

ISSN 2566-378X



UNIVERZITET “DŽEMAL BIJEDIĆ” U MOSTARU
PRAVNI FAKULTET

GODIŠNJAK

PRAVNOG FAKULTETA

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

Godina IV, broj 4
Mostar 2020.

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet, Univerzitet “Džemal Bijedić” u Mostaru

Za izdavača – For the Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Bord

prof. dr Amra Jašarbegović - glavni i odgovorni urednik

prof. dr Jozo Čizmić

prof. dr Goran Koevski

doc. dr Nerma Čolaković - Prguda

viša ass. mr Sunčica Hajdarović

ISSN 2566-378X

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

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

Štampanje Godišnjaka Pravnog fakulteta finansiraju Evropska unija i Vijeće Evrope kroz projekte “Promocija različitosti i jednakosti u Bosni i Hercegovini” i “Prevenција i borba protiv trgovine ljudima u Bosni i Hercegovini” u okviru zajedničkog programa “Horizontal Facility za Zapadni Balkan i Tursku 2019-2022”. Mišljenja izražena u ovom dokumentu ne odražavaju nužno zvanične stavove nijedne strane.

Finansirano
od strane Evropske unije
i Vijeća Evrope



COUNCIL OF EUROPE



Implementirano
od strane Vijeća Evrope

SADRŽAJ

IZVORNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Mirjana Nadaždin Defterdarević

mr. Damir Defterdarević

NADZOR NAD OSTVARIVANJEM LJUDSKIH PRAVA NA GLOBALNOM NIVOU – NOVELIRANJE PRISTUPA KAO ODGOVOR IZAZOVIMA STVARNOSTI	7
---	----------

prof. dr. Ljubinko Mitrović

dipl. pr. Tijana Arambašić-Živanović

RODNO ZASNOVANO NASILJE - POJAM I PRAVNI OKVIR	27
---	-----------

prof. dr. Alena Jurić

doc. dr. Cvija Jurković

doc. dr. Jelena Zovko

PRAVO NA TJELESNU SLOBODU KAO ASPEKT OPĆEG POJMA SLOBODE	47
---	-----------

dr. sc. Nurko Pobrić

PRIVREMENO UKIDANJE LJUDSKIH PRAVA U VANREDNOM STANJU - BOSANSKO-HERCEGOVAČKI USTAVNI OKVIR	67
--	-----------

dr. sc. Jasminka Džumhur

MIROVNI SPORAZUM I LJUDSKA PRAVA: PERSPEKTIVA BOSNE I HERCEGOVINE 25 GODINA OD POTPISIVANJA DEJTONSKOG MIROVNOG SPORAZUMA	76
--	-----------

prof. dr. Zlatan Begić

NEDOSTACI SISTEMA ZAŠTITE USTAVNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI	98
---	-----------

prof. dr. Rebeka Kotlo

ZAŠTITA MANJINA U MEĐUNARODNOM PRAVU, SA UPOREDNO- PRAVNIM PRIKAZOM AFIRMATIVNE AKCIJE	124
---	------------

prof. dr. Amra Mahmutagić

ODNOS AUSTROUGARSKJE UPRAVE PREMA VJERSKOM I NACIONALNOM PITANJU U BOSNI I HERCEGOVINI	142
---	------------

prof. dr. Amra Jašarbegović

DEROGACIJA EVROPSKE KONVENCIJE, USLOVI I POSLJEDICE	161
--	------------

doc. dr. Ivana Grubešić

doc. dr. Enis Omerović

MEĐUNARODNE I EVROPSKE PERSPEKTIVE PRAVA NA SOCIJALNU ZAŠTITU IZBJEGLICA KAO LJUDSKOG PRAVA	174
--	------------

doc. dr. Emina Hasanagić	
SOCIAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION AFTER THE LISBON TREATY	201

dipl. iur. Amela Kečo	
NEKI ASPEKTI PRAVA NA PRISTUP SUDU, KROZ PRIZMU PRAVA NA ZASTUPANJE U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU	229

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Jasmin Halebić	
doc. dr. Nerma Čolaković-Prguda	
doc. dr. Sedad Dedić	
EKONOMSKA I SOCIJALNA PRAVA U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA	253

doc. dr. Jasmina Bešlagić	
mr. sc. Anita Mujkić	
ODGOVORNOST ŠTETNIKA I PRAVNE POSLJEDICE OSUDE ZA KLEVETU PREMA RELEVANTNOM ZAKONODAVSTVU U FBiH ..	275

doc. dr. Sedad Dedić	
prof. dr. Maša Alijević	
VANREDNO STANJE I LJUDSKA PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA UVOĐENJE VANREDNOG STANJA TOKOM PANDEMIJE COVID 19	295

prof. dr. Predrag Raosavljević	
dipl. iur. Budimir Petković	
SLOBODA MEDIJA I PRAVA NOVINARA IZ PERSPEKTIVE OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE.....	317

dr. sc. Mirsad Čizmić,	
Aida Čizmić, MA	
UTICAJ REFERENDUMSKOG NAČINA ODLUČIVANJA NA PRAVA MANJINSKIH SKUPINA	340

mr. sc. Sanja Pajić	
PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE U GRAĐANSKIM PREDMETIMA	360

STRUČNI RADOVI

mr. iur. Amila Koso	
REFORMA JAVNE UPRAVE U FUNKCIJI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I PRINCIPA	391

IZVORNI NAUČNI RAD

Dr sc. Mirjana Nadaždin Defterdarević, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Mr sc. Damir Defterdarević

NADZOR NAD OSTVARIVANJEM LJUDSKIH PRAVA NA GLOBALNOM NIVOU – NOVELIRANJE PRISTUPA KAO ODGOVOR IZAZOVIMA STVARNOSTI

Sažetak: Uspostavljanje nadzora nad ljudskim pravima je rezultat nastojanja da se normativni sadržaji koji ljudska prava garantuju podesno pretvore u životnu stvarnost.

U okviru UN paralelno su se razvijale dvije procedure nadzora. Prva je, kao neugovorni mehanizam nadzora, utemeljena na Povelji UN-a. Druga je vezana uz djelovanje ekspertnih tijela koja su predviđena ugovorima o ljudskim pravima.

Činjenica postojanja različitih nadzornih mehanizama otvara pitanje njihovih specifičnosti ali i prirode njihovog međusobnog odnosa.

Analiza nadzornih mehanizama usmjerena je na pitanje kompetencija nadzornih tijela, procedura postupanja, ishoda i stvarnih efekata istih.

Istraživanje je poduzeto sa ciljem da utvrdi koliko izmjene u nadzornom mehanizmu predstavljaju primjeren odgovor zahtjevima društvene stvarnosti i zasniva se na primjeni dogmatskog, teleološkog i aksiološkog metoda.

Ključne riječi: ljudska prava, univerzalni sistem ljudskih prava, nadzorni mehanizam.

1. Uvod

Inicijalni okvir globalnog sistema zaštite ljudskih prava datira od samih početaka Organizacije ujedinjenih nacija.

Složeni univerzalni sistem ljudskih prava nastao je kao izraz namjere da se ideal slobode i jednakosti svih ljudskih bića ostvari u cijelom svijetu. U normativnom aspektu taj cilj je u značajnoj mjeri realizovan. Praktično, sasvim je izvjesno da je put pretvaranja tog ideala u stvarni život još prilično dugačak.

Djelotvornost globalnog sistema zaštite ljudskih prava bitno je uslovljena činjenicom da su ljudska prava u svojoj neposrednoj realizaciji još uvijek pod ingerencijom suverene države pod čijom nadležnosti pojedinci žive. Međunarodna zajednica, makar je ovdje otjelotvorile Ujedinjene nacije, nema neposrednu kontrolu nad njihovom realizacijom. Mogućnost njenog djelovanja svedena je tek na nivo nadzora. Sam nadzor, bez obzira na djelotvornost instrumenata kojim se provodi, nije dovoljan da bi se ljudska prava oživotvorila, ali je njegovo postojanje nužno kao izraz konstantnog interesa onih koji su norme o zaštiti ljudskih prava donijeli za njihovo poštovanje i praktičnu primjenu.

U okviru UN paralelno su se razvijale dvije procedure nadzora. Procedura neugovorne prirode, tzv. non-treaty procedures, svoj temelj ima u Povelji UN-a. Druga procedura je vezana uz djelovanje ekspertnih tijela čiji je mandat predviđen ugovorima o ljudskim pravima donesenim pod okriljem UN-a. Činjenica postojanja različitih nadzornih mehanizama otvara pitanje njihovih specifičnosti kao i pitanje njihovog međusobnog odnosa.

1. Neugovorni nadzorni mehanizam

Nadzorni mehanizam nad provođenjem ljudskih prava koji u okviru UN-a je povjeren Ekonomskom i socijalnom vijeću (ECOSOC), Komisiji za ljudska prava i Potkomisiji za unapređenje i zaštitu ljudskih prava. Najznačajniju ulogu u njegovoj realizaciji imala je Komisija za ljudska prava koja je povjerenu zadaću obavljala šest decenija od svog osnivanja. Kritike na njen rad, koje su s vremenom postajale sve intenzivnije i sve češće, dovele su do prve značajne reforme u ovom nadzornom mehanizmu koja će Komisiju za ljudska prava zamijeniti novim nadzornim tijelom – Vijećem za ljudska prava.

1.1. Komisija za ljudska prava

Komisiju za ljudska prava 1946. godine osnovalo je Ekonomsko i socijalno vijeće na osnovu čl. 68 Povelje UN-a. Članovi Komisije¹ bili su diplomatski predstavnici svojih država. U početnoj fazi rada djelatnost Komisije za ljudska prava bila je dominantno usmjerena na normativnu aktivnost². Njena nadzorna funkcija bila u drugom planu. Vremenom fokus djelovanja Komisija prenosi se na razmatranje predstavljeni o kršenju ljudskih prava. Ta nova funkcija Komisije ukazaće na kontradikciju između njenog personalnog sastava³ i njene nadležnosti, što će ostati kao trajno opterećenje tokom svih godina njenog djelovanja.

Komisija je pritužbe na stanje ljudskih prava počela da prima odmah po svom osnivanju. Međutim, očigledni politički uticaji na rad Komisije bili su dovoljno snažni da osujete njeno djelovanje po tom osnovu. Ovo je dodatno osnaženo i sadržajem Rezolucije ECOSOC 75(5) od 5. augusta 1947. kojom je odlučeno da Komisija nema ovlaštenje da poduzima bilo kakve mjere po osnovu prispjelih žalbi koje se tiču ljudskih prava.

Praksu nije promijenila ni Rezolucija 728F (XXVIII) od 30. jula 1959. iako je njom ustanovljen metod sortiranja peticija. Spisak peticija povjerljivog karaktera, kako je Rezolucijom predviđeno, bio je zaštićen u tolikoj mjeri da se informacijama nisu mogli koristiti ni sami članovi Komisije.⁴ Što se nadležnosti

1 Broj članova Komisije vremenom je od inicijalnih 18 članova porastao na 53 člana.

2 Komisija je dala najveći doprinos u formulisanju sadržaja Univerzalne deklaracije i Međunarodnih paktova.

3 Komisiju za ljudska prava činili su predstavnici vlada što je njihovo djelovanje pristrano i politički motivisalo.

4 L. Sohn & T. Burgenthal: International Protection of Human Rights, 1973., 748-750.

Komisije tiče i dalje „ona nema nikakvih ovlaštenja da poduzima bilo kakvu akciju u vezi s bilo kojom pritužbom koja se tiče ljudskih prava.“⁵

Opisani nadzorni mehanizam se pokazao nedjelotvornim i besmislenim i kao takav je bio predmet žestokih kritika.

Ekonomsko i socijalno vijeće je 6. juna 1967. godine donijelo je Rezoluciju 1235⁶ kojom je Komisija dobila mandat da raspravlja o kršenju ljudskih prava u pojedinim državama. Ova „otvorena procedura“ i iskorak u postupanju Komisije koji je nakon nje uslijedio govori o većem stepenu odlučnosti da se kandiduju teme koje su predstavljale ozbiljan problem realizaciji ljudskih prava poput aparthejda (čemu je inicijalno procedura bila i namijenjena), rasizma i neoimperijalizma.⁷

Rezolucija 1235 je Komisiji i njenoj Potkomisiji omogućila da se bave obavještenjima koja su dobile iz bilo kog pouzdanog izvora, a koja su u domenu njene nadležnosti bez pokretanja prethodnih procedura. Postupak pred Komisijom dobiva procesno definisanu fizionomiju uvođenjem adversarnog načela, a država čija je praksa predmet razmatranja imala je mogućnost učešća na dvije zatvorene sjednice.⁸ Procedura se mogla pokrenuti od zemlje članice UN-a, grupe zemalja ili Potkomisije za ljudska prava.

Postupajući po ovoj proceduri Komisija je najčešće imenovala specijalnog izvjestioca ili radnu grupu. Pravni osnov za njihovo imenovanje, kao i za mjere koje će na osnovu toga usvojiti, nalazi se u odredbama Rezolucije 1235.⁹ Da bi se osigurala djelotvornost i smanjio otpor primjeni procedure po Rezoluciji 1235 kreiran je i tematski mehanizam koji je usmjeren na samu pojavu i vrstu povrede ljudskih prava kojom će se baviti radna grupa ili izvijestilac kome je to stavljeno u zadatak. Te specijalne procedure su se u dosadašnjoj primjeni pokazale kao dobro prihvaćen nadzorni pristup - pokazale su efikasnost u primjeni i sposobnost svog prilagođavanja i usavršavanja.

O svojim nalazima Komisija je preko ECOSOC-a izvještavala Generalnu skupštinu i na taj način o razmatranom stanju ljudskih prava obavještavala sve države članice UN-a.

Komisija je pozivajući se na Rezoluciju 1235 u slučaju Čilea 1975. njenu primjenu proširila na slučajeve sistematskih povreda ljudskih prava, što se, kao način rada, ustalilo 1979. godine otvorivši tako Komisiji široko područje djelovanja, a povećana objektivnost u postupanju će dodatno doprinijeti legitimnosti i uvjerljivosti njenog rada.

5 T. Burgenthal, D. Sheltin, D.P.Stewart: International Human Rights in a Nutshell, West Nutshell Series, 2009., 141.

6 Detaljnije vidjeti: Alston, ur., The HRCion, The United Nations and Human Rights, Oxford, Clarendon Press 1992., 155-181.

7 Forsythe D. P.: Human Rights in International Relations, Second edition, Cambridge University Press, Cambridge 2006., 75.

8 Na prvoj, uz davanje informacija i mogućnost učešća u raspravi, prisustvo je uobičajeno.

9 T. Burgental: Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Magistrat, Sarajevo, 1998., 60.

Napredak koji je procedura po Rezoluciji 1235 donijela ipak nije osporio raniju lošu praksu da izbor zemalja na koje će postupak biti primijenjen zavisi od njihove političke moći ili uticaja njihovih političkih pokrovitelja. Upravo zbog ovoga puno nada je polagano na automatizam procedure 1503 koja je ovaj politički uticaj trebala osujetiti.

Rezolucija 1503, koju je Ekonomsko i socijalno vijeće donijelo 27. maja 1970., novelirala je nadzorni mehanizam Komisije za ljudska prava. Mandat Komisije je proširen stavljajući joj u nadležnost i mogućnost da istražuje predstavke koje su ukazivale na dosljedne obrasce i pouzdano utvrđeno redovno, sistematsko i grubo kršenje ljudskih prava. Postupak je mogao inicirati svaki pojedinac, grupa ili nevladina organizacija podnošenjem predstavke kojom ukazuju na takvo stanje u nekoj državi. Uslov u ovom slučaju nije bio da je podnosilac i sam žrtva kršenja prava, sem što, prema Potkomisiji, Rezolucija 1. (XXIV) čl. 2.(a). ima „neposredno i pouzdano saznanje o tim kršenjima“. Podnošenju peticije mora prethoditi iscrpljenost pravnih lijekova u nacionalnom pravnom sistemu. Predviđeni postupak je podrazumijevao prethodni angažman Potkomisije i njene radne grupe nakon čega se tek Komisiji dostavljao materijal koji je bio osnova da se utvrdi da li postoji obrazac sistematskih i teških kršenja ljudskih prava u pojedinoj zemlji.

Rezultat postupanja Komisije su bili izvještaji i preporuke ECOSOC-u ili ustanovljavanje Komiteta za *ad hoc* istrage.¹⁰ Postupak je davao i mogućnost da se se imenuje i specijalni izvjestilac čiji je zadatak bio da prikupi potrebne informacije na licu mjesta i dostavi ih Komisiji.

Nova procedura nije išla u prilog efikasnosti. Sam postupak je bio obavljen velom tajne. Do 1978. nisu se objavljivala ni imena država koje su bile predmet razmatranja. Ni izvještaji Komisije nisu bili informativni u tom smislu. Saznanja o predmetu i sadržaju postupanja Komisije bila su dostupna tek malobrojnim kojima je tu spoznaju omogućavalo dobro poznavanje mehanizma njenog rada.

Postupak po Rezoluciji 1503 je bio značajan u nekoliko aspekata: Komisiji je činio dostupnim uvid u stvarno stanje ljudskih prava u nekoj zemlji, otvarao je mogućnost da se o pitanju ljudskih prava raspravlja i, što je posebno važno, pokrenuti postupak je dobio karakter automatizma (nije se odlučivalo da li će se postupak voditi uz pretpostavku da je poštovao određeni utvrđeni obrazac hijerarhijski organizovane procedure).

Osim ovoga cijeli postupak, uključujući i žalbenu proceduru, bio je koncipiran tako da se krivica države za kršenje ljudskih prava sakrije i minimizira, a sam postupak podesnim procesnim radnjama oduži u vremenu i izgubi svoj smisao. Postupak je, istina, davao mogućnost da se objave informacije o državama koje su bile predmet razmatranja po Rezoluciji 1503. Mada to nije moglo kompenzirati njegove navedene nedostatake, ipak je javno objavljivanje da je do kršenja ljudskih prava došlo i da je ono skrivljeno ponašanjem države, kao javna stigmatizacija počinitelaca u međunarodnoj zajednici, bilo svojevrsan napredak.

10 Šire o strukturi postupka po Rezoluciji 1503 u T. Burgenthal, isto.

Postupak po Rezoluciji 1503 uglavnom se završavao pred Komisijom za ljudska prava sem kada bi slučaj prešao u nadležnost ECOSOC-a, kada bi postajao javan.

Komisija je s vremenom inicirala mogućnost transformacije postupka iz jedne u drugu od predviđenih procedura.

U svom godišnjem izvještaju 1993. Komisija je ovo prvi put kao način postupanja primijenila u slučaju svojih akcija u Sudanu i Zairu¹¹. Posebno ozbiljne situacije gubile su time zaštitu tajnog postupka 1503 i poprimale karakter javnosti iz procedure 1235 što je Komisiji otvaralo šire područje djelovanja.¹²

Rezolucija ECOSOC 2000/3 od 16. juna 2000. godine postupak po Rezoluciji 1503 je novelirala uvođenjem dvije radne grupe: za predstavke i za situacije. Radna grupa za predstavke imala je ulogu trijažne instance sa zadatkom da selektira pristigle informacije. One koje je cijenila ozbiljnom potvrdom masovnog kršenja ljudskih prava dostavljala je Radnoj grupi za situacije koja je odlučivala o daljoj sudbini podneska.

Ako bi radna grupa za situacije podnesak dostavila Komisiji za ljudska prava ova je imala nadležnost da donese odluku o konkretnim mjerama koje će preduzeti.

Uprkos rezultatima koje je Komisija za ljudska prava ostvarivala neskriveni politički uticaj na njen rad podrivao je i kompromitovao kredibilitet njenog djelovanja, posebno u oblasti nadzora nad ostvarivanjem ljudskih prava. Njeno djelovanje u zakonodavnom aspektu je bilo impresivno¹³. U oblasti nadzora nad provođenjem ljudskih prava to joj nije polazilo za rukom. Politički interesi, i kalkulabilnost koja je iz toga proizlazila, odvrćali su članove Komisije od očekivane uloge advokata ljudskih prava. Instruirani od svojih državnih vlasti članovi Komisije nisu ni imali mogućnosti da se iskreno posvete cilju koji je bio razlog formiranja ovog tijela.

Izbor Libije na predsjedničko mjesto 2003., ili članstvo Sudana u vrijeme tragedije u Darfuru predstavljali su krajnji politički cinizam. Nakon šest decenija, da bi se osujetilo dalje urušavanje ugleda nadzornog mehanizma zasnovanog na Povelji UN-a, djelovanje Komisije moralo je biti okončano.

1.1.1. Potkomisija za promociju i zaštitu ljudskih prava

U šest decenija djelovanja uz Komisiju za ljudska prava u realizaciji nadzorne funkcije djelovala je i Potkomisija za promociju i zaštitu ljudskih prava.¹⁴ Riječ je o organu koji je izvjesno bio najviše posvećen pitanju ljudskih prava. Eksperti

11 Vidjeti Izvještaj sa XLIX zasjedanja Komisije za ljudska prava, UN Doc. E/1993/23, E/CN.4/1993/122

12 Vidjeti šire: R.J.Cook: International Human Rights Mechanism: The Role of the Special Procedure in the Protection of Human Rights – The Way Forward After Vienna, I.C.J.Rev., No.50, 1993., 31.

13 Potvrda toga je Univerzalna deklaracije o ljudskim pravima.

14 Potkomisija je osnovana 1947. inicijalno imenovana kao Potkomisija za prevenciju diskriminacije i zaštitu manjina. Naknadno se ustalila navedena nominacija.

koji su učestvovali u radu Potkomisije djelovali su u ličnom svojstvu. Primarni zadatak Potkomisije bila je izrada studija i preporuka za Komisiju usmjerenih na pitanja diskriminacije u bilo kom aspektu vezanom za ljudska prava, ali je domen djelovanja mogao biti i širi ako je postupanje bilo po ovlaštenju ECOSOC-a ili same Komisije za ljudska prava¹⁵. Djelovanje Potkomisije posebno je značajno u aspektu razvoja postupaka za bavljenje teškim kršenjima ljudskih prava. Osobito je važan njen doprinos u provođenju postupka po Rezoluciji 1503.

1.2. Vijeće za ljudska prava

Talasom reformi koje su na početku XXI vijeka zahvatile Organizaciju ujedinjenih nacija Komisija za ljudska prava je Rezolucijom Generalne skupštine br. 60/251 od 15. marta 2006. zamijenjena Vijećem UN-a za ljudska prava. Vijeće je nastalo kao odgovor na kritike koje su pratile rad Komisije, posebno na utemeljeni prigovor politiziranosti njenog pristupa. Novoosnovano tijelo po svom mandatu se nije razlikovalo od Komisije na čije mjesto je stupilo. Osnovni zadatak Vijeća ostao je i dalje da promoviše univerzalno poštovanje svih ljudskih prava i sloboda, jednakih za sve bez razlikovanja bilo koje vrste, na pravičan i jednak način. Uz ovo, u nadležnosti Vijeća je i da razmatra i upozorava na kršenja ljudskih prava, uključujući tu i teška i sistematska kršenja, kao i davanje preporuka, promovisanje djelotvorne koordinacije i generalno utvrđenog koncepta ljudskih prava u okviru UN-a.

U realizaciji uloge koja mu je namijenjena Vijeće je trebalo da se vodi principima univerzalnosti, nepristrasnosti, objektivnosti i neselektivnosti, konstruktivnog međunarodnog dijaloga i saradnje imajući u vidu da svojim djelovanjem na taj način treba da osnaži i zaštiti sva ljudska prava. Vijeću je bila namijenjena i promotivna i savjetodavna funkcija kada su ljudska prava u pitanju¹⁶, ali i preuzimanje univerzalnog periodičnog nadzora nad njihovom realizacijom, preventivno djelovanje na sprečavanju kršenja ljudskih prava i hitan odgovor na krizne situacije koje ih ugrožavaju.

U odnosu na Komisiju za ljudska prava, Vijeće je naslijedilo organizacionu sličnost, ostalo međuvladino tijelo, ali je njegov sastav manje brojna – Vijeće je sastavljeno od predstavnika 47 država. Kod izbora članova uzima se u obzir regionalna zastupljenost.¹⁷

Vijeće za ljudska prava svoje izvještaje podnosi direktno Generalnoj skupštini, ne Ekonomskom socijalnom i kulturnom vijeću, kako je to ranije činila Komisija.

¹⁵ Rez. 9.(II) EKOSOC od 21. Juna 1946.

¹⁶ U nadležnosti Vijeća je pružanja tehničke pomoći i izgradnje kapaciteta, zadatak da kandiduje i raspravlja o specifičnim problemima pojedinih ljudskih prava, daje savjetodavna mišljenja Generalnoj skupštini u formi preporuka, sa ciljem unapređivanja ljudskih prava, te promoviše ostvarivanje ljudskih prava realizacijom obaveza visokih strana ugovornica.

¹⁷ Zemljama Zapada u Vijeću pripada 7 mjesta, čime su izgubile primat koji su u Komisiji ranije imale. Zemljama iz azijskog i afričkog u Vijeću pripada 26 mjesta što bitno mijenja i njihov polazaj, ali i odgovornost.

Generalna skupština uz to što neposredno vrši izbor članova Vijeća za ljudska prava postavlja kriterije, zapravo čvrsto formuliše zahtjeve izbora i načina rada u Vijeću. Države koje žele da postanu članice Vijeća moraće osigurati povjerenje svih zemalja članica UN-a. Bez obzira na regionalnu zastupljenost u Vijeću regionalne grupe nemaju karakter izbornih tijela jer to pravo pripada jedino Generalnoj skupštini. Novi način izbora ne podrazumijeva obavezu da u njegovom sastavu budu stalne članice Vijeća sigurnosti, pa za Vijeće za ljudska prava neće biti neuobičajeno da u njegovom sastavu izostanu članovi velike petorke. Preventivno ograničenje mogućoj zloupotrebi uticaja je i odredba da nijedna država ne može imati dva uzastopna trogodišnja mandata u Vijeću.

Izbor članova vrši se direktno i individualno, tajnim glasanjem i prostom većinom članova u Generalnoj skupštini. Ovakav način izbora daje puno veći legitimitet članovima Vijeća od onoga koji su imali članovi Komisije. Posebno se vodi računa da su kandidati za članove Vijeća predano posvećeni promociji i zaštiti ljudskih prava. Izabrani u Vijeće u tom smislu će morati i praktično da djeluju u okviru njegove nadležnosti što će biti podvrgnuto periodičnom nadzoru u vrijeme njihovog mandata. Državi koja je članica Vijeća, ukoliko je sama odgovorna za teška i sistematska kršenja ljudskih prava, može biti suspendovan mandat dvotrećinskom odlukom Generalne skupštine.

Vijeću je u ostvarivanju njegovih zadataka inicijalno predviđena obaveza zasjedanja u minimalno tri sjednice godišnje u trajanju od deset sedmica, uz mogućnost organizovanja posebnih sjednica ukoliko to traži trećina članova.

Godinu dana od početka rada Vijeće je usvojilo smjernice za svoje buduće djelovanje „Institution-building package“. Posebno mjesto u tom okviru pripada mehanizmu Univerzalnog periodičnog pregleda¹⁸ (UPR) koji se tiče stanja ljudskih prava u svim državama članicama UN-a.

