme sektora pravosuđa u Bosni i Hercegovini” 2008, dostupno online: <http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/projekti/Default.aspx?id=913>

36 Prema podacima iz 2016.godine u BiH ima 600.000 ljudi koji žive ispod granica siromaštva veliki broj njih ne može ostvariti slobodan pristup sudovima i platiti advokata, sasvim je sigurno da nisu u mogućnosti pravilno i efikasno zaštititi svoja prava - Pristup pravdi: Pružanje informacija, savjeta i besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini Asocijacija za demokratske inicijative (ADI) kao dio projekta “Trostruko A za građane: pristup informacijama, savjetima i aktivnoj pomoći <http://adi.org.ba/wp-content/uploads/2016/06/Finalna-BHS-verzija-18.11.2016.pdf>

37 Zakon o krivičnom postupku BiH (“Službeni list 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, 93/09), Zakon o krivičnom postupku Federaciji BiH, Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta,

38 Zakon o parničnom postupku pred sudom BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 26/04, 84/07, 58/13- dalje ZPP BiH), Zakon o parničnom postupku (“Službene novine Federacije BiH”, br. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15 – dalje ZPPFBiH), Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13- dalje ZPP RS), Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik BD BiH”, br. 28/18- dalje ZPP BD BiH)

39 Odredbe ZPP o oslobođanju plaćanja troškova postupka identične u zakonskim rješenjima u ZPPFBiH, ZPPRS i ZPPBDBiH,

dok je besplatni angažman advokata dio odvojene procedure za koju su nadležne službe za pružanje pravne pomoći. Iz ovog razloga, u parničnim postupcima u BiH besplatna pravna pomoć nije zagarantirana tokom cijelog procesa.

Sud može osloboditi stranku plaćanja svih troškova ili jednog dijela troškova postupka. Oslobađanje od plaćanja troškova postupka obuhvata oslobađanje od plaćanja taksa i oslobađanje od polaganja predujma za troškove svjedoka, vještaka, uviđaja, prevođenja i sudskih oglasa.⁴⁰

Prilikom donošenja odluke o oslobađanju od plaćanja troškova postupka sud će pažljivo ocijeniti sve okolnosti, a posebno će uzeti u obzir vrijednost predmeta spora, broj osoba koje stranka izdržava, i prihode koje imaju stranka i članovi njene porodice.⁴¹ Stranka je dužna da uz prijedlog podnese dokaz o imovinskom stanju, a kad je to potrebno sud može po službenoj dužnosti pribaviti potrebne podatke i obavještenja o imovinskom stanju stranke koja traži oslobodjenje, a može o tome saslušati i protivnu stranku.⁴² Predujam za troškove od čijeg je plaćanja stranka oslobođena isplatit će se iz sredstava suda.⁴³ Sud može, u toku postupka, ukinuti rješenje o oslobađanju od plaćanja troškova postupka ako ustanovi da je stranka u stanju da snosi troškove postupka. U tom slučaju, sud će odlučiti da li će stranka potpuno ili djelimično snositi i one troškove i takse od kojih je ranije bila oslobođena, a prvenstveno se trebaju nadoknaditi iznosi isplaćeni iz sredstava suda.⁴⁴

Iako postoje mišljenja da oslobodjenje od parničnih troškova predstavlja oblik pružanja pravne pomoći, to se ne može smatrati opšteprihvaćenim stavom, jer se prvenstveno radi o ekonomskoj pomoći ili socijalnim mjerama. Prije svega zbog socijalnih obzira nužno je na ovaj način i ekonomski slabijim strankama omogućiti ostvarivanje zaštite pred sudom. U suprotnom bi stranke slabijeg imovnog stanja bile prisiljene odustati od ostvarivanja svojih priznatih prava.⁴⁵

U stručnoj literaturi, utemeljenoj na nekim zakonskim rješenjima, pojavljuje se i jedna varijacija, a to je učešće korisnika u troškovima pravne pomoći sa mogućnošću otplaćivanja na rate.⁴⁶ Prema mišljenju nekih teoretičara, prebacivanje tereta i obaveze snošenja parničnih troškova na stranke predstavlja, s jedne strane, način nadoknade rashoda koje država ima u ostvarivanju sudske funkcije, a s druge, ova obaveza na strani stranaka ima i preventivnu funkciju, jer djeluje na

40 Član 400. stav 2. ZPPFBiH

41 Član 401. ZPPFBiH

42 Član 402. stav 2. i 3. ZPPFBiH

43 Član 403. ZPPFBiH

44 Član 404. ZPPFBiH

45 Čizmić, J., "O pružanju besplatne pravne pomoći", Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci v. 31, br. 1, 2010. Suppl., 389-444, str.415

46 Vodinelić, V., Pravna pomoć - u uporednom i našem pravu, sada i ubuduće, Pravna pomoć, Centar za unaprjeđenje pravnih studija, 2007, Beograd, str. 24. (dalje: VODINELIĆ op.cit.)

stranke da ne pokreću postupak nepromišljeno nego da nastoje mirnim putem rješavati svoje međusobne sporove.⁴⁷

„Siromaško pravo“ ne znači da parnični troškovi u konkretnom sudskom postupku neće nastati, niti da će nastali troškovi ostati neizmireni. Sa finansijskog aspekta besplatna pravna pomoć jeste besplatna za korisnika, ali ne i za državni budžet. Drugačije rečeno, besplatna pravna pomoć znači da korisnik ove pomoći neće snositi njen finansijski teret, već će to, umjesto njega, učiniti državni budžet. To subjektivno pravo, u procesnom smislu, obuhvata oslobađanje, konkretne, poimenično određene, stranke od dvije obaveze – plaćanja dospjelih sudskih taksi i prethodnog polaganja predjuma za troškove svjedoka, vještaka, uviđaja, prevođenja, sudskih oglasa i, uopće, troškova nastalih tokom ili povodom parnice. Tada se stranka može osloboditi od plaćanja svih tih troškova (potpuno besplatna pravna pomoć) ili samo jednog dijela tih troškova (djelimično besplatna pravna pomoć).⁴⁸

Usluga pružanja pravne pomoći je regulisana u uporednom pravu zemalja članica Savjeta Evrope na različite načine, tako da neki pravni sistemi štite advokatski monopol,⁴⁹ dok neki idu u drugu krajnost, dozvoljavajući svakom poslovno sposobnom licu da pruža ovu uslugu, kao i da vrši zastupanje.

Pored zakona koji u procesnom smislu regulišu pravo na besplatnu pravnu pomoć, i zakoni o advokaturi⁵⁰ sadrži odredbe koje se odnose na besplatnu pravnu pomoć, iako ovaj zakon ne predviđa izričitu obavezu advokata da zastupa *pro bono* kao što je to slučaj u nekim zemljama u okruženju.

Odredbom člana. 3. Zakona o advokaturi FBiH/RS propisano je da advokatska djelatnost pored ostalog, obuhvata: davanje pravnih savjeta, sastavljanje različitih podnesaka (tužbe, predstavke, zahtjevi, molbe, žalbe i sl), sastavljanje raznih isprava (ugovori, testamenti i sl), zastupanje stranaka u svim parničnim, upravnim i ostalim postupcima pred svim redovnim i drugim sudovima, drugim državnim organima, arbitražama te pravnim osobama, odbrana i zastupanje okrivljenog u krivičnom, prekršajnom i drugim postupcima u kojima se odlučuje o odgovornosti fizičkih i pravnih osoba i pružanje i drugih oblika pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama kako bi se zaštitili njihova prava i interesi. Međutim, Kodeks advokatske etike Federacije BiH⁵¹ kratko navodi obavezu advokata da besplatno

47 Čalija, B. - Omanović, S.,(eds) Građansko procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000., str. 236.

48 Član 337. stav. 2. ZPP BiH, član 400. stav. 2. ZPP FBiH i ZPP RS, član 133. stav 2. ZPPBD.

49 Obaveza da punomoćnik stranke bude advokat je zakonska odredba pravosudnih poredaka Portugala, Španije, Bugarske, Rumunije i Srbije - opširnije Vesna R. Vodinelić – Zakon o parničnom postupku, Pravni zapisi god. II, br.2/2011., Pravni fakultet Univerziteta Union str. 531.

50 Zakon o advokaturi Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, br. 40/02, 29/03 i 18/05 – dalje: ZAFBiH); Zakon o advokaturi Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 30/07 – dalje: ZARS); Zakon o advokaturi Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“, br. 104/19-dalje ZABDBiH).

51 Kodeks advokatske etike advokata Federacije BiH je usvojen na Skupštini Advokatske komore Federacije BiH 17.9.2005. godine. Kodeks etike advokata Advokatske komore Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 68/05) i advokati čije kancelarije imaju sjedište u Brčko

pruža pravnu pomoć socijalno ugroženim osobama „u skladu sa zakonom, a da je dužan preuzeti zastupanje socijalno ugroženih osoba samo onda kada to odredi nadležni organ Komore (u Republici Srpskoj na trošak Advokatske komore).⁵² Entitetski propisi o advokatskoj djelatnosti samo parcijalno i neobavezujuće regulišu institut besplatne pravne pomoći, čime se očito nastojalo zadovoljiti samo formalnu obvezu i cilj proklamacije prava na besplatnu pravnu pomoć. U prilog tome su i podaci o vrlo malom broju slučajeva u kojima su dodijeljeni advokati za pružanje besplatne pravne pomoći u pojedinačnim slučajevima.⁵³

Na osnovi brojnih studija i analiza vrlo često se literaturi ističe da advokati u praksi uglavnom odbijaju zahtjeve za besplatnom pravnom pomoći, navodeći da su preopterećeni poslom, jer se radi o sporovima male materijalne vrijednosti, iako su u predmetima male vrijednosti često prisutna značajna kršenja ljudskih prava. Advokat može uskratiti pružanje pravne pomoći kada vjeruje da takvu pomoć ne može sa uspjehom pružiti u odgovarajućem postupku, ako zahtjevi stranaka nisu realni, ako stranka neopravdano odbija ispuniti svoje materijalne obaveze prema prethodnom advokatu, ako je advokat bolestan ili iz drugih opravdanih razloga.⁵⁴

4. Zakoni o pružanju besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini postoji usvojen Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći.⁵⁵ Do 2016. godine kada su usvojene nove zakonske odredbe, ranije doneseni Zakon o pružanju pravne pomoći⁵⁶ nije stavljen van snage, ali je zbog svih okolnosti koje su nastale u dužem periodu nakon donošenja zakona, a posebno drugačijeg državnog uređenja Bosne i Hercegovine, bio gotovo neprimjenjiv u praksi.⁵⁷ Također, na nivou entiteta Republika Srpska, Brčko Distrikta Bosne i

Distriku BiH personalno pripadaju nekoj od entitetskih advokatskih komora (U Distriktu Brčko postoje ukupno 19 advokatskih kancelarija članova AK RS i AK FBiH.)

52 Poglavlje XII. čl. 1-2. Kodeksa advokatske etike advokata Federacije BiH i poglavlje II. čl. 2. st. 8. Kodeksa etike advokata Advokatske komore Republike Srpske

53 Za detaljniju analizu sistema besplatne pravne pomoći u BiH, vidjeti Milanović, M., Sabrihafizović, Dž. i Rešidović, E., Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, Razvojni program Ujedinjenih nacija u Bosni i Hercegovini UNDP. <http://www.mrezapravnepomoci.org/ba/preuzimanja/brosurepublikacije-i-analize>

54 HUSEINBEGOVIĆ, A. op. cit. str. 209-210.

55 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći BiH, “Službeni glasnik BiH”, br. 83/16 - u daljem tekstu ZoBPP BiH. Nacrt ovog Zakona je pripremljen 2007. godine, a u formi prijedloga se nalazio u parlamentarnoj proceduri od 8. juna 2010. godine na prijedlog Vijeća ministara Bosne i Hercegovine.

56 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, (“Sl. list SRBiH”, br. 11/77).

57 Zakon o pružanju pravne pomoći iz 1977. je široko definisao pružaoce pravne pomoći, ali je naglasio ulogu općina i lokalnih radničkih kolektiva kao glavnih institucija za pružanje besplatne pomoći. Svaka općina je imala ured pravne pomoći gdje su građani mogli tražiti informacije, savjete ili bilo koju drugu vrstu pravne pomoći, kao i zastupanje na sudovima i pomoć u pripremi pravnih dokumenata. Ovaj model je bio efikasan jer je usluga pružanja pomoći bila dostupna građanima.

Hercegovine i kantonima/županijama u Federaciji BiH⁵⁸ su doneseni zakoni i formirane institucije (zavodi i kancelarije) za pružanje besplatne pravne pomoći.⁵⁹

Iz trenutno donesenih propisa koji regulišu besplatnu pravnu pomoć u Bosni i Hercegovini, proizlazi da regulisanje sistema od različitih nivoa vlasti ustvari vodi ka tome da se ovaj, za građane veoma bitan, segment ostvarivanja prava fragmentira i reguliše različito. Sam obim prava i pravna pomoć u ovom kontekstu je regulisana drugačije, a građani u potpunosti ne osjećaju efekte primjene ovih propisa. Oblici ostvarivanja pravne pomoći različito su regulisani u postojećim zakonskim rješenjima.

Zbog složene i neujednačene zakonske regulative na području besplatne pravne pomoći, (posebno po pitanju načina pružanja, organa koji pružaju besplatnu pravnu pomoć koji se razlikuju po svojoj organizaciji i statusu i sl.) ne iznenađuju stavovi po kojima se BiH “opredijelila za svojevrsno partikularno i decentralizovano uređenje instituta besplatne pravne pomoći” tako da je pravo na besplatnu pravnu pomoć regulisano različitim pravnim aktima koji postaju potencijalni izvor diskriminacije.⁶⁰

4.1. Vrste i opseg besplatne pravne pomoći

Zajedničko za sva zakonska rješenja o besplatnoj pravnoj pomoći u Bosni i Hercegovini jeste da se pravna pomoć ostvaruje kao pravo na: opšte informacije o pravima i obavezama, pravne savjete i pomoć u popunjavanju obrazaca, pravna pomoć u sastavljanju svih vrsta pismena, zastupanje pred organima uprave i

58 Samo u Srednjobosanskom kantonu još uvijek nije regulisana ova oblast. Prema Programu rada Skupštine Srednjobosanskog kantona za 2018.godinu planirana je izrada Nacrta zakona o besplatnoj pravnoj pomoći sa rokom realizacije april 2018.godine. www.sbk-ksb.gov.ba/date

59 U BiH na snazi su sljedeći zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći: Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske, “Službene novine Republike Srpske”, br. 120/08 - ZoBPPRS; Zakon o kancelariji za pravnu pomoć Brčko Distrikta BiH, “Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine”, br. 18/07 - ZoBPPBDBiH; Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, “Službene novine Kantona Sarajevo”, broj 1/12,26/14 i 40/17; Zakon o pružanju pravne pomoći, “Službene novine Tuzlanskog kantona”, broj 10/08; Zakon o županijskom Zavodu za pravnu pomoć, “Službene novine ŽZH”, broj 14/08; Zakonom o kantonalnim ministarstvima i drugim tijelima kantonalne uprave, “Službene novine Zeničko-dobojskog kantona”, broj 13/08; uspostavljen je Zavod za pravnu pomoć kao samostalna kantonalna upravna organizacija, (“Službene novine Zeničko-dobojskog Kantona“, broj 9/09; Zakon o pružanju pravne pomoći Posavske Županije, “Narodne novine Županije Posavske”, broj 3/10; Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, “Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona”, broj 22/12, Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, “Službene novine BPK Goražde”, broj 2/13, Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći, “Službene novine HNK”, broj 7/13; Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći Hercegbosanske županije (“Narodne novine, br. 9/16)

60 Čizmić, J. 2011, Pružanje besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini s osvrtom na iskustva Republike Hrvatske, Centar za ljudska prava u Mostaru, Mostar, 2011, str.27. (dalje: ČIZMIĆ op.cit.)

institucijama,⁶¹ zastupanje na sudu, sačinjavanje apelacija i pravna pomoć u postupcima mirnog rješavanja spora (medijacija).⁶²

Pravo na opće informacije o pravima i obvezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sve osobe bez obzira na to ispunjavaju li zakonske uslove.⁶³

Za razliku od našeg prava, zakoni u zemljama regiona ukazuju na podjelu besplatne pravne pomoći na primarnu i sekundarnu, na način da su detaljno određeni oblici primarne i sekundarne pravne zaštite, uslovi za njihovo ostvarenje, kao i pružaoci pravne zaštite.⁶⁴ U tom smislu primarna pravna zaštita obuhvata: opću pravnu informaciju, pravni savjet, pravnu pomoć u sastavljanju pismena pred tijelima uprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti, zastupanje u upravnim stvarima, pravnu pomoć u mirnom vansudskom rješavanju sporova, te zastupanje pred Evropskim sudom i međunarodnim organizacijama. Sekundarna pravna pomoć obuhvaća: zastupanje pred sudom, pravnu pomoć za mirno rješavanje sporova pred sudom, sastavljanje pismena u sudskim postupcima.⁶⁵ Ovo zakonsko rješenje je zastupljeno i u pojedinim zemljama Evrope.⁶⁶

Pred Evropskim sudom je moguće pokrenuti pitanje isključivo sekundarne pravne pomoći, s obzirom na to da se jedino ona odnosi na zastupanje pred sudom i preduzimanje procesnih radnji. Organ (institucija, udruženje i sl.) koji daje savjetodavna mišljenja se u praksi Suda ne smatra sudom u konvencijskom smislu, tako da je primarna pravna pomoć (davanje savjeta, informacija sastavljanje pismena i sl.) isključena iz ingerencija Evropskog suda.