Ovaj novouspostavljeni mehanizam izvještavanja primjenjuje se na sve članice UN-a. Njegovu primjenu Vijeće je utvrdilo Rezolucijom 5.1 iz juna 2007. godine¹⁹, predviđajući osnovu pregleda, principe i ciljeve koje treba slijediti, raspored i redoslijed pregleda država, procedure, zaključke i posljedice istog.

Vijeće je usvojilo i generalne smjernice za nacionalne izvještaje. Pravni standardi na koje izvještaji imaju referirati utvrđeni su Poveljom UN-a i Univerzalnom deklaracijom i pojedinačnim ugovorima o ljudskim pravima kojim je država koja izvještaj podnosi pristupila i dobrovoljno se obavezala na njihovo provođenje, kao i primjenjivim normama humanitarnog prava.

U formulisanju svoje ocjene Vijeće za ljudska prava će uz nacionalni izvještaj razmatrati i kompilaciju informacija zasnovanu na izvještajima ugovornih nadzornih tijela, posebnih procedura i ostalih relevantnih UN dokumenata, te vjerodostojnih i pouzdanih informacija dobijenih od nevladinih organizacija koji će za njega, u izvještaju dimenzioniranog obima, sačiniti Kancelarija Visokog

18 Inače, realizujući svoj mandat Vijeće je slijedilo procedure Komisije kada su u pitanju posebne procedure i mehanizam prigovora.

19 HR Council Res 5/1 (18. juna 2007).

komesara za ljudska prava. Svaka od 193 države članice UN biće predmet periodičnog razmatranja stanja ljudskih prava u ciklusu od 4 godine i 6 mjeseci koliko jedan nadzorni period traje.

Iz razloga ekonomičnosti i efikasnosti Vijeće se opredijelilo na formiranje tijela od tri izvjestioca, koji se biraju žrijebom uz obavezu da su iz različitih regionalnih grupa (tzv. *troika*). Njihov zadatak je razmatranje izvještaja država o čemu dostavljaju svoj izvještaj radnoj grupi kojoj je evaluacija periodičnih izvještaja u nadležnosti.

Uz sve navedene prethodne pripreme radne grupe konačno imaju po tri i po sata vremena za svaku državu koja je predmet nadzora, nakon čega će dostaviti izvještaj o ishodu dijaloga kojem se navode relevantne preporuke radne grupe kao i stavovi države. Usvojeni izvještaj o ishodu će biti podnesen do iduće sjednice Vijeća, na kojoj je omogućena diskusija o izvještaju u kojoj sudjeluje država kao i, između ostalih, nacionalne institucije za ljudska prava i NGO-ovi, nakon čega može uslijediti usvajanje finalnog izvještaja o ishodu.

Procedura univerzalnog periodičnog nadzora je pokazala izuzetan pozitivni efekat. Način učešća u postupku, pripreme za nadzor na nacionalnom nivou i uspostavljanje unutrašnjih tijela koja će ga učiniti efikasnim, te komunikacija sa međunarodnim nivoom govore o stvarnim efektima novouspostavljenog postupka.²⁰

Dosadašnje iskustvo primjene mehanizma univerzalnog periodičnog nadzora pokazalo je da je ova vrsta nadzora nad ostvarivanjem ljudskih prava komplementarna sa postupcima pojedinih ugovornih nadzornih mehanizama što dodatno doprinosi njenom značaju i efikasnosti.

Vijeće za ljudska prava naslijedilo je proceduralni okvir utemeljen Rezolucijama 1235 i 1503 i nastavilo sa njihovom primjenom. U ovom smislu nadzor je podrazumijevao i specijalne procedure koje se primjenjuju prema potrebi i okolnostima slučaja. Vijeće je noveliralo postupke specijalnih procedura u septembru 2008. revizijom tematskih mandata i njihovim proširivanjem. Jednako je bilo i sa specijalnim procedurama koje su se odnosile na pojedine zemlje koje su ovim noveliranjem proširene (slučaj Liberije, Konga, Bjelorusije, Kube).

Rezolucijom 5/2 usvojenom u junu 2007. Vijeće je ustanovilo svojevrсни pravilnik za nosioce mandata specijalnih procedura.

Vijeće je noveliralo i proceduru po Rezoluciji 1503 koja se odnosila na slučajeve teškog kršenja ljudskih prava. Priroda postupka je zadržala svoj povjerljivi karakter, ali je isti sada više usmjeren na žrtvu kršenja ljudskih prava i zahtjeva blagovremeno postupanje. Vijeće je nastavilo praksu radnih grupa za komunikaciju i situacije. Njihov zadatak je bio isti kao i u ranijoj fazi procedure 1503.²¹ Podnesci koji su nisu bili odbačeni dostavljaju su na razmatranje državi na koju su se optužbe za kršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda odnosile.

20 Vidjeti šire u: J. Connors and M. Schmidt: United nations u D. Moeckli, S. Shah & S. SivakumaranI International Human Rights Law, Oxford University Press, 2019., 364.

21 O nadležnosti i načinu rada radnih grupa vidjeti u: T. Burgenthal, D. Sheltin, D.P.Stewart: International Human Rights in a Nutshell, West Nutshell Series, 2009., 148.

1.2.1. Savjetodavni komitet Vijeća za ljudska prava

U novoj strukturi nadzornog mehanizma uz Vijeće za ljudska prava djeluje i Savjetodavni komitet Vijeća za ljudska prava. To je nezavisno i nepristrasno ekspertno tijelo koje je zamijenilo Podkomisiju za promociju i zaštitu ljudskih prava Komisije za ljudska prava.²²

Zadatak Savjetodavnog komiteta je da daje stručne ekspertize na način i u formi kako to od njega traži Vijeće za ljudska prava. Samo nije ovlašteno da donosi odluke ili usvaja rezolucije čak ni kada se bavi situacijom u zemlji koju razmatra.

Mada je područje u kome se djelatnost Savjetodavnog komiteta do sada realizovala izuzetno široko i raznoliko, ovo se tiče u prvom redu njegove normativne aktivnosti, njegovi izuzetni kapaciteti i široke mogućnosti saradnje sa državnim, nacionalnim, mehanizmima za nadzor ljudskih prava, nevladinim organizacijama, UN specijalizovanim agencijama, međudržavnim institucijama, stiče se utisak da te mogućnosti nisu dovoljno iskorištene.

2. Ugovorni mehanizam nadzora

Ugovorni mehanizam nadzora u UN-ovom sistemu rezultat je konvencijske regulative Organizacije kojom je normirana oblast ljudskih prava. Njegovo provođenje povjereno je ekspertnim tijelima, komitetima, ustanovljenim svakim od ugovora. Ugovori propisuju i način rada, nadležnost, sastav i način izbora članova komiteta. Komiteti su nezavisni organi i ne mogu se smatrati klasičnim organima UN-a, mada su organski povezani sa djelovanjem Organizacije.

Osnovni zadatak komiteta je izrada izvještaja o stanju ljudskih prava koji se dostavljaju Generalnoj skupštini UN-a i koja o istim raspravlja.

Dva su ustaljena načina da se provede nadzor nad poštovanjem i primjenom ugovorom preuzetih obaveza u oblasti ljudskih prava – ispitivanje izvještaja država (što će biti predmet dalje analize) i postupci po predstavkama, individualnim i međudržavnim, koje ukazuju na kršenje preuzetih ugovornih obaveza.

U oba slučaja nadležnost za postupanje ima ugovorom predviđeno ekspertno tijelo.

2.1. Sistem izvještavanja u ugovornom nadzornom mehanizmu Ujedinjenih nacija

Periodično izvještavanje o realizaciji preuzetih obaveza iz ugovora o ljudskim pravima na globalnom nivou kao oblik nadzora preuzeto je kao dobra praksa od Međunarodne organizacije rada, koja ga je definisala u članu 22 svog Ustava,²³ u Pakt o građanskim i političkim pravima i Pakt o ekonomskim socijalnim

22 O načinu izbora i rada Savjetodavnog komiteta vidjeti više: isto, 372.

23 „Svaka članica obavezuje se da Međunarodnom uredu rada podnosi godišnje izvještaje o mjerama koje je preduzela radi primjene odredbe Konvencije čija je potpisnica. Ovi izvještaji izradiće se u obliku formi i sadržavaće podatke koje zatraži upravno tijelo.“

i kulturnim pravima. Međutim, isti će, zbog okolnosti koje su pratile donošenje paktova, prvi put u UN-ovom sistemu zaštite ljudskih prava biti primijenjen u Konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.).

Obaveza nadzora predviđena Konvencijom podrazumijevala je da su visoke strane ugovornice Komitetu za ukidanje rasne diskriminacije dužne da podnose izvještaje o zakonodavnim, sudskim, upravnim ili drugim mjerama koje su preduzele u cilju ostvarivanja prava iz Konvencije.²⁴

Godinu dana kasnije, 1966., kada su dva pakta napokon donesena, slijedila su ranije predviđeni, a u Konvenciji o zabrani svih oblika rasne diskriminacije već objavljeni, nadzorni mehanizam periodičnog izvještavanja.²⁵

Svi naknadno doneseni UN ugovori o ljudskim pravima slijedili su ovaj obrazac kada je nadzor nad preuzetim obavezama od strane visokih strana ugovornica bio u pitanju.²⁶ Razlike u načinu njegovog formulisanja nisu imale nikakvih funkcionalnih posljedica. Podnošenje periodičnih izvještaja postaje priznati modus UN-ovog ugovornog kontrolnog mehanizma. Značaj koji ima njegovo provođenje potvrđuje i zabrana stavljanja ugovornih rezervi kojim bi visoke strane ugovornice isključile ovu vrstu nadzora.

Obzirom na činjenicu da se nadzor ostvaruje kroz analizu izvještaja koji je sačinila sama država ugovornica, bez ikakvog miješanja koje bi se moglo protumačiti kao prijetnja njenom državnom suverenitetu, mehanizam periodičnih izvještaja bio je prihvatljiv nekadašnjim socijalističkim državama tradicionalno nesklonim bilo kakvom slobodnijem i odlučnijem djelovanju međunarodne zajednice u ovom kontekstu.

Mada se mehanizam periodičnog izvještavanja može smatrati unificiranim i ustaljenim nadzornim mehanizmom u okviru globalnog sistema zaštite ljudskih prava, Konvencija o statusu izbjeglica²⁷ je izuzetak. Član 35 st. 2 Konvencije predviđa obavezu dostavljanja informacija i statističkih podataka Uredu Visokog komesara za izbjeglice, ali Konvencija ne predviđa postojanje ekspertnog tijela koje bi te sadržaje razmatralo. Ova praznina u sistemu zaštite Konvencije ne samo

24 Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, čl. 9 st. 1.

25 Obaveza periodičnog izvještavanja predviđena je čl. 40 Pakta o građanskim i političkim pravima, te čl. 16 Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

26 Međunarodna konvencija o ukidanju i kažnjavanju zločina aparthejda, 1973., kao mjeru implementacije zahtijeva podnošenje periodičnih izvještaja od država ugovornica i osnivanje tročlane grupe za njihovo razmatranje.

Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, 1973., predviđa osnivanje Komiteta za ukidanje diskriminacije žena, čl. 17, i obavezu povremenog izvještavanja država ugovornica o poduzetim mjerama radi primjene Konvencije, čl. 18. Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka za mjere implementacije zadužuje Komitet protiv mučenja kome su visoke strane ugovornice Konvencije u obavezi dostavljati izvještaje.

Konvencijom o pravima djeteta ustanovljen je Komitet za prava djeteta, čl. 43.1.) sa zadatkom da razmatra izvještaje koje su mu države članice dužne podnositi, čl. 44.

27 Konvencija je usvojena na Konferenciji UN o statusu izbjeglica i lica bez državljanstva 28. VII 1951.

da kompromituje konzistentnost nadzornog sistema u UN-ovim ugovorima o ljudskim pravima, već je istovremeno i njena najveća slabost.

2.2. Periodično izvještavanje – postupci i praksa

Svi UN-ovi ugovori o ljudskim pravima, uz ranije pomenuti izuzetak Konvencije o pravima izbjeglica, predviđaju osnivanje ekspertnih tijela u čijoj nadležnosti je i nadzor nad ostvarivanjem obaveza koje visoke strane ugovornice pristupanjem svakom pojedinom ugovoru preuzimaju. Ekspertna tijela su u svom radu nezavisna i nepristrasna i činjenica da njihovi članovi djeluju u ličnom svojstvu trebala bi doprinijeti povjerenju u njihov rad.²⁸

Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima inicijalno je uspostavio drugačije rješenje.

Umjesto ekspertnom tijelu Pakta visoke strane ugovornice su svoje izvještaje slale Ekonomskom i socijalnom vijeću što je opravdalo sve loše prognoze koje su ovo rješenje pratile. Ova nedosljednost u UN-ovom nadzornom sistemu naknadno je otklonjena osnivanjem Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava, ekspertnog tijela od 18 članova.²⁹

Kada je uspostavljen generalni okvir mehanizma obaveznog izvještavanja s vremenom će se ispostaviti da je nedovršen i nedjelotvoran.

Na ovakav zaključak prvo je uputila praksa Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije koji je prvi bio u prilici da praktično primjeni nadzorni postupak.

Komitet je razmatrajući izvještaje koje je dobio od visokih strana ugovornica postao svjestan jalovosti svog rada – rezultate svog rada on nije ni sa kim mogao podijeliti, pa nije bilo moguće ni da oni proizvedu bilo kakav efekat. U cilju unapređivanja efikasnosti nadzornog mehanizma procedura razmatranja pred Komitetom je 1972. godine novelirana pravilom 64A poslovnika, kojom se Komitet obavezuje da obavijesti države ugovornice o mjestu i vremenu razmatranja njihovih izvještaja što će raspravi dati dijaloški karakter uz mogućnost šire eksplikacije pojedinih navoda iz razmatranog izvještaja, ali i stavova Komiteta.

Isti zaključak iz svoje prakse članove Komiteta za ljudska prava potakao je na značajne izmjene u postupku nadzora. Zbog rezultata u definisanju sistema izvještavanja i pronalaženju kreativnih metoda za podsticanje država na realizaciju preuzetih obaveza Komitet za ljudska prava nametnuo se kao vodeći ugovorni organ UN.

Njegov pristup i praksa u tom smislu može se uzeti kao najmarkantniji primjer i obrazac za cijeli UN-ov ugovorni nadzorni mehanizam.

28 Član 38 Pakta o građanskim i političkim pravima predviđa da se kod davanja svečane izjave novi članovi Komiteta za ljudska prava, ekspertnog organa Pakta, obavezuju da će tako postupati.

29 Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava formiran je na osnovu rezolucije 1985/17 koju je Ekonomski i socijalni savjet usvojio 28. maja 1985. Novoosnovani Komitet je svoju prvu sjednicu održao u martu 1987.

2.3. Ugovorni nadzorni mehanizam UN-a prema praksi Komiteta za ljudska prava

Član 40 Pakta o građanskim i političkim pravima nije predviđao mogućnost da u razmatranju izvještaja pred Komitetom za ljudska prava prisustvuju predstavnici države koja ga je podnijela, ali, istini za volju, to nije niti branio. Tumačenjem člana 40 Komitet za ljudska prava našao je da njegovom sadržaju treba dati smisao koji će najbolje doprinositi ostvarivanju cilja zbog koga je Komitet uspostavljen, te iz tog razloga razmatranje izvještaja treba biti praktikovano kao adversarni postupak. Samo u debati, suprotstavljajući međusobno argumente za i protiv, članovi Komiteta i predstavnici visoke strane ugovornice čiji se izvještaj razmatra mogu ostvariti cilj koji nadzorni mehanizam želi da postigne. Komitet će biti detaljno informisan od predstavnika država, a predstavnici država će čuti ocjenu Komiteta o uspješnosti ili neuspješnosti mjera koje poduzimaju i čak biti u prilici i da je ospore. Poslovnik Komiteta za ljudska prava u namjeri da unaprijedi svoje djelovanje preuzeo je formulaciju pravila 64A Poslovnika Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije koji je ovo predviđao.³⁰

Mada je adversarni postupak ovim bio prihvaćen u razmatranju izvještaja njegovo praktično provođenje nije bilo lišeno dvojbi. To se prije svega odnosilo na način postavljanja pitanja predstavnicima vlada.³¹ Konačno, način rada utvrđen je na 25. sjednici 1977. godine kada je ustanovljen tok postupka kod razmatranja izvještaja.³²

Ovako formulisana procedura pokazao se manjkavom posebno u svom drugom dijelu koji se odnosio na debatu između članova Komiteta i predstavnika vlade visoke strane ugovornice. Broj pitanja je postajao sve veći bilo da su se odnosila na sadržaj koji je bio u izvještaju, bilo na propuste u izvještaju, kontradikcije i nepotpunosti, bilo da je riječ o činjenicama koje su članovi Komiteta dobili od aktivista za zaštitu ljudskih prava ili su ih na svoju inicijativu pribavili. Brzo je postalo jasno da su učesnici u debati neravnopravni - ekspertima Komiteta predstavnici vlada teško da su mogli parirati. Zbog ovoga Komitet je tražio da državne delegacije moraju u svom sastavu imati „...osobe koje imaju znanje i stručnost o stanju ljudskih prava u svojoj zemlji i u stanju su da odgovore na usmena i pismena pitanja i komentare koji se odnose na sva prava predviđena Paktom“³³.

Bez obzira na podesan format rasprave koji je primijenjen na razmatranje izvještaja pred Komitetom on sam nije bio dovoljan da da željene rezultate u

30 Pravilo 68 utvrđeno na 10. sjednici 28.III 1977., Yearbook of the HRCee (1977-1978), I, 33, p. 29.

31 Dilema je bila kod formulisanja pitanja: da li su ista trebala biti prethodno usaglašena i formulisana kao pitanja Komiteta, ili su to pitanja koja postavljaju članovi Komiteta?

32 Predstavnik države daje uvodnu riječ nakon čega slijede pitanja i odgovori, predstavnici države nakon toga se mogu ponovo obratiti Komitetu. Postupak se okončava izražavanjem zahvalnosti Komiteta za saradnju.

33 Ova smjernica usvojena je oktobra 2000., (2001) Report of the HRCee, I, dok. UN A/56/40, Annex III, 162- 166.

slučajevima kada su predstavnici države izbjegavali da daju odgovore, kada su pogrešno odgovarali ili kada Komitet nije raspolagao informacijama kojima bi dobijene navode mogao osporiti.

Predmet rasprave je uvijek bio sam izvještaj koji se odnosio na mjere koje su usvojile visoke strane ugovornice kojima se ostvaruju prava iz Pakta, te napredak u njihovom ostvarivanju.

U članu 40 st. 2 rečeno je da izvještaji trebaju izložiti i faktore i poteškoće koji se odnose na provođenje preuzetih obaveza. Nekonzistentnost tumačenja kako bi izvještaj trebao izgledati prema navedenom iz 1. i 2. stava člana 40 navela je Komitet da usvoji smjernice u pogledu izvršavanja obaveze izvještavanja.³⁴

Sugerirajući da izvještaj treba biti sastavljen iz dva dijela, prvog, koji se odnosi na pravni okvir visoke strane ugovornice, i drugog, koji se odnosi na detaljan prikaz svih članova Pakta o građanskim i političkim pravima, što podrazumijeva i probleme kod njihove primjene, Komitet je formalno uspio da osigura ujednačen kvalitet izvještaja.

Sadržajno je i dalje bio prisutan nedostatak što su izvještaji za visoke strane ugovornice bile prilika da se pokažu u dobrom svjetlu koje se one nisu htjele lišiti.

Praksa Komiteta pokazala je da i nakon rasprave, i nakon formalno okončanog postupka razmatranja izvještaja, efekta te aktivnosti zapravo nije ni bilo.

Mada stav 4. člana 40 predviđa da Komitet „državama strankama može dostaviti svoje izvještaje i opšte primjedbe koje smatra podesnim“ ta se mogućnost zbog nepreciznosti formulacije nije primjenjivala, a ni politička klima zbog snažne ideološke podjele koja je u svijetu postojala do posljednje decenije XX vijeka nije bila naklonjena otvaranju ovog pitanja. Komitet nije odustajao od napora da nađe prihvatljivo rješenje za ovu delikatnu situaciju.

Kao kompromis on se inicijalno ograničio na formulisanje „opštih komentara“.

Mada su spomenuti (čl. 40. st. 4) njihov sadržaj Paktom nije definisan. U tom smislu Komitet im je dao sadržaj zbirnog iskustva koje je stekao razmatrajući izvještaje i ne adresirajući njihov sadržaj ni na jednu visoku stranu ugovornicu posebno.

Inicijalno, opšti komentari su počivali na pristiglim, razmatranim izvještajima država potpisnica Pakta. Vremenom činjenična osnova na kojoj se zasnivaju je proširena i na sadržaj individualnih predstavki čije je razmatranje, po Drugom fakultativnom protokolu uz Pakt o građanskim i političkim pravima, isto bilo u nadležnosti Komiteta za ljudska prava. Opšti komentari tako su postepeno dobijali sve veći značaj prenoseći svojim sadržajem mišljenje Komiteta o obimu i karakteru sadržaja koji su bitni za cijeli Pakt³⁵ ili se fokusirajući na njegove pojedine odredbe. Nakon donošenja opšti komentari su bili polazna osnova

34 O inicijalnim opštim smjernicama po osnovu člana 40 Pakta vidjeti: Yearbook of the HRCee (1977-1978), II, 248.

35 Položaj stranaca, pitanje rezervi, kontinuitet obaveza prilikom sukcesije država npr.

kod analiziranja budućih izvještaja država, ali i za postupanje u pojedinačnim predstavkama.

Kasnije je praksa Komiteta uz opšte komentare davala i generalne izvještaje koji su bili sumarni osvrt na teškoće koje je Komitet ustanovio obavljanjem svoje nadležnosti.

Ispostaviće se da je aktivnost Komiteta u ovoj fazi dovela do pomaka, ali rješenje još nije bilo na pomolu. Ostalo je otvoreno pitanje šta je smisao izvještaja Komiteta i kome su oni namijenjeni.

Prekretnica je nastupila 1984. nakon ispitivanja izvještaja Njemačke Demokratske Republike kada su neki članovi Komiteta samoinicijativno nakon okončane rasprave prezentirali rezultate do kojih je ona dovela.³⁶ Krajem te godine ova će se faza postupka i zvanično imenovati kao „opšte napomene“³⁷, i nastala je kao rezultat aktivnog učešća članova Komiteta u postupku razmatranja izvještaja. Godišnji izvještaji u narednim godinama sadržavaće obično i dio naslovljen „završne napomene pojedinih članova“.³⁸

Mišljenje pojedinih članova nije se ni moglo ni trebalo tumačiti kao mišljenje Komiteta, ali u nedostatku eksplicitnog stava Komiteta kojim bi se raspravni postupak okončao ta individualna, i često u velikoj mjeri saglasna, mišljenja obzirom na primjećene nedostatke u razmatranim izvještajima imala su značajnu ulogu.

Način postupanja Komiteta za ljudska prava bitnije će se transformisati tek u posljednjoj deceniji XX vijeka.

Promjena globalnih političkih prilika dala je Komitetu mogućnost da formuliše novu doktrinu po kojoj se svaki postupak razmatranja izvještaja trebao zaključiti jedinstvenim stavom Komiteta o razmatranom sadržaju, što je prvi put praktično primijenjeno kod ispitivanja izvještaja Alžira 1992.³⁹

Novelirani pristup Komiteta koji je podrazumijevao kolektivnu ocjenu izvještaja imao je četiri funkcionalno povezana dijela: pozitivni aspekti, faktori i teškoće koji otežavaju primjenu Pakta, najznačajniji razlozi zabrinutosti, sugestije i preporuke.⁴⁰

Slijedeći praksu Komiteta za ljudska prava ovaj obrazac postupanja preuzet je i u drugim ekspertnim tijelima UN-a.

Činjenica da ekspertna tijela formulišu svoje završne napomene otvorila je mogućnost da se rasprava između predstavnika vlade koja prezentira izvještaj

36 Vidjeti: 56. sjednica, 20.VI 1984., Yearbook of the HRCee (1983-1984), I, 541-543.

37 Vidjeti: 548. sjednica, 24.X 1984, Yearbook of the HRCee (1985-1986), I, 17.

38 Kristijan Tomušat, Ljudska prava između idealizma i realizma, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2006., 188.

39 Official Records of the HRCee (1991/92), II, 275, st. 45. Istini za volju, treba istaći da je ovaj pristup usvajanja završnih napomena prethodno već bio formulisan od strane Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna pitanja na njegovoj VI sjednici održanoj 25.XI-13.XII 1991. dok UN E/1992/23, 99, 383.

40 Isto, 306.

i nadzornog tijela koje ga razmatra nastavi dijalog. Vlada je dobila mogućnost da odgovori na navode iz završnih napomena. Sa dobrom i utemeljenom argumentacijom ova mogućnost nastavljenog dijaloga je poželjna i opravdana zbog koristi do koje može dovesti.

Evolucija sistema ispitivanja izvještaja imala je efekte na buduće izvještaje koje su zemlje ugovornice periodično trebale dostavljati.

Devedesete godine su donijele obimne i suštinske promjene. Novi pristup podrazumijeva veću efikasnost postupanja pa se prije razmatranja novog periodičnog izvještaja zemlji koja ga podnosi dostavlja spisak pitanja koja će bit predmet rasprave.⁴¹ Potvrda ovog djelovanja su pravila 70(5) i 70 A kojima je Komitet za sebe konstituisao pravo da traži od država izvještaje o poduzetim mjerama i odgovorima na preporuke koje joj je Komitet uputio. Prispjele odgovore razmatra nadležna radna grupa, a prema stavu koji o njima zauzme Komitet u plenumu određivao se rok za podnošenje narednog izvještaja.⁴² Na ovaj način rasprava pred Komitetom za ljudska prava usmjerena je i funkcionalno referira na sadržaj iz prethodnog izvještaja, sa osvrtom na one članove Pakta u kojim je zabilježen poseban napredak u primjeni. Razmatranje izvještaja je sada postalo konstruktivni dijalog jer su članovima Komiteta parirali pripremljeni predstavnici države.

Komitet je 2002. godine krenuo sa praksom „radnih grupa za izvještaje zemalja“⁴³ i imenovanja posebnih izvjestilaca za kontrolu postupanja po završnim napomenama.

2.4. Iskustvo ugovornog nadzora drugih najznačajnijih ugovornih tijela

Mada je nadzorni mehanizam Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima bio, iz opravdanih razloga, nešto drugačije zamišljen od onog koji je uspostavio Pakt o građanskim i političkim pravima u jednom trenutku je Ekonomsko i socijalno vijeće pozvalo je Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava da slijedi primjer postupanja Komiteta za ljudska prava i da preuzme praksu davanja opštih komentara.⁴⁴ Komitet je ovaj modus postupanja preuzeo i njegovi opšti komentari, počevši od 1989., predstavljaju dragocjen doprinos definisanju sadržaja ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava i uspostavljanju objektivnog okvira prema kome se može vršiti procjena realizacije obaveza preuzetih iz Pakta.