Besplatna pravna pomoć pruža se korisnicima besplatne pravne pomoći u više vrsta postupaka i to u: upravnom postupku, upravnom sporu, parničnom

61 Pravo na zastupanje pred organima uprave i institucijama nije predviđeno zakonskim odredbama Republike Srbije.

62 Ovim rješenjem Bosna i Hercegovina slijedi tradiciju u vezi sa novim vrstama postupaka kao što je medijacija, na primjer, "...u Engleskoj je u pravnu pomoć uključena i medijacija u porodičnim stvarima; u Njemačkoj i Sloveniji, u svakom pravnom uređenom postupku medijacije; u Francuskoj, kao pomoć advokata tokom medijacije u krivičnim stvarima i krivičnog postupka pregovaranja o krivici i kazni..." - VODINELIĆ *op. cit.*, str. 25.

63 Član 15. ZoBPP BiH

64 Član 6. Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Hrvatske („Narodne novine RH“, broj 143/13-dalje ZoBPPH)

65 Mješoviti sistem besplatne pravne pomoći je zastupljen i u pravnom sistemu Holandije gdje je predviđen primarna i sekundarna pravna pomoć. Primarnu pravnu pomoć pružaju tzv. šalteri za pravnu pomoć, dok sekundarnu pravnu pomoć u komplikovanijim predmetima pružaju advokati. Da bi mogao pružiti pravnu pomoć klijentu, registrovani advokat, u ime svog klijenta, mora podnijeti aplikaciju Odboru za pravnu pomoć, radi dobijanja certifikata kojom se klijentu odobrava pravna pomoć. Citirano prema: HUSEINBEGOVIĆ, A., *op. cit.* str. 213.

66 Prema član 2. Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Litve, koji je Sabor donio 28.3.2000 godine, besplatna pravna pomoć se dijeli na primarnu i sekundarnu. Primarna pravna pomoć obuhvata pravne informacije, pravne savjete, pomoć pri sastavljanju dokumenata, te mjere za postizanje poravnjanja (nagodbe), dok sekundarna pravna pomoć uključuje još i sastavljanje podnesaka, odbranu i zastupanje pred sudovima i upravnim tijelima, uključujući i postupke izvršenja, te pokriće sudskih taksi. Vidi: MARŠIĆ, M. *op. cit.*, str. 139.

postupku, izvršnom postupku, te krivičnom postupku u skladu sa zakonima o krivičnom postupku.⁶⁷ Korisnici besplatne pravne pomoći ostvaruju pravo i u postupcima po vanrednim pravnim lijekovima, postupcima pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine i Evropskim sudom za ljudska prava, kao i u postupcima pred drugim međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava, ako međunarodnim ugovorom nije drugačije utvrđeno.⁶⁸ Izuzetak predstavlja rješenje predviđeno u Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske koji je isključio pružanje pravne pomoći i zastupanja pred organima uprave i institucijama u upravnom postupku. Ovakvo stajalište zakonodavca implicira više problema, a građani Republike Srpske su u neravnopravnom položaju u odnosu na druge građane Bosne i Hercegovine.

Različitost zakonskih rješenja u BiH se ogleda između ostalog i po pitanju pružanja pravnih savjeta. Pravna pomoć trebala bi se odobriti u svim slučajevima kada korisnici traže samo pravni savjet, bez provođenja složene procedure, utvrđivanja imovinskog stanja korisnika i prirode pravnih problema.⁶⁹

4.2. Korisnici besplatne pravne pomoći

U smislu odredaba ZoBPP BiH, korisnik pravne pomoći je fizička osoba⁷⁰ koja koristi zakonom propisane oblike besplatne pravne pomoći. Prema Evropskoj konvenciji, države potpisnice imaju pravo da ovo pitanje urede na drugačiji način, odnosno da pravo na besplatnu pravnu pomoć daju i pravnim licima, te su u tom slučaju u obavezi da poštuju zakonske odredbe, a u suprotnom u konkretnom slučaju bi došlo do povreda odredaba Evropske konvencije.

Različitost zakonskih rješenja u zakonima BiH između ostalog ogleda se i u tome što neki kantonalni zakoni i zakonske odredbe Brčko Distrikta BiH ograničavaju pružanje besplatne pravne pomoći građanima kantona odnosno distrikta, koji imaju prebivalište na području kantona-distrikta.⁷¹ Sa aspekta zaštite ljudskih prava i sloboda neprihvatljivo je i apsurdno, da ostali građani Bosne

67 Član 12. ZoBPP BiH

68 Slično rješenje je zastupljeno i u nekim zemljama Evropske unije. Tako npr. prema slovenskim zakonskim rješenjima besplatnu pravnu pomoć moguće je ostvariti za sve vrste postupaka koji se vode pred sudovima, upravnim tijelima, javnim institucijama, međunarodnim sudovima i arbitražnim vijećima, te pred Ustavnim sudom Republike Slovenije. Opširnije: MARŠIĆ.M. *op.cit.*, str.138.

69 Prema čl. 5. st. 2. ZoBPPHNK prava na opće informacije o pravima i obavezama i pomoć u popunjavanju obrazaca za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć imaju sva lica bez obzira na ispunjavanje uslova propisanih ovim Zakonom

70 Svođenje korisnika samo na pojedince, fizička lica, preovladavajuće je rješenje. Takvo, starije rešenje, koje ograničava pravnu pomoć samo na fizička lica, na snazi je i dalje u brojnim zemljama koje odavno poznaju fenomen pravne pomoći, na primer, u Francuskoj, ali i u mnogima koje su tek novije vrijeme dobile priliku da razviju sistem. ‘‘Neujednačenost i neefikasnost sistema besplatne pravne pomoći i potreba donošenja Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou BiH’’, Vaša prava BiH, 2011., str. 13. <file:///E:/Nact-Studija-besplatne-pravne-pomoci-VPBiH.pdf>

71 Zakon o Kantonalnom zavodu za pravnu pomoć („Narodne novine ŽZH”, br. 05/08 i 04/09)

i Hercegovine, koji imaju pravne interese na području tog kantona, odnosno Distrikta, a ispunjavaju ostale uslove iz zakona ne mogu dobiti besplatnu pravnu pomoć.

Pravo na besplatnu pravnu pomoć na temelju statusa ostvaruje: osoba koja prima socijalnu pomoć; dijete u skladu s Konvencijom o pravima djeteta; lice kojem je oduzeta poslovna sposobnost i duševno oboljelo lice; uži valac penzije koja je niža od prosječne plaće ostvarene na novou Bosne i Hercegovine; lice koje je nezaposleno i nema drugih redovnih primanja i prihoda; žrtva nasilja u porodici ili nasilja na osnovu pola; tražilac azila, lice pod supsidijarnom ili privremenom zaštitom, lice u postupku protjerivanja, apatrid i žrtva trgovine ljudima, te lice lošeg imovinskog stanja kada to utvrdi nadležno tijelo za pružanje besplatne pravne pomoći.⁷²

Izuzetno od navedenog, pojedini kantonalni zavodi nisu predvidjeli pružanje besplatne pravne pomoći licima pod međunarodnom zaštitom u skladu sa međunarodnim standardom. Kao što se da zaključiti izbjeglice, raseljena lica i povratnici nisu prepoznati kao posebne kategorije.

Pravna pomoć pruža se i licima koji na nju imaju pravo po zakonima *les specialis* ili po međunarodnim konvencijama koje obavezuju BiH, a kojima se obezbjeđuje efikasna pravna zaštita najranjivijim socijalno ugroženim grupama stanovništva.

Kriteriji koje fizičko lice treba ispuniti da bi steklo status korisnika besplatne pravne pomoći su: finansijski kriterij, kriterij očigledne osnovanosti i kriterij obaveznosti po zakonima i međunarodnim konvencijama.⁷³

Pravo na besplatnu pravnu pomoć po finansijskom kriteriju ostvaruju lica lošeg imovinskog stanja čija ukupna mjesečna redovna primanja i prihodi po članu domaćinstva ne prelaze iznos od 40% prosječne mjesečne neto plaće isplaćene u prethodnoj fiskalnoj godini na nivou Bosne i Hercegovine. Pri utvrđivanju lošeg imovinskog stanja uzet će se u obzir svi prihodi i primanja koja se ne smatraju prihodom, kao i primanja na koja podnosilac zahtjeva i članovi njegovog domaćinstva ne plaćaju porez i imovina koja je u vlasništvu podnosioca zahtjeva i članova njegovog domaćinstva.⁷⁴

Prema kriteriju očigledne neosnovanosti pravna pomoć neće se odobriti podnosiocu zahtjeva: ako se iz dokaza i činjenica na kojima se temelji zahtjev može zaključiti da je takav zahtjev neosnovan, ako se radi o neopravdanom vođenju postupka i ako se radi o zloupotrebi prava na pravnu pomoć.

U nekim pravnim sistemima se određene kategorije lica automatski kvalifikuju za dobijanje pravne pomoći, kao što su primaoci socijalne pomoći, beskućnici i sl. Uporedno pravo poznaje i regulisanje zloupotrebe prava na pravnu pomoć u

72 Član 15. ZoBPP BiH

73 Kotlo, R., "Pravni okvir pristupa pravdi – Besplatne pravne pomoći u BiH, sa posebnim osvrtom na Hercegovačko-neretvanski kanton i evropske standard", Pristup pravdi u Bosni i Hercegovini, besplatna pravna pomoć, poseban osvrt na Hercegovačko – neretvanski kanton, Centar za ljudska prava, Mostar, 2011, str. 37.

74 Član 17. ZoBPP BiH

slučaju neosnovanog korišćenja na osnovu neistinitih podataka, te i određivanje naknadne odgovornosti korisnika za neosnovano uživanje pravne pomoći.⁷⁵

4.3. Pružaoci besplatne pravne pomoći

4.3.1. Institucije u ulozi pružaoca besplatne pravne pomoći

Subjektima pružanja besplatne pravne pomoći smatraju se nadležni organi propisani zakonima koji regulišu besplatnu pravnu pomoć, advokati koji su članovi advokatskih komora u Bosni i Hercegovini, udruženja i fondacija registrovane za pružanje besplatne pravne pomoći. U institucionalnom smislu, organi mogu biti u obliku kancelarija, zavoda, odbora ili centara za pravnu pomoć koje formiraju nadležni organi za pružanje pravne pomoći i nevladine organizacije, te drugi subjekti, u skladu sa drugim zakonima.

Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini je organiziran na način da su u Federaciji Bosne i Hercegovine uspostavljeni zavodi za besplatnu pravnu pomoć u devet kantona/županija, kao službe pri kantonalnim ministarstvima pravosuđa i nemaju status nezavisnog organa, dok u Republici Srpskoj besplatnu pravnu pomoć obezbjeđuje Centar za pružanje besplatne pravne pomoći Republike Srpske (za područje čitave Republike Srpske) kao upravna organizacija u sastavu Ministarstva pravde ovog entiteta. Kancelarija za pružanje besplatne pravne pomoći Brčko Distrikta je sastavni dio pravosuđa Distrikta i kao takva ima status nezavisnog organa Brčko Distrikta. Nadležno tijelo za pružanje besplatne pravne pomoći pred tijelima i institucijama Bosne i Hercegovine je Ured za pružanje besplatne pravne pomoći Bosne i Hercegovine, kao unutrašnja organizaciona jedinica u sastavu Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine.⁷⁶

Zakonima koji uređuju oblast pružanja besplatne pravne pomoći utvrđeni su odgovarajući uslovi i kriterij za lica koja neposredno rade na pružanju pravne pomoći u okviru institucija koje pružaju besplatnu pravnu pomoć. Svi navedeni zakoni sadrže odredbe kojima se propisuju uslovi u pogledu stručne spremlje, staža, položenih stručnih ispita, i dr.

Pružanje pravne pomoći je u pojedinim pravnim sistemima dodeljeno i notarima kao obliku institucionalne organizacije.⁷⁷

Učinkovit pristup građana besplatnim informacijama i savjetima u velikoj mjeri zavisi od kompetencija pružaoca pomoći. Stoga je za djelotvoran sistem pružanja besplatne pravne pomoći potrebno ovlastiti različite subjekte kao što su

⁷⁵ VODINELIĆ, *op. cit.*, str. 24.

⁷⁶ Član 7. ZoBPP BiH

⁷⁷ Reljanović, M., *Pravna pomoć u zemljama Centralne i Istočne Evrope- uporednopravni pregled, Pravna pomoć*, S. Gajin i autori, CUPS, Beograd, 2007, str.237.

tijela pravosudne i druge državne vlasti, pripadnike pravnih profesija, akademske zajednice i civilno društvo.⁷⁸

Kako bi informacije o dobijanju pravne pomoći bile dostupne onima kojima su najpotrebnije, a imaju problem da im pristupe zbog određenih otežavajućih okolnosti, npr invaliditeta, službe koje pružaju pravnu pomoć plasiraju štampane priručnike i brošure za samopomoć, odnosno za informisanje pojedinaca o njihovim pravima za dobijanje pravne pomoći.⁷⁹ U cilju dostupnosti informacija o besplatnoj pravnoj pomoći, posljednjih godina se osnivaju savjetovališta,⁸⁰ koja građanima pružaju opšte informacije i savjete o najboljem načinu zaštite svojih prava, koja mogu pružati i aktivnu pomoć u pripremi odgovarajuće dokumentacije.

Iako zakonima o besplatnoj pravnoj pomoći u Bosni i Hercegovini nije predviđeno pružanje besplatne pravne pomoći od strane pravnih klinika, u okviru nastavnih planova i programa na pravnim fakultetima u Bosni i Hercegovini sve više se prakticira tzv. kliničko pravno obrazovanje,⁸¹ te se na ovaj način slijedi pozitivna praksa koja je vrlo rasprostranjena u svijetu. Kliničko pravno obrazovanje omogućava studentima razvijanje praktičnih vještina i usavršavanje stečenih teorijskih znanja iz različitih oblasti koja su od esencijalnog značaja za društvo, posebno na području zaštite ljudskih prava. Pružanje pravne pomoći putem pravnih klinika ima čitav niz prednosti i za korisnike, jer su zastupljeni niski troškovi, kao i adekvatan stručni nadzor. Za razliku od zakona o besplatnoj pravnoj pomoći u BiH, većina država Evropske unije je regulisala pružanje ove pomoći i putem pravnih klinika. Kada se pružanje besplatne pravne pomoći od strane studenata pravnih fakulteta putem pravnih klinika ne bi detaljno uredilo zakonima kojima se uređuje pružanje besplatne pravne pomoći, izgubila bi se mogućnost nadzora nad osnivanjem i radom pravnih klinika i kvalitetom pružanja

78 Preložnjak, B., “Besplatno informiranje i savjetovanje kao pretpostavka pristupa pravosuđu, evaluacija uređenja u Hrvatskoj iz komparativne perspective”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 65 (5), 2015, str.740.

79 Npr. Brošura za korisnike usluga besplatne pravne pomoći u BiH - Razvojni program Ujedinjenih nacija u BiH, 2013. <https://zbpp.ks.gov.ba/sites/zbpp.ks.gov.ba/files/brosura%20za%20korisnike%20usluga.pdf>, Priručnik o pružanju podrške pravnoj zaštiti u slučajevim diskriminacije, Prava za sve, USAID, 2015.

80 Kao što su Pravno savjetovalište - Centar za besplatnu pravnu pomoć, <https://pf.unmo.ba/nir/projekti/pravno-savjetovaliste-centar-za-besplatnu-pravnu-pomoc.aspx>, Pravno savjetovalište – Udružene žene <http://unitedwomenbl.org/pravno-savjetovaliste/>

81 Tako npr. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, u saradnji sa partnerskim organizacijama UN-HCR-om Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, *Vašim pravima BiH* je organizovao pravnu kliniku pod nazivom “Izbjegličko pravo i pravo azila” <http://www.pfsa.unsa.ba/pf/obavijest-i-pravnoj-klinici-izbjeglicko-pravo-i-pravo-azila/>; Pravne klinike “Pravda za djecu” <https://pf.unmo.ba/novosti/pravne-klinike-pravda-za-djecu.aspx>;

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, u saradnji sa Uredom Vijeća Evrope u Bosni i Hercegovini, pokrenuo je novi projekt “Pravna klinika ljudskih prava” <https://www.prf.unze.ba/index.php?id=670>; Pravna klinika za ljudska prava za studente Pravnog fakulteta univerziteta Džemal Bijedić i Sveučilišta u Mostaru kao dio projekta “Inicijativa za pravnu sigurnost i efikasno pravosuđe u Bosni i Hercegovini”.

usluga.⁸² Najveći nedostaci ovog oblika pružanje pravne pomoći ogleda se u ograničenom vremenu koje studenti u klinikama provode i nedostatku znanja potrebnog za rješavanje složenih slučajeva.

4.3.2. Nevladine organizacije kao pružaoci besplatne pravne pomoći

Pored institucionalnih organa u BiH, postoji više nevladinih organizacija koje se bave pružanjem pravne pomoći. Njihov djelokrug poslova se razlikuje u zavisnosti od toga da li se pored pružanja pravne pomoći bave zaštitom ljudskih prava, odnosno li da primarno pružaju razne oblike pomoći žrtvama nasilja pa u okviru takve podrške pružaju i pravnu pomoć. Uloga nevladinih organizacije je vrlo bitna, jer većina nevladinih organizacija pomoć usmjerava prema određenoj kategoriji, npr. ženama, raseljenim licima, djeci i sl. pa u okviru pružanja pravne pomoći također pružaju edukaciju, pomoć pri zapošljavanju i slično. Uloga nevladinog sektora je posebno značajna u mjestima u kojima ne postoje organi koji pružaju besplatnu pravnu pomoć tako da su građani prinuđeni da pomoć traže od nevladinih organizacija.