Komitet za ukidanje rasne diskriminacije inicijalno je Konvencijom o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije bio ovlašten da daje „sugestije i opšte preporuke na osnovu razmatranja izvještaja i obavještenja dobijenih od država

41 Yearbook of the HRCee (1981-1982), II, str. 297, t (i)

42 Report of the HRCee, (2001), I, dok. UN A/56/40, 25, 53.

43 Radne grupe broje u svom sastavu četiri do šest članova Komiteta koji su posvećeni izvještaju koji im je povjeren i preuzimaju teret i odgovornost u raspravi kod njegovog razmatranja.

44 Rezolucija EKOSOC 1987/5 od 26. maja 1987.

stranaka⁴⁴⁵. Mada većina opštih preporuka ostaje na visokom nivou generalizacije neke od njih su izražavale vrlo konkretne stavove Komiteta.⁴⁶

Komitet za prava žena je svoje ovlaštenje da donosi opšte preporuke iskoristio je posvetivši njihov sadržaj nekim vrlo delikatnim i aktuelnim pitanjima bilo globalnog, bilo regionalnog značaja. Preciznim formulisanjem stava o odabranim pitanjima, kakvo je pitanje nasilja nad ženama⁴⁷ ili pitanje jednakosti žena u javnom i političkom životu⁴⁸, Komitet za prava žena značajno je doprinio tumačenju pojedinih odredbi Konvencije.

UN-ov sistem izvještavanja započeo je sa značajnijim promjenama početkom 21. vijeka, potpomognut djelovanjem tadašnjeg Generalnog Sekretara Kofi Anana. Među glavnim idejama su se našle pojačanje koordinacije između različitih komiteta, smanjenje broja različitih državnih izvještaja (unifikacija), kao i njihova harmonizacija.⁴⁹ U 2005. godini, Luiz Arbur, tadašnji UN-ov Komesar za ljudska prava, nastavila je reformsku inicijativu sa ciljem poboljšavanja saradnje Komesarijata sa državama. Arbour je istakla više ključnih područja među kojima su problem preklapanja nadležnosti organa, gomilanje neobrađenih izvještaja i pritužbi, kao i neujednačen kvalitet i učestalost izvještaja s manjkavim sistemima naknadne provjere.⁵⁰ Iako težnja za unifikacijom državnih izvještaja nije urodila plodom, napredak je ostvaren u pogledu harmonizacije standarda izvještavanja.

3. Zaključak

Dva nadzorna mehanizma koja funkcionišu na globalnom nivou zaštite ljudskih prava u vrijeme svog nastanka bila su rezultat tadašnjih objektivnih okolnosti i namjere UN- ovog sistema da s na njih odgovori na najpodesniji način kreiranjem dva različita, ali komplementarna pristupa namijenjena realizaciji istog cilja.

Mada je u okviru UN-a zaključen značajan broj međunarodnih ugovora o ljudskim pravima čijem provođenju je posvećen nadzorni mehanizam svakog od njih, još uvijek ima država koje svim tim ugovorima nisu pristupile pa je postojanje

45 Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, čl.9 st.2.

46 Komitet se opštim preporukama izjasnio o pravu na samoopredjeljenje, opšta preporuka XXI, 1996.), pravima domorodačkih naroda (opšta preporuka XXIII, 1997.), diskriminaciji Roma (opšta preporuka XXVII, 2000.) Vidjeti: Compilation of General Comments and General Recommendations by Human Rights Treaty Bodies, dok. UN HRI/GEN/1/Rev.5, 26.4. 2001., 182-196.

47 Opšta preporuka br.19, isto, 216.

48 Opšta preporuka br.23, isto, 233.

49 G. Gilbert, F. Hampson, C. Sandoval – “The Delivery of Human Rights, Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley”, 2010., Routledge, 72.

50 The Concept Paper on the High Commissioner’s Proposal for a Unified Standing TreatyBody, 14 March 2006., HRI/MC/2006/CRP.1, paras 16 –26.

jednog zajedničkog neugovornog kontrolnog mehanizma zasnovanog na Povelji UN-a i dalje sasvim opravdano. Ipak, ma koliko opravdan ovaj jedinstveni mehanizam nadzora na globalnom nivou snažno je limitiran permanentnim djelovanjem dva izuzetno limitirajuća faktora - sama Povelja UN- a nije pravno obavezujući dokument, mada su efekti njenog djelovanja u domenu ljudskih prava nesporni, a tijela kojima je ova vrsta nadzora povjerena imaju izrazito politički karakter.

No nedostataka, mada su druge prirode, ne manjka ni nadzornom mehanizmu ugovornog karaktera.

Inicijalno, oba sistema su bila lišena mogućnosti da izazovu praktične posljedice, te su

odluke nadzornih tijela bile neobavezujuće. Mehanizam nadzora ni u jednom ni u drugom slučaju nije raspolagao, i ne raspolaže, mogućnošću korištenja prisile, u skladu sa čl. 2 st.7 Povelje UN-a, i efikasnost nadzora, bez obzira o kom obliku nadzora je riječ, na kraju zavisi od dobre volje suverene države.

Najznačajnija prepreka efikasnosti nadzornog mehanizma na univerzalnom nivou posljedica je činjenice da se ljudska prava realizuju u okviru država i da su države vrlo nesklone da čine bilo kakve ustupke koje doživljavaju kao ograničavanje svog suvereniteta.

Ipak, ova ograničenja ne čine mehanizam nadzora iluzornim i bespredmetnim.

Cijeli nadzorni mehanizam bi vjerovatno završio kao neuspjela normativna kreacija da nadzor nije postao predmet noveliranja i reformisanja.

Evolucija je, istina, išla neujednačenim tempom, pomaci su bili sa nejednakim efektima, a rezultati su ostvarivali različit domet, ali nadzor je postojao.

Cilj i jednog i drugog nadzornog mehanizma je isti: namjera da se ljudska prava poštuju i da budu jednako dostupna svakome.

Mada organizaciono potpuno odvojeni nadzorni mehanizmi su komplementarni. Procedure periodičnog nadzora oslanjaju se na standarde ugovora o ljudskim pravima, a izvještaji visokih strana ugovornica o stanju ljudskih prava koji se podnese ekspertnim tijelima daju informacije i služe kao osnov za utvrđivanje sistematskih kršenja ljudskih prava.

Nadzor zasnovan na Povelji UN-a ne može da izbjegne političke uticaje na svoj rad. Ali evolucija nadzornog mehanizma od Komisije do Vijeća za ljudska prava govori o naporu da se on minimizira u najvećoj mogućoj mjeri. Uostalom, i uprkos političkim pritiscima izvještajna i istražna komisija Vijeća za ljudska prava prve su ukazale na povrede ljudskih prava u Siriji 2011. Uporedo sa nadzornom funkcijom Vijeće je u svojim rezolucijama i na svojim godišnjim zasjedanjima kandidovalo čitav niz delikatnih i važnih tema iz domena ljudskih prava i istovremeno nastavilo sa unapređivanjem postojećih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, uključujući i znamenitu rezoluciju 16/18 koja se odnosi na borbu protiv religijske netolerancije.

Uz ovo, iskustvo neugovornog nadzornog mehanizma pokazalo se uspješnim i kroz novouspostavljene specijalne procedure. Održavanjem uspostavljenih procedura za učešće NGO-ova pred Vijećem, davanjem fizionomije adversarnog postupka razmatranju izvještaja država pokazuje i veću predanost i posvećenost nadzornoj funkciji i inicira veću odgovornost i ozbiljnost od država čiji su izvještaji predmet razmatranja.

I ugovorni nadzorni mehanizam je prošao značajnu transformaciju odgovarajući izazovima društvene stvarnosti.

Rasprava po podnesenim izvještajima visokih strana ugovornica o realizaciji preuzetih obaveza pred ekspertnim tijelima postepeno je dobijala smisao. Veliki korak naprijed napravio je Komitet za ljudska prava sa svojom praksom davanja „opštih komentara“ što su slijedila i ostala ekspertna tijela. Mada su izgledali kao „drugorazredni surogat za nepostojeće ocjene izvještaja država“⁵¹, pokazali su se praktično korisnim.

Kada je ispitivanje izvještaja dobilo ozbiljniju fizionomiju, kada je rezultiralo „završnim napomenama“ već se pojavila mogućnost da se postavi pitanje stvarnih efekata nadzornog postupka. Mada neobavezujuće po svojoj pravnoj prirodi, obzirom da je riječ o preporukama određenoj državi, završne napomene nisu lišene neposrednih posljedica. Činjenica pravne neobaveznosti nije uzrok da se završne napomene praktično ne razmatraju i država na koju se odnose po njima ne postupa.

Zaključak koji se nameće je da je noveliranje pristupa nadzoru nad ostvarivanjem ljudskih prava na globalnom nivou kao odgovor izazovima i potrebama društvene stvarnosti tekao sporo, uz brojne prepreke, ali da se efekti načinjenih promjena ne mogu poreći, te da je nadzorni mehanizam nakon više od sedam decenija puno primjereniji za ispunjavanje zadatka kome je namijenjen.

Literatura:

Alston, ur.: *The HRCion, The United Nations and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press 1992.

Burgenthal, D. Sheltin, D.P.Stewart: *International Human Rights in a Nutshell*, West Nutshell Series, 2009.

Burgenthal, T.: *Ljudska prava u sažetom obliku*, Magistrat, Sarajevo, 1998.

Connors, J. And Schmidt, M.: *United nations u D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran: International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2019.

Compilation of General Comments and General Recommendations by Human Rights Treaty Bodies, dok. UN HRI/GEN/1/Rev.5, 26.4. 2001.

Cook, R.J.: *International Human Rights Mechanism: The Role of the Special Procedure in the Protection of Human Rights – The Way Forward After Vienna*, I.C.J.Rev., No.50, 1993.

51 Kristijan Tomušat, isto, 195.

Forsythe D. P.: Human Rights in International Relations, Second edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Gilbert, G., Hampson, F., Sandoval, C.: The Delivery of Human Rights, Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley, Routledge, 2010.

Official Records of the HRCee (1991/92), II, 275. Report of the HRCee, I, dok. UN A/56/40, Annex III

Report of the HRCee, (2001), I, dok. UN A/56/40, 25

The Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, 14 March 2006, HRI/MC/2006/CRP.1

Tomušat, K.: Ljudska prava između idealizma i realizma, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2006.

UN Doc. E/1993/23, E/CN.4/1993/122

Yearbook of the HRCee (1977-1978), I

Yearbook of the HRCee (1981-1982), II

Yearbook of the HRCee (1983-1984), I

Yearbook of the HRCee (1985-1986), I

Mirjana Nadaždin Defterdarević, LL.D., Full time professor
Faculty of law, Dzemal Bijedic University of Mostar
Damir Defterdarević, LL.M.

SUPERVISION OVER THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS ON THE GLOBAL LEVEL – REVISING THE APPROACH AS A RESPONSE TO THE CHALLENGES OF REAL LIFE

Summary: The establishment of supervision over human rights is the result of an effort to adequately translate the normative content guaranteed by human rights into real life. Two types of supervisory procedures have been developing within the UN framework. The first procedure, being a non-contractual mechanism of supervision, was based on the UN Treaty. The second procedure is attached to the work of expert bodies assigned by the human rights agreements. The existence of different supervisory mechanisms raises questions regarding their specificities, as well as the nature of their mutual relationship. The analysis of the supervisory mechanisms is focused on the issues of supervisory body competencies, procedures, results and their real life effects. The research is undertaken with the goal of determining the extent to which the changes to the supervisory mechanism represent an adequate response to the demands of social reality and is founded on the application of dogmatic, teleological and axiological methods.

Keywords: human rights, universal system of human rights, supervisory mechanism

Dr Ljubinko Mitrović, redovni profesor
Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine
Tijana Arambašić-Živanović, diplomirani pravnik
Gender centar Vlade Republike Srpske

RODNO ZASNOVANO NASILJE

- POJAM I PRAVNI OKVIR -

Sažetak: Nasilje u porodici, odnosno porodičnoj zajednici, i posebno nasilje nad ženama predstavlja univerzalnu, globalnu sociopatološku pojavu i kriminološki fenomen koji prožima sve kulture, sva društva i sve regione svijeta. Na našim prostorima, često puta je tolerisano i opraštano, a u najmanju ruku minimizirano. U svakom slučaju, nasilje u porodici predstavlja nedopušteno ponašanje pojedinca prema ostalim članovima svoje porodice koje posljednjih decenija prelazi iz privatne sfere funkcionisanja porodice kao najvažnije ćelije društva, u fazu potpune otvorenosti, odnosno ono prelazi u žižu interesovanja ne samo pravničke već i sveukupne društvene javnosti.

Bosna i Hercegovina je u novembru 2013. godine ratifikovala Konvenciju o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici, tzv. Istanbulsku konvenciju čime se obavezala na preduzimanje zakonodavnih i drugih mjera radi obezbjeđenja pravnog, institucionalnog i organizacionog okvira za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama uključujući nasilje u porodici, zaštitu žrtava nasilja u porodici, te kažnjavanje učinilaca nasilja u porodici. Ove obaveze svakako podrazumijevaju i usaglašavanje zakona i drugih akata sa odredbama navedene Konvencije, te unapređivanje primjene vlastitih pravnih propisa u praksi.

Upravo o rodno zasnovanom nasilju, njegovom definisanju i posebno domaćem i međunarodnom pravnom okviru biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: nasilje, rodno zasnovano nasilje, međunarodni standardi, Bosna i Hercegovina.

1. Uvodna razmatranja

Rodno zasnovano nasilje uopšte, a posebno nasilje nad ženama, kao njegov najprisutniji oblik¹, oduvijek je prisutan fenomen u ljudskom društvu². Javlja se i postoji u svim državama svijeta nezavisno od stepena njihovog društvenog ili ekonomskog napretka. Međutim, tek osamdesetih godina 20. vijeka počeo se mijenjati društveni stav prema ovoj pojavi ponajviše zahvaljujući aktivističkim pokretima za poboljšanje položaja žena u društvu, a u okviru takozvanog drugog talasa feminizma. Ovi početni koraci su za rezultat imali usvajanje Konvencije Ujedinjenih nacija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena 1979. godine, a trebalo je da prođe još nešto više od trideset godina da na području Evrope dobijemo prvi pravno obavezujući dokument koji reguliše oblast nasilja nad ženama - Konvenciju Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici (u daljem tekstu: Konvencija)³. Naime, Konvencija je usvojena 11. maja 2011. godine, a Bosna i Hercegovina je 7. novembra 2013. godine postala šesta članica Savjeta Evrope koja je ratifikovala ovu Konvenciju, te

1 Prema statističkim pokazateljima, svaka treća žena u Njemačkoj i Sjedinjenim Američkim Državama bar jednom u životu je zlostavljana od muških članova svoje porodice, odnosno od strane supruga ili partnera; u Rusiji se 80% svih zločina dešava kod kuće; u Egiptu jedna od tri žene je najmanje jednom u životu pretučena od strane svog supruga; u Kuvajtu je oko 15% žena izloženo nasilju u kući; u Pakistanu je 80% žena izloženo nasilju u kući...dakle, porodično nasilje je fenomen koji se javlja i postoji u svim državama svijeta, ali i fenomen kojem se u mnogim državama, pa i kod nas u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini ne poklanja dovoljna pažnja (više u: Mitrović, Lj., (2011), *Nasilje u porodici kao prekršaj*, Zbornik na Pravniot fakultet Justinijan Prvi, vo Skopje, vo čest na Nikola Matovski, ISBN 978-608-4655-07-7; UDC 343 (497.7) (082); COBISS.MK-ID 89965578; str. 173-184). Prema podacima OEBS-a oko 70% žena starijih od 15 godina iz Bosne i Hercegovine, Crne Gore, Makedonije, Srbije, Moldavije i Ukrajine iskusilo je neki od oblika seksualnog uznemiravanja, uhođenja, intimnog nasilja počinjenog od strane njihovih partnera ili nepoznatih muškaraca, uključujući i psihološko, fizičko ili seksualno nasilje. Od ovog broja, 45% (oko 10.2 miliona) žena je iskusilo seksualno uznemiravanje, uključujući i uznemiravanje putem Interneta, 23% (oko 4.9 miliona) žena je iskusilo intimno partnersko nasilje koje uključuje fizičke i seksualne napade, dok je 18% (oko 4.4 miliona) žena iskusilo fizičko ili seksualno nasilje počinjeno od strane nepoznatih muškaraca. Statistike ukazuju da je oko 47,5% žena u svim dijelovima BiH doživjelo neku vrstu nasilja nakon navršene 15 godine života. Mlade žene (od 18 do 24 godina) su značajno više izložene nasilju nego žene starije životne dobi (iznad 65 godina).

2 Nasilje koje počiva na rodnom normama i nejednakim odnosima moći može se manifestovati u različitim oblicima ili kao kombinacija više njih: fizičko, emocionalno, ekonomsko, psihološko ili seksualno nasilje. U nekim zemljama se javlja otvoreno i direktno, preuzimajući oblik najbrutalnijih zločina, kao što su čedomorstvo ženske djece, štetne tradicionalne prakse, rani i prisilni brakovi, ubijanje iz časti, obrezivanje žena, seksualno zlostavljanje i ropstvo, dok se u drugim zemljama javlja perfidno, skriveno, uzimajući skoro pa nevidljiv oblik, koji dozvoljava kontinuiranu i nesmetanu eksploataciju, nasilje u porodici, institucionalnu diskriminaciju i oduzimanje ljudskih i građanskih prava (više u: Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), *Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH*, Banja Luka, Koalicija "Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom" regije Doboj za projekat "Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH", str. 13).

3 Konvencija se često naziva Istanbulskom zato što je usvojena na sjednici Savjeta Evrope održanoj u Istanbulu. Konvencija je objavljena u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, broj 15/2013.

se tako obavezala na preduzimanje zakonodavnih i drugih mjera radi obezbjeđenja pravnog, institucionalnog i organizacionog okvira za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama. Ove obaveze podrazumijevaju i usaglašavanje zakona i drugih akata sa odredbama Konvencije (što znači i njihovu dosljednu primjenu), te unapređenje primjene svih drugih međunarodnih standarda u praksi.

Republika Srpska je aktivnosti na sprovođenju Konvencije započela neposredno po njenom usvajanju, prije svega usaglašavanjem Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske od 2012. godine sa standardima iz Konvencije, a potom i donošenjem Krivičnog zakonika Republike Srpske u 2017. godini⁴. S druge strane, Vlada Republike Srpske je 2016. godine, u skladu sa obavezama iz Konvencije, imenovala Gender centar Republike Srpske kao Koordinaciono tijelo zaduženo za primjenu i praćenje primjene Konvencije⁵. Takođe, treba svakako istaći da je Republika Srpska usvojila i sprovodi Strategiju za suzbijanje nasilja u porodici Republike Srpske za period 2014-2019. godine. Strategijom su propisane mjere i aktivnosti za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici, s tim da ovim aktom nisu obuhvaćeni svi oblici nasilja prema ženama⁶, utvrđeni Konvencijom.

2. Pojam rodno zasnovanog nasilja

Pojmovi “rodno zasnovano nasilje” i “nasilje nad ženama” često se koriste naizmjenično, jer je najveći broj slučajeva nasilja nad ženama rodno zasnovan.

Mnogobrojna istraživanja i statistički podaci o rasprostranjenosti rodno zasnovanog nasilja pokazuju da ono predominantno pogađa žene, djecu i posebno djevojčice, iako je prisutno i nasilje nad muškarcima. Dakle, žene i djevojke su najviše izložene riziku, zato se pojmovi “nasilje nad ženama” i “rodno zasnovano nasilje” često koriste kao sinonimi. Međutim, to je pogrešno jer su i dječaci i muškarci takođe žrtve rodno zasnovanog nasilja, kao i seksualne i rodne manjine,

4 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017 i 104/2018 – odluka US.

5 Mitrović, Lj., N. Grbić-Pavlović, N., (2020), Nasilje u porodici – novine u pravnoj regulativi Republike Srpske, Zbornik radova sa Jedanaeste međunarodne naučno-stručne konferencije pod nazivom: KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO I PREVENCIJA KRIMINALITETA (NORMA I PRAKSA), ISBN 978-99976-36-62-1; COBISS.RS-ID 8827928; UDC 343,2(082) 343.85(082); str. 83-97; Trebinje.

6 Prema podacima iz Informacije o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, u 2018. godini je evidentirano 1.012 slučajeva nasilja u porodici, i to 389 krivičnih djela nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici iz člana 190. KZ RS, te 623 prekršaja iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici koje je počinilo 1.051 lice, nad 1.257 žrtava. Prema učiniocima nasilja u porodici podneseno je 375 izvještaja nadležnim tužilaštvima, 449 zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka i izdato je 36 prekršajnih naloga. Takođe, izrečene su 34 hitne mjere zaštite i 58 zaštitnih mjera. Prema polu, učinioci nasilja su u 90,5% slučajeva bili muškog pola. Prema starosti, najbrojniji učinioci su lica starosti od 31 do 40 godina (279). Evidentirano je i 19 maloljetnika koji su izvršili nasilje unutar porodice. Kao žrtve nasilja u porodici evidentirana su i djeca do 7 godina (38), djeca od 8 do 14 godina (57) i maloljetnici od 15 do 18 godina (40).

kao što su npr. muškarci koji imaju seksualne odnose s muškarcima i transrodnim osobama.

Prema definiciji Svjetske zdravstvene organizacije, nasilje⁷ se definiše kao “namjerna primjena fizičke sile ili moći s ciljem zastrašivanja ili stvarna, nad samim sobom, drugim licem, grupom ili zajednicom, a koja rezultira ili je velika vjerovatnoća da će rezultirati povređivanjem, smrću, osjećanjem uskraćenosti, psihičkim poremećajima ili smetnjama u razvoju.” Porodično nasilje predstavlja univerzalnu, globalnu sociopatološku pojavu i kriminološki fenomen koji prožima sve kulture, sva društva i sve regione svijeta⁸.

Prema Konvenciji Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici “nasilje nad ženama” označava kršenje ljudskih prava i oblik je diskriminacije nad ženama i predstavlja sva djela rodno zasnovanog nasilja koja dovode, odnosno mogu da dovedu do fizičke, seksualne, psihičke, odnosno ekonomske povrede, odnosno patnje za žene, obuhvatajući i prijetnje takvim djelima, prinudu, odnosno arbitrarno lišavanje slobode, u javnosti ili u privatnom životu⁹.

Kada je bosanskohercegovačka stvarnost u pitanju, definicije ili, preciznije rečeno, deskripcije radnji nasilja u porodici date su prije svega u entitetskim *lex specialis* zakonima o zaštiti od nasilja u porodici (Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine), zatim porodičnim zakonima¹⁰ i/ili krivičnim zakonima (oba entiteta Bosne i Hercegovine i Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine).¹¹

7 Šta je, zapravo, nasilje? Ako bismo krenuli od onog najprostijeg definisanja nasilja (eng. violence), onda bi pod nasiljem mogli smatrati sve ono što narušava prirodni tok stvari. Pored ovog, u literaturi srećemo i niz drugih objašnjenja nasilja ili definicija nasilja, poput: nasilje je korišćenje sile i moći prema drugom; nasilje je grubo postupanje koje povređuje i ponižava; nasilje je nepravedno korišćenje moći u smislu uskraćivanja prava. Nasilje je svaki čin protiv volje pojedinca koji ugrožava njegov lični integritet, bilo da se radi o psihičkom, fizičkom, seksualnom ili ekonomskom vidu nasilja (više u: Mitrović, Lj. (2007), Nasilje nad djecom i prekršaji iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici - Violence against children and breaches of the law on protection from domestic violence, Časopis Nauka-Bezbednost-Policija, Beograd, broj 1/2007; ISSN 0354-8872; UDK: 343.54:179.2 (497.6) 347.61/64(497.6); str. 163-175).

8 Konstatinović-Vilić, S. – Petrušić, N. (2007), Krivično delo nasilja u porodici – aktuelna pravosudna praksa u Beogradu i Nišu, Autonomni ženski centar, Program razvoja dobrih praksi u oblasti nasilja u porodici Beograd, str. 7-8.

9 Ombudsmeni Bosne i Hercegovine ističu da nasilje prema ženama i nasilje u porodici teško krši uživanje ljudskih prava oštećenih lica, posebno njihovih osnovnih prava na život, bezbjednost, slobodu, dostojanstvo, te tjelesni i emocionalni integritet i isto ne predstavlja privatni, već društveni problem. Neophodno je da svi nosioci javnih funkcija preduzmu dodatne napore s ciljem razvijanja društvene svijesti bosanskohercegovačkog društva o pomenutom problemu, a javne vlasti moraju preduzeti adekvatne mjere kako bi pomenute izmjene zakonodavstva imale uticaj na svakodnevni život lica pogođenih nasiljem (više u: Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti Institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2018. godinu).

10 Porodični zakon Republike Srpske propisuje krug lica koja se smatraju članovima porodice i kojima će zaštita biti pružena po ovom zakonu, te postupke radi donošenja mjera zaštite od nasilja u porodici.

11 Krivično djelo pod nazivom nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici iz krivičnih zakona/ika u Bosni i Hercegovini uključuje akte nasilja, drskog i bezobzirnog ponašanja i zlostavljanja

Najdirektnija definicija nasilja u porodici predviđena je u odredbi člana 7 stav 1 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine¹², na sljedeći način: smatraće se da postoji nasilje u porodici ukoliko postoje osnove sumnje da su učinjene radnje kojim član porodice nanosi fizičku, psihičku ili seksualnu bol ili patnju i/ili ekonomsku štetu, kao i prijetnje koje izazivaju strah od fizičkog, psihičkog ili seksualnog nasilja i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice. Nasilje u porodici, a u skladu sa odredbom člana 6 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske¹³, postoji ukoliko postoji osnov sumnje da je član porodice ili porodične zajednice izvršio radnje fizičkog, seksualnog, psihičkog i/ili ekonomskog nasilja, kao i prijetnje koje izazivaju strah od fizičke, seksualne, psihičke i/ili ekonomske štete kod drugog člana porodice ili porodične zajednice. Ovo su dvije jedine, potpuno nedvosmislene definicije nasilja u porodici predviđene u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, a kojima se propisuje da nasilje u porodici ugrožava uživanje ljudskih prava i sloboda, s tim da se u njima posebno ističe princip jednakosti¹⁴. U svakom slučaju, obje definicije integrišu sve tri preovlađujuće vrste nasilja (fizičko, psihičko i seksualno) dodajući i ekonomsku štetu, odnosno ugroženi ekonomski integritet drugog člana porodice ili porodične zajednice, ali ne određujući i ovaj pojam¹⁵.

Nasilje u porodici uključuje uglavnom dvije vrste nasilja: nasilje intimnih partnera između sadašnjih ili bivših bračnih ili vanbračnih partnera, te međugeneracijsko nasilje, koje se obično pojavljuje između roditelja i djece¹⁶.

“Rod” označava društveno određene uloge, ponašanja, aktivnosti i atribute koje dato društvo smatra prikladnim za žene i muškarce, a “rodno zasnovano nasilje nad ženama” označava nasilje koje je usmjereno protiv žene zato što je žena, odnosno ono koje nesrazmjerno utiče na žene. Iz navedenog proizilazi da rodno zasnovano nasilje, osim porodičnog nasilja, obuhvata i sve druge oblike i forme nasilja koji ne moraju nužno biti počinjeni u porodici. Kriterijum za

kojima se ugrožava fizički (tjelesni) integritet, spokojstvo ili psihičko (duševno) zdravlje članova porodice (član 222 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, član 190 Krivičnog zakonika Republike Srpske i član 218 Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine).

12 Službene novine Federacije BiH, broj 20/2013.

13 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 102/2012, 108/2013, 82/2015 i 84/2019.

14 Krivični zakonik Republike Srpske, u odredbi stava 1 člana 190 nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici tretira kao krivično djelo koje se procesuirao po službenoj dužnosti, a definiše ga na sljedeći način: (1) Ko primjenom nasilja, prijetnjom da će napasti na život ili tijelo, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, tjelesni integritet ili duševno zdravlje člana svoje porodice ili porodične zajednice i time dovede do povrede njegovog fizičkog ili psihičkog integriteta, kazniće se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

15 Mitrović, Lj. (2013), Nasilje u porodici prema Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske iz 2012. godine, XXV Naučni skup pod nazivom: Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima, ISBN 978-86-83287-67-3; UDK 343.85 (082); COBISS.SR-ID 198666508; str. 231-248; Palić, 12-13. juni 2013. godine.

16 Ignjatović, T., Josimović, S., Radin, I., Grbo, S., (2016), Korak ka boljoj zaštiti – Priručnik za unapređenje koordinisanog odgovora nadležnih službi na nasilje prema ženama, Novi Sad: UGG Centar za podršku ženama; str. 3.

razlikovanje od ostalih vidova nasilja jeste rod, te se nasilje posmatra u kontekstu neravnopravnosti žena i muškaraca, postojećih stereotipa, rodnih uloga i diskriminacije žena.

Rodno zasnovano nasilje podrazumijeva nasilje koje je usmjereno na pojedinku/ca na osnovu njenog/njegovog biološkog pola i rodnog identiteta, koji je društveno nametnut ili samoizabran, i/ili seksualne orijentacije. Pojam rodno zasnovano nasilje, u ovom kontekstu, znači da je u pitanju nasilje koje je izvršeno prema određenoj osobi zato što je ona pripadnica određenog roda i/ili zbog toga što ne ispunjava očekivanja proistekla iz društveno nametnutih rodnih uloga, a podrazumijeva sve oblike kršenja ljudskih prava, diskriminaciju, oduzimanje slobode u javnom ili privatnom životu, kao i svaki čin nasilja. Rodno zasnovano nasilje poprima razne oblike i intenzitet, a može se pojaviti tokom svih faza životnog ciklusa, od prenatalne faze kroz djetinjstvo i mladost, tokom reproduktivnih godina, i starosti¹⁷.

Istraživanja pokazuju da je najučestaliji oblik nasilja psihološko nasilje, a zatim fizičko, te seksualno, a vrlo malo žena navodi ekonomsko nasilje kao problem, nesvjesne da su i lišavanje materijalnih sredstava i prava na imovinu, te ucjene kažnjivi oblici ponašanja. U ekonomsko nasilje spada: ograničavanje pristupa novcu u domaćinstvu, ostavljanje bez materijalnih sredstava (ukoliko žrtva nije u radnom odnosu, odnosno nema ličnih prihoda, ne zarađuje novac); uskraćivanje novca za lične potrebe, zabrana zapošljavanja; oduzimanje ličnog novca¹⁸.

Istanbulska konvencija prepoznaje da je nasilje nad ženama manifestacija istorijski nejednakih odnosa moći između žena i muškaraca. Prema Konvenciji, rodno zasnovano nasilje se manifestuje kroz različite forme psihološkog, fizičkog, seksualnog i ekonomskog nasilja u privatnoj ili javnoj sferi, u ratu ili u miru, te takođe može biti počinjeno ne samo od strane pojedinaca, tj. fizičkih lica, nego i od strane institucija i organa vlasti. Važno je imati u vidu da, iako je rodno zasnovano nasilje univerzalan problem, njegovi oblici i manifestacije u velikoj mjeri zavise od specifičnog društvenog, ekonomskog i političkog konteksta svake pojedinačne društvene zajednice.

3. Pravni okvir rodno zasnovanog nasilja u Republici Srpskoj

Ustavom Republike Srpske, kao najvišim pravnim aktom, ljudska prava i slobode su određena kao najviše vrijednosti i temelj ustavnog uređenja Republike,

17 Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH, Banja Luka, Koalicija *“Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom” regije Doboj za projekat “Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH”*, str. 14.

18 Ibidem.

čime je stvoren osnov za zakonsko regulisanje pojedinačnih prava i sloboda, među kojima je i pravo na život bez nasilja.

Ustav Republike Srpske, u odredbi člana 10 utvrđuje da su građani Republike ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, te da su jednaki pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, pol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovijest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo. Nadalje, Ustavom Republike Srpske je utvrđeno da niko ne smije biti podvrgnut mučenju, svirepom, nehumanom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju (član 14 stav 1). Pored toga, odredbom člana 36 utvrđeno je da porodica, majka i dijete imaju posebnu zaštitu.

Zaštita od rodno zasnovanog nasilja u Republici Srpskoj ostvaruje se primjenom brojnih zakonskih i podzakonskih akata, među kojima su najznačajniji Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske i Krivični zakonik Republike Srpske¹⁹, ali i drugi zakoni kao što su Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske²⁰, Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske²¹, Zakon o prekršajima Republike Srpske²², Zakon o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku²³, Porodični zakon Republike Srpske²⁴, Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku²⁵.

Uz njih, svakako su veoma važni i određeni podzakonski akti, i to: Pravilnik o načinu sprovođenja zaštitne mjere - obavezno liječenje od zavisnosti²⁶, Pravilnik o načinu sprovođenja zaštitne mjere – obavezan psihosocijalni tretman²⁷, Pravilnik o sadržaju evidencije i izvještaja o nasilju u porodici²⁸ i Pravilnik o sprovođenju hitnih i zaštitnih mjera koje su u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske²⁹, te brojni drugi podzakonski akti. Pored navedenih zakona i podzakonskih akata, važno je naglasiti da je rad nadležnih postupajućih službi u slučajevima nasilja nad ženama i nasilja u porodici primarno definisan zakonima koji propisuju njihov djelokrug rada, pa je tako neizostavno spomenuti i Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima³⁰, Zakon o socijalnoj zaštiti³¹, Zakon o zdravstvenoj

19 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017 i 104/2018 – odluka US.

20 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018.

21 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.

22 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2014, 36/2015 – odluka US, 110/2016 i 100/2017.

23 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 48/2003.

24 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US.

25 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010, 61/2013 i 68/2020.

26 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 5/2015.

27 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 11/2014.

28 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 71/2013.

29 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 73/2014.

30 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 57/2016, 110/2016, 58/2019 i 82/2019.

31 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 37/2012, 90/2016, 94/2019 i 42/2020 – dr. uredba.

zaštiti³², Zakon o predškolskom vaspitanju i obrazovanju³³, Zakon o osnovnom vaspitanju i obrazovanju³⁴ i Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju³⁵.

Pored pobrojanih zakonskih i podzakonskih akata, važno je takođe spomenuti i Opšti protokol o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj (od 25. novembra 2013. godine)³⁶, kojim se definišu koraci postupanja svih subjekata zaštite i pružanje koordinisane zaštite i aktivnosti na suzbijanju i sprečavanju ponavljanja nasilja. Cilj Opšteg protokola jeste koordinisan i efikasan rad usmjeren na pružanje trenutne pomoći, podrške i zaštite žrtava nasilja u porodici, odnosno suzbijanje i sprečavanje ponavljanja nasilja u porodici. Pored Opšteg protokola o postupanju u slučajevima nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koji je potpisan od strane nekoliko nadležnih ministarstva na republičkom nivou, posljednjih godina kontinuirano se vodi i proces izrade i potpisivanja lokalnih protokola o saradnji subjekata zaštite na lokalnom nivou, koji spuštaju opšte odredbe na lokalni nivo, a u skladu sa postojećim kapacitetima i resursima.

Na kraju, može se konstatovati da su postupanja subjekata zaštite na sprečavanju i suzbijanju svih oblika nasilja, pa i rodno zasnovanog nasilja definisana nizom domaćih pravnih propisa različite pravne snage. Njihovim usklađivanjem sa međunarodnim standardima za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici i nasilja nad ženama, kao i unapređenjem i poboljšanjem normativno-pravnog okvira koji reguliše oblast rodno zasnovanog nasilja u Republici Srpskoj, stvoreni su preduslovi za ostvarivanje efikasnije zaštite žrtava ovog oblika nasilja.

Pored zakona Republike Srpske, regulativa u ovoj oblasti postoji i na nivou Bosne i Hercegovine. Tako je 2003. godine donesen Zakon o ravnopravnosti polova u BiH³⁷, kao *lex specialis* kojim se nasilje u porodici tretira kao krivično djelo i propisuje kazna za njegovo vršenje, odnosno Zakon o zabrani diskriminacije³⁸ od 2009. godine.

4. Međunarodni pravni okvir rodno zasnovanog nasilja

Pregled međunarodnog pravnog okvira u oblasti rodno zasnovanog nasilja, odnosno najznačajnijih međunarodnih dokumenata kako onih pravno obavezujućih, tako i onih koji to nisu sačinjen je kroz dva nivoa, i to najprije nivo Ujedinjenih nacija, a zatim nivo Evropske unije i Savjeta Evrope.

32 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 106/2009 i 44/2015.

33 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 79/2015 i 63/2020.

34 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 44/2017, 31/2018, 84/2019 i 35/2020.

35 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 41/2018.

36 Službeni glasnik Republike Srpske, broj 104/2013.

37 Službeni glasnik BiH, broj 32/2010.

38 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 59/2009 i 66/2016.

4.1. Nivo Ujedinjenih nacija

Dokumenti Ujedinjenih nacija pozivaju države članice na odgovornost i preporučuju im da u svojim nacionalnim zakonodavnim i strateškim dokumentima definišu i uvrste prevenciju ovog oblika nasilja i zaštite žrtve.

4.1.1. Deklaracija Ujedinjenih nacija o eliminisanju diskriminacije nad ženama od 7. novembra 1967. godine

Prekretnicu u razvoju prava žena označava donošenje Deklaracije o eliminisanju diskriminacije nad ženama koja je usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 7. novembra 1967. godine.

Rad na tekstu Deklaracije započeo je 1965. godine. Na njoj je radila radna grupa koja je izabrana unutar Komisije za status žena. Ova Deklaracija je predstavljala samo izjavu moralnih i političkih namjera, bez prijetnje sankcijama zbog nepoštovanja iste. Odredbe člana 6 koji se ticao jednakosti u braku i porodici i člana 10 koji se ticao zapošljavanja su bile poprilično kontroverzne i postavljalo se pitanje da li Deklaracija treba pozvati na ukidanje običaja i zakona koji obilježavaju diskriminaciju ili na njihovu izmjenu i promjenu.

Ova Deklaracija ukazuje na opredjeljenost Ujedinjenih nacija ka uspostavljanju jednakopravnosti za muškarce i žene.

Dvadeset godina kasnije, tačnije 1979. godine donesena je Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije nad ženama koja ima normativnu snagu i međunarodno je obavezujući instrument u zaštiti prava žena. Konvencija je prvi pravno obavezujući sporazum država kojim se obavezuju da u svoje zakonodavstvo uvrste principe nediskriminacije žena. Uz Konvenciju je naknadno usvojen i fakultativni protokol kojim se još više naglašava praćenje provođenja Konvencije u nacionalnim zakonodavstvima.

4.1.2. Konvencija o ukidanju (eliminaciji) svih oblika diskriminacije žena (CEDAW Konveencija)

Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena ili kako se još skraćeno naziva CEDAW Konvencija, se smatra za najznačajniji dokument u oblasti ženskih prava i vrlo često se na nju poziva kao na međunarodnu povelju ženskih ljudskih prava. Konvencija je usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 18. decembra 1979. godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1981. godine, kao međunarodni ugovor sa pravnim dejstvom za države potpisnice. Donošenje Konvencije je imalo za cilj priznavanje *de iure* jednakih prava ženama, ali i njihovo *de facto* ostvarivanje što se postiže uklanjanjem svih oblika diskriminacije žena počinjenih od bilo koga³⁹. Iako je od usvajanja Konvencije prošlo više od trideset godina, razlozi njenog donošenja su i danas aktuelni, s obzirom da je i dalje prisutan nesrazmjer između stvarnog položaja žena i onog priznatog ovim značajnim međunarodnim dokumentom.

39 <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm>, pristupljeno 17.05.2019.

Jedan od kurioziteta CEDAW konvencije jeste postojanje funkcionalnog sistema praćenja njenog sprovođenja. Države članice su obavezne, u skladu sa odredbom člana 18 da podnose periodične izvještaje o preduzetim mjerama u cilju primjene Konvencije. Navedeni izvještaji se podnose Komitetu za praćenje primjene CEDAW konvencije⁴⁰, koji, nakon što ih razmotri, upućuje preporuke državama kojima se iste pozivaju da isprave manjkavosti u sprovođenju Konvencije, a koje su uočene od strane Komiteta. Ove preporuke su se pokazale kao značajan mehanizam za zagovaranje promjena u oblasti ženskih prava. Iako je CEDAW konvencija pravno obavezujući akt, sve do usvajanja Fakultativnog protokola 1999. godine nije postojala mogućnost podnošenja pritužbi i traženja zaštite Komiteta u slučaju povrede prava garantovanih ovom konvencijom⁴¹.

Važnost CEDAW konvencije u Bosni i Hercegovini sasvim je jasna i ako se uzme u obzir činjenica da je Bosna i Hercegovina ovu Konvenciju uvrstila u svoj Ustav i time joj dala najvišu pravnu snagu, te se na taj način obavezala za njeno provođenje u praksi. Shodno njenoj važnosti treba navesti konkretne mjere iz odredbe člana 2 Konvencije koje je potrebno da države potpisnice sprovedu: da unesu princip ravnopravnosti muškaraca i žena u svoje ustave ili odgovarajuće zakone, kao i da obezbijede, zakonskim ili drugim odgovarajućim mjerama, praktičnu primjenu tog principa, da usvoje odgovarajuće zakonske i druge mjere, uključujući i sankcije kada je potrebno, kojima se zabranjuju svi vidovi diskriminacije žena, da uvedu pravnu zaštitu prava žena na ravnopravnoj osnovi s muškarcima i da, preko nadležnih sudova i drugih javnih institucija, obezbijede efikasnu zaštitu žena od svakog postupka kojim se vrši diskriminacija, uključivši i uvođenje adekvatnih zakonskih sankcija, da se uzdrže od svakog postupka ili prakse diskriminacije žena i da obezbijede da javni organi i institucije, lica, organizacije ili preduzeća postupaju u skladu sa ovom obavezom⁴².

Konvencija se sastoji od 30 članova koje obuhvataju različite oblasti privatnog i javnog života. Ipak, oblast rodno zasnovanog nasilja nije posebno izdvojena, ali je Komitet pokušao da ispravi ovaj propust donoseći dvije opšte

40 Posebnu pažnju nasilju u porodici, odnosno porodičnoj zajednici posvećuje i Komitet Ujedinjenih nacija za eliminaciju diskriminacije prema ženama (CEDAW Komitet). Ovaj Komitet razmotrio je Šesti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine o implementaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (CEDAW Konvencija), na 74. zasjedanju održanom 30. oktobra 2019. godine u Ženevi. Delegacija Bosne i Hercegovine sačinjena od predstavnika/ca gender institucionalnih mehanizama u Bosni i Hercegovini prezentovala je Šesti periodični izvještaj CEDAW Bosne i Hercegovine. Na osnovu prezentovanog izvještaja, CEDAW Komitet dao je Zaključne napomene na Šesti periodični izvještaj Bosne i Hercegovine koje sadrže preporuke za unapređenje položaja i eliminisanje diskriminacije žena po svim članovima CEDAW Konvencije.

41 A/RES/54/4, "Optional Protocol to the Convention on the Elimination All Forms Discrimination against Women." United Nations, General Assembly, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm>, pristupljeno 13.05.2019.

42 Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH, Banja Luka, Koalicija "Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom" regije Doboj za projekat "Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH", str. 18.

preporuke i to Opštu preporuku broj 12 iz 1989. godine i Opštu preporuku broj 19 iz 1992. godine koje su posvećene nasilju nad ženama.

4.1.3. Opšte preporuke broj 12 i 19 CEDAW Komiteta

Opštim preporukama 12 i 19 Komitet je imao za cilj da ispravi nedostatke do kojih je došlo propuštanjem da se u tekstu Konvencije posebnim članom zabrani nasilje nad ženama. Pored tumačenja pojedinih odredbi Konvencije, Opštim preporukama su definisane i određene obaveze za države članice koje se odnose na zakonske i druge mjere neophodne za efikasnu zaštitu žena od rodno zasnovanog nasilja navodeći eksplicitno neke od njegovih oblika poput nasilja u porodici, seksualnog zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja na radnom mjestu. Takođe se predviđaju i mjere prevencije, kao i zaštitne mjere poput skloništa i savjetovališta za žene žrtve.

Preporukom broj 12⁴³ Komitet je jasno izrazio da odredbe čl. 2, 5, 11, 12 i 16 Konvencije zahtijevaju od država članica da preduzmu mjere kojima će zaštititi žene od bilo koje vrste nasilja, tražeći od država članica da u svoje periodične izvještaje prema Komitetu uvrste i informacije koje se odnose na primjenu zakona o zaštiti žena od slučajeva bilo koje vrste nasilja, kao i informacije o drugim preduzetim mjerama od strane države, te statističke podatke o rasprostranjenosti nasilja nad ženama⁴⁴.

Preporuka broj 19⁴⁵ definiše rodno zasnovano nasilje kao oblik diskriminacije, s obzirom na to da se radi o nasilju koje je usmjereno protiv žene zato što je žena ili koje disproportionalno pogađa žene i sputava ih da na jednakoj osnovi sa muškarcima uživaju u pravima i slobodama čime se krše određene odredbe Konvencije bez obzira na to što one eksplicitno ne pominju nasilje.

Za problem nasilja nad ženama posebno su značajne odredbe čl. 8 i 9 Preporuke broj 19. Ovim odredbama predviđa se odgovornost države za radnje preduzete od strane fizičkih lica. Naime, odredba člana 8 predviđa da se Konvencija primjenjuje na nasilje počinjeno od strane službenih lica. S druge strane, odredbom člana 9 ova odgovornost se proširuje i ističe da diskriminacija nije ograničena samo na radnje izvršene od strane ili u ime države, već i od strane privatnih lica, jer je država, prema opštim pravilima međunarodnog prava i konvencijama o ljudskim pravima, odgovorna za radnje pojedinaca ukoliko je propustila da djeluje sa dužnom pažnjom kako bi spriječila kršenje prava ili da istraži i kazni radnje nasilja, te omogući nadoknadu štete žrtvi⁴⁶.

Značaj Preporuke broj 19 ogleda se i u tome da je ona bila osnov za donošenje Deklaracije o eliminaciji nasilja nad ženama od 1993. godine.

43 Opšta preporuka broj 12 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena, (1989). Nasilje protiv žena. General Recommendation No. 12. Violence Against Women.

44 <https://www.refworld.org/docid/52d927444.html>, pristupljeno 13.05.2019.

45 Opšta preporuka broj 19 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena, (1992). Nasilje protiv žena. General Recommendation No. 19. Violence Against Women

46 <https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html>, pristupljeno 13.05.2019.

4.1.4. Deklaracija Ujedinjenih nacija o eliminaciji nasilja nad ženama⁴⁷

Generalna skupština Ujedinjenih nacija je 20. decembra 1993. godine usvojila Deklaraciju o eliminaciji nasilja nad ženama. Deklaracija predstavlja prvi međunarodni dokument koji izražava politički konsenzus, političku i moralnu obavezu da se zaustavi rodno zasnovano nasilje. Iako nema obavezuuću pravnu snagu, Deklaracija ima moralnu snagu svjetskog konsenzusa. Njen najveći značaj leži u činjenici da je ovo prvi međunarodni dokument koji se bavi isključivo nasiljem nad ženama.

Ova Deklaracija prepoznaje termin “nasilje prema ženama” kao “svaki akt polno zasnovanog nasilja koji rezultira ili može da ima za rezultat fizičku, seksualnu ili psihičku štetu ili patnje žena, uključujući prijetnje takvim aktima, ograničenje ili proizvoljno lišavanje slobode, bez obzira da li proizlazi iz javnog ili privatnog života”. Takođe, jasno su naglašeni oblici nasilja (fizičko, seksualno i psihološko nasilje, te ono povezano sa svim vidovima eksploatacije, kao i nasilje učinjeno ili oprosteno od same države). Deklaracija sadrži smjernice za države koje uključuju unaprjeđenje krivičnog i građanskog zakonodavstva, razvijanje akcionih planova za unaprjeđenje zaštite i prevencije nasilja prema ženama, razvoj ženskog pokreta i saradnju sa nevladinim sektorom u pružanju zaštite, obezbjeđivanje specijalističke zaštite i njege u situacijama kada je to potrebno što podrazumijeva razvoj zdravstvene i socijalne službe, pogodnosti i programe, kao i adekvatnu edukaciju službenih lica za primjenu prinude i javnih službenika odgovornih za primjenu politike prevencije, istrage i kažnjavanja nasilja prema ženama, vođenje kvalitetnih evidencija o nasilju u privatnoj sferi. Za nas najznačajnija predložena mjera jeste ona koja se odnosi na eliminaciju nasilja prema ženama koje su posebno osjetljive na nasilje⁴⁸.

Nakon njenog usvajanja uslijedilo je imenovanje specijalne izjaviteljke za nasilje nad ženama, a određen je i Međunarodni dan borbe za eliminaciju nasilja nad ženama⁴⁹.

4.1.5. Pekinška deklaracija sa Platformom (programom) za akciju Ujedinjenih nacija

Pekinška deklaracija sa programom za akciju Ujedinjenih nacija donesena je kao rezultat rada Četvrtе svjetske konferencije o ženama u septembru 1995.

47 A/RES/48/104, “Declaration on the Elimination of Violence against Women.” United Nations, General Assembly <https://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>, pristupljeno 13.05.2019.

48 Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH, Banja Luka, Koalicija “Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom” regije Doboј za projekat “Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH”, str. 19.

49 A/RES/54/134, “International Day for the Elimination of the Violence against Women.” United Nations, General Assembly, <https://undocs.org/A/RES/54/134>, pristupljeno 13.05.2019.

godine⁵⁰. Deklaracija definiše ukupno dvanaest oblasti u kojima se zahtijeva od država potpisnica da intervenišu kako bi unaprijedile položaj žena, odnosno iskorijenile diskriminaciju i nasilje nad ženama⁵¹. Ovaj važan strateški dokument, osim deklarativnog priznavanja prava žena u raznim oblastima, nudi i prijedlog ciljeva i aktivnosti kojima će se ti ciljevi dostići. Određen je i spektar subjekata kojima se daje odgovornost za ispunjenje postavljenih ciljeva, a to su vlade, lokalni organi vlasti, obrazovne institucije, javni i privatni sektor, mediji, nevladine organizacije, generalni sekretar Ujedinjenih nacija, međunarodne organizacije, te brojni drugi. Ovako široka lepeza odgovornih subjekata, sugerise na potrebu multisektorskog pristupa rješavanju problema nasilja nad ženama.

Pekinška deklaracija i program za akciju Ujedinjenih nacija i danas služe kao okvir za izradu nacionalnih planova i drugih javnih politika usmjerenih ka borbi protiv nasilja nad ženama.

4.2. Nivo Evropske unije i Savjeta Evrope

Uporedo sa regulisanjem nasilja nad ženama na nivou Ujedinjenih nacija, razvijao se i evropski sistem zaštite žena od nasilja. Osnovni izvori ljudskih prava za zemlje Evropske unije i zemlje članice Savjeta Evrope jesu brojni međunarodni ugovori⁵² od kojih je najznačajnija Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950). Iako je u oblasti nasilja nad ženama na nivou Evropske unije i Savjeta Evrope donesen veliki broj akata, direktiva, preporuka i rezolucija, posebno treba istaći Preporuku br. R (2002) 5 o zaštiti žena od nasilja donesenu od strane Komiteta ministara Savjeta Evrope zbog svoje sveobuhvatnosti i multidisciplinarnog pristupa rješavanju problema (kojoj su prethodile Preporuka br. R (85) 4 o nasilju u porodici i Preporuka br. R (2000) 1450 o nasilju nad ženama u Evropi), zatim Rezoluciju Evropskog parlamenta o borbi protiv muškog nasilja nad ženama iz 2006. godine i na kraju, kao jedan od najvažnijih dokumenata, Konvenciju Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici donesenu 2011. godine, kao prvi pravno obavezujući dokument na nivou Savjeta Evrope.

50 Beijing Declaration and Platform for Action, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, pristupljeno 13.05.2019.

51 Pekinška deklaracija naglašava da “unapređenje položaja žena i postizanje jednakosti između žena i muškaraca jeste pitanje ljudskih prava i uslov za socijalnu pravdu, i ne treba ga gledati izolovano - kao žensko pitanje”.

52 Najznačajniji međunarodni dokumenti o ljudskim pravima jesu: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima; Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena; Konvencija UN o pravima djeteta; Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije; Konvencija UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka; Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja...

4.2.1. Preporuka Komiteta ministara Savjeta Evrope br. R (2002) 5 o zaštiti žena od nasilja

Preporuka br. R (2002) 5 o zaštiti žena od nasilja usvojena je 3. aprila 2002. godine na sastanku ministarskih izaslanika⁵³. Razlog donošenja ove preporuke bila je potreba za uvođenjem sveobuhvatnog sistema suprotstavljanja različitim oblicima nasilja nad ženama. Preporuka sadrži listu mjera koje državama članicama mogu pomoći u definisanju svojih politika i aktivnosti u borbi protiv nasilja nad ženama. Posebno su značajne one mjere koje se odnose na sve relevantne institucije koje se bave nasiljem nad ženama, poput policije, zdravstvenih i socijalnih institucija, kojima se predlaže donošenje srednjoročnih i dugoročnih planova aktivnosti za prevenciju nasilja i organizovanje edukacija za službena lica koji treba da razviju nultu toleranciju na nasilje.

4.2.2. Rezolucija Evropskog parlamenta o borbi protiv muškog nasilja nad ženama

Rezolucija o borbi protiv muškog nasilja nad ženama usvojena je od strane Evropskog parlamenta 2006. godine⁵⁴. Ovom rezolucijom Evropski parlament usvojio je politiku nulte tolerancije prema svim vidovima nasilja nad ženama ističući da nasilju nema mjesta u civilizovanom društvu. Razlog za njeno donošenje nalazimo u činjenici postojanja različitih zakona, politika i praksi prema nasilju nad ženama u zemljama članicama Evropske unije i svakako nastojanje da se uspostavi zajednička zakonska regulativa i stav prema ovom obliku nasilja na nivou svih zemalja članica.