Oni koji pružaju pravne usluge ispred nevladine organizacije nastoje zastupati stranke samo u građanskim i upravnim predmetima, mada je generalno prisutno izbjegavanje zastupanja stranaka pred sudom. Razlog ovome leži u činjenici da sudski postupci traju dugo, a kako finansiranje nevladinih organizacija zavisi od donatorskih sredstava koja nemaju kontinuitet, to bi preuzeli rizik da odustanu od stranaka prije pravosnažnog okončanja postupka zbog nedostatka finansijskih sredstava.

Mreža besplatne prave pomoći (BPP) u Bosni i Hercegovini uspostavljena je 2012. godine,⁸³ nakon zajedničkog potpisivanja Memoranduma o razumijevanju između 14 organizacija koje pružaju usluge besplatne pravne pomoći u cijeloj zemlji, uz podršku UNDP-a.⁸⁴ Izuzetak je Brčko Distrikt BiH, na čijem području ne postoji nevladina organizacija koja trenutno obavlja djelatnost pružanja besplatne pravne pomoć. Pored toga, na području Distrikta Brčko BiH zabilježeni su slučajevi pružanja pravne pomoći od strane registrovanih „agencija za pravne

82 ČIZMIĆ, *op.cit.*, str. 30.

83 To su sljedeće NVO: Vaša prava BiH, Centar za besplatnu pravnu pomoć Republike Srpske, Kancelarija za pravnu pomoć Brčko Distrikta, Kantonalni Zavod za pružanje pravne pomoći Tuzla, Kantonalni zavod za pravnu pomoć Zenica, Županijski Zavod za pružanje pravne pomoći Odžak, Županijski Zavod za pružanje pravne pomoći Široki Brijeg, Kantonalni Zavod za pružanje besplatne pravne pomoći Sarajevo, Zavod za besplatnu pravnu pomoć Bihać, Zavod za besplatnu pravnu pomoć Goražde, Centar informativno-pravne pomoći Zvornik, Centar za pravnu pomoć ženama Zenica, Fondacije lokalne demokratije i Centar za ljudska prava u Mostaru. Pogledati priopćenje za javnost UNDP: <http://www.undp.ba/index.aspx?PID=7&RID=740>, citirano prema: Pristup pravdi: pružanje informacija, savjeta i besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, 2013. Ovaj Nacionalni izvještaj je pripremila Asocijacija za demokratske inicijative (ADI) u sklopu projekta "Trostruko A za građane – pristup informacijama, savjetima i aktivnoj pomoći" str.8.

84 Više detalja o projektu UNDP-a "Pristup pravdi" u BiH: <http://www.undp.ba/index.aspx?PID=21&RID=95>

usluge“, ali su nadležni sudovi njihovim zaposlenicima uskraćivali zastupanje pozivom na odredbe o zabrani nadripisarstva.⁸⁵

5. Zaključna razmatranja

Bosna i Hercegovina se nalazi u konačnoj fazi poslijeratne rekonstrukcije i tranzicije u moderno demokratsko društvo, sa opsežnim planovima pristupanja evropskim integracijama. Na tom putu, slijedi ispunjavanje zahtjevnih uslova od kojih se posebno izdvaja obaveza osiguranja zaštite ljudskih prava svih svojih građana u skladu sa međunarodnim standardima i normama. Jedan od pravaca dalekosežnih promjena ogleda se i na području percepcije određenih garancija za zaštitu ljudskih prava, u smislu da je evidentna evolucija od shvatanja besplatne pravne pomoći kao pitanja dobre volje i dobročinstva do shvatanja besplatne pravne pomoći kao obaveze države potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama. Slijedeći praksu najvećeg broja zemalja pravo na besplatnu pravnu pomoć u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu je postalo ljudsko pravo sa ustavnim kompetencijama.

Deklatorno proklamovanje ljudskih prava, između ostalog i prava na pristup sudu, odnosno prava na pravično suđenje, koje u širem kontekstu podrazumijeva i pravo na besplatnu pravnu pomoć nije dovoljan za potpuni princip vladavine prava, koji uz to mora biti realno u praksi, kako bi osobe mogle djelotvorno provesti svoja zakonska prava i suprotstaviti se nezakonitim radnjama.

Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini je uređen kroz zakonodavni okvir. Složenost državnog uređenja sa više nivoa vlasti (država, entiteti, kantoni/županije) je u dobroj mjeri generirala vrlo složenu zakonsku regulativu po pitanju besplatne pravne pomoći. Donošenjem zakona o besplatnoj pravnoj pomoći nije napuštena fragmentiranost zakonskih rješenja u vezi s ostvarivanjem prava na besplatnu pravnu pomoć, nego uz nove *lex specialis* zakone egzistiraju norme o pravu na pravnu pomoć u parničnom procesnim zakonima.

Sigurno je da ovakva složenost odredaba o pravu na besplatnu pravnu pomoć negativno utječe na ostvarivanje odgovarajućeg nivoa zaštite prava građana na pristup pravosuđu, jer se građani teško snalaze u mnogobrojnim odredbama različitih zakona. No ukoliko se ima u vidu da država, entiteti i kantoni/županije imaju posebne zakone o besplatnoj pravnoj pomoći, nije realno očekivati da se odredbe kojima se regulira ostvarivanje i zaštita prava na besplatnu pravnu pomoć u skorije vrijeme objedine u jedinstvenom zakonu. U konačnici *de lege ferenda* zakone bi trebalo najprije harmonizirati, tako da se usklade zakoni o besplatnoj pravnoj pomoći koji egzistiraju u BiH, te primjeniti odgovarajući stepen usklađenosti i u odnosu na druge, u prvom redu procesne zakone koji regulišu ovaj institut.

85 Latifović F., „Pravni okvir sistema besplatne pravne pomoći u građanskim postupcima u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine“, Anali Pravnog fakulteta u Zenici vol. 8, br. 15-16. 2015., str. 115.

Pored navedenog, potrebno je osigurati sljedeće :

1. Obzirom da je *de lege ferenda* rješenje prava na besplatnu pravnu pomoć ograničeno samo za fizička lica, treba temeljito razmotriti sve aspekte da se ovo pravo proširi i na pravna lica. Suština besplatne pravne pomoći je da se omogućí ravnopravan pristup sudu i sudjelovanje u parničnom postupku bez obzira na finansijske barijere, odnosno nemogućnost stranke da u finansijskom smislu snosi troškove postupka. Prema važećim zakonskim odredbama od pravnih lica se *a priori* očekuje da su solventna, što nije u skladu sa odredbama člana 6. stav. 1. Evropske konvencije. Treba naglasiti da je prisutna tendencija europskih zakonodavaca ka proširivanju kruga korisnika na druge pravne subjekte.

2. Bosna i Hercegovina već duži period prolazi tranzicijsku fazu, sa vrlo izraženim socijalnim problemima nastalim kao posljedica ratnog perioda, tako da bi bilo vrlo korisno u okviru budžeta predviđenog za podršku rada nevladinih organizacija, posebnu pažnju obratiti na projekte usmjerene ka pružanju besplatne pravne pomoći svim žrtvama rata.

3. U cilju razmjene informacija, podataka i prakse uspostaviti institucionalnu saradnju organa formiranih na osnovu zakona o besplatnoj pravnoj pomoći sa agencijama za ravnopravnost spolova na nivou BiH, uključujući entitetski, te kantonalni/županijski nivo. Ovaj vid komunikacije uz kvalitetnu informatičku povezanost⁸⁶ je dobra polazna osnova za temeljitu reformu, poboljšanje u radu, te trasiranje puta ka potpunom razumijevanju raspoloživosti i faktičkom uživanju prava na besplatnu pravnu pomoć od strane svih potencijalnih korisnika.

4. Analizom trenutnih zakonskih rješenja može se zaključiti da je zastupljen različit obim pružanja besplatne pravne pomoći na različitim nivoima. Praksa u Evropi i zemljama regiona, dakle postojeći trendovi ukazuju na podjelu pružanja besplatne pravne pomoći na dva nivoa i to: primarna pravna pomoć - koja se odnosi na pružanje opštih informacija o pravima i obavezama bez obzira da li lica ispunjavaju uslove iz zakona, te sekundarna pravna pomoć – koja podrazumijeva sastavljanje podnesaka (tužbi, žalbi, prigovora i drugih podnesaka) i zastupanje pred nadležnim organima. Stoga je *de lege ferenda* potrebno sistem besplatne pravne pomoći podijeliti na primarnu i sekundarnu pravnu zaštitu;

5. *De lege lata* zakonska rješenja predviđaju potpunu dobrovoljnu prirodu registracije članova advokatske komore za učešće u slučajevima pružanja besplatne pravne pomoći. Mogućnosti za odbijanje pružanja pravne pomoći trebalo bi da budu razrađene odvojeno i prilagođene specifičnom kontekstu.

6. Iako su zakonima predviđeni skraćeni rokovi u kojima se odlučuje po zahtjevu za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, sama obrada zahtjeva u višestepenom postupku može biti neefikasna i zahtijevati pravnu pomoć i za sam postupak podnošenja zahtjeva za besplatnu pravnu pomoć. U tom smislu potrebno je poraditi na pojednostavljenu same procedure, koja može dovesti do odugovlačenja postupka u kojem se odlučuje o ostvarivanju prava na pravnu

⁸⁶ Potrebno je informatički povezati urede za odobravanje pravne pomoći radi lakše i brže provjere propisanih uvjeta za odobravanje pravne pomoći. HUSEINBEGOVIĆ, A, *op.cit.*, str. 216.

pomoć, te time uzrokovati opasnost od neblagovremeno pružene besplatne pravne pomoći osobama kojima je ona neophodna.

7. Jedan od bitnih aspekata ostvarivanja instituta besplatne pravne pomoći je pitanje finansiranja. Besplatna pravna pomoć po svojoj pravnoj prirodi je besplatna za korisnika ovog prava, ali ona istovremeno pada na teret državnog budžeta.⁸⁷Obzirom da se građani za pravnu pomoć više obraćaju organima na nivou države, entiteta, kantona/županija nego nevladinim organizacijama, što je posljedica tradicionalnog povjerenja u postupanje državnih organa, troškovi pružanja pravne pomoći ipak najviše snosi (subvencionira, sponzorira) državni budžet. Stoga se opravdano postavlja pitanje samog naziva "Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći" jer on implicira zaključak da su troškovi postupaka u kojoj stranka ostvari pravo na besplatnu pravnu pomoć zaista besplatni, iako u suštini troškovi pred organima ne nestaju, nego ih plaća država.

8. U svojstvu pružalaca besplatne pravne pomoći zastupljene su i nevladine organizacije koje se u praksi vrlo dobro snalaze i redovno pružaju razne oblike pravne pomoći svojim članovima ili trećim osobama. Nevladine organizacije ovu djelatnost najčešće finansiraju iz stranih ili domaćih donacija. Odnos profitne i neprofitne djelatnosti, advokatskih komora i slično ne bi smio biti konkurentnog, već partnerskog karaktera.

9. U zakonska rješenja je neophodno uvrstiti i mogućnost pružanja besplatne pravne pomoći putem pravnih klinika, čime bi se prihvatila pozitivna praksa zemalja Evrope.

10. Iako su predviđeni kontrolni mehanizmi nad institucijama koje pružaju besplatnu pravnu pomoć, kontrola kvaliteta trebalo bi da se proteže i na druge vidove pružanja pravne pomoći, uključujući i one koji se bave troškovima postupka i inicijativama za unapređenje i pojednostavljenje relevantnih procedura.

Literatura:

Knjige i članci

1. Čalija, B. - Omanović, S., "Građansko procesno pravo", Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000.

2. Čizmić, J., "Pružanje besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini s osvrtom na iskustva Republike Hrvatske", Centar za ljudska prava u Mostaru, Mostar, 2011.

3. Huseinbegović, A., "Besplatna pravna pomoć u građanskim stvarima u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine", Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa Dani porodičnog prava, Pravna sredstva za smanjenje siromaštva djece, održan 27.-28. marta 2015. godine, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2015.

⁸⁷ Izuzetak su sredstva za pojedine pružaoce besplatne pravne pomoći (npr. nevladine organizacije) mogu se izdvajati iz posebnih donacija (domaćih ili stranih) koje oni primaju ili iz njihovih vlastitih sredstava.

4. Jelinić, Z., Knol Radoja, K. (eds), ‘‘Analiza hrvatskog sustava besplatne pravne pomoći u građanskim stvarima u svjetlu dosadašnje prakse Europskog suda za ljudska prava’’, Pravni vijesnik časopis za pravne i društveno-humanističke znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku god. 30., br. 2. 2014.

5. Kotlo, R., ‘‘Pravni okvir pristupa pravdi – Besplatne pravne pomoći u BiH, sa posebnim osvrtom na Hercegovačko-neretvanski kanton i evropske standarde’’, Pristup pravdi u Bosni i Hercegovini, besplatna pravna pomoć, poseban osvrt na Hercegovačko – neretvanski kanton, Centar za ljudska prava, Mostar, 2011.

6. Latifović, F. ‘‘Pravni okvir sistema besplatne pravne pomoći u građanskim postupcima u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine’’, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, Zenica, 2016.

7. Maršić, M., ‘‘Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)’’, Pravnik časopis za društvena i pravna pitanja Udruga pravnik, Zagreb, god. 40, br.1. 2006.

8. Milanović, M., Sabrihafizović, Dž. i Rešidović, E., ‘‘Sistem besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini’’, Razvojni program Ujedinjenih nacija u Bosni i Hercegovini UNDP.

9. Preložnjak, B. ‘‘Besplatno informiranje i savjetovanje kao pretpostavka pristupa pravosuđu, evaluacija uređenja u Hrvatskoj iz komparativne perspektive’’, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagreb 65 (5), 2015.

10. Reljanović, M. ‘‘Pravna pomoć u zemljama Centralne i Istočne Evrope-uporednopravni pregled’’, Pravna pomoć, S. Gajin i autori, CUPS, Beograd. 2007.

11. Sepi, R., ‘‘Pravna pomoć u zemljama zapadne Evrope - usporednopravni pregled’’, Pravna pomoć, Beograd, 2007.

12. Uzelac, A., ‘‘Komentari na nacrt Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći u Republici Srbiji’’, Savjet Evrope, Generalni sekretarijat, direktora za ljudska prava i pravne poslove, 2012.

13. Uzelac, A., Analiza stanja u RH i sažetak teza o mogućim pravcima projekta (nacrt)

14. Uzelac, A., ‘‘Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka iz Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava’’, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement: Spomenica prof. dr. Đuri Vukoviću, 1998.

15. Vodinić, V., ‘‘Pravna pomoć - u uporednom i našem pravu, sada i ubuduće’’, Pravna pomoć, Centar za unaprjeđenje pravnih studija, Beograd. 2007.

16. Vodinić, V. R. ‘‘Zakon o parničnom postupku 2011’’, Pravni zapisi god. II, br. 2. Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2011.

17. Brošura za korisnike usluga besplatne pravne pomoći u BiH - Razvojni program Ujedinjenih nacija u BiH 2013

18. Neujednačenost i neefikasnost sistema besplatne pravne pomoći i potreba donošenja Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći na nivou BiH, Vaša prava BiH, 2011.

19. Pristup pravdi: pružanje informacija, savjeta i besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini, 2013. Asocijacija za demokratske inicijative (ADI) u sklopu projekta "Trostruko A za građane – pristup informacijama, savjetima i aktivnoj pomoći"

Domaći pravni izvori

1. Ustav Bosne i Hercegovine
2. Zakon o advokaturi Brčko Distrikta BiH ("Službeni glasnik BD BiH", br. 104/19)
3. Zakon o advokaturi Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH", br. 40/02, 29/03 i 18/05).
4. Zakon o advokaturi Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 30/07).
5. Zakon o krivičnom postupku BiH ("Službeni list 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, 93/09).
6. Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta ("Službeni glasnik BD BiH", br. 10/03, 48/04, 6/05, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08, 17/09, 9/13).
7. Zakon o krivičnom postupku Federaciji BiH, ("Službene novine F BiH", br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 09/09, 12/10, 08/13, 59/14).
8. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 53/12 i 91/17).
9. Zakon o parničnom postupku FBiH ("Službene novine Federacije BiH", br. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15).
10. Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH ("Službeni glasnik BD BiH", br. 28/18).
11. Zakon o parničnom postupku pred sudom BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 26/04, 84/07, 58/13).
12. Zakon o parničnom postupku Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13).
13. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske, ("Službene novine Republike Srpske", br. 120/08).
14. Zakon o kancelariji za pravnu pomoć Brčko Distrikta BiH ("Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine", br. 18/07).
15. Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći, ("Službene novine Kantona Sarajevo", br. 1/12, 26/14 i 40/17).
16. Zakon o pružanju pravne pomoći ("Službene novine Tuzlanskog kantona", br. 10/08).
17. Zakon o županijskom Zavodu za pravnu pomoć ("Službene novine ŽZH", br. 14/08).
18. Zakon o kantonalnim ministarstvima i drugim tijelima kantonalne uprave ("Službene novine Zeničko-dobojskog kantona", br. 13/08).

19. Zakon o pružanju pravne pomoći Posavske Županije ("Narodne novine Županije Posavske", br. 3/10).

20. Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći ("Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona", br. 22/12).

21. Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći ("Službene novine BPK Goražde", br. 2/13).

22. Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći ("Službene novine HNK", br. 7/13).

23. Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći ("Narodne novine HBŽ", br. 9/16)

24. Kodeks advokatske etike advokata Federacije BiH je usvojen na Skupštini Advokatske komore 17.09.2005.godine

25. Kodeks etike advokata Advokatske komore Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 68/05).

Međunarodni pravni izvori

1. Deklaracija o pravima djeteta

2. Direktiva OJ L 26/41

3. Direktiva Vijeća Evrope 2003/8/EZ

4. Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama ("Službeni glasnik BiH", br. 6/99)

5. Evropski sporazum o dostavljanju molbi za pravnu pomoć od 27. januara 1977. godine (Sl. glasnik BIH br. 1/09 – međunarodni ugovori).

6. Haška konvencija o građanskom postupku, („Službeni list bivše FNRJ”, br. 6/62)

7. Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980.) (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 7/91)

8. Haška Konvencija o ostvarivanju alimentacionih zahtjeva u inostranstvu (1956.) (Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori br. 2/1960)

9. Konvencija o građanskom postupku Službeni list FNRJ“ Dodatak broj: 06/62);

10. Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima, ("Službeni list SFRJ", br. 4/1988)

11. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima SFRJ je ratifikovala Pakt zakonom od 30. 1. 1971. godine („Službeni list SFRJ“, br. 7/1971) sa dva protokola i to: Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima koji je stupio na snagu 23. 3. 1976. godine i Drugi opcioni protokol koji je stupio na snagu 11. 7. 1991. godine. SFRJ je oba protokola ratifikovala 2001. godine ("Službeni list SRJ"- Međunarodni ugovori, br. 4/2001).

12. Povelja o osnovnim pravima EU 2007/C 303/01 (Službeni list Evropske unije C 202/389)

13. Preporuka (2000) 21 Komiteta ministara Vijeća Evrope o slobodi obavljanja advokatske profesije usvojena 25.10.2000. godine, vidjeti na zvaničnom

sajtu Vijeća Evrope,

14. Preporuka (2000) 21 o slobodi obavljanja advokatske profesije
15. Preporuka br. R (93) 1 o djelotvornom pristupu zakonu i pravdi za vrlo siromašne.
16. Presuda ESLJP Suda Airey protiv Irske br. 6289/73, 11.09.1979. godine
17. Rezolucija (78) 8 o pravnoj pomoći i savjetovanju usvojena 02.03.1978. godine, vidjeti na zvaničnom sajtu Vijeća Evrope
18. Rezolucija 76 (5) o pravnoj pomoći u građanskim, trgovačkim i upravnim stvarima
19. Rezolucija 78 (8) o pravnoj pomoći i savjetima
20. Rezolucija Komiteta ministara br. (76) 5 o pravnoj pomoći u građanskim, privrednim i upravnim postupcima (Resolution (76) usvojena 18.02.1976. godine,

Internet stranice

1. <https://zbpp.ks.gov.ba/sites/zbpp.ks.gov.ba/files/brosura%20za%20korisnike%20usluga.pdf><https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>
2. <https://wcd.coe.int/com.instranet>
3. <https://pf.unmo.ba/nir/projekti/pravno-savjetovaliste-centar-za-besplatnu-pravnu-pomoc.aspx>,
4. <file:///F:/Nacrt-Studija-besplatne-pravne-pomoci-VPBiH.pdf>
5. <http://unitedwomenbl.org/pravno-savjetovaliste/>
6. <http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/access.pdf>
7. <http://www.mrezapravnepomoci.org/ba/preuzimanja/brosurepublikacije-i-analize>
8. www.sbk-ksb.gov.ba>date
9. <file:///F:/Nacrt-Studija-besplatne-pravne-pomoci-VPBiH.pdf>
10. <http://unitedwomenbl.org/pravno-savjetovaliste/>
11. <http://www.pfsa.unsa.ba/pf/obavijest-i-pravnoj-klinici-izbjeglicko-pravo-i-pravo-azila>
12. <https://www.prf.unze.ba/index.php?id=670;>
13. <http://www.undp.ba>
14. <https://skupstinabd.ba/ba/zakon.html>
15. <http://pravnofakultet.rs>
16. www.cups.org.yu
17. <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/8314>
18. <http://conventions.coe.int>
19. https://europea.eu/european-union/eu-law/legal-acts_hr
20. <http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/projekti/Default.aspx?id=913>
21. <http://adi.org.ba/wp-content/uploads/2016/06/Finalna-BHS-verzija-18.11.2016.pdf>

Amela Kečo, LL.B.

Chamber of Economy of the Federation of Bosnia and Herzegovina

**FREE LEGAL AID IN CIVIL CASES WITHIN THE LEGAL SYSTEM OF
BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH AN OVERVIEW OF EUROPEAN
AND COMPARATIVE LAW**

Abstract: The right to free legal aid is an important aspect of human rights – the right to a fair trial and, in a wider context, the right of access to justice. This right is protected by guarantees set out by the European Convention on Human Rights and Freedoms, as well as directives, recommendations and case law of the European Court of Human Rights.

The right to free legal aid is guaranteed under the Constitution of Bosnia and Herzegovina and other specific legal provisions, including codes of civil procedure, laws on advocacy and laws on free legal aid.

This paper will treat the institute of free legal aid within the context of its regulation in sources of international law and the legal system in Bosnia and Herzegovina, with the appropriate proposals *de lege ferenda*.

Keywords: free legal aid, right to access justice, right to a fair trial, sources of international law, laws on free legal aid in B&H

STRUČNI RADOVI

NOVI PRAVNI IZAZOVI: KONCEPT VANBRAČNE ZAJEDNICE I REGISTROVANOG PARTNERSTVA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM ZAKONODAVSTVU

Sažetak: Brak kao pravni institut i društvena stvarnost je stariji i od same države, jer je bio poznat i u društvima koja nisu poznavala državno uređenje. Prvobitno su brak i društveni odnosi koji su vezani za brak bili vezani za tradiciju, te su za isti važila pravila koja je nametala sama zajednica. U kasnijem razvoju društva i same države, dolazi do pojave regulacije porodičnih, ali i odnosa u braku od strane same države, odnosno od strane zakonodavca, što karakteriše današnja moderna društva.

Bračno pravo je iz tradicionalne grane prava preraslo u granu prava koja je moderna i čije norme donosi zakonodavac, a koje prate razvoj samog društva. Naime, društvo je dinamična kategorija, te u oblasti porodičnog prava, koja je vijekovima pripadala tradicionalnom području društva i prava, dešavaju se krucijalne promjene. Porodica kao funkcionalna cjelina i brak kao njena okosnica doživljavaju najveće transformacije. Tako brak prestaje biti dio tradicionalnog aspekta društva, već postaje moderan pravni institut koji prati razvoj i dinamiku društvene zajednice. Pored braka koegzistiraju i druge zajednice života, koje su dio društvene stvarnosti, čije aspekte je također potrebno staviti u zakonodavne okvire te pružiti im određena pravna dejstva. Obzirom na dinamiku društva i veliki broj društvenih promjena, u sve većem broju modernih porodičnih zakonodavstava regulišu se i imovinski aspekti drugih zajednica života, pored bračne i vanbračne zajednice života, gdje se prvenstveno u prvom misli na regulaciju životnih zajednica osoba istog spola.

Ključne riječi: brak, vanbračna zajednica, registrovano partnerstvo, bračna i vanbračna stečevina, imovinska dejstva registrovanog partnerstva.

1.UVOD

Pravna regulativa braka i drugih partnerskih zajednica života u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu počiva u prvom redu na entitetskim propisima koji uređuju porodično pravo te propisima porodičnog prava Brčko Distrikta BiH.¹ Važeće nacionalne odredbe normiraju materijalne i formalne

¹ Porodični zakon FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 31/14; Porodični zakon RS, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014; Porodični zakon BD BiH, „Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 3/07

uslove za sklapanje braka, dejstva braka, načine prestanka braka, uzroke i postupak njegovog poništenja, uzrok, načine pokretanja i postupak razvoda braka te dejstva prestanka braka, te odredbe koje uređuju izdržavanje i imovinskopravne odnose bračnih odnosno bivših bračnih partnera.² U materiju bračnog prava spada i pravna regulacija vanbračne zajednice, kao oblik zajednice života koji je po imovinskim dejstvima u pogledu bračne odnosno vanbračne stečevine te ugovornog uređenja imovinskih odnosa, izjednačen sa bračnom zajednicom života. Razlika između braka i vanbračne zajednice je pravne naravi, odnosno brak se sklapa i prestaje na način i uz ograničenja propisana zakonom, odnosno ima normirane pravne učinke, dok s druge strane vanbračna zajednica zasniva se i raskida neformalno, a stanje regulacije pravnih učinaka tih zajednica u pojedinim pravnim sistemima vrlo je raznoliko.

Prema pozitivnom zakonodavstvu BiH vanbračna zajednica jeste zajednica života žene i muškarca koji nisu u braku ili vanbračnoj zajednici sa drugom osobom, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete³, a slična definicija je propisana i u Porodičnom zakonu BD BiH⁴, dok je u PZ RS definicija nešto drugačija, te prema kojoj je vanbračna zajednica zajednica života žene i muškarca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom, te je izjednačena sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinskopravnih odnosa, pod uslovima i na način propisan ovim zakonom⁵. Prema važećoj postavki koncepta vanbračne zajednice, pod pravnom regulacijom predviđena je faktička zajednica života između muškarca i žene, odnosno osoba različitih spolova, što znači da prema važećem zakonodavstvu vanbračna zajednica ne može postojati između istospolnih partnera. Kao drugi uslov za postojanje vanbračne zajednice predviđeno je da kod oba vanbračna partnera ne postoji bračna ili vanbračna zajednica sa drugom osobom, a sve u skladu sa načelom monogamnosti. Vanbračna zajednica je zajednica života između muškarca i žene, koja u svojoj biti podrazumijeva zajedničko stanovanje, međusobno pomaganje i poštivanje, materijalno pomaganje, te emocionalnu vezu, a može se desiti i da vanbračna zajednica postoji čak i ako neki od navedenih kriterijuma nisu prisutni.⁶ Ono što je bitno za postojanje vanbračne zajednice jeste volja žene i muškarca da žive zajedno kao žena i muž, da se tako ponašaju, odnosno da izvršavaju prava i dužnosti koje postoje između bračnih partnera. Zakonodavac također predviđa vremensku odrednicu dužine trajanja vanbračne zajednice, koja je neodvojiva od njenog pojma, te upravo duže trajanje vanbračnu zajednicu razlikuje od drugih sporadičnih, prolaznih veza. Tako je predviđeno da vanbračna zajednica izričito

2 N. Traljić, S. Bubić, *Bračno pravo*, 1. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 15.

3 Čl.3. Porodičnog zakona FBiH

4 Čl.5. Porodičnog zakona BD BiH

5 Čl.12. Porodičnog zakona RS

6 M. Alinčić *et al.*, *Obiteljsko pravo*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, „Narodne novine“, Zagreb, 2007, 103.

traje minimalno tri godine, a predviđena je mogućnost i kraćeg trajanja zajednice života a da se ista smatra vanbračnom zajednicom, ukoliko je u istoj rođeno zajedničko dijete.⁷ U porodičnom zakonodavstvu Republike Srpske javljaju se određene razlike u pogledu zakonskog uređenja pojma vanbračne zajednice, pa je tako prema važećem porodičnom zakonodavstvu RS vanbračna zajednica „zajednica života žene i muškaraca koja nije pravno uređena na način propisan ovim zakonom (vanbračna zajednica) izjednačena je sa bračnom zajednicom u pogledu prava na međusobno izdržavanje i drugih imovinsko-pravnih odnosa, pod uslovima i na način propisan ovim zakonom.“⁸

Sve veći broj uporednih porodičnih zakonodavstava pored braka i vanbračne zajednice, kao zajednica života između osoba različitog spola, pravno normira i registrovano partnerstvo kao zajednicu života istospolnih partnera, sa dejstvima dosta sličnim dejstvima braka. Bosanskohercegovačko porodično zakonodavstvo pored braka i vanbračne zajednice ne reguliše nijednu drugu zajednicu života, odnosno nisu zastupljene odredbe kojima se na bilo kakav način reguliše institut registrovanog partnerstva.

2. POSTOJEĆE STANJE BOSANSKOHERCEGOVAČKOG PORODIČNOG ZAKONODAVSTVA IZ ASPEKTA VANBRAČNE ZAJEDNICE I REGISTROVANOG PARTNERSTVA

2.1. Postojeći zakonodavni okvir uređenja vanbračne zajednice u pravu BiH

Entitetska porodična zakonodavstva kao i porodično zakonodavstvo Brčko Distrikta BiH predviđaju samo i isključivo dva oblika partnerskih zajednica života, a to su brak i vanbračna zajednica, predviđajući zakonodavne okvire postojanja i jedne i druge zajednice života. Dok je brak s jedne strane kao zajednica života zakonskim odredbama jasno definisan po pitanju sklapanja braka, te prestanka istog, vanbračna zajednica kao fleksibilnija zajednica od braka, prvenstveno prema aspektima nastanka, trajanja i prestanka, sa sobom nosi niz pitanja koja se javljaju u sudskoj praksi. Kako je vanbračna zajednica faktička zajednica života, koja se ne registruje kod nekog nadležnog organa, samo njeno postojanje potrebno je dokazivati, koju činjenicu neupitno olakšava postojanje zajedničkog djeteta odnosno zajedničke djece rođene u vanbračnoj zajednici.⁹ S druge strane, vanbračna zajednica u kojoj vanbračni partneri nemaju zajedničko dijete odnosno zajedničku djecu podložna je tome da vanbračni partneri moraju dokazivati

7 N. Traljić, S. Bubić, 251.

8 Čl.12. Porodičnog zakona RS

9 Samim momentom rođenja zajedničkog djeteta prestaje obaveza dokazivanja dužine trajanja vanbračne zajednice, odnosno ista je moguće da traje i kraći vremenski period od zakonski propisanom minimuma od tri godine, što teoretski za sobom otvara mogućnost postojanja vanbračne zajednice koja kao faktička zajednica života traje kratak vremenski period, ali su vanbračni partneri roditelji zajedničkog djeteta.

njeno postojanje, te trajanje, pomoću dokaznih sredstava koja su karakteristična za dokazivanje u parničnom postupku, a i podobna za dokazati postojanje iste.¹⁰ Postojeće zakonsko određenje trajanja zajednice koja se smatra vanbračnom na način da prema postojećem porodičnom zakonodavstvu FBiH i BD BiH traje minimalno tri godine, također povlači za sobom određena pitanja i ograničenja pravne zaštite samo iz razloga što zajednica vremenski ne ispunjava fiksirani period trajanja. Obzirom na prirodu vanbračne zajednice, njen način nastanka, trajanja i prestanka, te pružanje pravne zaštite potrebno je u *de lege ferenda* bosanskohercegovačkom zakonodavstvu izmijeniti ovakvu zakonsko definisanje na način da se period trajanja vanbračne zajednice može tumačiti i fleksibilnije, odnosno da ne mora trajati egzaktno tri godine, već period koji iznosi približno tri godine.¹¹

Situacija se usložnjava iz razloga što je vanbračna zajednica kao zajednica života zakonski po imovinskim efektima izjednačena sa bračnom zajednicom života. Takva odrednica označava da su imovinska dejstva vanbračne zajednice jednaka bračnoj, kako za života tako i za slučaj smrti.¹² Intencija zakonodavca je bila pružanje pravne zaštite navedenim partnerskim zajednicama života, ali se nije vodilo dovoljno računa o voljnom elementu, odnosno o tome da ne žele sve osobe koje žive u određenoj zajednici života da njihova zajednica života preraste u vanbračnu zajednicu te da se na nju primjenjuju svi imovinskopravni efekti koje ova sa sobom nosi, kako pitanja vanbračne stečevine tako i pitanje nasljeđivanja vanbračnih partnera, koji prema važećem nasljednom zakonodavstvu FBiH i BD BiH spadaju u zakonske nasljednike prvog nasljednog reda¹³, dok ista reforma nije učinjena u nasljednom zakonodavstvu RS, gdje vanbračni partneri nisu predviđeni kao zakonski nasljednici.¹⁴

10 U većini slučajeva dokazivanje postojanja vanbračne zajednice je moguće putem raspoloživih dokaznih sredstava, ali se u praksi mogu javiti i slučajevi kad je izuzetno teško dokazati njeni postojanje, ili pak moment u kojem je došlo do nastanka, dužinu trajanja ili moment prestanka same vanbračne zajednice, obzirom da se ne registrira ni na jedan odgovarajući način.

11 N. Lucić, „Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu“, *Pravni vjesnik*, god. 31, br. 4-4, 2015, 104.

12 Tako su prema važećem porodičnom zakonodavstvu bračni i vanbračni partneri izjednačeni u svim efektima zajednice, odnosno pitanjima usvojenja, izdržavanja, i u imovinskim odnosima, gdje se uvodi institut vanbračne stečevine, te mogućnost ugovornog uređenja imovinskih odnosa vanbračnih partnera. S druge strane, bračni i vanbračni partneri su izjednačeni i u nasljednim pravima, pa su tako i bračni i vanbračni partner predviđeni kao zakonski nasljednici prvog nasljednog reda, uz djecu ostavitelja (čl. 9 ZN FBiH; čl. 9 ZN BD BiH), te je predviđena mogućnost ugovornog uređenja imovinskog odnosa bračnih i vanbračnih partnera putem instituta ugovora o nasljeđivanju (čl. 126 ZN FBiH; čl. 130 ZN BD BiH, ugovor o nasljeđivanju je ostao i dalje zabranjeni institut u nasljednom zakonodavstvu Republike Srpske).

13 Tako se prema odredbi člana 9. Zakona o nasljeđivanju u FBiH određuje da „na osnovu zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov vanbračni partner koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim“. Slična odredba se nalazi i u članu 9. Zakona o nasljeđivanju BD BiH, dok Zakon o nasljeđivanju RS ne predviđa istu odredbu čime vanbračni partner ne ulazi u krug zakonskih nasljednika ostavilaca (čl. 8 st. 1 Zakona o nasljeđivanju RS).