4.2.3. Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulsk konvencija)

Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama, uključujući nasilje u porodici (u daljem tekstu: Konvencija), usvojena je u Istanbulu 11. maja 2011. godine, kao prvi evropski sveobuhvatni pravno obavezujući dokument - sporazum koji se odnosi na sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama, odnosno nasilja u porodici na nivou Savjeta Evrope⁵⁵. Radi se o dokumentu koji postavlja jasne i obavezne smjernice državama potpisnicama u ovoj oblasti, te svakako i o dokumentu koji definiše pojmove kao što su: nasilje u porodici, nasilje nad ženama, rod, rodno zasnovano nasilje nad ženama, itd. Ratifikujući Konvenciju 2013. godine, Bosna i Hercegovina se obavezala na preduzimanje zakonodavnih i drugih mjera koje imaju za cilj obezbjeđenje

53 <http://www.womenngo.org.rs/paneurope/prevod2002-web.pdf>, pristupljeno 13.05.2019.

54 "European Parliament Resolution on the current situation in combating violence against women and any future action (2004/2220(INI))" European Parliament, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0038+0+DOC+XML+V0//EN>, pristupljeno 13.05.2019.

55 Petrić, N., (2013), Međunarodni pravni standardi u oblasti nasilja u porodici i pravna zaštita žrtava u Bosni i Hercegovini, Naučno-stručni časopis SVAROG, Banja Luka, br. 7., oktobar 2013. godine, str. 89-104.

pravnog, institucionalnog i organizacionog okvira za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama uključujući nasilje u porodici, zaštitu žrtava nasilja, te kažnjavanje učinilaca nasilja⁵⁶. Ove obaveze podrazumijevaju pravno uređenje zaštite žena od rodno zasnovanog nasilja i diskriminacije, odnosno usaglašavanje vlastitih zakona i drugih akata sa odredbama Konvencije, unapređivanje primjene domaćih pravnih propisa u praksi, s posebnim naglaskom na zaštitu žrtava od počinjenog i mogućeg ponavljanja nasilja, obezbjeđivanje dovoljnih finansijskih sredstava za sprovođenje propisanih (izrečenih) mjera, međusektorsku saradnju i uspostavljanje koordinacionih tijela za praćenje sprovođenja Konvencije.

Konvencija se odnosi na sve vidove nasilja nad ženama, uključujući nasilje u porodici, koje žene pogađa nesrazmjerno više u odnosu na muškarce. Preporučeno je da se Konvencija primjenjuje na sve žrtve nasilja u porodici, s posebnom pažnjom prema ženama koje su žrtve rodno zasnovanog nasilja. Prema Konvenciji, pod pojmom žena podrazumijeva se i djevojka mlađa od 18 godina.

Konvencija prepoznaje strukturnu prirodu nasilja nad ženama, kao i da je ono manifestacija istorijski nejednakih odnosa moći između žena i muškaraca. To implicira da rodno zasnovano nasilje predstavlja svako nasilno ponašanje i djelovanje usmjereno prema ženama i djevojčicama, samo zato što su ženskog pola, bilo da se dešava u privatnoj ili javnoj sferi, u ratu ili u miru, te takođe može biti počinjeno ne samo od strane pojedinaca, tj. fizičkih lica, nego i od strane institucija i organa vlasti. Iz navedenog proizilazi da rodno zasnovano nasilje i nasilje u porodici nisu identični pojmovi i nemaju isto značenje i obuhvat, pa, prema tome, ni obaveze članica i potpisnica Konvencije se ne ispunjavaju u potpunosti ukoliko se usvajaju i primjenjuju zakonodavne i druge mjere usmjerene samo na nasilje u porodici.

Nadalje, Konvencija prepoznaje i u svojim odredbama posebno naglašava da je postizanje *de iure* i *de facto* jednakosti i ravnopravnosti između žena i muškaraca ključni element u prevenciji nasilja nad ženama.

Princip jednakosti i nediskriminacije utvrđen je kao osnovni i vodeći princip Konvencije zbog toga što diskriminacija žena predstavlja plodno tlo za toleranciju nasilja nad ženama. Sve mjere koje se preduzimaju za sprečavanje i borbu protiv nasilja nad ženama treba da promoviraju jednakost između žena i muškaraca kao jedinu suštinsku jednakost, koja može spriječiti nasilje u budućnosti.

Istanbulska konvencija, kao najznačajniji međunarodni dokument u borbi protiv rodno zasnovanog nasilja, pored već spomenutog, navodi i sljedeće kategorije rodno zasnovanog nasilja koje, pored fizičkog nasilja, podliježu krivičnoj odgovornosti: psihičko nasilje podrazumijeva prijetnje, prinudu, verbalne uvrede i sl. koje narušavaju psihičko zdravlje žene; proganjanje koje podrazumijeva prijetnje zbog kojih žena strahuje za svoju bezbjednost; seksualno

⁵⁶ Bosna i Hercegovina je Konvenciju potpisala na Međunarodni dan žena, 8. marta 2013. godine. Oba doma Parlamenta Bosne i Hercegovine, Dom naroda na 31. sjednici održanoj 23. jula 2013. godine, a Predstavnički dom na 50. sjednici, održanoj 18. jula 2013. godine, dala su saglasnost, a Predsjedništvo BiH, na 38. redovnoj sjednici održanoj 7. avgusta 2013. godine donijelo je odluku o ratifikaciji Konvencije.

nasilje, uključujući i silovanje, koje podrazumijeva svaku seksualnu radnju na tijelu žene bez njenog pristanka pri čemu se i navođenje nekoga na te radnje takođe smatra seksualnim nasiljem i seksualno uznemiravanje koje se definiše kao “neželjeno ponašanje seksualne prirode (verbalno, neverbalno, fizičko) koje vrijeđa dostojanstvo osobe dovodeći je u ponižavajuću situaciju i stvarajući zastrašujuću atmosferu”⁵⁷.

Istanbulska konvencija uspostavlja i mehanizam za praćenje provođenja odredbi Konvencije koji se sastoji od dva stuba: jedan čini nezavisna grupa eksperata za djelovanje protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (GREVIO), a drugi je političko tijelo, tj. odbor koji se sastoji od službenih predstavnika država članica. GREVIO priprema upitnike i zahtijeva od država članica informacije, dok nevladine organizacije u oblasti zaštite od nasilja imaju mogućnost da u svakom trenutku GREVIO izvještavaju o njima značajnim informacijama sa lokalnog nivoa⁵⁸.

Konvencija se sastoji od preambule i 12 poglavlja, i to: Ciljevi, definicije, princip jednakosti i nediskriminacije, opšte obaveze; Integrisanje politika i prikupljanje podataka; Prevencija; Zaštita i podrška; Materijalno i krivično pravo; Istraga, sudski postupak, proceduralno pravo i zaštitne mjere; Migracije i azil; Međunarodna saradnja; Mehanizam za praćenje; Odnos prema drugim međunarodnim instrumentima; Izmjene i dopune Konvencije i Završne odredbe.

Zaključak:

Na kraju ovih razmatranja, može se konstatovati da Republika Srpska, odnosno Bosna i Hercegovina posjeduju dosta široko postavljen i čini se adekvatan pravni okvir (zasnovan na najvažnijim međunarodnim dokumentima i standardima) u oblasti nasilja u porodici, odnosno porodičnoj zajednici. No, bez obzira na sveobuhvatnu pravnu regulativu u oblasti nasilja u porodici i vladine politike i strategije djelovanja na svim nivoima vlasti, u Bosni i Hercegovini postoje problemi, posebno kada je u pitanju zaštita žena koje su preživjele nasilje u porodici. Čini su nužnim u nekom budućem vremenu raditi na potpunoj zaštiti žena od svih vidova rodno zasnovanog nasilja, a ne samo partnerskog i porodičnog nasilja; ekonomskom osnaživanju žena i njihovoj zaštiti od ekonomskog nasilja kroz odgovarajuća socijalna davanja, naročito ona koja se odnose na trudnice i porodilje, kao i poboljšanje radnopravnog položaja žena u smislu zakona; prevenciji nasilja kroz adekvatne nastavne jedinice za djecu svih uzrasta u obrazovnim institucijama; poboljšanju položaja žena i djevojčica

57 Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH, Banja Luka, Koalicija “Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom” regije Doboja za projekat “Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH”, str. 14.

58 Ibidem, str. 23.

sa invaliditetom; poboljšanju procesnopravnog položaja žrtava u krivičnom postupku; efikasnom sprovođenju istraga u razumnom roku kod krivičnih djela rodno zasnovanog nasilja (nepovjerenje u institucije je jedan od ključnih razloga neprijavljivanja nasilja); pružanju adekvatne pravne i psiho-socijalne podrške žrtvama (od strane institucija sistema, a ne pretežno od nevladinih organizacija što je danas najvećim dijelom slučaj); adekvatnom sankcionisanju svih krivičnih djela rodno zasnovanog i seksualnog nasilja koje bi omogućilo punu zaštitu žrtava kako od eventualne odmazde, tako i sekundarne viktimizacije (značajno pooštrena sudska kaznena politika); adekvatnom obeštećenju žrtava rodno zasnovanog nasilja i diskriminacije, čak i u onim situacijama kada ovu naknadu nije moguće ostvariti neposredno od učinioca ili je učinilac nepoznat (pa čak i preko posebno ustanovljenih fondova)⁵⁹.

Literatura:

Knjige i članci:

1. Ignjatović, T., Josimović, S., Radin, I., Grbo, S., (2016), *Korak ka boljoj zaštiti – Priručnik za unapređenje koordinisanog odgovora nadležnih službi na nasilje prema ženama*, Novi Sad: UGG Centar za podršku ženama.
2. Konstatinović-Vilić, S., Petrušić, N., (2007), Krivično delo nasilja u porodici – aktuelna pravosudna praksa u Beogradu i Nišu, *Autonomni ženski centar, Program razvoja dobrih praksi u oblasti nasilja u porodici, Beograd*.
3. Mandić-Đokić, T., Žarković, T., Stojković, O., Bošković, V., (2019), Analiza stanja rodno zasnovanog nasilja prema osobama sa invaliditetom u BiH, Koalicija “*Neformalna grupa organizacija osoba sa invaliditetom*” regije Doboja za projekat “*Rodno zasnovano nasilje prema osobama sa invaliditetom u BiH*”, Banja Luka.
4. Mitrović, Lj. (2007), Nasilje nad djecom i prekršaji iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici - Violence against children and breaches of the law on protection from domestic violence, *Časopis “Nauka-Bezbednost-Policija”*, Beograd, broj 1/2007; ISSN 0354-8872; UDK: 343.54:179.2(497.6) 347.61/64(497.6).
5. Mitrović, Lj. (2013), Nasilje u porodici prema Zakonu o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske iz 2012. godine, *XXV Naučni skup pod nazivom: Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima*, ISBN 978-86-83287-67-3; UDK 343.85 (082); COBISS. SR-ID 198666508; str. 231-248; Palić, 12-13. juni 2013. godine.
6. Mitrović, Lj., Grbić-Pavlović, N., (2016), Hitne mjere zaštite žrtava nasilja u porodici, *Anali poslovne ekonomije, Časopis za poslovanu*

⁵⁹ Istanbulska konvencija u Srbiji, praksa i izazovi rodne ravnopravnosti, Komitet pravnika za ljudska prava, Beograd, str. 20-21.

ekonomiju, biznis i menadžment i komunikacije; Univerzitet za poslovni inženjering i menadžment Banja Luka; ISSN 1840-3298; godina VIII; broj 14.

7. Mitrović, Lj., (2011), Nasilje u porodici kao prekršaj, *Zbornik na Pravniot fakultet Justinijan Prvi*, vo Skopje, vo čest na Nikola Matovski, ISBN 978-608-4655-07-7; UDC 343 (497.7) (082); COBISS.MK-ID 89965578.
8. Mitrović, Lj., N. Grbić-Pavlović, N., (2020), Nasilje u porodici – novine u pravnoj regulativi Republike Srpske, Zbornik radova sa Jedanaeste međunarodne naučno-stručne konferencije pod nazivom: *KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO I PREVENCIJA KRIMINALITETA (NORMA I PRAKSA)*, ISBN 978-99976-36-62-1; COBISS.RS-ID 8827928; UDC 343,2(082) 343.85(082); Trebinje.
9. Petrić, N., (2013), Međunarodni pravni standardi u oblasti nasilja u porodici i pravna zaštita žrtava u Bosni i Hercegovini, *Naučno-stručni časopis SVAROG*, Banja Luka, br. 7., oktobar 2013. godine.

Ustavi, zakoni, podzakonski akti i izvještaji:

1. Ustav Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/2002, 26/2002, 30/2002, 31/2002, 69/2002, 31/2003, 98/2003, 115/2005, 117/2005 i 48/2011.
2. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 102/2012, 108/2013, 82/2015 i 84/2019.
3. Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, broj 20/2013.
4. Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017 i 104/2018 – odluka US.
5. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018.
6. Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.
7. Zakon o prekršajima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2014, 36/2015 – odluka US, 110/2016 i 100/2017.
8. Zakon o zaštiti svjedoka u krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 48/2003.
9. Porođični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US.
10. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 13/2010, 61/2013 i 68/2020.

11. Zakon o policiji i unutrašnjim poslovima, br. 57/2016, 110/2016, 58/2019 i 82/2019.
12. Zakon o socijalnoj zaštiti, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 37/2012, 90/2016, 94/2019 i 42/2020 – dr. uredba.
13. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 106/2009 i 44/2015.
14. Zakon o predškolskom vaspitanju i obrazovanju, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 79/2015 i 63/2020.
15. Zakon o osnovnom vaspitanju i obrazovanju, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 79/2015 i 63/2020.
16. Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 41/2018.
17. Zakon o ravnopravnosti polova u Bosni i Hercegovini - prečišćeni tekst, Službeni glasnik BiH, broj 32/2010.
18. Zakon o zabrani diskriminacije, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 59/2009 i 66/2016.
19. Pravilnik o načinu sprovođenja zaštitne mjere - obavezno liječenje od zavisnosti, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 5/2015.
20. Pravilnik o načinu sprovođenja zaštitne mjere – obavezan psihosocijalni tretman, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 11/2014.
21. Pravilnik o sadržaju evidencije i izvještaja o nasilju u porodici, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 71/2013.
22. Pravilnik o sprovođenju hitnih i zaštitnih mjera koje su u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 73/2014.
23. Opšti protokol o postupanju u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj (od 25. novembra 2013. godine), Službeni glasnik Republike Srpske, broj 104/2013.
24. Istanbulska konvencija u Srbiji, praksa i izazovi rodne ravnopravnosti, Komitet pravnika za ljudska prava, Beograd.
25. Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, u 2018. godini.

Dr Ljubinko Mitrović, Full Teacher

Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina

Tijana Arambašić-Živanović, Law Graduate

Gender Center of the Government of Republika Srpska

GENDER BASED VIOLENCE

- NOTION AND LEGAL FRAMEWORK -

Summary: Domestic violence, and especially violence against women, is a universal, global phenomenon in the area of social pathology and criminology intrinsic to all cultures, all societies and all regions of the world. In our region, it is often tolerated and forgiven, and at least minimized. In any case, domestic violence is the illicit behavior of an individual towards other members of his family, which in recent decades has shifted from the private sphere of family functioning as the most important cell of society, to a phase of complete openness, i.e. it becomes the focus of interest not only the legal but also the general social public.

In November 2013, Bosnia and Herzegovina ratified the Convention on the Prevention and Suppression of Violence against Women and Domestic Violence, the so-called Istanbul Convention, which obliges it to take legislative and other measures to provide a legal, institutional and organizational framework for preventing and combating violence against women, including domestic violence, protection of victims of domestic violence, and punishment of perpetrators of domestic violence. These obligations certainly include the harmonization of laws and other acts with the provisions of the said Convention, and the improvement of the application of one's own legal regulations in practice.

Gender based violence, its definition and in particular, domestic and international legal framework are tackled in this paper.

Key words: violence, gender based violence, international standards, Bosnia and Herzegovina.

Dr. sc. Alena Jurić, izvanredna profesorica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Cvija Jurković, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Jelena Zovko, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

PRAVO NA TJELESNU SLOBODU KAO ASPEKT OPĆEG POJMA SLOBODE

Sažetak: Pravo na tjelesnu slobodu je jedan od najznačajnijih aspekata općeg pojma slobode. Ono primarno obuhvaća slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodno odlučivanje o medicinskim i drugim zahvatima u vlastito tijelo, uz uvažavanje ustavnih i zakonskih ograničenja. Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njene potpune ili djelomične povrede, ovisno o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj oduzimanja ili ograničenja tjelesne slobode. Međutim, pored države i njenih tijela tjelesnu slobodu može povrijediti bilo koja fizička ili pravna osoba. Imajući u vidu aktualno ograničenje prava na tjelesnu slobodu, u uvjetima pandemije uzrokovane COVID-om 19, u radu je najveći fokus usmjeren na slobodu kretanja, kao jedan od najvažnijih aspekata prava na tjelesnu slobodu. Za razliku od povrede prava na tjelesni integritet, gdje postoje egzaktni, medicinski kriteriji prema kojima se mogu rangirati težine povrede, kod povrede prava na tjelesnu slobodu takvih egzaktnih kriterija nema. Zbog toga bi se za procjenu težine povrede prava na tjelesnu slobodu, kao kriterij, mogao uzeti društveni sustav vrijednosti kojeg odražavaju pravila kaznenog prava. Kroz rad se iznose određeni stavovi i prijedlozi rješenja problema vezanih uz ova pitanja te se daju odgovori sudskoj praksi, koja prilikom odlučivanja o opravdanosti postavljenog zahtjeva i visini pravične novčane naknade, nailazi na dvojbe koje se tiču sadržaja same definicije povrede prava na tjelesnu slobodu, izbora kriterija kojima se ocjenjuje težina povrede tjelesne slobode i sl.

Ključne riječi: sloboda, ograničenje slobode kretanja, povreda tjelesne slobode, zaštita tjelesne slobode, naknada štete

1. Uvod

Tjelesna sloboda je jedan od najvažnijih aspekata općeg pojma slobode i pretpostavka za ostvarenje mnogih drugih aspekata slobode. Ona implicira slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodno odlučivanje o medicinskim

i drugim zahvatima u vlastito tijelo¹ te sigurnost.² Nabranjanje aspekata tjelesne slobode nije niti može biti taksativno jer sloboda je sve što netko može i smije.³ Riječ je, dakle, relativnoj slobodi, koja je ostvariva u materijalnom svijetu i u međusobnim odnosima ljudi, unutar granica objektivnog djelovanja prirodnih i društvenih sila. Ona predstavlja mogućnost izbora između više različitih odluka o vlastitom kretanju i djelovanju, odnosno o tjelesnom nekretanju i nedjelovanju.⁴ To konkretno znači da svatko, u granicama ustavnih i zakonskih ograničenja, može (ne) odlaziti kamo (ne) želi, zadržavati se na mjestima na kojima želi i koliko želi, mijenjati svoje prebivalište ili boravište, odlučiti hoće li se na njegovu tijelu poduzeti neki dijagnostički, odnosno terapijski postupak sukladno pacijentovom pravu na obaviještenost, podvrgnuti se provođenju nekog zdravstvenog istraživanja na svome tijelu, jamstvo protiv protjerivanja domaćih državljana i stranaca iz zemlje te mogućnost svojevolijskog napuštanja teritorija države kao i povratka u nju.⁵ Slobode koje su neizravno povezane s pravom na tjelesnu slobodu su npr. sloboda udruživanja u bilo kojoj mjeri (osim ako predstavlja nasilnu prijetnju demokratskom društvenom poretku, teritorijalnom integritetu države i sl.), sloboda roditelja u donošenju odluka s obzirom na odgoj njihove djece, a u korelaciji s njihovom dužnošću osigurati djeci pravo na cjelovit i skladan razvoj njihove osobnosti, sloboda savjesti i vjeroispovijesti, sloboda birati i biti biran, sloboda podnošenja podneska i primanja odgovora na njih itd.⁶

Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj povreda prava na tjelesnu slobodu. Najčešće se zadire u slobodu kretanja pojedinca, određujući mu razne zabrane i ograničenja. Međutim, povrede mogu doći od bilo koga poput npr. različitih pravnih osoba koje pružaju zaštitarske usluge, kriminalnih organizacija ili pojedinaca (slučajevi otmica, držanja talaca i sl.), obitelji koje drže neke svoje članove u izolaciji (da bi se prikrila sramota), ili da bi se postigli neki drugi nedopušteni ciljevi.⁷ Imajući u vidu aktualno ograničenje prava na tjelesnu slobodu u uvjetima pandemije uzrokovane COVID-om 19, u radu će najveći fokus biti usmjeren na slobodu kretanja kao jedan od najvažnijih aspekata prava na tjelesnu slobodu.

1 Baretić, M., Povreda prava na slobodu u: Grubić, V. (ur.), *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006, str. 154.

2 Crnić, I.; Matić, J., *Odštetno pravo*, Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljaju štete s napomenama i propisima, Zgombić & Partneri d.o.o.- nakladništvo i informatika d.o.o., Zagreb, 2008, str. 620., dalje: Crnić-Matić.

3 Gavella, N., *Osobna prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000, str. 118.

4 *Ibid.*

5 Baretić, M., *op.cit.*, str. 154.

6 Gliha, I., *Personal rights* u: Blanpain, R. (ur.), *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, Family and Succession Law – Suppl.* 27/05, str. 90.

7 *Ibid.*, 167.

2. Povijesni osvrt na pravo na tjelesnu slobodu

U Velikoj povelji sloboda (*Magna Carta Libertatum*) iz 1215. u čl. 39. navodi se: "Nijedan slobodni čovjek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava ili imovine, ili stavljen izvan zakona ili progнан, ili na bilo koji način lišen svog položaja, niti ćemo mi protiv njega upotrijebiti silu, ili uputiti druge da to učine, osim na temelju zakonite presude njemu jednakih i/ili prava zemlje."⁸ Iako se ova odredba odnosila na barune, formulacija „nijedan slobodan čovjek“ („*Nullus liberi homo*“), omogućila je široko tumačenje ovoga članka kao općeg jamstva slobode ličnosti.⁹

Habeas Corpus Act iz 1679. štiti nepovredivost tjelesne slobode od strane državnih tijela. Utemeljen je na sudskom postupku *Writ of Habeas Corpus* još iz XIII. st. koji je državnom službeniku (šerifu) nalogao da tuženika, ili osumnjičenika fizički dovede pred sud. Podrijetlo ovog instituta se može tražiti još u rimskom pravu.¹⁰ Ideja zaštite tjelesne slobode od strane državnih tijela u vidu *Habeas Corpus*-a ugrađena je, dakle, u pravne sustave anglosaksonskog prava ranije no što je to učinjeno u kontinentalnim pravim sustavima. Međutim, ta ideja nije uvijek primijenjivana na jednak način. Naime, u engleskoj pravnoj tradiciji primijenjivana je kao procesni institut dok je npr. u pravnom sustavu Sjedinjenih Američkih Država¹¹ ustanovljena kao jedno od temeljnih građanskih prava – pravo na tjelesnu slobodu.¹² Tako su tvorci Ustava SAD-a (1787.) u čl. 1. (odjeljak 9.) odredili da „povlastica naloga *habeas corpus* neće se suspendirati, osim ako bi to iziskivala javna sigurnost i u slučajevima pobune, ili invazije.“¹³ U prvih deset amandmana na Ustav SAD-a iz 1791. kojima se reguliraju građanska prava, amandman IV. detaljnije navodi da „pravo ljudi na sigurnost njihovih osoba (...) neće se gaziti niti će se ikakvi nalozi izdavati, osim na vjerojatan povod, potkrijepljen prisegom ili svečanim očitovanjem koji potanko opisuju mjesto za pretraživanje i osobe, ili stvari za zapljenu.“¹⁴

8 Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005, str. 297.

9 Avramović, S.; Stanimirović, V., Usporedna pravna tradicija, Nomos, Beograd, 2006, str. 203., dalje: Avramović-Stanimirović.

10 Prema početnim riječima *Writ* formule „*Habeas Corpus*“ – „moraš tijelo, osobu (dovesti pred sud).“ Izvor: Avramović-Stanimirović, *op. cit.*, str. 205. Više o *Habeas Corpus*; v. *The Historical Development of Haberas Corpus*, 30 Sw L.J., <https://scholar.smu.edu/smulr/vol30/iss3/4>, 4.9. 2020; *Historical Aspects of Habeas Corpus*, <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol9/iss1/3>, 4.9.2020.

11 Dalje: SAD.

12 1776. god. pravo slobode od nezakonitog uhićenja, prepoznato je i propisano u Zakonu o pravima Virginije kao i u Deklaraciji neovisnosti. U stavku 8., o nepovredivosti osobne slobode, Zakona o pravima Virginije stoji: "(...) nijednog se čovjeka ne može lišiti njegove slobode, osim putem prava zemlje ili presudom njemu jednakih" Izvor: Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005, str. 53., dalje: Kurtović, Š., II. knjiga.

13 Kurtović, Š., II. knjiga, str. 74.

14 *Ibid.*, str. 80.

Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789., u čl. 7. navodi kako „nijedan čovjek ne može biti optužen, zatvoren ni zadržan, osim u slučajevima koje Zakon određuje i na način kako je isti propisao.“¹⁵ Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. pravo na tjelesnu slobodu regulira u čl. 3. navodeći kako „svatko ima pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost“ te čl. 9. gdje stoji da „nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom uhićenju, zatvaranju ili izgonu.“ Ove dvije sažete odredbe bile su pravna inspiracija reguliranju prava na osobnu slobodu u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.,¹⁶ kao i u Europskoj povelji o ljudskim pravima iz 2000. god. Prvi nacrt EKLjP (koji je pripremio Međunarodni pravni odjel Europskog pokreta) definirao je pravo na tjelesnu slobodu kao „slobodu od arbitrarnog uhićenja, pritvora i izгона.“¹⁷ Nakon toga su uslijedile rasprave o pravu na tjelesnu slobodu pred tijelima Vijeća Europe. Na koncu, odbor stručnjaka je razmatrao revidirani prijedlog Velike Britanije i prijedlog koji se temeljio na čl. 3. i čl. 9. Opće deklaracije o pravima čovjeka.

Konačni tekst čl. 5. EKLjP sačinjava kombinacija ova dva prijedloga. U odlučivanju o definiranju istog, sporna je posebice bila odredba o pravu na odštetu, ako je osoba uhićena ili pritvorena suprotno odredbama čl. 5. EKLjP. Veliki broj članova smatrao je da bi se ova odredba mogla tumačiti kao „obveza isplaćivanja odštete,“ što je po njima bio „nepoželjan zahtjev.“¹⁸ Ipak, odredba o odšteti je uvrštena u čl. 5. EKLjP te je, uz manje izmjene, tekst odredbe prihvaćen. Naslov članka “pravo na slobodu i sigurnost” je dodan Protokolom br. 11.¹⁹

3. Definiranje povreda prava na tjelesnu slobodu sa aspekta teorije i prakse

Definiranje povreda prava na tjelesnu slobodu od strane ESLjP je izuzetno važno za nacionalne sudove, za razliku od definicija koje proizilaze iz nacionalnog prava i koje ne obvezuju ESLjP.²⁰ Do povrede može doći neposredno npr. bespravnim pritvaranjem, odvođenjem, prisilnim zadržavanjem, ograničavanjem kretanja i sl. te posredno npr. podnošenjem lažne prijave nakon koje je određena osoba lišena tjelesne slobode.²¹ Do povrede prava na tjelesnu slobodu dolazi i u onim slučajevima kada se, nakon što su prestale pretpostavke za njenim oduzimanjem i ograničavanjem sukladno propisima, nastavlja sa istim (npr. ako se osoba koja je opravdano pritvorena zadržala u pritvoru i nakon proteka vremena u kojem

15 Kurtović, Š., II. knjiga, str. 118.

16 Dalje: EKLjP.

17 Schabas, W. A. *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2016., str. 221.

18 *Ibid.*, 225.