14 Čl. 8. st. 1. Zakona o nasljeđivanju RS, čl. 9. st. 1. Zakona o nasljeđivanju RS

Sva navedena pitanja ukazuju na potrebu reforme porodičnog zakonodavstva BiH, i to u pravcu da se uvede i mogućnost registracije zajednica života, na koji način bi se povećala pravna sigurnost, te bi osobe koje žive u faktičkoj zajednici života a voljne su da ostvaruju sva dejstva zajednice života, bile u mogućnosti izvršiti registraciju svoje zajednice kod nadležnog organa, te bi se na jednak način regulisao i prestanak navedenih zajednica.¹⁵ Iz navedenog jasno proizlazi da se koncept registrovanog partnerstva, koje kao takvo predstavlja nepoznati pravni institut u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, jer ga ne predviđa, treba posmatrati i iz aspekta zajednice života osoba različitog spola, a ne samo kroz spektar uređenja zajednice života osoba istog spola.

2.2. Utjecaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na de lege ferenda zakonsku regulaciju instituta registrovanog partnerstva u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu

Registrovano partnerstvo je institut koji nije regulisan u bosanskohercegovačkom porodičnom zakonodavstvu. Time je onemogućeno istospolnim partnerima da na bilo kakav način pravno ozvaniče svoju faktičku zajednicu u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu, pa tako faktička zajednica života ne proizvodi nikakva pravna dejstva. S druge strane osobama različitog spola koji žive u faktičkoj zajednici i željeli bi na neki način registrovati svoju zajednicu, stoje na raspolaganju zasnivanje braka ili pak ostvarivanje zakonskih uslova za postojanje vanbračne zajednice.

Nepostojanje zakonske regulative koja bi uređivala odnose između istospolnih partnera u bosanskohercegovačkom porodičnom zakonodavstvu potrebno je posmatriti u kontekstu zaštite ljudskih prava i sloboda, koje su ustavno zagarantovane svakom pojedincu, te moguću povredu osnovnih ljudskih prava i sloboda istospolnih partnera kroz zabranu diskriminacije i kroz pravo na privatni i porodični život.

Prilikom ispitivanja da li nepostojanje zakonske regulative pravnih odnosa između istospolnih partnera u bosanskohercegovačkom porodičnom zakonodavstvu predstavlja diskriminaciju osoba istog spola u smislu člana 13. Evropske konvencije, te da li isto predstavlja povredu prava na privatni i porodični život iz člana 8. Evropske konvencije, treba prvenstveno poći od prakse Evropskog suda za ljudska prava. Iz više presuda Suda proizlazi da uređenje pravnih efekata zajednice života osoba istog spola ne predstavlja pozitivnu obavezu nacionalnih zakonodavstava. Prethodno navedeno znači da Sud svojim presudama ne može nametnuti obavezu pojedinim nacionalnim zakonodavstvima da pravno regulišu

15 R. Demirović, Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, u O. Pajić (gl.ur.), „Zbornik radova: Naučni skup – Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog“, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013, 125.

dejstva zajednica života istospolnih partnera, te zakonska neregulacija istih ne predstavlja povredu ljudskih prava istospolnih partnera.¹⁶

Evropski sud kroz svoju praksu ističe da je priroda istospolnog partnerstva takva da su istospolni partneri kao i osobe različitog spola jednako sposobni da zasniju trajnu i stabilnu zajednicu života¹⁷, te da zaštita prava na privatni i porodični život u svom području primjene *ratione materiae* obuhvata i zaštitu porodičnog života istospolnih partnera.¹⁸ Također, ograničenje uređenja instituta registrovanog partnerstva na način da registrovano partnerstvo mogu sklopiti samo osobe različitog spola bilo bi suprotno praksi Evropskog suda za ljudska prava, i to stavu Suda koji je iznesen u presudi *Vallianatos i drugi protiv Grčke*, u kojoj je Sud utvrdio postojanje diskriminacije u odnosu na grčki Zakon o registrovanim partnerstvima, odnosno odredbu kojom je sklapanje registrovanih partnerstva ograničeno samo na osobe različitog spola, dok osobe istog spola nisu mogle sklopiti registrovano partnerstvo.¹⁹

Iz navedene prakse Suda proizlazi da za državu BiH ne postoji pozitivna obaveza regulacije pravnih odnosa između istospolnih partnera, bez obzira što su istospolni partneri nesumljivo titulari prava na privatni i porodični život.²⁰ S druge strane, ukoliko se bosanskohercegovački zakonodavac odluči pravno regulisati institut registrovanog partnerstva, to će morati učiniti na način da predvidi sklapanje registrovanog partnerstva istospolnim partnerima kao i osobama

16 Vidi: *Vallianatos i dr. protiv Grčke* od 07.11.2013. godine, *F. protiv Švicarske* od 18.12.1987. godine

17 *Schalk i Kopf protiv Austrije, Aplikacija br.30141/04*, od 22.11.2010. godine, §99.

18 *ibid.*, §94.

19 U presudi *Vallianatos i drugi protiv Grčke* Sud je ponovio da je razlikovanje zasnovano isključivo na seksualnoj orijentaciji neprihvatljivo shodno Konvenciji i odbio je tvrdnju države da istospolni partneri mogu ugovorom da uređuju svoja prava i obaveze predviđene građanskom zajednicom, naglasivši da istospolni partneri imaju poseban interes da stupe u građansku zajednicu, jer to predstavlja jedini osnov u grčkom pravu po kojem mogu da ostvare pravno priznanje svog odnosa. Sud je također odbio argument države da je osnovni cilj relevantnog zakona da zaštiti vanbračnu djecu i da ojača instituciju porodice u tradicionalnom smislu. Sud je uvažio pojavu trenda pravnog priznanja istospolnih zajednica i utvrdio da je Grčka prekršila član 14 u vezi sa članom 8, s obzirom na odsustvo ubjedljivih razloga koji bi opravdali uskraćivanje istospolnim parovima mogućnosti da stupaju u građansku zajednicu. Treba, međutim, napomenuti da se Sud u presudi ograničio na negativnu obaveznu državu ugovornica da se uzdržavaju od diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije i da se nije bavio uvođenjem pozitivne obaveze po kojoj bi one morale da uvedu ili istospolnim parovima omoguće pristup pravnim oblicima priznanja njihovih zajednica; *Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava*, The AIRE Centre, Advice on Individual Rights in Europe, 76.

20 Ovakav stav Suda može se shvatiti i kao postupna „evolucija“ prava istospolnih partnera, te ostaje otvorena bojazan da će se moderni koncept porodice dalje širiti u konceptu koji je sve udaljeniji od tradicionalnog shvatanja porodice, u smjeru da se na zaštitu porodičnog života mogu pozvati svi nezadovoljni, pa čak i oni koji

javno zagovaraju poliamoriju ili grupni brak; više u: D. Jakovac – Lozić, „Hrvatska obitelj u procijepu između tradicionalan poimanja i međunarodnih očekivanja“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, br.1/2017, 15.

različitog spola koji žive u životnoj zajednici i na takav način žele regulisati svoje međusobne odnose.

3. IMOVINSKOPRAVNI ASPEKTI VANBRAČNE ZAJEDNICE I FAKTIČKIH ZAJEDNICA ŽIVOTA ISTOSPOLNIH PARTNERA U ZAKONODAVSTVU BiH

3.1. Imovinski aspekti vanbračne zajednice u zakonodavstvu BiH

Pravne norme koje uređuju bračne odnose uglavnom su kogentne prirode, te su ovim odredbama normirani materijalni i formalni uslovi za sklapanje braka, jedan broj prava i obaveza bračnih partnera, prestanak braka i posljedice prestanka braka, a kogentna priroda ovih odredbi proizlazi iz prirode, ciljeva i dejstava braka te njegovog značaja za bračne partnere i za društvenu zajednicu, odnosno načela na kojima se zasniva uređenje ustanove braka, sadržanim kako u ustavnim normama, tako i u međunarodnim dokumentima kojima se uređuju ljudska prava. Dispozitivnim pravnim normama su, s druge strane, normirani samo oni odnosi čije uređenje sporazumom bračnih i vanbračnih partnera neće značiti povredu ovih načela, niti ugroziti suštinu braka i vanbračne zajednice i ostvarivanje njegovih ciljeva. To su, u prvom redu, lična i imovinska dejstva braka i vanbračne zajednice, koja bračni odnosno vanbračni partneri mogu slobodno urediti u skladu sa svojim konkretnim potrebama. Tako je pri uređenju jednog broja ličnih prava i dužnosti bračnim odnosno vanbračnim partnerima ostavljena sloboda izbora između jedne od alternativnih zakonskih odredbi, dok su pri uređenju drugih ličnih prava i dužnosti te imovinskih odnosa, bračni odnosno vanbračni partneri još u manjoj mjeri ograničeni, odnosno oni sami odlučuju za rješenje koje im najviše odgovara. Dispozitivne zakonske odredbe, koje normiraju ove odnose, primjenjivat će se samo ako nije postignut sporazum između bračnih odnosno vanbračnih partnera da se drugačije uredi njihov odnos.

Imovinskopravni odnosi između vanbračnih partnera za života, odnosno za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, regulišu se na način da se vanbračni partneri opredjeljuju da li će se na njihovu vanbračnu zajednicu primijeniti zakonski imovinski režim, ili će svoje imovinskopravne odnose u vanbračnoj zajednici regulisati ugovorom. Ugovorno uređenje odnosa između vanbračnih partnera reguliše se na način da se predviđa institut bračnog ugovora, koji su ovlašteni zaključiti bračni²¹ odnosno vanbračni partneri²².

Zaključivanje bračnog ugovora daje vanbračnim partnerima slobodu da odrede imovinskopravne odnose u pogledu imovine koja se smatra njihovom vanbračnom stečevinom, pri čemu zakonska regulativa u BiH poznaje dva

21 čl. 258. Porodičnog zakona FBiH, čl. 271. Porodičnog zakona RS; čl. 235 Porodičnog zakona BD BiH

22 Čl. 263. Porodičnog zakona FBiH

koncepta vanbračne stečevine, odnosno koncepciju prema kojoj se vanbračna stečevina smatra suvlasništvom vanbračnih partnera, te drugu koncepciju prema kojoj se vanbračna stečevina smatra zajedničkom imovinom vanbračnih partnera. Koncepciju da vanbračna stečevina predstavlja suvlasništvo vanbračnih partnera usvojio je zakonodavac u Porodičnom zakonu FBiH²³ i u Porodičnom zakonu BD²⁴, dok je u Porodičnom zakonu RS zastupljena koncepcija zajedničke imovine vanbračnih partnera, na način da imovina stečena radom lica u vanbračnoj zajednici koja je trajala duže vremena se smatra njihovom zajedničkom imovinom²⁵, s tim da zakonodavac prilikom određivanja pojma zajedničke imovine pripisuje da se zajednička imovina dijeli između vanbračnih partnera na način da svakome od vanbračnih partnera odnosno vanbračnih supružnika pripada po jedna polovina zajedničke imovine.²⁶ Pri tom je jasno da su postojeća zakonska rješenja o prirodi vanbračne stečevine u oba entiteta i Distriktu Brčko drugačija od ranijih zakonskih rješenja, prema kojem je vanbračna stečevina smatrana zajedničkim vlasništvom vanbračnih partnera, pri čemu se udio vanbračnih partnera u ovoj imovini nije znao sve dok se ne izvrši njena podjela²⁷

Postojeća zakonska regulacija imovinskopравnih odnosa u vanbračnoj zajednici u zakonodavstvu BiH može se posmatrati kroz dva aspekta, prvi je regulacija odnosa za života vanbračnih partnera, dok je drugi regulacija odnosa vanbračnih partnera za slučaj smrti. Imovinski odnosi za života vanbračnih partnera podliježu primjeni odredbi o zakonskom imovinskom režimu između vanbračnih partnera, ali postoji i mogućnost ugovornog reguliranja imovinskih odnosa vanbračnih partnera. Zakonski imovinski režim primjenjuje se ukoliko vanbračni partneri nisu uredili svoje odnose ugovorom, i to na način da zakonodavac predviđa da se na odredbe o vanbračnoj stečevini primjenjuju jednake odredbe kao i za bračnu stečevinu.²⁸ Shodno tome, analogno se na vanbračnu stečevinu primjenjuju odredbe o bračnoj stečevini, počevši od pojmovnog označenja instituta, preko načina nastanka bračne stečevine, predmeta bračne stečevine, upravljanja i raspolaganja bračnom stečevinom, te podjele bračne stečevine.²⁹

Da bi se neka imovina smatrala vanbračnom stečevinom, potrebno je da se ispune dva uvjeta i to uvjet da su vanbračni partneri stekli imovinu radom u vanbračnoj zajednici, te drugi uvjet da se radi o vanbračnoj zajednici u smislu zakonskog definiranja vanbračne zajednice u porodičnom zakonodavstvu BiH.³⁰ Ukoliko su ispunjena ova dva kumulativno postavljena uslova, onda imovina

23 čl. 252. Porodičnog zakona FBiH

24 čl. 229. Porodičnog zakona BD BiH

25 čl. 284. St.1. Porodičnog zakona RS

26 Čl.284. st.2. Porodičnog zakona RS

27 čl. 19. Zakona o osnovama vlasničkih odnosa, „Službeni list SFRJ“, br.6/80 i 36/90

28 Čl. 263.st.2. Porodičnog zakona F BiH, čl.240. st.2. Porodičnog zakona BD BiH

29 Vidi više u: A. Hasić-Imamović, „Bračna stečevina u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“, *Analiz Pravne fakulteta u Zenici*, broj 21, godina 11, 289-307.

30 Čl. 263.st.1. Porodičnog zakona FBiH, čl.240. Porodičnog zakona BD BiH

spada u vanbračnu stečevinu. Na imovinu koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici primjenjuju se jednaka pravila kao i o imovini koju su radom u braku stekli bračni partneri, kao i prihodi iz te imovine. Pored imovine koja je stečena za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, analognom primjenom odredbi o bračnoj stečevini, u vanbračnu stečevinu spadaju i pokloni trećih osoba učinjeni za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, bez obzira na to koji ih je vanbračni partner primio, ukoliko drukčije ne proizlazi iz namjene poklona ili se iz okolnosti u momentu davanja poklona može zaključiti da je poklonodavac želio učiniti poklon samo jednom od vanbračnih partnera.³¹ U vanbračnu stečevinu također spadaju i dobici od igara na sreću³² te prihodi od intelektualnog vlasništva ostvareni za vrijeme trajanja vanbračne zajednice³³. U pravnoj teoriji ističe se da se na vanbračnu stečevinu ne mogu analogno primijeniti odredbe o bračnoj stečevini, odnosno da se vanbračna stečevina stječe jedino radom oba vanbračna partnera, dok se bračna stečevina u pravilu stječe radom oba bračna partnera, ali od tog pravila postoje ranije pomenuti izuzeci u pogledu prihoda od imovine, učinjenih poklona, dobitaka od igara na sreći te prihoda od intelektualnog vlasništva.³⁴

Ugovorni imovinski režim vanbračnih partnera pretpostavlja zaključenje ugovora, i to za vrijeme trajanja vanbračne zajednice, kojim ugovorom se uređuju imovinskopравни odnosi vanbračnih partnera. Ugovor mogu sklopiti osobe koje se nalaze u vanbračnoj zajednici, koja odgovara zakonskom definisanju vanbračne zajednice. Ugovor mogu sklopiti lica koja su poslovno sposobna, ali i vanbračni partner kojem je oduzeta poslovna sposobnost, na način da u njegovo ime ugovor sklopi njegov staratelj sa odobrenjem organa starateljstva.³⁵ Ugovorom se ne može ugovoriti primjena stranog prava na imovinskopравne odnose vanbračnih partnera.³⁶

3.2. Opći instituti nasljednog i stvarnog prava u pravu BiH kao sredstvo imovinskopравne zaštite istospolnih partnera koji se nalaze u faktičkih zajednica života

Bez obzira na nepostojanje zakonske regulative instituta registrovanog partnerstva, na osnovu kojeg bi se na odgovarajući način priznala imovinskopравna dejstva faktičkih zajednica života istospolnih partnera, iste i pored toga ostvaruju određene imovinskopравne aspekte. Uređenje imovinskih odnosa faktičkih zajednica istospolnih partnera za života se može posmatrati kroz ugovorno uređenje imovinskih odnosa. Kako istospolni partneri nisu ovlašteni subjekti koji mogu

31 Čl. 251.st.2. Porodičnog zakona FBiH, čl.228. Porodičnog zakona BD BiH

32 Čl. 251.st.3. Porodičnog zakona FBiH, čl.228. st.3. Porodičnog zakona BD BiH

33 Čl. 251.st.4. Porodičnog zakona FBiH, čl.228.st.4. Porodičnog zakona BD BiH

34 N. Traljić, S. Bubić, 147.

35 *Ibid.*, Čl. 258.st.1.

36 *Ibid.*, Čl. 260.

sklopiti bračni ugovor³⁷, povodom imovine vlada koncept individualne imovine, odnosno svaki od istospolnih partnera ima svoju individualnu imovinu, s tim da se na imovini mogu upisati kao suvlasnici. Obzirom da njihova zajednica života zakonski nije priznata, ne postoji zakonska obaveza međusobnog izdržavanja partnera, te ne postoji nikakva mogućnost zajedničkog usvajanja djece. U pogledu izdržavanja partnera, moguće je da istospolni partneri zaključe ugovor o doživotnom izdržavanju, ukoliko konkretna situacija zadovoljava uslove za zaključenje istog, te istim ugovore obavezu izdržavanja ali samo u korist jednog od partnera.

U pogledu nasljednopravnih efekata faktičke zajednice života istospolnih partnera, prvenstveno treba naglasiti da se istospolni partneri ne mogu međusobno nasljeđivati putem zakonskog nasljeđivanja, kako ne spadaju u krug zakonskih nasljednika. Nasljednopravne efekte moguće je postići putem zaključivanja ugovora o doživotnom izdržavanju, na koji način se isključuje mogućnost da imovina koju su istospolni partneri zajedno sticali bude predmet zakonskog nasljeđivanja te pozivanja na nužni nasljedni dio od strane zakonskih nasljednika preminulog istospolnog partnera. Također, otvorena je mogućnost testamentarnog raspolaganja istospolnih partnera, i to na način da svaki od njih testamentom raspolaze svojom imovinom u korist drugog istospolnog partnera, s tim da na ovaj način nije isključena mogućnost pozivanja na nužni nasljedni dio od strane zakonskih nasljednika preminulog istospolnog partnera.