19 *Ibid.*, 226.

20 Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.ces.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

21 Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006, str. 165.

je pritvor određen). To se odnosi i na slučajeve u kojima je osobama, zakonito lišenima slobode, protupravno onemogućeno uživati u onim njenim aspektima na koje oni imaju pravo (npr. kad se osobi koja je smještena u zatvorskoj ustanovi radi izdržavanja kazne protupravno onemogućava posjet zatvorskoj knjižnici, boravljenje na svježem zraku, kontakt sa ostalim zatvorenicima ili članovima obitelji, kad ju se protupravno smjesti u samicu itd).²² Tjelesna sloboda se može povrijediti i ako oštećenik bude protupravno podvrgnut nekim znanstvenim pokusima, odnosno ako su na njemu protupravno primjenjeni neki dijagnostički, ili terapijski postupci kao posljedica povrede pacijentovog prava na obavještenost.²³

Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njene povrede koja može biti, u pravilu, potpuna i djelomična, u ovisnosti o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Kriteriji koji se tom prilikom uzimaju u obzir su: vrsta izrečene mjere, trajanje lišenja slobode te posljedice i način provođenja izrečenih mjera.²⁴ Svako zadržavanje određene osobe na određenom mjestu poput zatvaranja određene osobe u neku prostoriju bez mogućnosti da ju napusti (npr. vlastiti dom, zatvorska ćelija, institucija za hospitalizaciju mentalnih bolesnika ili neka druga prostorija) predstavlja potpunu povredu tjelesne slobode.²⁵ Zanimljivo je da prema stajalištu ESLJP povreda podrazumijeva svako ograničenje pojedinca na zatvorene nastambe (izuzev nekih službi npr. vojnih), bez obzira na mogućnost kretanja unutar njih.²⁶ Engleska sudska praksa je još preciznija navodeći da tu povredu ne čini samo zatvaranje u određenoj nastambi, nego i svako onemogućavanje kretanja, odnosno odlazanja s određenog mjesta (kada se pojedinca zadržava primjerice u kavezu na ulici, ili na nekom otvorenom prostoru). Inače, aspekti tjelesne slobode, koji se mogu potpuno ili djelomično povrijediti, ne mogu se taksativno navesti zbog prirode samog pojma relativne slobode²⁷ koji implicira sve što netko može i smije.

O djelomičnoj povredi tjelesne slobode je riječ kada se nekoj osobi onemogućava odnosno ne dozvoljava poduzeti ili nastaviti kretanje u željenom smjeru (npr. u slučaju regulacije prometa), kada se osobi protupravno onemogućí ulazak u određeni prostor, ukrcaj u određeno prometno sredstvo (npr. slijepoj osobi se ne dozvoli ući u prijevozno sredstvo u javnom prijevozu, ili doći na javno mjesto u pratnji psa vodiča), kada se osobi onemogućí ući u zemlju ili ju napustiti radnjom nekog službenog tijela ili neke treće osobe (npr. službeno tijelo zabrani prelazak državne granice, odbije izdati putovnicu, vizu ili pak treća osoba npr. iznajmljivač sobe odbije turistima predati putovnice dok ne podmire račun za smještaj). O istom se može raditi i u slučajevima zabrane kretanja na određenim mjestima, ili u određeno vrijeme, bez obzira na to dolazi li zabrana od strane

22 Baretić, M., *op. cit.*, str. 166.

23 *Ibid.*

24 Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

25 Baretić, M., *op. cit.*, str. 164.

26 *Ibid.*

27 V. Gavella, N., *op. cit.*, str. 117.

nekoj službenog tijela (npr. suda u kaznenom postupku), ili neke treće osobe (npr. roditelja koji djetetu brani noćne izlaske ili izlaske uopće), u slučajevima izolacije na određenom prostoru, čime se pojedincu u određenoj mjeri ostavlja sloboda kretanja, ali ga se onemogućava u socijalnim kontaktima.²⁸

4. Ograničenja prava na tjelesnu slobodu

Pravo na tjelesnu slobodu je ograničeno, u većoj ili manjoj mjeri, brojnim zakonima od kojih se u Federaciji Bosne i Hercegovine mogu, primjerice, izdvojiti sljedeći: Kazneni zakon,²⁹ Zakon o kaznenom postupku,³⁰ Zakon o prekršajima,³¹ Zakon o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta,³² Zakon o liječništvu,³³ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,³⁴ Zakon o parničnom postupku,³⁵ Zakon o izvršnom postupku,³⁶ Zakon o unutarnjim poslovima,³⁷ Zakon o policijskim službenicima,³⁸ Zakon o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti,³⁹ Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća,⁴⁰ Obiteljski zakon,⁴¹ Zakon o zaštiti od nasilja u

28 Baretić, M., *op. cit.*, str. 165.

29 V. čl. 3., čl. 43, čl. 43b, čl. 43c, čl. 48., čl. 68.-69., čl. 71., 84., čl. 166.-397. Kaznenog zakona FBiH, Službene novine FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, dalje: KZ FBiH.

30 V. čl. 123., čl. 124. st. 2., čl. 137. st. 1, čl. 140., čl. 140. a, čl. 140. b, čl. 140. c, čl. 140. g, čl. 145., čl. 147., čl. 153. Zakona o kaznenom postupku FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03-ispravak, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, dalje: ZKP FBiH.

31 V. čl. 17. Zakona o prekršajima FBiH, Službene novine FBiH br. 63/14.

32 V. čl. 17., čl. 19.-21. Zakona o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta FBiH, Službene novine FBiH br. 40/10.

33 V. čl. 38. Zakona o liječništvu FBiH, Službene novine FBiH br. 56/13.

34 V. čl. 22., čl. 24. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH, Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11, 14/13.

35 V. čl. 407. st. 2., st. 4.-5., čl. 410., čl. 412. Zakona o parničnom postupku FBiH, Službene novine FBiH br. 53/03, 73/05., 98/15.

36 V. čl. 17. st. 11. Zakona o izvršnom postupku FBiH, Službene novine FBiH br. 32/03, 52/03 (ispravak), 33/06, 39/06 (ispravak), 39/09, 35/12, 46/16 i Službeni glasnik BiH br. 42/18. Odluka Ustavnog suda.

37 V. čl. 7. Zakona o unutrašnjim poslovima FBiH, Službene novine FBiH br. 81/14.

38 V. čl. 16., čl. 18.-19. Zakona o policijskim službenicima FBiH, Službene novine FBiH br. 27/05, 70/08, 44/11.

39 V. čl. 11., čl. 13., čl. 20.-21, čl. 26., čl. 30.-37., čl. 46.-49., čl. 54.-57. Zakona o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti FBiH, Službene novine FBiH br. 29/05.

40 V. čl. 108. Zakona o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, Službene novine FBiH, br. 39/03, 22/06, 43/10.

41 V. čl. 145. st. 5. Obiteljskog zakona FBiH, Službene novine FBiH br. 31/14.

obitelji.⁴² Krajnja pak ograničenja postavljaju ustavi i EKLJP. Tako, sukladno ustavnopravnim odredbama nikome se ne može oduzeti ili ograničiti sloboda, osim kada je to određeno zakonom, o čemu odlučuje sud.⁴³ ESLJP je utvrdio povrede prava na tjelesnu slobodu u Bosni i Hercegovini u slučajevima koja su se odnosila na lišavanje slobode osoba s mentalnim oboljenjima, u situacijama kada domaća tijela nisu pratila zakonske izmjene pa su tijela uprave (starateljstvo), umjesto suda, odlučivala o lišavanju slobode.⁴⁴

EKLJP u svom čl. 5. st. 1. navodi točke od (a) do (f) koje sadrže iscrpnu listu dopuštenih osnova za lišavanje slobode i nijedno lišavanje slobode nije dopušteno, osim ako nije predviđeno jednom od tih nabrojanih osnova.⁴⁵ Dakako, taj popis se treba usko tumačiti jer je jedino takav pristup kompatibilan s ciljem čl. 5. EKLJP po pitanju sprječavanja proizvoljnog lišenja slobode. Osoba čija je tjelesna sloboda ograničena može biti zaštićena člankom 2. Protokola br. 4., prema kojem svatko tko se zakonito nalazi na teritoriju jedne države ima na tom teritoriju pravo na slobodu kretanja i slobodu izbora boravišta. Slobodan je napustiti bilo koju zemlju, uključujući i onu čiji je državljanin. Nikakva ograničenja ne mogu se postaviti u odnosu na ostvarivanje ovih prava osim onih koja su sukladna zakonu i koja su nužna u demokratskom društvu, odnosno opravdana nekim javnim interesom kao što su: nacionalna sigurnost ili javna sigurnost, očuvanje javnog poretka, sprječavanje kriminala, zaštita morala ili zaštite prava i sloboda drugih. Dakle, Protokol br. 4 pruža zaštitu od ograničenja slobode kretanja, dok čl. 5. EKLJP pruža zaštitu od lišenja slobode. Međusobna razlika se očituje u njihovom nivou i intezitetu. Osim toga, kvalifikacije u Protokolu br. 4 su šire. Njime su propisane i druge zaštitne mjere, tako da je u svakom predmetu značajno utvrditi o kojim povredama se zapravo radi.⁴⁶

Ustavni sud Bosne i Hercegovine⁴⁷ je nakon proglašenja stanja nesreće i donošenja prvih naredbi o zabrani kretanja osobama starijima od 65 godina i mlađima od 18 godina, odlučivao o apelacijama koje su se odnosile na čl. 2. Protokola br. 4. uz EKLJP. U predmetu u kojem je utvrđena povreda prava na

42 V. čl. 9., čl. 11.-12., čl. 14.-16. Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji Federacije BiH, Službene novine FBiH br. 2013.

43 V. čl. 2. st. 1. Ustava FBiH sa amandmanima, Službene novine FBiH br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08.

44 Tokić i dr. protiv BiH, zahtjev br. 12455/04, 14140/05, 12906/06 i 26028/06, presuda od 17.6.2008.; Halilović protiv BiH, zahtjev br. 23968/05 - presuda od 24.11.2009.; Hadžić i Suljić protiv BiH, zahtjev br. 39446/06 i 33849/08 – presuda od 7.6.2011., Izvor: Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

45 Witold Litwa protiv Poljske, zahtjev br. 26629/95, presuda od 4.4.2000., stav. 49., Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 13229/03, presuda od 29.1.2008., stav. 43.

46 Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.10.2020.

47 Dalje: Ustavni sud BiH, v. Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_hrv.pdf, 20.10.2020. Ustav Bosne i Hercegovine stupio je na snagu potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. Nije objavljen u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine. Dalje: Ustav BiH

slobodu kretanja iz članka II/3. (m) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 2. Protokola broj 4 uz EKLJP navodi iz apelacije su se odnosili na zabranu kretanja osobama mlađim od 18 godina i starijim od 65 godina na području Federacije Bosne i Hercegovine, zbog čega ne mogu otići „u banku, ljekarnu, kod liječnika ili u nabavku“ odnosno da se zabranom „izravno utječe na psiho-fizičko zdravlje djece i starijih osoba“, odnosno da apelant „nije u mogućnosti kao roditelj da svome djetetu osigura život sukladno najboljim interesima djeteta“, te je apelacija razmatrana iako nije postojala odluka nadležnog suda obzirom da je ukazivala na ozbiljne povrede prava. Ustavni je sud smatrao da naredbe o zabrani kretanja predstavljaju miješanje u pravo na slobodu kretanja, ali i da su osporene mjere bile predviđene zakonom. Apelanti su istakli da to što su naredbe donesene na temelju Zakona o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, a koji predviđa ovlast stožera Civilne zaštite da „naređuju provedbu odgovarajućih mjera zaštite i spašavanja“ ne znači da je dozvoljeno donošenje naredbi „kojima se sprečava kretanje pučanstva“. Ustavni sud BiH upućuje na to da zakon mora biti takav da se može primijeniti u okolnostima koje se mijenjaju. Apsolutna sigurnost pri predviđanju posljedica koje određeno ponašanje može izazvati je poželjna, ali može dovesti i do pretjerane rigidnosti. Međutim, Ustavni sud je zaključio da ne postoji pravična ravnoteža između mjera naloženih osporenom naredbom i javnog interesa zaštite javnog zdravlja, zbog čega je prekršeno pravo apelanata na slobodu kretanja. Postojanje pravične ravnoteže se u konkretnom slučaju procjenjuje vremenskim trajanjem primjene mjera i redovitim preispitivanjem njihove nužnosti. Mjere koje značajno zadiru u ljudska prava mogu trajati samo onoliko koliko je nužno, a vremensko ograničenje obvezuje i na redovito preispitivanje naloženih mjera. Propisivanje da one traju „do daljnjeg“ dovodi do neizvjesnosti u pogledu njihovog preispitivanja i razmatranja mogućnosti uvođenja blažih mjera odnosno njihovog ukidanja. Osim toga, stav je Ustavnog suda BiH da se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procjene da osobe starije od 65 godina, odnosno mlađe od 18 godina imaju veći rizik za zarazu ili njezino prenošenje, a nisu razmatrane niti mogućnosti uvođenja blažih mjera. Naložena je obveza usklađivanja Naredbe⁴⁸ sa standardima predviđenima u EKLJP i Ustavu BiH.⁴⁹ Odluka je izvršena na način kako je to Ustavni sud BiH i naložio te je za sljedeće apelacije zaključeno da je njihovo ispitivanje postalo bespredmetno uslijed nastupa izmijenjenih pravnih okolnosti.⁵⁰

Jedan od predmeta u kojem je Ustavni sud BiH razmatrao povredu prava na slobodu kretanja odnosio se na zabranu kretanja građana u Hercegovačko – neratvanskoj županiji/kantonu izvan mjesta prebivališta⁵¹, a koju su apelanti smatrali između ostalog i besmislenom jer se nije odnosila na osobe s prebivalištem

48 Naredba Federalnog stožera Civilne zaštite broj 12-40-6-34-1/20, 27. 3. 2020.

49 V. AP – 1217/20, Odluka od 22.4.2020.

50 V. AP – 1580/20, Odluka od 20.5.2020.

51 Zapovijedi Županijskog stožera civilne zaštite br. 17-06-40-16-46/20 od 9.4.2020. i Izmjena i dopuna Zapovijedi br. 17-06-40-16-46-1/20 od 10.4.2020.

izvan spomenute županije koje su se mogle neometano kretati na njezinom području. Ustavni sud BiH je smatrao da zabrana napuštanja mjesta prebivališta predstavlja miješanje u pravo na slobodu kretanja, i da su apelanti imali temelj za tvrdnju da su žrtva primjene ovih zapovijedi koje su u međuvremenu stavljene izvan snage pa je apelacija odbačena zbog izmijenjenih pravnih okolnosti.⁵² Osim zbog izmijenjenih pravnih okolnosti, Ustavni sud BiH je apelacije koje su se odnosile na slobodu kretanja odbacivao iz razloga neiscrpljivanja pravnih lijekova te jer je *ratione materiae* inkompatibilna sa Ustavom BiH.⁵³

Opseg mjera koje se poduzimaju u odgovoru na prijetnju COVID-a 19 i način na koji se provode, u značajnoj mjeri, se razlikuju od jedne države do druge u različitim vremenskim razdobljima. Premda određene restriktivne mjere koje države članice usvajaju mogu biti opravdane temeljem odredbi EKLJP u svezi sa zaštitom zdravlja, mjere izvanredne prirode mogu zahtijevati odstupanje od obaveza država po EKLJP.⁵⁴ Na svakoj je državi procijeniti je li mjere koje donosi zahtijevaju takva odstupanja od EKLJP. Svako odstupanje će procjenjivati ESLJP u predmetima koji pred njim budu pokrenuti. On državama daje široko polje slobodne procjene u ovoj oblasti. Međutim, Glavni tajnik Vijeća Evrope mora biti informiran o poduzetim mjerama, o razlozima za poduzimanje mjera i trenutku kada te mjere prestaju djelovati.⁵⁵ Ovdje je neophodno da Vijeće Evrope, uz pomoć svojih tijela, osigura da te mjere budu razmjerne prijetnji koju predstavlja širenje virusa te da budu vremenski ograničene. Ne bi se smjelo nikako dopustiti uništavanje vrijednosti demokracije, vladavine zakona i ljudskih prava.⁵⁶ Inače, praksa ESLJP o ovim pitanjima nije još formirana, budući da nije prošlo dovoljno vremena da bi jedan predmet mogao uopće doći do faze odlučivanja o meritumu, s obzirom na uvjet koji je potrebno ispuniti a riječ je o iscrpljivanju svih efektivnih domaćih pravnih lijekova.

52 V. AP – 1485/20, Odluka od 20.5.2020.

53 V. AP – 1383/20, Odluka od 06.5.2020. U konkretnom slučaju apelantica je Rješenjem federalnog ministra zdravstva po povratku iz Londona stavljena u karantenu te je zabranjeno napuštanje objekta određenog za karantenu za vrijeme njezina trajanja. Apelantica nije iskoristila mogućnost podnošenja tužbe kako je bila upućena, pa je apelacija odbačena zbog neiscrpljivanja pravnih lijekova. AP – 1844/20, Odluka od 02.7.2020. Apelant je u konkretnom slučaju smatrao da obveza nošenja maske i održavanja distance od dva metra predstavlja kršenje prava na slobodu kretanja. Međutim, kako se u Odluci Ustavnog suda BiH navodi ova se obveza ne može smatrati ograničenjem slobode kretanja a apelacijske je navode smatrao *ratione materiae* inkompatibilnima sa Ustavom BiH.

54 Labert, A., COVID-19 pandemic and derogation to human rights, *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 7, Issue 1, 2020., str. 3., lsaa015, <https://doi.org/10.1093/jlb/lsaa015> 11.11.2020.

55 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, 24.9.2020.

56 Izvor: SG Inf(2020)7 *Speaking Notes SG 1370 Deputies (Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states)*, <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, 13.10.2020.

4.1. Osvrt na ograničenje slobode kretanja migranata

Postojeće kategorije migranata nisu stalne.⁵⁷ Ograničenje njihove slobode kretanja ne bi smjelo biti arbitrarno. Odluka o ograničenju može biti arbitrarna, primjerice, kada je donesena sukladno domaćim propisima koji su u suprotnosti s EKLJP. Postupak mora biti vođen s dužnom pažnjom i u dobroj vjeri, dok odluka mora biti usko povezana sa svrhom sprječavanja nezakonitog ulaska u zemlju ili protjerivanja i izručenja. Također, mjesto i uvjeti pritvora moraju biti prikladni te trajati razumno vrijeme. Pri donošenju ocjene o zakonitosti ograničenja kretanja, nacionalni sud mora imati u vidu okolnosti svakog pojedinog slučaja.⁵⁸ Tako, ograničenje slobode kretanja u svrhu protjerivanja ili izručenja može biti opravdano čak i onda kada su nadležne vlasti započele postupak protjerivanja ili izručenja bez formalnog zahtjeva ili odluke o izručenju. Prema obrazloženju presude iz predmeta Guzzardi protiv Italije i Amuur protiv Francuske ograničenja slobode kretanja u smislu čl. 5. te ograničavanja kretanja iz čl. 2. Protokola br. 4 razlikuju se po stupnju ili intenzitetu, a ne po prirodi ili suštini provedene mjere.⁵⁹

Razmatrajući postojanje povrede prava iz čl. II/3. d) Ustava BiH i čl. 5. st. 1. toč. f) i st. 4. EKLJP, Ustavni sud BiH je zaključio da izuzetak sadržan u čl. 5. st. 1. toč. f) EKLJP dopušta državi kontrolu slobode stranaca u migracijskom kontekstu.⁶⁰ U Bosni i Hercegovini se, po pitanju migranata, najvećim problemom

57 Treba razlikovati nekoliko tipova migranata: 1. regularni (zakoniti) migranti koji u zemlju ulaze uz dozvolu boravka (privremenoga ili stalnog), koju su prije ulaska pribavili od države odredišta; 2. neregularni migranti koji u zemlju ulaze na neregularan način, bez propisanih isprava (putovnice, vize), ili koji su na zakonit način ušli u zemlju, ali su u njoj ostali iako im je istekla dozvola boravka (kratkotrajnog, privremenog ili stalnog); 3. tražitelji međunarodne zaštite (azila) i izbjeglice koji u zemlju ulaze ili na zakonit način ili neregularno, bježeći od proganjanja u svojoj zemlji porijekla; 4. ostali migranti kojima je potrebna određena vrsta zaštite (ova kategorija obuhvaća osobe čiji status nije u potpunosti određen, ali kojima je potrebna međunarodna pomoć koju im međunarodno i domaće pravo priznaje u većoj ili manjoj mjeri, a riječ je o apatridima, žrtvama trgovanja ljudima, djeci bez pratnje, osobama kojima nije odobrena međunarodna zaštita ili drugim kategorijama neregularnih migranata koje nije moguće vratiti zbog načela zabrane vraćanja ili nonrefoulement). Međutim, navedene kategorije migranata nisu stalne. Naime, ista osoba može pripadati jednoj ili više kategorija migranata, ili tijekom kretanja može prelaziti iz jedne kategorije u drugu. Tako, ekonomski migrant koji neregularno uđe u zemlju može zatražiti međunarodnu zaštitu, odnosno postati izbjeglica sur place zbog promjene situacije u njegovoj zemlji (jer mu prijete proganjanje ako se u nju vrati). Također, regularni migrant može postati neregularni ako ostane u zemlji, nakon što mu je istekla dozvola boravka. Izbjeglica može postati neregularni migrant ako izgubi izbjeglički status jer mu više ne prijete proganjanje u zemlji podrijetla, ili pak neregularni migrant može postati regularni ako zemlja u kojoj boravi provede amnestiju, ili mu na drugi način omogući reguliranje statusa. Postojeće kategorije migranata nisu stalne. Izvor: Giljević, Teo; Lalić Novak, Goranka; Vergaš, Mirjana, Pravo na pristup sustavu azila i zaštita temeljnih prava migranata, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2019., str. 2.

58 Lalić Novak, G.; Kraljević, R., Zaštita izbjeglica i ranjivih skupina migranata, Hrvatski Crveni križ, Zagreb, 2014., str. 27.

59 *Ibid.*

60 AP – 4976/13, Odluka od 10.11.2016. U naprijed navedenom predmetu riječ je o apelantu koji je, kao državljanin Irana, nelegalno, preko Srbije, ušao na teritorij BiH dajući lažne podatke o svom identitetu. Domaće vlasti su od Ambasade Irana tražile potvrdu u svrhu provjere istih te utvrđivanja

smatra nemogućnost njihovog vraćanja u zemlju podrijetla zbog nepostojanja mehanizama za otkrivanje identiteta tih osoba.⁶¹ Njihov stalni porast doprinosi stvaranju humanitarne krize koja obuhvaća teškoće u rješavanju njihovog pravnog statusa te nepostojanje adekvatnih smještajnih kapaciteta koji bi migrantima osigurali uvjete za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba. U čl. III. st. 1. točka f Ustava BiH stoji da institucije na državnoj razini imaju isključivu nadležnost u kreiranju politike useljavanja, izbjeglica i azila. Na taj način, nije precizirana određena odgovornost za postupanje, a time i rješenje problema o kojem je riječ. Tome ne pogoduje ni nedostatnost suradnje između nadležnih entitetskih i tijela na razini države. Nedostaje sustavan pristup ovom problemu, u smislu pronalaženja načina za utvrđivanje identiteta migranata, bez čega se ne može izvršiti kategorizacija na izbjeglice, azilante i ilegalne migrante. Praksa ESLJP ukazuje na zaštitu izbjeglica i azilanata s jedne strane te postupak protjerivanja ilegalnih migranata s druge strane.⁶² Presudom iz 2020.⁶³ ESLJP dopustio je praksu nasilnog vraćanja migranata. Naime, presudio je da Španjolska nije povrijedila europske propise kada je odmah vratila dva migranta koji su preskočili ogradu na granici s Marokom. Europska Unija je pak, poradi reguliranja migranske krize, izdvojila značajna financijska sredstva s ciljem utjecaja na izvorne uzroke migracija iz Afrike. Usvajanje političkog rješenja za zemlje sjeverne Afrike i Bliskog istoka, prvenstveno za Siriju, i pružanje ekonomske pomoći, u budućnosti može potencijalnim izbjeglicama i radnicima migrantima omogućiti ostajanje u njihovim domovima, čime bi se mogao kreirati model za buduća djelovanja u sličnim situacijama.⁶⁴

5. Ostvarivanje zaštite nastale povredom prava na tjelesnu slobodu

Zaštita prava na tjelesnu slobodu općenito se ostvaruje putem suda i druge nadležne vlasti te putem samopomoći (nužne obrane), ako su ispunjene

apelantovog identiteta, na što nije uslijedio odgovor. U ovom predmetu apelant je isticao da je u Migracijskom centru proveo više od dvije godine. Pod nadzorom je bio kao stranac. Međutim, jednim dijelom je, kao tražitelj azila, bio pod mjerom ograničenja kretanja koja je realizirana smještajem u isti centar. Tvrdio je kako je njegovo lišavanje slobode bilo nezakonito jer je u kontinuitetu trajalo dulje od zakonom dozvoljenog maksimuma.

61 Ministarstvo sigurnosti BiH napravilo je Strategiju u oblasti migracija i azila te Akcioni plan za period 2016.-2020. god. koji je Vijeće ministara BiH usvojilo 30.3.2016. Premda se ovaj dokument doima sveobuhvatnim i detaljnim, on nije usklađen sa stvarnom situacijom u kojoj ne postoji precizan podatak o broju ilegalnih migranata koji se bez kontrole kreću teritorijom BiH. V. Mijović, Lj., Migranti u BiH – praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na kolektivno protjerivanje stranaca, Pravna riječ, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2018, str. 542.

62 Mijović, Lj., *op. cit.*, str. 554.

63 *N.D. i N.T. protiv Španjolske*, zahtjev br. 8675/15 i 8697/15, presuda od 13.2.2020., ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515

64 Simić, J., Prava migranata – poštivanje univerzalnih ljudskih prava ili pravo na razvoj, Forum za sigurnosne studije, br. 1/17, str. 27.

pretpostavke za njenu dopuštenost. Sudska zaštita se osigurava kako javnopravnim, tako i privatnopravnim (građanskopravnim) sredstvima pravne zaštite koja se međusobno dopunjuju. Ako se tim putem ne otkloni povreda preostaje mogućnost podnošenja Ustavnom sudu apelacije u Bosni i Hercegovini, a potom i tužbe ESLjP. ESLjP naglašava da zaštita ljudskih prava općenito pa i prava na naknadu štete zbog povrede odredbi čl. 5. ne smije egzistirati samo teoretski, nego treba prvenstveno biti ostvariva u praksi.⁶⁵ Protupravnom povredom prava na tjelesnu slobodu za oštećenika nastaju prava prema subjektu koji je njegovo pravo povrijedio. Specifičnost zaštite se ogleda u njenoj čestoj povezanosti s djelovanjem javne vlasti (npr. uhićenje osobe). Tu se zaštita ostvaruje prvo u postupku u kojem je odluka donesena s ciljem promjene iste. Ako taj postupak nije bio sudski nego upravni, tek nakon njegovog bezuspješnog okončanja moći će se zahtjev postaviti u sudskom postupku.⁶⁶

Odgovornost države za naknadu štete je samostalna i objektivna, čime se jamči efikasno ostvarenje prava oštećenog na naknadu. Iznimno krivnja se može tražiti u ponašanju samog oštećenika, čije skrivljeno ponašanje dovodi do isključenja odgovornosti za naknadu štete.⁶⁷ Ako pak povreda ne dolazi od strane javne vlasti nego privatnopravnog subjekta, suditi će se u redovitom parničnom postupku, a za odlučivanje će biti nadležan sud opće nadležnosti. Naime, pored države i fizička osoba može odgovarati za štetu koju počinii neosnovano lišavajući drugoga slobode, ili ograničavajući mu tu slobodu, kao što je to u slučaju otmice (privatnog zarobljavanja ili odvođenja), onemogućavanja slobode kretanja, prisile na neželjene seksualne odnose, prostituciju ili ropski rad i sl.⁶⁸ Prije podnošenja tužbe u parničnom postupku oštećeni se sa svojim zahtjevom mora obratiti nadležnom ministarstvu na državnoj ili entitetskoj razini, odnosno Pravosudnoj komisiji u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine poradi postizanja sporazuma o

65 *Shcherbina protiv Rusije*, zahtjev br. 41970/11, presuda od 17.11.2014. Članak 5. st. 5. EKLjP obuhvaća pravo na naknadu štete, ne samo u odnosu na materijalnu štetu već i za bilo kakvo trpljenje, tjeskobu ili frustracije koje osoba može pretrpjeti kao posljedicu povrede drugih odredbi tog istog članka. U slučaju Sahakyan protiv Armenije, zahtjev br. 66256/11, presuda od 10.02.2016. je utvrđeno da je pritvor predstavljao povredu čl. 5. EKLjP, ali je zahtjev za naknadu nenovčane štete svejedno odbačen jer prema domaćem pravu u Armeniji nije bilo naknade za neimovinsku štetu. ESLjP je tu utvrdio povredu jamstava iz čl. 5. st. 5. EKLjP.

66 Gavella, N., *op.cit.*, str. 124.

67 V. čl. 435 st. 2. ZKP FBiH, čl. 408. st. 2. Zakona o kaznenom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 53/12, 91/17, 66/18, dalje: ZKP RS; čl. 414. st. 2. Zakona o kaznenom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19, dalje: ZKP BD te čl. 436. st. 3. Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018, dalje: ZKP BiH. Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava osoba neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode reguliran je odredbama čl. 435.-444. ZKP FBiH; 408.-416. ZKP RS; 414.-423. ZKP BD čl. 432.-441. ZKP BiH. Ove odredbe sadrže specifične vidove materijalne i nematerijalne štete koji su tipični za ovakvu vrstu povrede prava na tjelesnu slobodu te upućuju na supsidijarnu primjenu ZOO BiH.

68 Crnić-Matić, *op. cit.*, str. 621.

postojanju, vrsti i visini štete.⁶⁹ Samo ako zahtjev za naknadu štete ne bude usvojen, ili na temelju njega nadležno tijelo ne donese odluku u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva, oštećeni može tražiti ostvarivanje svog prava u parničnom postupku pred nadležnim sudom.⁷⁰

Kada se zadire u pravo na tjelesnu slobodu poradi zaštite od zaraznih bolesti može se podnijeti kvazinegatorijski zahtjev kojim se traži ukidanje mjera kojima se protupravno ograničava nečija sloboda poradi zaštite stanovništva od zaraznih bolesti. Ta se zaštita ostvruje u upravnom postupku u kojem je doneseno rješenje o određivanju te mjere. Ako se u tom postupku ne pruži zaštita osobi čija je sloboda oduzeta ili ograničena, ona zaštitu može ostvariti po pravilima o upravnim sporovima. Ako je mjeru koja ograničava slobodu donijela javna vlast, a da ista nije utemeljena na rješenju, može se tražiti suda zaštita zbog nezakonite radnje. Jednako kao i kod oduzimanja odnosno ograničavanja slobode, oštećenik ima pravo na naknadu štete.⁷¹

U slučajevima za koje oštećeniku nije što posebno propisano, na raspolaganju su mu poznati građanskopravni zahtjevi: kvazinegatorijski zahtjev (kojim se zahtijeva prestanak uznemiravanja bilo kao zahtjev za prestanak povrede koja još traje, bilo kao zahtjev za propuštanje u budućnosti radnje koja bi povrijedila tjelesnu slobodu), zahtjev za utvrđenje ili deklaratorni zahtjev (da se putem suda utvrdi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa, ali samo ako se ima pravni interes za takvo utvrđenje npr. zahtjev za utvrđenje da je po zakonu nastupilo priznavanje radnog staža, odnosno staža osiguranja zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja),⁷² zahtjev zbog stjecanja bez osnove (ako je povredom tjelesne slobode netko stekao materijalnu korist bez pravnog temelja) te zahtjev za popravljivanje materijalne i nematerijalne štete.⁷³

Na temelju načela potpune naknade,⁷⁴ naknada materijalne štete mora biti vrijednosno jednaka pretrpljenoj šteti i to, u načelu, bez obzira na vrstu i stupanj krivnje. Tu je važna objektivna visina štete pa se dosuđuje uvijek naknada u punom iznosu, izuzev onih iznimnih situacija kada je dopušteno sniženje naknade. Dosuđivanje pak nematerijalne štete je daleko kompleksnije. Pravična novčana naknada, kao jedan od oblika nematerijalne štete, treba doprinijeti da se na mjestu neugodnih osjećaja oštećeniku pruži odgovarajući broj ugodnih osjećaja, s ciljem ublažavanja ili popravljivanja poremećenog duševnog ili fizičkog

69 V. čl. 436. st. 2. ZKP FBiH, čl. 409. st. 2 ZKP RS, čl. 415 st. 2. ZKP BD, čl. 433. st. 2. ZKP BiH.

70 V. čl. 437 st. 1. ZKP FBiH, čl. 410. st. 1. ZKP RS, čl. 416. st. 1. ZKP BD, 434. st. 1. ZKP BiH.

71 Gavella, N., *op. cit.*, 171.-172.

72 V. čl. 444. ZKP FBiH.

73 Gavella, N., *op. cit.*, str. 124.

74 V. čl. 190. Zakona o obveznim odnosima Bosne i Hercegovine, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93 i 13/94 Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04., dalje: ZOO BiH.

integriteta, ili subjektivnog stanja ličnosti.⁷⁵ Pritom se trebaju uzeti u obzir sve okolnosti slučaja (npr. trajanje lišenja slobode, specifični uvjeti izdržavanja kazne – npr. boravak u samici ili u ćeliji s posebno velikim brojem osuđenika, izdvajanje iz obitelji, reakcije životne sredine na lišenje slobode, zabrinutost zbog moguće osude, teškoće prilikom ponovnog uključivanja oštećenika u život na slobodi, da je boravak u pritvoru doveo do pogoršanja njegovog zdravlja i sl.) a osobito jačina i trajanje duševnih boli koje je zbog toga pretprio oštećenik.⁷⁶ Tu nije potrebno provoditi sudsko medicinsko vještačenje. Sud je, naime, ovlašten svoj stav formirati na temelju vlastitih znanja i iskustava, uzimajući u obzir okolnosti koje po životnoj logici upućuju da je oštećenik trpio duševne boli, pri čemu se za štetu određuje jedan iznos naknade.⁷⁷ Međutim, neutemeljeno lišenje slobode može izazvati strah pa bi sud i o tome trebao voditi računa (čl. 200. st. 2. ZOO BiH),⁷⁸ za što će trebati nalaz i mišljenje sudskog medicinskog vještaka.⁷⁹

Prema ZOO BiH nematerijalna šteta se definira kao nanošenje drugome fizičke ili psihičke boli i straha pa kada njih nema ne može biti niti riječi o odgovornosti za nematerijalnu štetu. Ovakva definicija nematerijalne štete je suviše uska i nekonzistentna što je ne čini posve prihvatljivom, budući da su pretrpljeni fizički i psihički bol te strah, zapravo, samo manifestacije, posljedice ove štete.⁸⁰ Bolje rješenje ima Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske⁸¹ koji nematerijalnu, odnosno neimovinsku štetu definira kao povredu prava osobnosti, a fizičke ili duševne boli i strah koji su izazvani tom povredom uzima kao kriterije za određivanje visine pravične novčane naknade. Naime, postoje situacije u kojima pojedinci neće trpjeti fizičke ili duševne boli i strah, a težina povrede prava na tjelesnu slobodu će opravdati dosuđivanje pravične novčane naknade (npr. lišenje tjelesne slobode duševno zaostale osobe).⁸² Za razliku od povrede prava na tjelesni integritet, gdje postoji egzaktni, medicinski kriteriji prema kojim se mogu rangirati težine povrede, kod povrede prava na tjelesnu slobodu takvih egzaktnih kriterija nema. U teoriji se nailazi na prijedlog da se za procjenu težine povrede prava na tjelesnu slobodu uzme, kao kriterij, društveni sustav vrijednosti kojeg odražavaju pravila kaznenog prava.⁸³

75 Medić, D., O pojmu i naknadi nematerijalne štete u Bosni i Hercegovini, Petnaesto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017., str. 188.

76 Crnić-Matić, *op. cit.*, str. 622.

77 Crnić, I., Pravo fizičke osobe na popravljjanje neimovinske štete u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 41.

78 6 V. čl. 200. st. 2. ZOO BiH.

79 Crnić, I., *op.cit.*, str. 41.

80 Medić, D., *op.cit.*, str. 180.

81 V. čl. 1100. Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 78/15, 29/18., dalje: ZOO RH.

82 Baretić, M., *op.cit.*, str. 174.

83 *Ibid.*, 171.-173.

6. Zaključak

Tjelesna sloboda je jedan od najvažnijih aspekata općeg pojma slobode i pretpostavka za ostvarenje mnogih drugih aspekata slobode. Nabranjanje aspekata tjelesne slobode nije niti može biti taksativno. Ona implicira slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodan izbor rada i drugog tjelesnog djelovanja, slobodno okupljanje i udruživanje s drugim osobama, slobodno odlučivanje o medicinskim i drugim zahvatima u vlastito tijelo te sigurnost.

Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njegove povrede koja može biti potpuna i djelomična, ovisno o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj oduzimanja ili ograničenja tjelesne slobode. Međutim, pored države i njenih tijela tjelesnu slobodu može povrijediti i bilo koja fizička i pravna osoba.

Mjere pak izvanredne prirode koje poduzimaju države, kao što je primjerice odgovor na prijetnju COVID-a 19, mogu zahtijevati odstupanje od obveza država prema EKLJP. Svaka država treba procijeniti kolika odstupanja od EKLJP zahtijevaju mjere koje donosi, kako bi iste bile razmjerne prijetnji širenja virusa, pri čemu trebaju biti vremenski ograničene. Naime, svako ograničenje prava na tjelesnu slobodu, osim što treba biti zakonito i imati legitiman cilj, treba ostvariti i ravnotežu između mjera koje se poduzimaju i cilja koji se želi postići. Svako odstupanje od toga će procjenjivati i ESLJP u predmetima koji se eventualno pred njim pojave. Praksa ESLJP o ovim pitanjima nije još formirana, budući da nije prošlo dovoljno vremena da bi jedan predmet mogao uopće doći do faze odlučivanja o meritumu, s obzirom na uvjet koji je potrebno ispuniti, a to je iscrpljivanje svih efektivnih domaćih pravnih lijekova.

Porast broja migranata u Bosni i Hercegovini aktualizira pitanje sigurnosti, teškoća u rješavanju migrantskog pravnog statusa te nepostojanje adekvatnih smještajnih kapaciteta koji bi migrantima osigurali uvjete za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba. Praksa ESLJP ukazuje na potrebu zaštite izbjeglica i azilanata s jedne strane te postupak protjerivanja ilegalnih migranata s druge strane.

S ciljem potpunije zaštite osoba kojima je povrijeđeno pravo na tjelesnu slobodu, u Bosni i Hercegovini bi trebalo primijeniti objektivni koncept nematerijalne štete, kako bi im se omogućilo dosuđivanje pravične novčane naknade i u slučajevima u kojima povreda tjelesne slobode nije prouzročila nikakve fizičke i duševne boli te strah. Kroz ovaj rad se nastojalo dati odgovore sudskoj praksi, koja prilikom odlučivanja o opravdanosti postavljenog zahtjeva i visini pravične novčane naknade, nailazi na razne dvojbe poput sadržaja same definicije povrede prava na tjelesnu slobodu, izbora kriterija kojima se ocjenjuje težina povrede tjelesne slobode i sl.

Literatura:

- Avramović, S.; Stanimirović, V., Usporedna pravna tradicija, Nomos, Beograd, 2006.
- Baretić, M., Povreda prava na slobodu u: Grubić, V. (ur.), Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- Cardoso da Costa, *Constitutional Supremacy of Human Rights Treaties u: The Status of International Treaties on Human Rights, Venice Commission Collection: Science and technique of democracy, No. 42.*, Strasbourg, 2006.
- Crnić, I., Pravo fizičke osobe na popravljjanje neimovinske štete u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima. Narodne novine, Zagreb, 2005.
- Gavella, N., Osobna prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb, 2000.
- Giljević, Teo; Lalić Novak, Goranka; Vergaš, Mirjana, Pravo na pristup sustavu azila i zaštita temeljnih prava migranata, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2019.
- Gliha, I., *Personal rights* u: Blanpain, R. (ur.), *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, Family and Succession Law – Suppl. 27/05*
- Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek, Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005.
- Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek, Vlastita naklada autora, Zagreb, 2005.
- Lalić Novak, G.; Kraljević, R., Zaštita izbjeglica i ranjivih skupina migranata, Hrvatski Crveni križ, Zagreb, 2014.
- Medić, D., O pojmu i naknadi nematerijalne štete u Bosni i Hercegovini. Petnaesto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017.
- Crnić I.; Matić, J., Odštetno pravo, Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljjanju štete s napomenama i propisima, Zgombić & Partneri d.o.o. - nakladništvo i informatika d.o.o., Zagreb, 2008. Mijović, Lj., Migranti u BiH – praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na kolektivno protjerivanje stranaca, Pravna riječ, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2018.
- Mole, N.; Reynolds, J.; Tadić, M. (predgovor) u Mole, N.; Braithwaite, B. (ur.) Pravo na slobodu ličnosti - član 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima, The AIRE Centre, Advice on Individual Rights in Europe, 2015.

- Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški Acquis, Novi informator, Zagreb, 2014.
- Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006.
- Simić, J., Prava migranata – poštivanje univerzalnih ljudskih prava ili pravo na razvoj, Forum za sigurnosne studije, br. 1/17, str. 27.
- Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2016.

IZVORI S INTERNETA

- Glass, A. S. (1934), Historical Aspects of Habeas Corpus, St. John's Law Review: Vol. 9: No. 1, Article 3., <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol9/iss1/3>, 4. rujna 2020.
- Labert, A., COVID-19 pandemic and derogation to human rights, Journal of Law and the Biosciences, Vol. 7, Issue 1, 2020., lsaa015, <https://doi.org/10.1093/jlb/lsaa015>, 11.11.2020.
- McFeeley, N. D. (1976), The Historical Development of Haberas Corpus, 30 Sw L.J., <https://scholar.smu.edu/smulr/vol30/iss3/4>, 4. rujna 2020.
- Javna ustanova Centar za edukaciju sudaca i tužitelja FBIH, Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.10.2020.
- Vijeće Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, 24.9.2020.
- Vijeće Europe, SG Inf(2020)7 Speaking Notes SG 1370 Deputies (Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states), <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, 13.10.2020.

PRAVNI IZVORI

Prijevod izvori

- Deklaracija (Izjava) neovisnosti, 1776.
- Deklaracija o pravima i slobodama čovjeka i građanina, (Iz francuskog ustava 1791.)
- Habeas Corpus Amendment Act, 1679.
- Ustav Sjedinjenih Američkih Država, 1787.
- Velika povelja sloboda, 1215.
- Zakon o pravima Virginije, 1776.

(Prijevodi preuzeti iz Kurtović, Š. (2005). Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, i Kurtović, Š. (2005). Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb.)

- Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/1
- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, 1950., s dodatnim protokolima, Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori, br. 5/2003
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. 1966., s dodatnim protokolima Službeni list R BiH, br. 25/93
- Obiteljski zakon Federacija Bosne i Hercegovine Službene novine FBiH 31/14.
- Opća deklaracija o pravima čovjeka, Ispravka 318, Službeni list R BiH, br. 15/92
- Ustav Bosne i Hercegovine
- Ustav FBiH sa amandmanima, Službene novine FBiH br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/0
- Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine Službene novine FBiH br. 32/03
- Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018
- Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018
- Zakon o kaznenom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19
- Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14
- Zakon o kaznenom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 53/12, 91/17, 66/18
- Zakon o liječništvu Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br.56/13
- Zakon o obveznim odnosima Bosne i Hercegovine, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93, Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 78/15,29/18

- Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 53/03, 73/05, 98/15
- Zakon o policijskim službenicima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 27/05, 70/08, 44/11
- Zakon o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta FBiH., Službene novine FBiH br.40/10
- Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 63/14
- Zakon o unutarnjim poslovima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 81/14
- Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 20/13
- Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH, Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11, 14/13
- Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, Službene novine FBiH, br. 39/03, 22/06, 43/10
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, Službene novine FBiH br. 29/05
- Naredba Federalnog stožera Civilne zaštite broj 12-40-6-34-1/20, 27. 3. 2020.
- Zapovijedi Stožera civilne zaštite HNŽ, br. 17-06-40-16-46/20 od 9.4.2020. i Izmjena i dopuna Zapovijedi br. 17-06-40-16-46-1/20 od 10.4.2020.

Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava

- N.D. AND N.T. protiv Španjolske, zahtjev br. 8675/15 i 8697/15, presuda od 13.2.2020. ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515
- Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 13229/03, presuda od 29.1.2008., ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903
- Shcherbina protiv Rusije, zahtjev br. 41970/11, presuda od 26.6.2014., ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD004197011
- Witold Litwa protiv Poljske, zahtjev br. 26629/95, presuda od 4.4.2000., ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995
- Sahakyan protiv Armenije, zahtjev br. 66256/11, presuda od 10.02.2016.

Sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

- Predmet br. AP – 4976/13, Odluka od 10.11.2016.
- Predmet br. AP-1217/20, Odluka od 22.4.2020.
- Predmet br. AP-1485/20, Odluka od 20.5.2020.
- Predmet br. AP-1580/20, Odluka od 20.5.2020.
- Predmet br. AP-1844/20, Odluka od 2.7.2020.
- Predmet br. AP-1383/20, Odluka od 6.5.2020.

Alena Jurić, PhD, associate professor

Faculty of Law, University of Mostar

Cvija Jurković, PhD, assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

Jelena Zovko, PhD, assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHT TO LIBERTY OF THE PERSON AN ASPECT OF THE GENERAL CONCEPT OF FREEDOM

Summary: The right to liberty of the person is one of the most important aspects of the general concept of freedom. It primarily includes freedom of movement, residence and settlement, free decision-making on medical and other procedures in one's own body, while respecting constitutional and legal restrictions. Unlawful interference with any aspect of the right to physical liberty leads to its complete or partial violation, depending on whether it is an absolute deprivation of physical liberty or its restriction. Since the state has a monopoly over the use of physical force, most of the deprivation or restriction of physical freedom originates from it or its agencies. However, in addition to the state and its agencies, physical freedom can be violated by any natural or legal person. Having in mind the current restriction of the right to physical freedom, in the conditions of the pandemic caused by COVID 19, the paper focuses on freedom of movement, as one of the most important aspects of the right to physical freedom. Unlike the violation of the right to physical integrity, where there are exact, medical criteria according to which the severity of the violation can be ranked, there are no such exact criteria for the violation of the right to physical freedom. Therefore, a social value system reflected by the rules of criminal law could be taken as criteria for assessing the gravity of the violation of the right to physical freedom. The paper presents certain views and proposals for solving problems related to these issues and provides answers to case law, which when deciding on the justification of the request and the amount of fair monetary compensation, encounters doubts regarding the content of the definition of violation of physical freedom, choice criteria for assessing the severity of the violation of the right of the liberty of the person, etc.

Keywords: freedom, restriction of freedom of movement, violation of physical freedom, protection of physical freedom, damage compensation

PRIVREMENO UKIDANJE LJUSKIH PRAVA U VANREDNOM STANJU - BOSANSKO-HERCEGOVAČKI USTAVNI OKVIR

Sažetak: Ustav Bosne i Hercegovine daje izuzetan značaj ljudskim pravima, što je posebno regulisano u članu II Ustava i Aneksu I na Ustav Bosne i Hercegovine. Ustav ne sadrži izričite odredbe o vanrednom stanju, pa, prema tome, ni odredbe o derogaciji (ukidanju) ljudskih prava u tome slučaju. Takvu vrstu odredbi sadrže ustavi i zakoni entiteta, eksplicite ili implicate, kao i Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine. Derogacija ljudskih prava u vanrednom stanju, moguća je na osnovu direktne primjene odgovarajućih odredbi Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član II.2 Ustava), uz ekstenzivno, ciljno i sistematsko tumačenje odredbi Ustava Bosne i Hercegovine. Primarni cilj ovog rada je da ukaže na “ustavnu neuređenost” problema vanrednog stanja i u vezi s tim i privremene derogacije ljudskih prava. Stoga, u radu se ukazuje na potrebu izmjene Ustava Bosne i Hercegovine u naznačenoj oblasti.

Ključne riječi: ljudska prava, derogacija, Ustav Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija, Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine.

1. Uvodne napomene

Da bismo u relevantnim segmentima “opisali” sadržaj i zaključili naslovljenog priloga, neophodno je prethodno, u kraćim naznakama, označiti osnovne elemente vanrednog stanja. Vanredno stanje (u starijoj terminologiji “opsadno stanje”) označava situaciju aktuelnog ugrožavanja egzistencije države ili situaciju izraženog remećenja javne sigurnosti. “Uzroci nastupanja te situacije mogu biti vanjski i unutrašnji: rat, oružana pobuna, građanski rat, prirodne katastrofe, i dr.”¹ U vanrednom stanju vrši se koncentracija moći i širenje nadležnosti pojedinih organa državne vlasti. Zapravo, po pravilu, proširuju se kompetencije egzekutive ili jednog njenog dijela. Cilj uspostave (proglašenje) vanrednog stanja je prvenstveno uspostavljanje ugroženog ustavnog i pravnog poretka. Suspenzija pojedinih dijelova ustava (odredbe ustava o osnovnim ljudskim pravima i slobodama, podjeli vlasti, federalnim nadležnostima u složenim državama) “legitimno je samo ukoliko ima za cilj uspostavljanje cjeline važenja ustava”.²

Uvođenjem vanrednog stanja, stupa na snagu “rezervni ustav”, “ustav vanrednog stanja”. Državni organ koji u vrijeme vanrednog stanja ima najveće

1 Leksikon temeljnih pojmova politike-Abeceda demokracije, Fond otvoreno društvo Bosne i Hercegovine, Sarajevo 1994. str. 149.

2 Ibid., str. 149.

kompetencije, ne može uspostaviti novi ustavni poredak. Njegova “proširena nadležnost” je u funkciji da ukloni prepreke i da omogući funkcioniranje “ranije važećeg” ustavnog poretka. “Ustavna diktatura” (primjerena vanrednom stanju, koja je rokom određena), ne smije se transformirati u diktaturu, bez vremenskog ograničenja. S druge strane, smisao pravnog reguliranja vanrednog stanja je očuvanje minimuma redovnosti u vanrednim uslovima.