3.3. Imovinski odnosi u vanbračnoj zajednici s međunarodnim elementom

Porodični odnosi, a posebno imovinski odnosi postojećih zajednica života često sadržavaju određene inostrane elemente, obzirom na postojeće društvene prilike na osnovu kojih su život i dejstva zajednice povezana sa dvije ili više različitih država. Tako se nerijetko dešava da vanbračni partneri zasnuju svoju vanbračnu zajednicu u jednoj državi, pa onda ih poslovne ili neke druge prilike odvedu u drugu državu, pri čemu stiču imovinu u tim državama koje su centar njihovog zajedničkog života. U takvim situacijama postavlja se pitanje odredbe kojeg zakonodavstva će se primjenjivati u datim situacijama, i to sa segmenta nadležnosti našeg suda te segmenta određivanja i primjene mjerodavnog prava.

Postojeće zakonske odredbe u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu regulišu situacije koje se odnose na imovinske odnose vanbračnih partnera sa elementom inostranosti.³⁸ Odredbe o mjerodavnom pravu za imovinske odnose vanbračnih partnera su sadržane u odredbi člana 39. Zakona o rješavanju sukoba

³⁷ Bračni ugovor mogu sklopiti samo zakonom ovlašteni krug lica koji je regulisan strogo, a to su bračni partneri (čl.252.st.2. PZ FBiH), budući bračni partneri (čl.252.st.2. PZ FBiH) te vanbračni partneri (čl.263. PZ FBiH).

³⁸ Iste situacije su regulisane u Zakonu o rješavanju sukoba zakona

zakona BiH (u daljem tekstu: ZRSZ BiH)³⁹, pri čemu zakonodavac reguliše zakonski imovinski režim i ugovorni imovinski režim u vanbračnoj zajednici. Mjerodavno pravo za zakonski imovinski režim počiva na zajedničkom državljanstvu kao tački vezivanja, ukoliko su vanbračni partneri osobe koje imaju isto državljanstvo, pa je tako mjerodavno pravo za zakonski imovinski režim vanbračnih partnera pravo države čije zajedničko državljanstvo imaju vanbračni partneri.⁴⁰ Ukoliko vanbračni partneri imaju različita državljanstva, onda je tačka vezivanja njihovo zajedničko prebivalište, odnosno mjerodavno pravo je pravo one države u kojoj vanbračni partneri imaju zajedničko prebivalište⁴¹, a koje zajedničko prebivalište se odnosi na moment u kojem se određuje samo mjerodavno pravo.

Ugovorni imovinski režim predviđa kao mjerodavno pravo države koje bi u momentu sklapanja ugovora bilo mjerodavno prema zakonskom imovinskom režimu. U praksi to znači da, ukoliko državljanin BiH i državljanka Hrvatske, koji žive u vanbračnoj zajednici sa zajedničkim prebivalištem u BiH, zaključe ugovor kojim regulišu svoje imovinske odnose u vanbračnoj zajednici, kao mjerodavno pravo koje će se primjenjivati na njihove imovinske odnose biti će pravo koje bi važilo za njihov zakonski imovinski režim u momentu sklapanja ugovora. Kako su to lica sa različitim državljanstvima, onda će kao tačka vezivanja biti mjesto njihovog zajedničkog prebivališta, te će kao mjerodavno pravo koje će se primjenjivati na njihov ugovor biti bosanskohercegovačko porodično zakonodavstvo.

3.4. Imovinski odnosi u registrovanom partnerstvu s međunarodnim elementom

Postojeća materijalnopravna regulacija u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu ne poznaje institut registrovanog partnerstva, a regulacija istog nije predviđena ni u odnosu na situacije s elementom inostranosti, pa tako važeće zakonodavstvo ne predviđa odredbe koje bi se odnosile na imovinske odnose u registrovanom partnerstvu. Obzirom na odsustvo kolizione norme kojom bi se ono predviđalo, onda se na osnovu osnovnog načela popunjavanja pravnih praznina, identificiraju kolizione norme koje su najsličnije i koje se mogu primjenjivati na nastalu situaciju. Kako je po svojim svojstvima registrovano partnerstvo najsličnije institutu vanbračne zajednice, tako se za nastalu situaciju mogu primjenjivati odredbe koje se odnose na materijalno pravo za imovinske odnose vanbračnih partnera.⁴² Na osnovu navedenih odredbi moglo bi se lokalizirati pravo koje bi se primjenjivalo na imovinske odnose registrovanih partnerstva. Međutim, postavlja

39 Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, „Sl. List SFRJ“, br.43/82 i 72/82-1645, „Sl.list R BiH“, 2/92-5, 13/94-189

40 Član 39. st.1. ZRSZ BiH

41 Čl. 39.st.2. ZRSZ BiH

42 M. Stančić, „Kratak osvrt na pravni položaj istospolnih parova u Republici Srbiji i potencijalna rešenja *de lege ferenda*“, *Nova pravna revija, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, br.1/2017, 32.

se pitanje da li bi došlo do primjene prava koje bi prema odredbama bilo važeće, obzirom na činjenicu da je registrovano partnerstvo institut nepoznat u našem pravu, te da važeće odredbe dozvoljavaju samo zajednice života između osoba različitog spola. Pozivanjem na javni poredak spriječila bi se primjena mjerodavnog inostranog prava u odnosu na imovinske odnose registrovanog partnerstva, i to iz razloga suprotnosti javnom poretku iz razloga povrede ustavnopravnog principa tradicionalnog poimanja braka.⁴³ Pri tom treba voditi računa da priznavanje imovinskih efekata registrovanog partnerstva ne znači jednako kao i priznavanje samog instituta registrovanog partnerstva. Također, treba voditi i računa o pravima stečenim u inostranstvu, ista prava bi trebala biti priznata i u drugim državama, odnosno ukoliko su u jednoj državi osobe zasnovale punovažno registrovano partnerstvo koje za sobom proizvodi i imovinskopravne efekte, ti efekti bi trebali biti važeći i u drugim državama.⁴⁴

Ukoliko bi kao rezultat primjene kolizionih normi kao mjerodavno pravo za imovinske odnose u registrovanom partnerstvu bilo pravo BiH, i pod uslovom da isto nije suprotno javnom poretku naše zemlje, bilo bi potrebno odrediti koje materijalnopravne norme će se primijeniti na navedene imovinske odnose. Obzirom da je po svojim osobinama i pravnim posljedicama registrovano partnerstvo slično i braku ali i vanbračnoj zajednici kakvu poznaje naše zakonodavstvo, na isto bi se mogle primijeniti odredbe koje važe za bračni odnosno vanbračni zakonski ili ugovorni režim.

4. ZAKLJUČAK

Obzirom na dinamiku društva i veliki broj društvenih promjena, sve je veći broji nacionalnih porodičnih zakonodavstava koja regulišu imovinske aspekte istospolnih zajednica kroz zakone o registrovanim zajednicama, odstupajući na taj način od tradicionalnih zakonskih rješenja i nudeći zakonska rješenja koja prate trenutnu društvenu stvarnost i pružaju rješenja za konkretne i prisutne društvene i pravne situacije.

Uvođenje registrovanog partnerstva kao instituta u porodično zakonodavstvo BiH dovelo bi do ujednačenosti i jednostavnijeg načina regulisanja odnosa između lica koja žele da njihova faktička zajednica života proizvodi pravne efekte. Na taj način bi se otklonili nedostaci koje je za sobom nosio koncept vanbračne zajednice. Međutim, prilikom pravne regulacije instituta registrovanog partnerstva zakonodavac bi morao poći od odredbe o zabrani diskriminacije na osnovu spola, te bi morao dozvoliti zaključenje registrovanog partnerstva kako osobama različitog spola tako i osobama istog spola.

43 M. Župan, „*Temeljna ljudska prava i prekogranične životne zajednice – registrirano partnerstvo u fokusu*“, u T. Varady i dr. (ur.): *Liber amicorum* Gašo Knežević, Beograd 2016, 151.

44 *Ibid.*, 152.

Pored promjena u samoj prirodi braka i drugih partnerskih zajednica života, obzirom na sve veću mobilnost stanovništva, dešavaju se i promjene vezane imovinska dejstva navedenih zajednica. Tako se nerijetko dešavaju situacije u kojima osobe koje zasnuju vanbračnu zajednicu ili zaključe punovažno registrovano partnerstvo u jednoj državi potom presele u drugu državu, te zatim često i u treću, ostvarujući u svakoj od njih određena imovinska prava odnosno stičući imovinu u svakoj od njih. S obzirom na navedene činjenice, nerijetko se javlja više poveznica sa više različitih država u pogledu imovinskih dejstava navedenih zajednica života, a što najviše dolazi do izražaja ukoliko se pokrene neki od sudskih postupaka (postupak razvoda braka, ostavinski postupak itd.). Zato je od ključne važnosti da društvena stvarnost bude adekvatno popraćena zakonskom regulacijom istih odnosa, te da je moguće primijeniti postojeća zakonska pravila koja se odnose na pojedine specifične odnose, kada je potrebno pravilno odrediti koji sud ima nadležnost za provođenje postupka te koje nacionalno zakonodavstvo će se primijeniti na konkretan slučaj. Postojeće zakonske odredbe u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu ne sadrže kolizione norme koje se odnose na efekte registrovanog partnerstva, pa stoga veoma bitnu ulogu igra buduća reforma odredbi o međunarodnom privatnom pravu u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, kojim bi iste bile adekvatno obuhvaćene.

Literatura:

1. Alinčić M. *et al.*, *Obiteljsko pravo*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, „Narodne novine“, Zagreb, 2007.
2. Demirović R., Novi pravci u pravnom regulisanju vanbračne zajednice u bosanskohercegovačkom pravu, u O. Pajić (gl.ur.), *„Zbornik radova: Naučni skup – Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog“*, Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013
3. Hasić-Imamović A., „Bračna stečevina u porodičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini“, *Analiz Pravnog fakulteta u Zenici*, broj 21, godina 11, 289-307.
4. Jakovac-Lozić D., „Hrvatska obitelj u procijepu između tradicionalan poimanja i međunarodnih očekivanja“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, br.1/2017, 1-33.
5. Lucić N., „Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu“, *Pravni vjesnik*, god. 31, br. 4-4, 2015.
6. Porodični zakon FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, br. 35/05, 31/14
7. Porodični zakon RS, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014

8. Porodični zakon BD BiH, „Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH“, broj 3/07
9. Presuda *Vallianatos i dr. protiv Grčke* od 07.11.2013. godine
10. Presuda *F. protiv Švicarske* od 18.12.1987. godine
11. Stančić M., „Kratak osvrt na pravni položaj istospolnih parova u Republici Srbiji i potencijalna rešenja de lege ferenda“, *Nova pravna revija, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, br.1/2017
12. Traljić N., Bubić S., *Bračno pravo*, 1. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.
13. *Zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava*, The AIRE Centre, Advice on Individual Rights in Europe
14. Zakon o nasljeđivanju Distrikta Brčko BiH, Službeni glasnik DB BiH, br.36/2017
15. Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH, Službene novine F BiH, br.80/14
16. Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br.1/2009, 552009, 91/2016
17. Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, „Sl. List SFRJ“, br.43/82 i 72/82-1645, „Sl.list R BiH“, 2/92-5, 13/94-189
18. Župan M., Temeljna ljudska prava i prekogranične životne zajednice – registrirano partnerstvo u fokusu, u T. Varady i dr. (ur.): *Liber amicorum Gašo Knežević*, Beograd 2016, 142-167.

**NEW LEGAL CHALLENGES: THE CONCEPT OF EXTRAMARITAL
PARTNERSHIP AND REGISTERED PARTNERSHIP IN LEGISLATION
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary: Marriage as a legal institute and social reality is older than the state itself, because it was also known in societies that did not know the state system. Originally, marriage and social relations that were related to marriage were bound by tradition and were subject to the rules imposed by the community itself. In the later development of society and the state itself, the emergence of the legal regulation of family matters, but also the relationship in marriage by the state itself, or by the legislator, which characterizes today's modern societies.

Marital law has grown from a traditional legal area, to a legal area that is modern and whose norms are enacted by the norm-maker, and which follow the development of society itself. Namely, society is a dynamic category, and in the area of family law, which for centuries belonged to the traditional field of society and law, fundamental changes are taking place. The family as a functional unit and marriage as its backbone undergo the greatest transformations. Thus, marriage ceases to be part of the traditional aspect of society, but becomes a modern legal institute that monitors the development and dynamics of the social community. In addition to marriage, other communities of life coexist, which are part of social reality, whose aspects also need to be placed in the legislative framework and given some legal effects. Given the dynamics of society and the large number of social changes, aspects of other life communities are regulated in an increasing number of modern family legislations, in addition to marital and extra-marital life, more specifically the regulation of the relationship between same sex person.

Keywords: marriage, extramarital partnership, registered partnership, matrimonial and extramarital affairs, property effects of the registered partnership.

POSTUPAK PRETHODNOG ODLUČIVANJA PRED SUDOM PRAVDE EU

Sažetak : Osnovni oblik pravne komunikacije i korespondencije između nacionalnih sudova i Europskog suda odvija se kroz institute “prethodnog pitanja” i “prethodnog postupka”. Lisabonskim ugovorom predviđena je mogućnost prema kojoj nacionalni sudovi, nakon što se iscrpe svi pravni lijekovi mogu uputiti prethodno pitanje Europskom sudu. Prethodni postupak omogućava nekoliko uzajamnih benefita. Primarno, nacionalni sud profitira od mogućnosti za dobijanje mišljenja Europskog suda temeljem kojeg nedvojbeno u meritornom smislu može riješiti sporno pitanje, odnosno spor. S druge strane, komunitarno pravo omogućava verikalnu kontrolu u smislu ujednačavanje prakse u primjeni prava Europske unije kao i mogućnost uvođenja jedinstvenog pravnog stuba na kojim počiva Europska unija. To znači da unutar nacionalnog pravnog poretka, sa nivoa izvršne i zakonodavne vlasti određeno pitanje se unosi u sferu sudskog, te ukoliko ishod sudskog postupka ovisi od prethodnog pitanja, isto se može uputiti na razinu Europskog suda. Autorica u radu predvođena je profesionalnom i znanstvenom potrebom sagledavanja i poređenja pravnih propisa Bosne i Hercegovine kao potencijalne članice Europske unije i njene mogućnosti ali i prakse u eventualnom postavljanju prethodnog pitanja Europskom sudu. Bosne i Hercegovina u stremljenju da postane članica Europske unije ima primarnu obavezu prilagoditi svoje zakonodavstvo i praksu europskoj, te u tom smislu vrlo je važno imati i mogućnost direktne komunikacije sa Europskim sudom prije formalnog članstva.

Ključne riječi: pitanje, prethodno, sud, nadležnost.

1. UOPŠTENO O PRETHODNOM PITANJU

Osnovne odredbe kojim je regulisan institut „*prethodnog pitanja i prethodnog postupka*“ unutar Europske unije, sadržan je kroz normativni okvir propisan Ugovorom o osnivanju EU i Ugovorom o funkcionisanju EU 2010/C 83/01. Tačnije, kroz odredbe člana 267. Ugovora o funkcioniranju EU propisano je da je Sud Europske unije nadležan odlučivati u svakom slučaju koji se tiče:

- ✓ „tumačenje ugovora kao i,
- ✓ valjanosti i tumačenje akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije“¹

¹ Ugovor o osnivanju EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01, član 267.

Tumačenjem ugovora, Sud EU postavlja se kao nadnacionalna institucija koja je jedino ovlaštena da daje pravna mišljenja o svim odredbama Ugovora o osnivanju EU i Ugovora o funkcioniranju EU, te s tim u vezi i sam predmet prethodnog pitanja u vezi sa istim aktima. Druga odredba, člana 267. nedvojbeno ukazuje na određenost i ovlaštenje Suda EU prema kojem je jedini organ koji ima snagu da donosi odluku da li je akt institucija EU, akti tijela EU, ili bilo koje agencije EU valjan i u skladu sa odredbama Ugovora o osnivanju EU i Ugovora o funkcionisanju EU. Odredbe člana 267. Ugovora o funkcionisanju EU: „*ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči*“ ukazuju na postojanje alternativne mogućnosti prema kojoj nacionalni sud može zatražiti odluku Suda EU o prethodnom pitanju. Radi se o svojevrsnom obliku „prebacivanja nadlaženosti“ ali i „potrebnoj komunikaciji“. Ciljevi „prebacivanja nadležnosti“ ne ukazuju niti pod kojim uvjetom pasivan odnos nacionalnih sudova, već postavljanja vertikalne sudske prakse, koja se ostvaruje upravo kroz „potrebnu komunikaciju“. Na ovakav način omogućava se stvaranje jedinstvenih standarda unutar pravosudne i pravne prakse Europske unije. „Prebacivanje nadležnosti“ nužno je u svim onim pitanjima koja se tiču tumačenja Ugovora o funkcionisanju EU, kao i akata institucija, jer niti jedan nacionalni sud nije ovlašten donositi odluku o ovakvim pitanjima. S toga, ukoliko se pred nacionalnim sudom nađe pitanje koje izlazi iz sfere njegove nadležnosti, nedvojbeno je da takav sud u svakom trenutku može zatražiti da o tom prethodnom pitanju odluku donese Sud EU. Odredba člana 267. koja glasi „*ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u toku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu*“ ukazuje na svojevrsni oblik pravne „obaveze“. Za razliku od prethodne odredbe u kojoj je data mogućnost podnošenja sudu zahtjeva, kod ove odredbe jasno se ukazuju slučajevi u kojim nacionalni sudovi trebaju zatražiti mišljenja i odluku Suda EU. Radi se o svim onim pitanjima koja se tiču tumačenja i valjanosti odredbi Ugovora o funkcionisanju EU, kao i akata bilo koje institucije EU, a u odnosu na čiji nacionalnu odluku ne postoji mogućnost pravnog lijeka. Svrsishodnost ovakve norme ogleda se u mogućnosti ali obavezi nacionalnih sudova da u onim pravnim stvarima u odnosu na čiju odluku ne postoji mogućnost podnošenja pravnog lijeka upute zahtjev za prethodni postupak Sudu EU na dalje odlučivanje. Kao posljednja odredba člana 267. Ugovora o funkcionisanju EU propisano je: „*ako se to pitanje postavi u predmetu koji je u toku pred sudom neke države članice u pogledu osobe kojoj je oduzeta sloboda, Sud EU djeluje u najkraćem mogućem roku*“. Iz ovako formulisane odredbe Ugovora o funkcionisanju EU nedvojbeno se ukazuje na postojanje nekoliko važnih pravnih stvari:

- ✓ da se radi o tumačenju odredbi ugovora,
- ✓ da se radi o valjanosti i tumačenju akata institucija EU,

✓ da se radi o onim predmetima u kojem su nacionalne vlasti države članice oduzele slobodu građaninu.

Pored prethodno taksativno nabrojanih pravnih stvari, vrlo je važna činjenica postojanja skraćenog postupka po prethodnom pitanju. Ovdje također ponovno dolazi do izražaja temeljna vrijednost EU, a to je sloboda. U svim slučajevima, koji su alternativno propisani jasno se ukazuje da, ako se radi o oduzetoj slobodi, Sud EU će takav zahtjev nacionalnih vlasti razmatrati u razumnom postupku.

Za razliku od nacionalnih vlasti država članica EU, koji su ovlašteni za podnošenje zahtjeva prema Sudu EU, postavlja se pitanje da li su i građani EU ovlašteni za komunikaciju sa Sudom EU? U odnosu na ovako postavljenu formulaciju pitanja, postoji više pravnih stajališta, od kojih za potrebe rada će biti navedeno jedno. U okviru instituta „prethodnog pitanja“ „svaki građanin EU također može zatražiti pojašnjenje odredaba EU koje se na njega odnose, ali zastupanje pred Sudom EU može vršiti samo zastupnik kada su u pitanju države članice EU, dok za ostale stranke to mora biti pravnik“.² Kod ovakvog pravnog stajališta dolazi do izražaja nekoliko važnih pravnih postulata:

✓ građanin EU ne može direktno podnijeti zahtjev Sudu EU, jer je aktivni subjekt postupka pred nacionalnim sudom u kojem može ukazati na nevaljanost nekog akta, i time zatražiti od suda podnošenje zahtjeva,

✓ građanin EU može zatražiti pojašnjenje neke od odredbi koje su važeće unutar EU a koje se direktno tiču nekog njegovog prava.

Kod ovako postavljene formulacije pravne norme, evidentna je pravna mogućnost djelovanja građanina EU primarno u postupku pred nacionalnim sudom u kojem nastoji zaštititi svoje pravo ukazujući na mogućnost ali i obavezu prema kojoj nacionalni sud može ili treba da podnese zahtjev Sudu EU. S druge strane, ostavljena je mogućnost da u svakom postupku građanin zatraži mišljenje Suda EU o tumačenju odredbe nekog akta unutar EU, ali samo one koja se tiče tog građanina.

Sud po svakom zahtjevu podnešenom od strane nacionalnih organa vlasti/sudova ne odgovora na način da postupa po istom u vidu davanja mišljenja. U odnosu na svaki zahtjev, Sud EU donosi presudu ili obrazloženo rješenje. Strukturalni problem u radu ne predstavlja mogućnost BiH u iniciranju prethodnog pitanja. Strukturalni problem čine presude Suda EU i njihova obveznost u izvršenju od strane Bosne i Hercegovine.

2 Dostupno na: [www.curia.europa.eu/datum pristupa](http://www.curia.europa.eu/datum/pristupa), 12.06.2019. godine./statut Suda Eu, član 19.

2. NADLEŽNI SUDOVI UNUTAR EUROPSKOG PRAVNOG PROSTORA KOJI DJELUJU PO PRETHODNOM PITANJU

Prema odredbama Ugovora o osnivanju Europske unije i Ugovora u funkcioniranju Europske unije³, propisano je da će Sudovi u Europskoj uniji (*u daljem tekstu EU*) obuhvatiti:

- ✓ Sud,
- ✓ Opći sud i,
- ✓ Specijalizirane sudove.⁴

Sud koji je od interesa za izučavanje prethodnog pitanja je Sud EU⁵, i isti se sastoji od po jednog suca iz svake države članice Europske unije. Nadležnost Suda EU, u skladu sa Ugovorom o osnivanju EU i Ugovorom u funkcioniranju EU (*Lisabonski sporazum*) je:

- ✓ donošenje odluka u postupcima koje pokreću države članice, institucije ili fizičke ili pravne osobe,
- ✓ odlučuje o prethodnim pitanjima, na zahtjev sudova država članica, o tumačenju prava Unije ili valjanosti akata koje su usvojile institucije,
- ✓ donosi odluke u ostalim slučajevima predviđenim Ugovorom o osnivanju EU i Ugovorom o funkcioniranju EU.

Već u samom opisivanju nadležnosti iz ugovora o funkcionisanju EU uviđa se jedna temeljna odrednica na kojoj počiva cjelokupan pravni poredak EU, a to je ugovorne odredbe. Beširević ističe, da EU ima „nekodifikovani ustav (*naziva ga Europskim ustavom*), koji služi povezivanju politike masijanzma sa (konstytucionalnom) demokratijom i pozicioniranju Unije kao samostalnog i autentičnog aktera na globalnoj političkoj sceni“.⁶ Obrazovanjem EU jasna je opredjeljenost koja teži za uspostavljanje jedne stabilne pravne forme i formulacije društvenog organizovanja koji se temelji na jasno uspostavljenoj horizontalnoj pravnoj sekvenci. Ugovor o osnivanju EU i Ugovor o funkcioniranju EU predstavlja svojevrsno najviši pravni akt EU, kojim je osiguran niz pravnih instrumenata kao garancija osiguranja poštivanja prava u primjeni i interpretaciji odredbi Ugovora.

3 Ibid.

4 Ibid, čl. 19.

5 Sud se sastoji od 28 sudaca i 11 nezavisnih advokata/odvjetnika. Nakon savjetovanja sa odborom zaduženim za davanje mišljenja o prikladnosti kandidata, suce sporazumno imenuju vlade države članice EU. Suci Suda EU između sebe biraju predsjednika i potpredsjednika. Mandat sudaca Suda EU je šest godina sa mogućnošću ponovnog reizbora. Dostupno na: www.curia.europa.eu/ datup pristupa 23.06.2019. godine.

6 Beširević, Violeta. (2013). Ustav bez demosa: zašto Evropska unija (ipak) ima ustav, Pravni zapisi, god.IV, br.1. Pravni fakultet Univerziteta UNION, str. 28.

Odredbe Ugovora koje se odnose na prethodno pitanje, obavezuju sve države članice da kada se „god u postupku pred nacionalnim sudom neka od stranaka pozove na određene odredbe primarnog ili sekundarnog komunitarnog prava, a sud smatra da je to pitanje značajno za rješavanje predmeta, tj. da se radi, o tzv. prethodnom pitanju, Ugovor o funkcioniranju EU ga upućuje na obraćanje Sudu EU“.⁷ Iz postojeće odredbe Ugovora, vidljiva su dva vrlo bitna elementa, od kojih su:

- ✓ dispozitivni i,
- ✓ komulativni.

Dispozitivni, ukazuje da države članice mogu obratiti se Sudu EU, dok kumulativni ukazuju da se za određene pravne stvari, poput tumačenja, nacionalni sudovi država članica trebaju obratiti Sudu EU. Na ovakav način, odredbe Ugovora, putem sudskog mehanizma osiguravaju uspostavljanje jedinstvenog standardizovanog i centralizovanog tumačenja komunitarnog prava. Još je jedna vrlo bitna odrednica sadržana u ugovornim odredbama Ugovora kojim je EU kroz primjenu instituta prethodnog pitanja i postupka osigurala centralizaciju i jasnu nadnacionalnu pravnu moć. Kako ističe Schtze, to je doktrina izravnog učinka i načelo nadređenosti.⁸ Prema doktrini izravnog učinka, subjektivno pravo svakog pojedinca je da ukoliko smatra da su njegova prava prekršena obrati se nacionalnom sudu radi svoje zaštite, dok prema načelu nadređenosti, svaki nacionalni sud koji donosi odluku, primarno mora primjeniti Europsko pravo. Meškić i Samardžić ukazuju: „pravo EU nadređeno je nacionalnim pravnim porecima svojom primjenom, tj. u slučaju sukoba Prava EU i nacionalnog prava sudija će odmah primjeniti Pravo EU, bez čekanja da nacionalni organi ponište nacionalne propise koji su suprotni Pravu EU“.⁹ Isti autori, ukazuju na kauzalnu vezu prethodnog načela sa načelom neposrednog dejstva, prema kojem: „pravo europske unije neposredno obavezuje kako organe EU, tako i države članice i njihove građane. Neposredno dejstvo ne odlikuje sve izvore Prava EU, nego samo primarno pravo te uredbe i odluke iz sekundarnog prava EU“.¹⁰ Iz navedenog tumačenja nedvojbeno proizilazi da odredbe Ugovora kao i pravni mehanizmi proizašli iz istog imaju obavezujuću ulogu ne samo za institucije, već i za građane EU. S druge strane, Sud EU nije sud koji će presuđivati u postupcima radi zaštite subjektivnih prava koja izviru i proizilaze iz Prava EU, niti je sud koji će odlučivati povodom pravnih lijekova protiv nacionalnih sudova. Upravo je institut „prethodnog postupka“ omogućio položaj Sudu EU koji će imati isključivo položaj da on bude tumač prava EU. Špago ističe da upravo ovakav princip omogućava da: „naši sudovi

7 Špago, D. (2015). Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci, 36, br. 1. str. 381.

8 Schutze, Robert. (2012). An introduction to European Law, Cambridge, University, str. 107.

9 Meškić, Zlatan, Samardžić, Darko. (2012). Pravo Europske unije, Sarajevo, str. 230.

10 *Ibid*, str. 230.

pored toga što su i dalje ostali nacionalni sudovi, postali su i sudovi EU, jer štitet subjektivna prava nastala temeljem Prava EU, izravnom primenom prava EU u parničnim postupcima, ali ujedno i sudskim dijalogom sa Sudom EU¹¹. Da pravo EU ima primat u odnosu na nacionalno pravo država članica, ukazuje i Zečević prema kojem: „jedno od izvanrednih dostignuća Suda pravde jeste to što je uspostavio direktnu primjenu prava Unije, uprkos prvobitnom otporu izvjesnih država članica, i time zagarantovao postojanje pravnog poretka EU“¹². To znači da nezavisno od zakonodavstva nacionalnih država, Pravo EU pored obaveza nameće i prava, i to ne samo ona koja proizilaze iz Ugovora, već i obaveze koje su indirektno vezane za prava iz Ugovora.

3. POSTUPAK PODNOŠENJA ZAHTJEVA ZA PRETHODNO PITANJE I POSTUPAK SUDA PO ZAHTJEVU

Kada nacionalni sud prilikom razmatranja nekog parničnog pitanja zatraži tumačenje i mišljenje Suda EU, u okviru prethodnog postupka, tada dolazi do zastajanja samog postupka. Postupak zastaje do trenutka kada Sud EU ne donese odluku o tumačenju konkretnih odredbi prava EU. Postavlja se pitanje načina i legitimeteta podnošenja zahtjeva za prethodno pitanje u smislu ko je legitiman da podnese zahtjev? Samardžić i Meškić ističu da: „obično je pojedinac taj koji će pred nacionalnim sudom ukazati na prethodno pitanje tumačenja ili valjanosti akta EU, iako pojedinci nemaju mogućnost da prisile nacionalni sud da zaista i postavi prethodno pitanje Sudu EU“¹³. Nedvojbeno proizilazi da pojedinac u zaštiti subjektivnih prava ima mogućnost da ukaže na prethodno pitanje nacionalnom sudu, ali ne i na podnošenje zahtjeva za prethodno pitanje Sudu EU. Aktivna legitimacija za podnošenje zahtjeva za prethodno odlučivanje proizilazi iz ugovorne norme, prema kojoj i sami prethodni autori ukazuju da su to „sudovi država članica“. Međutim, Samardžić i Meškić ukazuju da „Sud EU razvio je niz kriterija prema kojima se određuje da li se neka institucija smatra sudom ovlaštenim za podnošenje zahtjeva za prethodno odlučivanje: osnovanost na temelju zakona, stalnost suda, obavezna nadležnost, nezavisnost, primjena pravnih propisa“¹⁴. Postavlja se sasvim logično pitanje: da li se prethodno pitanje postavlja samo od strane suda zadnje instance, odnosno suda protiv čije odluke više ne postoje pravni lijekovi? Da bi se pružio naučni odgovor na ovako postavljeno pitanje, neophodno je osvrnuti se primarno na pitanje kada se uopće može postaviti zahtjev za prethodno pitanje. Doktrina „*acte clair*“ značajna je u svim onim situacijama kada je za ispravnu aplikaciju komunitarnog prava sužen prostor unutar kojeg se ne ostavlja mogućnost niti mjesto razumnoj sumnji u pogledu načina rješavanja

11 Ibid. str. 382.

12 Borhart, Diter, Klaus. (2010). Abeceda prava Evropske unije, Kosovo, str. 110.

13 Ibid. str. 286.

14 Ibid, str. 287.

prethodnog pitanja. Sud EU je u tom smislu, nedvosmisleno rješavajući predmet CILFIT¹⁵ ukazao na niz izuzetaka prema kojim nacionalni organi nemaju obavezu postavljanja prethodnog pitanja. Samardžić i Meškić ukazuju da pored postojećih izuzetaka: „Sud EU utvrdio je da ni sud protiv čije odluke ne postoji pravni lijek prema nacionalnom pravu, u skladu sa čl. 267 (13) UFEU, ipak ne mora postaviti prethodno pitanje, ukoliko:

- ✓ postavljeno pitanje nije od važnosti za presudu,
- ✓ je Sud EU na jednako pravno pitanje već dao odgovor u sličnom slučaju,
- v je ispravna primjena prava EU toliko očigledna da ne ostavlja prostora za razumnu sumnju u pogledu načina na koji bi se postavljeno pitanje trebalo riješiti“.¹⁶

Najkraće kazano, ne traba postavljati prethodna pitanja, osim u onim slučajevima koja se odnose na odredbe koje su odlučne za odlučivanje o predmetu spora. Iako niti jedna odredba Ugovora ne propisuje obavezu postavljanja prethodnog pitanja, sudska praksa Suda EU nedvojbeno ukazuje na nekoliko vrlo bitinih stavova u svojim odlukama iz kojih proizilazi takva obaveza. Tako je Sud EU u predmetu „*Foto Frost*“ iznio zaključak da: „kada se pitanje valjanosti akta Unije pojavi pred sudom, nacionalni sud mora pokrenuti postupak. Nacionalni sud nema ovlasti utvrditi je li akt Unije nevaljan“.¹⁷ Međutim, da se radi o veoma složenom institutu, pokazuje i odredba koja bi se mogla tumačiti kao pravni presedan u odnosu na izuzetke. Nacionalni sudovi država članica ne trabažu postavljati prethodno pitanje Sudu EU ukoliko je sud ranije donio sličnu odluku u nekom drugom predmetu. Prema odredbama čl. 104. st. 2. Poslovnika Suda EU, načelo *ne bis in idem* ne važi, jer: „zahtjev nacionalnog suda za tumačenje prava EU smije se odnositi i na pitanja o kojima je Sud već odlučio čime se tom sudu dopušta da izmjeni prijašnja pravna shvatanja“¹⁸ Čak i kod ovakvog stajališta, ukazuju se na postojanje mogućnosti, a ta mogućnost za podnošenje zahtjeva za prethodno pitanje je na dispoziciji nacionalnog suda. Ukoliko nacionalni sud smatra da je nekom ranijom prethodnom odlukom Suda EU nedovoljno razriješeno neko pitanje, ima puno pravo podnijeti zahtjev za prethodni postupak.

Nakon dostavljenog zahtjeva za prethodno pitanje, Sud EU ne odgovora savjetodavno u smislu da pruža svojevršno mišljenje. Sud EU na svaki zahtjev donosi presudu ili obrazloženo rješenje.¹⁹ Svaka odluka Suda EU, za nacionalne organe predstavljaju obavezujuće tumačenje u predmetu u kojem je tražio rješenje

¹⁵ Sud EU, Cilfit odluka C-283/81, 1982, I-3415

¹⁶ *Ibid.* str. 289.

¹⁷ Šago, D. (2015). Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci, 36, br. 1. str. 387.

¹⁸ Poslovnik Suda EU, čl. 104. st. 2.

¹⁹ Dostupno na: [www.curia.europa.eu/ datup pristupa](http://www.curia.europa.eu/datup_pristupa) 23.06.2019. godine/Statut Suda EU, član 23 i 23 a

po prethodnom pitanju. Kada su u pitanju zahtjevi za prethodno pitanje, postoji nekoliko vrsta postupaka pred Sudom EU. Prvi postupak odnosi se na tužbu zbog povrede prava. Pod povredom prava, podrazumjeva se povreda prava EU. Ukoliko se postupkom utvrdi da je došlo do povrede prava, država članica dužna je otkloniti takvu povredu. Pokretanje postupka pred Sudom EU odvija se u pravilu podnošenjem sudske odluke od strane nacionalnog suda, kojom se traži tumačenje ili valjanost odredbi prava Unije.²⁰ Nakon što Sud EU zaprimi zahtjev, i nakon što sasluša nezavisnog odvjetnika, Sud odlučuje treba li postupak provesti po posebnim mjerama, i odlučuje da li će se održati usmena rasprava. U odnosu na donošenje presude, Sud EU vjeća ne temelju nacrtu presude koju sastavlja sudac izvjestitelj.²¹ Sud EU, odluku o prethodnom pitanju donosi većinom glasova, s tim što svaki sudac ima pravo na izdvojeno mišljenje. Izdvojeno mišljenje suca se ne iznosi u presudi Suda EU.

Pojednostavljeni postupak pred Sudom EU može se pojaviti u svim onim slučajevima o kojem se Sud EU već u nekom od ranijih postupak očitovao po sličnom pitanju. Radi o takvim sudskim odlukama koje u konkretnom pitanju ne ostavljaju mogućnost ni mjesto razumnoj dvojbi ili sumnji. Radi se o stvaranju jednakoobrazovane sudske prakse EU. Odredbama člana 267. Ugovora o funkcionisanju EU propisan je i svojevrsni oblik skraćenog ili ubrzanog postupka. Skraćeni ili ubrzan postupak omogućava Sudu EU donošenje odluka u izuzetno hitnim predmetima. Izuzetno hitni predmeti istovremeno sve propisane rokove skraćuju na najmanju moguću mjeru, i „*takvim predmetima daje se prioritet u postupanju*“.²² U svakom takvom slučaju kada nacionalni sudski organi dostave zahtjev za prethodno pitanje, a nakon obavljene procedure u vidu prijedloga suca izvjestitelja, nakon saslušanog nezavisnog odvjetnika o ostalih stranaka, predsjednik Suda EU odlučuje da li je podnešeni zahtjev opravdava posebnost u vidu hitnosti provođenja postupka. Sudu EU, kod ovakvih zahtjeva kao olakšavajuća mjera ogleda se da nacionalni organi prilikom podnošenja zahtjeva dužni su iznijeti okolnosti koji opravdavaju hitnost postupka. Jedna od mogućnosti koju je odredba člana 267. Ugovora o funkcionisanju EU predviđjela jesu predmeti u kojem je oduzeta sloboda građaninu EU. Jedna od vrlo bitnih činjenica na koju ukazuju Meškić i Samardžić jeste da: „neposrednu i nadređenu primjenu prava EU, u skladu sa načelom *effet utile* i *lojalnosti* osiguravaju nacionalni sudovi“.²³ Također, isti autori ukazuju da u pravilu: „ne postoji obaveza, nego samo pravo na obraćanje Sudu EU za odlučivanje o prethodnom pitanju“.²⁴ Postupak redovnog postupka u prethodnom odlučivanju u pravilu traje oko 20 mjeseci. Dužina trajanja je više administrativnog karaktera, jer se u najvećoj mjeri bavi prijevodom

20 Dostupno na www.curia.europa.eu/ datum pristupa 23.06.2019. godine/Statut Suda EU, član 23 i 23 a.

21 *Ibid.*

22 Dastupno na: www.curia.europa.eu/ datum pristupa 23.06.2019. godine./Statut Eu, član 23a.

23 *Ibid.* str. 445.

24 *Ibid.*, str. 447.

dostavljenog materijala. Postupak prethodnog odlučivanja pred Sudom EU je u pravilu besplatan.

4. ODLUKE SUDA EU, DEJSTVO I POSLJEDICE ODLUKA PO DRŽAVU, KAO I ODGOVORNOST DRŽAVE ZA UČINJENU POVREDU

U cilju jačanja zajednice Europske unije, Sud Eu kao i druge institucije koje donose pravne propise uveli su obavezu cjelovite primjene prava Unije u okviru njihove nadležnosti te obavezu zaštite građana koja iz tog prava proizilaze. Dakle, radi se o direktnoj primjeni prava Europske unije. To znači da se Pravo EU primjenjuje odnosno da se nacionalno pravo i njegove odredbe ne primjenjuju u onom segmentu koji je u suprotnosti s pravom EU. Drugim riječima, Pravo EU ima primat u odnosu na nacionalno pravo, bez obzira da li se radi o onim odredbama EU koje su donesene prije ili poslije odgovorajuće odredbe EU. Nacionalni sudovi sarađuju sa Sudom EU. Ponekad nacionalni sudovi kada treba da donesu odluku o sporu koji se tiče nekog prava EU, katkad mora postaviti prethodno pitanje. Na takav način ostvaruje se mogućnost stvaranja jedinstvenog pravnog prostora u kojem se štite na jednakopravan način prava svakog građanina EU. Odluke Suda EU mogu biti donesene u obliku presude ili obrazloženog rješenja. Razlike između ova dva načina odlučivanja ogledaju se u slijedećem:

✓ presude se donose u onim pravnim stvarima o kojim Sud EU u svojoj dosadašnjoj praksi nije razmatrao to pitanje.

✓ obrazloženo rješenje donosi se kako ističu Mešković i Samardžić „ukoliko se postavljeno pitanje podudara s pitanjem na koje je već ranije odgovoreno ili na koje odgovor jasno proizilazi iz ranije sudske prakse ili ako propis koji je u pitanju ne ostavlja prostor za razumnu sumnju“.²⁵

Sve presude i rješenja Suda EU u okviru postupka prethodnog odlučivanja imaju dejstvo *ex tunc*, što znači da na obavezujući način ukazuju kako će se određeni pravni propis primjenjivati. U članu 280. Ugovora o funkcionisanju EU propisano je da: „Presude Suda EU izvršive su prema uvjetima utvrđenim u članu 299.“. Izvršenje presude prema odredbama člana 299. Ugovora o funkcionisanju EU uređeno je pravilima građanskog postupka koji je važeći u državi članici. Izvršenje se može suspendirati samo odlukom Suda EU. Drugim riječima, nacionalni sudovi moraju primjenjivati tumačenje Suda EU i na one odnose koji su nastali „prije upućivanja zahtjeva za prethodnu odluku, ukoliko su ti odnosi nastali nakon stupanja na snagu tumačenog akta EU“.²⁶ Sud EU prema odredbama člana 279. Ugovora o funkcionisanju EU ima mogućnost primjene privremenih mjera. Tako se u članu 279. Ugovora o funkcionisanju EU propisuje da: „sud EU

²⁵ *Ibid*, str. 451.

²⁶ *Ibid*. str. 451.

može u svim predmetima koji se pred njim vode odrediti sve potrebne privremene mjere“.²⁷ To znači da Sud EU može u svakom postupku koji se vodi otkloniti nedostatak suspenzivnog dejstva, na način da ukoliko smatra može odložiti izvršenje akta protiv kojeg je podignuta tužba. Upravo, mogućnost suspenzije osporavanog akta proizilazi iz odredbi člana 278. Ugovora o funkcionisanju EU, u kojem je propisano: „*ako smatra da to okolnosti zahtjevaju, Sud može narediti privremenu suspenziju primjene osporavanog akta*“.²⁸ Da bi sud donio privremenu mjeru, Mešković i Samardžić ističu da je neophodno da budu ispunjena dva uvjeta:

✓ „prvi uvjet je uslov nužnosti donošenja privremene mjere, što se dokazuje u pravnom i stvarnom pogledu, odnosno ako Sud EU utvrdi da će tužba u glavnom postupku na prvi pogled imati uspjeha,

✓ kao drugi uvjet je postojanje hitnosti u pogledu sprečavanja ozbiljne štete koja se nikada više ne bi mogla otkloniti“.²⁹

Odgovornost država članica za činjenje ili propuštanje u smislu naknade štete prema presudi Suda EU temelji se na načelu izravnog učinka EU u državama članicama i odgovornosti same države. Ovakva stajališta primarno proizilaze iz pravne prakse ustanovljene kroz presude Suda EU. Jedna od tako ustanovljenih praksi, proizilazi iz presude Francovich, iz 1991. godine za štetu koju je: „*država kršeći pravo Zajednice prouzročila pojedincima*“.³⁰ Prema ovako uspostavljenoj praksi državljani države članice mogu podnijeti tužbu za naknadu štete protiv države koja je aktivnim ili pasivnim odnosom povrijedila jednu od odredbi prava EU. Iz prethodnog, nedvojbeno proizilazi da je odgovornost države direktna, osobito ako se uzme u obzir činjenica da Pravo EU ima primat u odnosu na nacionalno pravo države članice. S druge strane, presude Suda EU imaju i vrlo učinkovit posredni učinak na države članice. Temeljem takve prakse mnogi građani čija prava su prekršena pokreću tužbu za naknadu štete, što direktno implicira na brojne sudske postupke, a time i novčane nadoknade. Još je jedan posredni učinak presuda Suda EU uočljiv, a to je obaveza prilagođavanja zakonodavstva i prakse unutar države članice koji je samom presudom proglašen suprotan propisima EU.

5. BOSNA I HERCEGOVINA, MOGUĆNOST PODNOŠENJA ZAHTJEVA PRED SUD PRAVDE EU

Bosna i Hercegovina, kao država koja je nastala secesijom bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (*u daljem tekstu SFRJ*) ima

²⁷ *Ibid.* čl. 279.

²⁸ *Ibid.* čl. 278.

²⁹ *Ibid.* str. 453.

³⁰ Dostupno na: www.curia.europa.eu/ datum pristupa 23.06.2019. godine./presude Suda EU/predmet Francovich, 1991. godina

niz specifičnosti. Takve specifičnosti ogledaju se prvobitno o njenom ustavnom ustrojstvu, odnosno da se radi o jedinstvenoj zemlji čiji ustav nije nikada usvojen u Parlamentu BiH, već donešen kao svojevrsni oblik međunarodnog ugovora. Druga vrlo važna specifičnost ogleda se u njezinom unutarnjem ustrojstvu, prema kojem je sastavljena od dva entiteta: Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska, kao i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine. Još složenija struktura ogleda se kroz ustavno ustrojstvo Federacije BiH, prema kojoj je ista sastavljena od deset kantona. Svaki kanton predstavlja administrativnu jedinicu unutar koje postoji trodiobna podjela vlasti na: sudsku, izvršnu i zakonodavnu. Na nivou entiteta obrazovani su Ustavni sudovi kao najviša tijela, dok na nivou države Bosne i Hercegovine postoji obrazovan Ustavni sud Bosne i Hercegovine. Generalno promatrajući Ustavni sud BiH predstavlja najvišu pravnu instancu unutar BiH, u odnosu na čije odluke ne postoji mogućnost podnošenja pravnog lijeka.

Postavlja se pitanje: da li BiH ima legitimitet, bez obzira na svoju ustavnu složenost da podnese zahtjev Sudu EU za prethodno odlučivanje? Iako BiH, kao država koja stremi EU, i koja je potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju ona nema pravni legitimitet za podnošenje zahtjeva Sudu EU. U članu 267. Ugovora o funkcionisanju EU eksplicitno je ukazano da legitimitet imaju samo države članice EU, i ovakvo određenje proizilazi iz odredbe: *„ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odlukom o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči“*.³¹ S druge strane, čak i da je BiH članica EU postavlja se pitanje koji organ unutar BiH bi imao pravo, odnosno legitimitet, s obzirom na njeno složeno ustavno ustrojstvo i podjelu sudske vlasti da podnese zahtjev Sudu EU? Da li bi to bilo Ustavni sud, kao najviša instanca u odnosu na čije odluke više ne postoji mogućnost djelotvornog pravnog lijeka ili bilo koja druga najviša sudska instanca unutar entiteta? Odgovorima na ova pitanja, neohodno je tragati i provesti daleko složenije istraživanje, nego li to obuhvata ovaj naučni rad. Ostaje činjenica da će BiH, ukoliko želi pridružiti se porodici EU, svoje unutarnje ustrojstvo iskristalizirati ili pronaći drugi modus temeljem kojeg bi omogućila legitimitet podnošenje zahtjeva Sudu EU za prethodno odlučivanje.

ZAKLJUČAK

Pravne odredbe kojima je regulisan institut „prethodnog odlučivanja“ postavljen je kroz pravni okvir sadržan u okviru Ugovora o funkcionisanju EU, dok je sadržajni dio aplikacije istog regulisan kroz primarne i sekundarne izvore Prava EU. Ugovorom o funkcionisanju EU definisane su mogućnosti ali svojevrsni oblici pravne „obaveze“ prema kojoj države članice i njeni nacionalni sudovi mogu podnijeti zahtjeve za prethodno odlučivanje Sudu EU. Termin „obaveza“, ne odražava glagol „mora“ već mogućnost koja se treba iskoristiti kako ne bi nastupile

³¹ Vidjeti detaljnije Ugovor o osnivanju EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01, čl. 267.

posljedice čija šteta bi naknadno bila nepopravljiva. Pravne norme sadržane u Ugovoru o funkcionisanju EU sadrže jasna pravila o postupku podnošenja zahtjeva, dok su procedure istih definisane protokolom Suda EU. Takva pravila se nedvojbeno moraju ispoštovati jer u suprotnom podnešeni zahtjev predstavljao bi procesnu pogrešku. Legitimitet podnošenja zahtjeva u isključivoj je nadležnosti nacionalnih sudova. Građani imaju dvostruku mogućnost, prvobitno da ukažu u postupku pred nacionalnim sudom na potrebu ili mogućnost podnošenja zahtjeva za prethodni postupak Sudu EU, dok prema drugačijem pravnom shvatanju i stajalištu građani EU imaju mogućnost i mogu direktno se obratiti Sudu EU. Ovakvo stajalište suprotno je odredbama iz Ugovora o funkcionisanju EU, te još uvijek nije zabilježen niti jedan oblik ovakvog komuniciranja koje je Sud EU prihvatio.

Nedvojbeno je da Pravo EU kao i njegove odluke, direktive, rješenja imaju primat u odnosu na nacionalno pravo država članica EU. Sud EU svaki zaprimljeni zahtjev za prethodno odlučivanje donosi dvije vrste odluka: presudu i obrazložene rješenje. Presude se donose u svim onim slučajevima koje Sud EU ranije nije razmatrao, dok obrazloženo rješenje Sud EU donosi u svim onim slučajevima u kojima postoji već uspostavljena sudska praksa. Kod prethodnog postupka, prema odredbama Ugovora o funkcionisanju EU posebno dolazi do izražaja vrijednost „slobode“, jer je u tom slučaju propisana jasna procedura i mogućnost hitnog postupka. Takvim predmetima Sud EU daje nedvojbeno primat i prioritet u radu. Pravno dejstvo presuda ili obrazloženog rješenja koje donosi Sud EU, ogleda se u obavezi prihvatanja i izvršnosti od strane nacionalnih sudova. Bosna i Hercegovina prema sadašnjem statusu, nema legitimaciju podnošenja zahtjeva Sudu EU jer *de facto* i *de jure* nije država članica EU. S druge strane, Bosna i Hercegovina kao država koja teži euroatlanskim integracijama i članstvu u porodici EU, dužna je u potpunosti prilagoditi nacionalno zakonodavstvo Europskom. Ono što je posebno zabrinjavajuća činjenica kada je u pitanju Bosna i Hercegovina jeste njeno ustavno ustrojstvo, jer prema sadašnjem stanju stvari ne postoji realna mogućnost za uspostavljanjem konsenzusa i dogovora oko sudskog organa koji bi imao legitimaciju podnošenja zahtjeva Sudu EU.

LITERATURA

1. Beširević, Violeta. (2013). Ustav bez demosa: zašto Evropska unija (ipak) ima ustav, Pravni zapisi, god.IV, br.1. Pravni fakultet Univerziteta UNION
2. Borhart, Diter, Klaus. (2010). Abeceda prava Evropske unije, Kosovo,
3. Meškić, Zlatan, Samardžić, Darko. (2012). Pravo Evropske unije, Sarajevo,
4. Samardžić, D., Meškić, Z. (2017). Pravo Evropske unije II-povelja Evropske unije i osnovnim pravima, Zenica

5. Schutze, Robert. (2012). An introduction to European Law, Cambridge, University,
6. Šago, D. (2015). Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci, 36, br. 1.
7. Sud EU, Cilfit odluka C-283/81, 1982, I-3415
8. Poslovnik Suda EU
9. Ugovor o osnivanju EU i Ugovor o funkcioniranju EU 2010/C 83/01
10. www.curia.europa.eu

Amela Begović Kuko, Head of Mostar Cantonal Tax Office

Ph.D. student at the Faculty of Law, Dzemal Bijedic University of Mostar

PROCEEDINGS BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EU

Abstract: The basic form of legal communication and correspondence between national courts and the European Court takes place through the institutes of “the previous question” and “the previous procedure”. The Treaty of Lisbon provides for the possibility that national courts, after exhaustion of all remedies, may refer the matter to the European Court. The previous procedure allows for several mutual benefits. Primarily, the national court benefits from the possibility of obtaining an opinion from the European Court which, in a despotic manner, can resolve the dispute or dispute. On the other hand, Community law allows for vertebrate control in terms of harmonizing practices in the application of European Union law and the possibility of introducing a single legal pillar on which the European Union stands. This means that, within the national legal order, a certain issue is introduced from the level of executive and legislative authority into the sphere of justice, and if the outcome of court proceedings depends on the previous question, it can also be referred to the level of the European Court. The author of the paper is guided by the professional and scientific need of looking at and comparing the legal regulations of Bosnia and Herzegovina as a potential member of the European Union and its possibilities and practices in the eventual questioning of European Court. Bosnia and Herzegovina in its quest to become a member of the European Union has a primary obligation to adapt its legislation and practice to the European, and in this respect, it is very important to have the possibility of direct communication with the European Court before formal membership.

Key words: question, before, court, jurisdiction.