Ukratko, o historijskom kontekstu pravnog uređenja vanrednog stanja. U 19. stoljeću pravna teorija predlagala je detaljno uređenje vanrednog stanja. “Time se neposredno umanjivala opasnost zloupotrebe koncentracije moći, ai se rizik posredno uvećavao, budući da je nedovoljnost i neefikasnost preventivno katalogiziranih mjera i njihovih nosilaca često vodila uvođenju ad hoc rješenja koja su izmicala svakoj kontroli.”³ Nastao mnogo ranije, primjer institucije rimskog diktatora često se nameće kao početna tačka pri komparativnoj analizi osobenosti i pravne regulacije vanrednog stanja. Može se s pravom istaći da institucija rimskog diktatora, može poslužiti i u analizi savremenih oblika “ustavne diktature”. Tako, na primjer, C.J. Friedrich ističe četiri bitna elementa navedenog rimskog modela slijedom kojih provodi svoju analizu savremenih oblika “ustavne diktature”: prvo, poseban postupak imenovanja diktatora, u skladu sa preciznim pravnim (ustavnim) pravilima, drugo, činjenicu da je diktator imenovan od strane drugih, a nikada od osobe koja ima izvršavati diktatorska ovlaštenja, treće, striktno vremenski ograničeno trajanje diktature, u trajanju od šest mjeseci, i četvrto, cilj diktature koji je zamišljen kao odbrana postojećeg ustavnog poretka, a ne njegovo uništenje.⁴

U vezi relevantnosti institucije rimskog diktatora za potrebe analize pravne prirode vanrednog stanja, moguće je izvesti tri bitna zaključka: Rimski diktator predstavlja rani primjer konstitucionalizacije proširenih ovlaštenja, što je od osobitog značaja za ona savremena shvatanja koja rješenje vanrednih ovlaštenja (u vanrednom stanju) pokušavaju pronaći u ustavnim, a ne izvan-pravnim modelima. S druge strane, u okviru strukture vanrednih ovlaštenja kako su ona regulisana primjenom institucije diktatora, posebnu važnost ima rani oblik mehanizma podjele vlasti, što je vidljivo kod onih shvatanja moderne doktrine koja se oslanja na taj oblik nadzora vanrednih ovlaštenja. I konačno, rimski diktator predstavlja posebnu situaciju u kojoj je koncepcija stanja izuzetka predstavljena u vidu mogućnosti šestomjesečne suspenzije nadležnosti redovnih institucija državne vlaste. U vezi s institucijom rimskog diktatora adekvatan je i slijedeći navod iz pravno-političke teorije: “Diktatura može biti i način očuvanja demokracije-to se, međutim, odnosi na diktature koje nastaju u izvanrednom stanju s funkcijama sličnim klasičnom rimskom tipu...”⁵

U teoriji postoji i svojevrсна krajnost u pravnom tretiranju vanrednog

3 Ibid., str. 149.

4 Vidjeti: Đorđe Gardašević: Ograničenje ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb 2014. str. 162.

5 Franz Neuman: Demokratska i autoritarna država, Naprijed Zagreb, 1992. str. 211.

stanja. Tvrdi se da je pravna regulacija vanrednog stanja nepoželjna, te da u vanrednom stanju treba da djeluje onaj državni organ koji u tome trenutku raspolaže najefikasnijim sredstvima, i da zavisno od situacije koristi ona sredstva koja su najprimjerenija datim okolnostima. Otuda, za vanredno stanje, prema spomenutom mišljenju, nije od značaja što je vanredno stanje i pravna kategorija, nego je bitna činjenica da je vlast (bilo koja) od političke zajednice (države) otklonila opasnost i sačuvala je.⁶ U kontekstu ove teorije navodi se i slijedeći stav: “Izvanredno stanje nije neko posebno pravo (kao pravo na rat) nego kao suspenzija samog pravnog poretka, definira njegov prag, ono je, dakle, granični pojam.”⁷ Citirani autor, pozivajući se na stajališta C. Schmitta (Karla Šmita) navodi i slijedeće: “Izvanredno stanje u Schmittovoj doktrini možemo, dakle, definirati kao mjesto na kojem opreka norme i njezine provedbe doseže maksimalni intenzitet. Ono je polje pravnih napetosti, u kojem minimum formalnog važenja koincidira s maksimumom stvarne primjene i obratno. No i u toj ekstremnoj zoni, i upravo zahvaljujući njoj, ta dva elementa pokazuju svoju duboku koheziju.”⁸ G. Agamben, podržavajući shvatanje C. Schmitta o vanrednom stanju daje “svoje” određenje (definiciju) tog stanja, te ističe: “Stanje nužde nije neko “stanje prava”, nego prostor bez prava (premda ono nije neko prirodno stanje, nego se prikazuje kao anomalija koja proizilazi iz suspenzije prava).”⁹

U savremenim pravnim teorijama preovladava shvatanje o neophodnosti pravnog regulisanja vanrednog stanja. Odbačeno je tradicionalno shvatanje prema kome je vanredno stanje identično sa suspendiranjem osnovnih prava i sloboda. Iako se neka prava i slobode u vanrednom stanju, po pravilu ograničavaju ili ukidaju (privremeno), organ vanrednog stanja dužan je obrazložiti cjelishodnost obima i trajanja suspendiranja prava i sloboda. Za političke i društvene odnose u državi za vrijeme trajanja vanrednog stanja bitno je da se u dovoljnoj mjeri odredi - “kvalificira” vanredno stanje, da se odredi postupak donošenja odluke o uvođenju vanrednog stanja, odredi državni organ sa proširenim nadležnostima i obim njegovog djelovanja, posebno u domenu ograničenja (ili ukidanja) pojedinih prava i sloboda i da se odredi kontrola (i kontrolor) kojoj se donosilac odluke podvrgava, te da se kontrola može sprovoditi u toku trajanja vanrednog stanja, ili naknadno (što je u ustavima češće regulisano), kada vanredno stanje prestane. Ustavotvorci, ipak, rijetko potpuno precizno određuju vanredno stanje, što je donekle i razumljivo. Najvažniji zadatak ustava je da predvidi konstitucionalno prihvatljive poremećaje u državi za vrijeme trajanja vanrednog stanja. “Polazeći od karakteristika vlastitog političkog sistema i sopstvenog spoljnopolitičkog okruženja, ustavotvorci po pravilu pribegavaju preciznijem određenju spoljašnjeg

6 Vidjeti opširnije: Svetožar Čiplić: *Država u vanrednim prilikama*, SCI Novi Sad, 1999., str. 41.

7 Giorgio Agamben: *Izvanredno stanje*, Delakont Zagreb, 2008. str. 13. i 14.

8 Ibid., str. 52.

9 Ibid., str. 71.

ili unutrašnjeg stanja nužde (vanrednog stanja-N. P.) nazivajući ih pri tome različitim imenima.”¹⁰

2. Vanredno stanje i derogacija ljudskih prava-pravni okvir u Bosni i Hercegovini

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži izričite odredbe o vanrednom stanju i u vezi s tim odredbe o derogaciji ljudskih prava. U članu II st. 2 Ustava (korišten Ustav u prevodu Ureda Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu) propisano je da prava i slobode predviđene u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima (u daljem tekstu Evropska konvencija ili Konvencija) se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Oni imaju prioritet nad svim ostalim zakonima. Prevođenjem riječi engleskog jezika “over all other law” na bosansko-hercegovačke službene jezike, može se zaključiti da se Evropska konvencija (u domenu ljudskih prava i osnovnih sloboda) nalazi “iznad” pravnog poretka Bosne i Hercegovine - da ima nadustavni karakter. Pošto se Evropska konvencija direktno primjenjuje u Bosni i Hercegovini (član II st. 2. Ustava BiH), to se direktno primjenjuje i njen član 15. (“derogirajuća klauzula”). U tome članu Evropske konvencije navodi se da u vrijeme rata ili drugog vanrednog stanja koje ugrožava opstanak nacije svaka visoka ugovorna strana može, u obimu koji je strogo određen potrebama tih vanrednih prilika, poduzeti mjere koje derogiraju njene obaveze iz ove Konvencije, uz uslv da te mjere nisu nespojive s njenim ostalim obavezama po međunarodnom pravu (st. 1.). Na osnovu te odredbe ne može se derogirati član 2. osim za slučaj smrti prouzrokovane zakonitim ratnim djelovanjem, niti članovi 3., 4. stav 1. i 7. (st. 2). Svaka visoka ugovorna strana koja se posluži tim pravom derogiranja mora glavnog sekretara Vijeća Evrope u cijelosti obavijestiti o mjerama koje je poduzela i razlozima radi kojih je to učinila. Ona će takođe obavijestiti glavnog sekretara Vijeća Evrope o prestanku djelovanja tih mjera i o ponovnoj punoj primjeni svih odredaba Konvecije (st. 3.).

Direktna primjena Evropske konvencije u Bosni i Hercegovini (pa, razumljivo, i njenog člana 15.), daje pravo (pravni osnov) da u slučaju uvođenja vanrednog stanja derogira pojedina ljudska prava navedena u Konvenciji (i u Ustavu BiH), izuzev prava koja su navedena u članu 15. Konvencije- zabrana mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, zabrana ropstva ili ropstvu sličnog odnosa, načelo *nullum crimen nulla poena sine lege* i načelo *ne bis in idem* (apsolutna ili neprikosnovena ljudska prava). Dakle, član 15. Evropske konvencije omogućava potpisnicama Konvencije da u vanrednom stanju u ograničenom obimu i pod nadzorom Evropskog suda za ljudska prava derogiraju svoje obaveze osiguranja određenih sloboda i prava zajamčenih Konvencijom. Navedena apsolutna ljudska prava, spomenuta u članu 15. Evropske konvencije, upućuju na zaključak da su savremene potrebe međunarodne zajednice ustanovile

¹⁰ Svetozar Čiplić, nav. rad, str. 46. i 47,

postojanje ljudskih prava koja se ni pod kojim uslovima ne mogu ukinuti. U odnosu na derogirajuća ljudska prava “definisanje klauzule o derogiranju prava i sloboda u međunarodnim ugovorima, uključujući i Konvenciju (Evropsku konvenciju-N.P.), u skladu je sa savremenim tendencijama u ustavnom pravu koje vanredno stanje podvode pod vladavinu prava za razliku od Šmitovog (Carl Schmitt) kojim se tvrdi da u vanrednim okolnostima suverena vlast ne podleže pravnim normama.”¹¹

Klauzula o derogaciji ljudskih prava, sadržana u članu 15. Evropske konvencije primjenjuje se nezavisno od inherentnih ograničenja ugrađenih u definiciju pojedinačnih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom u kojima su “nacionalna sigurnost” i “javna sigurnost” navedeni kao razlozi ograničenja pojedinačnih prava i sloboda. Privremeno opozivanje (privremeno ukidanje), odnosno dstupanje od proklamovanih ljudskih prava, ima drugačiji karakter od inherentnih (i fakultativnih) ograničenja po tome što se privremeno ukidanje može vršiti samo u ratnom i vanrednom stanju i može trajati samo do okončanja tih situacija.¹²

U članu 41. Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine¹³ propisano je da Predsjedništvo Bosne i Hercegovine zahtijeva uvođenje vanrednog stanja od Parlamentarne Skupštine Bosne i Hercegovine kada postoji prijetnja postojanju Bosne i Hercegovine, prijetnja normalnom funkcioniranju ustavnih institucija ili neposredna ratna opasnost. U članu 42 istog Zakona propisano je da proglašenje ratnog ili vanrednog stanja razmatra Parlamentarna Skupština, na zahtjev Predsjedništva, ako ona zasjeda u vrijeme podnošenja zahtjeva. Ako Parlamentarna Skupština ne zasjeda u vrijeme podnošenja zahtjeva za proglašenje ratnog ili vanrednog stanja, Predsjedništvo može narediti angažiranje jedinica Oružanih snaga i njihovu upotrebu.¹⁴

Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine nedovoljno precizno regulira pitanje uvođenja vanrednog stanja u zemlji. Vanrednom stanju u Zakonu daje se primarno vojni karakter, mada vanredno stanje može nastati i zbog razloga “civilne prirode”. Međutim, citirane odredbe Zakona o odbrani jasno određuju organ koji predlaže

11 Violeta Beširević et. al., Komentar Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni glasnik Beograd, 2017., str. 377.

12 U pravnoj teoriji se od pojma vanrednog stanja razlikuje pojam vanredne situacije. Tako se ističe, da do “vanredne situacije dolazi usljed elementarnih nepogoda, epidemije, tehničko-tehnološke i druge prirodne ili veštački izazvane nesreće i opasnosti po stanovništvo, životnu sredinu i materijalna dobra. vanrednost ovakvim situacijama daje izvarednost događaja i neophodnost angažovanja posebnih snaga i sredstava kao i primene posebnih mera za sprečavanje i otklanjanje posledica, ali tu ne dolazi do potrebe za suspendovanjem određenih ljudskih prava. Vanredno stanje, za razliku od toga, prevashodno podrazumeva ugroženost ustavnih institucija, nezavisnosti i integriteta zemlje, pa se i potreba suspendovanja određenih ljudskih prava javlja kao mera koja služi otklanjanju takvih javnih opasnosti.” Vidjeti: Bogoljub Milosavljević, Dragoljub Popović: Ustavno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik Beograd, 2009. str. 175.

13 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 88/2005.

14 Čl. 41. Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine faktički je izmijenjen član V st. 5. Ustava Bosne i Hercegovine.

uvođenje vanrednog stanja i organ koji o tome odlučuje, te određuje osnovne razloge koji opredjeljuju potrebu uvođenja vanrednog stanja.

Da li Ustav Bosne i Hercegovine sadrži pravni osnov za uvođenje vanrednog stanja, iako ne sadrži izričite odredbe o tom stanju. Mišljenja smo da je odgovor potvrđan, što proizilazi iz ekstenzivnijeg tumačenja člana II st. 2. Ustava Bosne i Hercegovine, u vezi sa članom 15. Evropske konvencije i u vezi sa članom 41. i 42. Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine.

U članu 81. Ustava Republike Srpske¹⁵ propisano je: “Predsjednik Republike za vrijeme ratnog stanja i vanrednog stanja, koje proglase institucije Bosne i Hercegovine, ako Narodna Skupština ne može da se sastane, na prijedlog Vlade ili po sopstvenoj inicijativi i nakon što sasluša mišljenje predsjednika Narodne Skupštine, donosi uredbe sa zakonskom snagom i o pitanjima Narodne Skupštine i imenuje i razriješava funkcionere koje bira, odnosno imenuje i razriješava Narodna Skupština (st. 1). Ove uredbe, odnosno odluke o imenovanju i razriješenju, predsjednik Republike podnosi na potvrdu Narodnoj Skupštini čim ona bude u mogućnosti da se sastane (st.2). Aktima Narodne Skupštine, odnosno aktima predsjednika Republike ako Narodna Skupština ne može da se sastane, za vrijeme ratnog stanja koje proglase institucije Bosne i Hercegovine i vanrednog stanja mogu se, izuzetno, dok to stanje traje, obustaviti pojedine odredbe Ustava koje se odnose na donošenje zakona, drugih propisa i opštih akata i preduzimanja mjera republičkih organa i na pojedine ljudske slobode i prava, osim sloboda i prava iz člana 10., 11., 13., 14., 15., 17., 18., 19., 20., 24 i 25. Ustava, mijenja organizacija i ovlaštenja izvršnih, upravnih i pravosudnih organa i njihov personalni sastav, kao i teritorijalna organizacija u Republici (st. 3.). U članu 70. st. 2. Ustava Republike Srpske propisano je da Narodna Skupština, u skladu sa Ustavom i zakonom, proglašava vanredno stanje za Republiku ili dio Republike u slučaju ugrožavanja bezbjednosti, usljed elementarnih nepogoda (poplava, zemljotresa i požara), prirodnih katastrofa, povrede ljudskih prava i sloboda i pravilnog funkcionisanja ustavnih organa Republike.

U citiranim odredbama Ustava Republike Srpske postoje određene protivrječnosti u pogledu određenja organa koji proglašava vanredno stanje. Naime, iz upućujuće odredbe člana 81. st. 1. Ustava proizilazi da vanredno stanje proglašavaju institucije Bosne i Hercegovine, kao i ratno stanje. Iz člana 81. st. 2. Ustava proizilazi da institucije Bosne i Hercegovine proglašavaju ratno, ali ne i vanredno stanje. Članom 72. st. 2. Ustava propisano je da vanredno stanje za Republiku Srpsku ili njen dio proglašava Narodna Skupština Republike Srpske.

Narodna Skupština Republike Srpske, na sjednici održanoj 28. 03. 2020. godine, na prijedlog Vlade Republike Srpske donijela je Odluku o proglašenju

15 Službeni glasnik Republike Srpske broj 21/92, 28/94., 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/92, 31/02, 98/03 i 117/05, zaključno sa amandmanom CXXI, tekst naveden iz Kodeksa Ustavnog prava Bosne i Hercegovine (ur. Nedim Ademović, Fondacija “Konrad Adenauer”, Predstavništvo u BiH, Sarajevo 2011).

vanrednog stanja za teritoriju u Republici Srpskoj usljed korona virusa 2019-nCoV.¹⁶

Osim izvjesnih protivrječnosti i nejasnoća u citiranim odredbama Ustava Republike Srpske, te odredbe kolidiraju i sa navedenim odredbama Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine što za rezultat ima “pravnu nesređenost” u Bosni i Hercegovini u odnosu na uvođenje vanrednog stanja i derogaciju ljudskih prava.

U članu IV.2.9. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine¹⁷ propisano je da je Vlada Federacije ovlaštena donositi uredbe sa zakonskom snagom u slučaju opasnosti po zemlju ukoliko Parlament Federacije nije u stanju djelovati. Ovakve će uredbe imati snagu zakona, te ne smiju mijenjati prava i slobode utvrđene Ustavom. Svaka uredba prestaje važiti najkasnije trideset dana nakon njenog proglašenja, osim ako odmah ne prestane važiti negativnom odlukom Parlamenta ili krajem desetog dana nakon njenog proglašenja, ukoliko Parlament Federacije zasjeda u vrijeme kada se uredba proglašava. Uredba je proglašena i ostaje na snazi dok Federacija upotrebljava Oružane snage u skladu a ovim Ustavom i ostaje na snazi do petog dana iduće sjednice Parlamenta Federacije kada prestaje važiti, ukoliko nije odobrena, ali ni u kom slučaju duže od šest mjeseci. Nakon prestanka važenja uredba se ne produžava niti djelimično mijenja mimo odluke Parlamenta Federacije i njegove saglasnosti.

Ovaj jezički i sadržajno “konfuzan” član Ustava Federacije Bosne i Hercegovine ne sadrži pojam (termin) “vanrednog stanje”, ali navodi situaciju koju naziva “opasnost po zemlju”, kada je Vlada Federacije Bosne i Hercegovine ovlaštena donositi uredbe sa zakonskom snagom, kojima se ne smiju “umanjiti” prava i slobode utvrđene Ustavom -ustavna prava i slobode ne smiju se derogirati. Dalje se navodi upotreba oružanih snaga od strane Federacije Bosne i Hercegovine, što opredjeljuje vremensko važenje uredbi sa zakonskom snagom. Navedeni član Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, najblaže kazano, nije u skladu sa važećim ustavnopravnim poretком Bosne i Hercegovine. Federacija (kao jedan od entiteta Bosne i Hercegovine) ne može određivati kada postoji “opasnost po zemlju”- opasnost po Bosnu i Hercegovinu. Federacija nema svoje oružane snage, pa ih ne može ni upotrebljavati, itd.

3. Zaključak

Očigledno je da u Ustavu Bosne i Hercegovine, a što je ustavna materija, ne postoje potrebne i jasne odredbe o vanrednom stanju i derogaciji ljudskih prava u tim okolnostima. Stoga, ovaj nedostatak u Ustavu Bosne i Hercegovine trebalo bi otkloniti u prvoj reviziji Ustava koja će, vjerujemo, ubrzo uslijediti. U toj očekivanoj izmjeni Ustava Bosne i Hercegovine, mogla bi dati neka (primarno

¹⁶ Službeni glasnik Republike Srpske brj 31/2020.

¹⁷ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 18/03, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 32/07 i 88/08.

izvršna) ovlaštenja entitetima u pogledu obaveze poduzimanja određenih mjera u slučaju proglašenja vanrednog stanja u zemlji. I u Zakonu o odbrani Bosne i Hercegovine treba brisati odredbe o vanrednom stanju, jer ta materija, u osnovi, ne može pripadati domenu zakonske regulacije, jer se radi o ustavnoj materiji. Naravno, i sada važeće odredbe ustava entiteta o vanrednom stanju i “opasnosti po zemlju”, treba brisati. Pri ustavnom regulisanju vanrednog stanja (kao izuzetno značajne ustavne materije) treba imati u vidu da “s gledišta podjeljivanja nadležnosti za poduzimanje akcija, kao i pripadajućim ovlaštenja, izvanredna stanja se odlikuju dvjema abnormalnostima: tendencijom da se nastali izuzetni odnosi uređuju općenormativnim aktima (uredbama iz nužde), te činjenice da takvo njihovo normiranje - ili još šire: poduzimanje izvanrednih mjera za njihova trajanja - obično provodi tijelo državne vlasti koje za to ne bi bilo ovlašteno u normalnim prilikama (tijelo vrhovne političke egzekutive, bilo vlada, bilo šef države”.¹⁸

Literatura:

Agamben Giorgio: Izvanredno stanje, Delakont Zagreb, 2008.

Beširević Violeta et al: Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni glasnik Beograd, 2017.

Čipilić Svetozar: Država u vanrednim prilikama, SCI Novi Sad, 1999.

Gardašević Đorđe: Ograničenje ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima, Hrvatska udruga za ustavno pravo Zagreb, 2014.

Leksikon temeljnih pojmova politike - Abeceda demokracije, Fond otvoreno društvo Sarajevo, 1994.

Milosavljević Bogoljub, Popović Dragoljub: Ustavno pravo, Pravni fakultet Uiverziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik Beograd, 2009.

Neuman Franz: Demokratska i autoritarna država, Naprijed, Zagreb, 1992.

Omejec Jasna: Izvanredno stanje u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja (poredbena studija hrvatskog i srodnih europskih modela), Pravni vijesnik Osijek, br. 12(1-4), 1996.

Ustav Bosne i Hercegovine

Ustav Federacije Bosne i Hercegovine

Ustav Republike Srpske

Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine

18 Jasna Omejec: Izvanredna stanja u pravnoj teoriji i ustavima pojedinih zemalja (poredbena studija hrvatskog i srodnih europskih ustavnopravnih modela), Pravni vijesnik Osijek, br. 12(1-4), 1996., str. 173.

**TEMPORARY ABOLITION OF HUMAN RIGHTS IN THE STATE OF
EMERGENCY - BOSNIA AND HERZEGOVINA CONSTITUTIONAL
FRAMEWORK**

Summary: The Constitution of Bosnia and Herzegovina attaches great importance to human rights, which is specifically regulated in Article II of the Constitution and Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The Constitution does not contain explicit provisions on the state of emergency, and, therefore, no provisions on the derogation (abolition) of human rights in that case. Such provisions are contained in the constitutions and laws of the entities, explicit or implicit, as well as the Law on Defense of Bosnia and Herzegovina. Derogation of human rights in a state of emergency is possible on the basis of direct application of the relevant provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article II.2 of the Constitution), with extensive, targeted and systematic interpretation of the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The primary goal of this paper is to point out the “constitutional disorder” of the state of emergency and the related temporary derogations of human rights. Therefore, the paper points out the need to amend the Constitution of Bosnia and Herzegovina in this area.

Key words: human rights, derogation, Constitution of Bosnia and Herzegovina, European Convention, Law on Defense of Bosnia and Herzegovina.

MIROVNI SPORAZUM I LJUDSKA PRAVA: PERSPEKTIVA BOSNE I HERCEGOVINE 25 GODINA OD POTPISIVANJA DEJTONSKOG MIROVNOG SPORAZUMA

Sažetak: Mirovni sporazumi su ugovori koji za cilj imaju zaustavljanje sukoba. Različitost sukoba, posebno faze u kojim se sukob nalazi u vrijeme mirovnih inicijativa, kreirali su i različite oblike mirovnih sporazuma. Kako mirovni sporazum uređuje odnos dvije ili više sporazumnih strana vezano za različit spektar pitanja to za posljedicu ima visok stepen specifičnosti pojedinačnih mirovnih sporazuma, zbog čega je veoma teško napraviti njihovu sveobuhvatnu klasifikaciju. U praksi, koriste se uobičajene klasifikacije Ujedinjenih nacija koje obuhvataju: sporazume o prestanku neprijateljstva ili o prekidu vatre; sporazume prije pregovora; privremene ili preliminarne sporazume; sveobuhvatne i okvirne sporazume i sporazume o implementaciji.

U decembru 1995. godine potpisan je Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, poznat i kao Dejtonski sporazum čija dva od 11 aneksa su isključivo posvećena pitanju ljudskih prava. Nesumnjivo da se ugradnjom ljudskih prava u Dejtonski sporazum, koji u Aneksu IV sadrži i Ustav BiH kao najviši pravni akt jedne društvene zajednice, promovira princip ustavne demokratije. Od potpisivanja Dejtonskog sporazuma prošlo je 25 godina što predstavlja značajan vremenski period da se sagleda stanje ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kroz perspektivu garancija poštivanja ljudskih prava utvrđenih Dejtonskim mirovnim sporazumom.

Cilj ovog rada je da kroz osvrt na određene presude Evropskog suda za ljudska prava, stajališta UN i drugih međunarodnih tijela ljudskih prava, EU Izvještaj o napretku i druge relevantne dokumente kojim se prezentira stanje ljudskih prava u Bosni i Hercegovini, a u odnosu na Dejtonski mirovni sporazum.

Ključne riječi: sukob, mirovni sporazum, ljudska prava, ustav, Evropski sud za ljudska prava, međunarodna tijela ljudskih prava.

1. Uvod

Intenzitet razvoja društvenih odnosa, a u cilju preveniranja konflikta, nameće potrebu stalne revizije uspostavljenih mehanizama zaštite, čovjeka kao individue, društva kao kolektiviteta, kao i dostignutih društvenih vrijednosti. Razvoj tehnologije, korištenje nuklearnog potencijala u nemirovne programe stvaraju prijetnje ne samo čovjeku, državi, već čovječanstvu u cjelini, što podiže pitanje koliko postojeći mehanizmi zaštite mogu efikasno odgovoriti na izazove

koje razvoj društva postavlja. Ovo je posebno značajno u kontekstu činjenice da se u svijetu dešavaju konflikti koji za posljedicu često imaju najteža kršenja ljudskog prava iako je od kraja Drugog svjetskog rata usvojen niz međunarodnih standarda ljudskih prava, čime su stvorene globalno pretpostavke za očuvanje mira. Ipak, pravo na mir nije isključivo vezano za konfliktna društva. Njegova uzajamno-posljedična veza sa drugim pravima je osnov za osiguranje egzistencije, opstanak i razvoja pojedinca i društva u cjelini. Ograničenja i/ili uskraćivanja navedenih prava često dovode do konflikta. Kako mirovni sporazumi su ugovori koji za cilj imaju zaustavljanje sukoba i postizanje mira, to je nesporno da ljudska prava su jedan od značajnih elemenata tih ugovora. Različitost sukoba, posebno faze u kojim se sukob nalazi u vrijeme mirovnih inicijativa, kreirali su i različite oblike mirovnih sporazuma. Kako mirovni sporazum uređuje odnos dvije ili više sporazumnih strana vezano za različit spektar pitanja to za posljedicu ima visok stepen specifičnosti pojedinačnih mirovnih sporazuma, zbog čega je veoma teško napraviti njihovu sveobuhvatnu klasifikaciju. U praksi, koriste se uobičajene klasifikacije Ujedinjenih nacija koje obuhvataju: sporazume o prestanku neprijateljstva ili o prekidu vatre; sporazume prije pregovora; privremene ili preliminarne sporazume; sveobuhvatne i okvirne sporazume i sporazume o implementaciji.

Politička elaboracija razumije mir kao sporazum pri čemu je prisutna dualna priroda mira i to mir kao politički sporazum i etablirani društveno-politički poredak i mir kao pravednost. Upravo ova dualna priroda mira se najbolje može vidjeti na primjerima postkonfliktnih država, uključujući posebno Bosnu i Hercegovinu s obzirom na formu i sadržaj Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini ili Dejtonskog sporazuma (u daljem tekstu: Dejtonski mirovni sporazum).

Osiguravanje dostojanstva i jednakosti svih ljudi, bez obzira na rasu, boju kože, nacionalnu ili etničku pripadnost, kako bi se eliminisala diskriminacija po ovoj osnovi, vladavina zakona i dobro upravljanje glavni su principi društvenog razvoja. Važnost ovih principa posebno je istaknuta u postkonfliktnim društvima, imajući na umu da sukobi tako često imaju rasne ili etničke dimenzije koje uvelike utječu na prestanak sukoba i pokretanje mira (Pilegaar, Dzumhur, 2015).

U praksi mirovni sporazumi pokušavaju osigurati primjenu ovih principa, posebno zahtijevajući od strana da poduzmu sve djelotvorne mjere za preispitivanje državnih i lokalnih politika i promjenu, suspendovanje ili ukidanje zakona koji promoviraju diskriminaciju. Fokus je stavljen na posebne i konkretne mjere kako bi se osigurao razvoj ili zaštita nekih grupa i pojedinaca koji pripadaju tim grupama, kako bi se zagarantovalo njihovo potpuno ostvarivanje ljudskih prava i osnovnih sloboda na jednakoj osnovi. Međutim, hitna potreba da se sukob brzo završi i uspostavi mir često ostavlja nedovoljno prostora za potpuno osiguravanje načela jednakosti, kroz individualizaciju ljudskih prava i sloboda, dok su takva prava i slobode garantuju određenim skupinama, kao kolektivitetima.

2. Ljudska prava

Princip univerzalnosti ljudskih prava je uspostavljen kao globalna vrijednost usvajanjem UN Povelje 1945 godine¹ prema kojoj će Ujedinjene nacije (UN) promovirati univerzalno poštivanje ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, vjeru, jezik ili spol; održavati međunarodni mir i sigurnost, razvijati prijateljske odnose među narodima; ostvarivati međunarodnu suradnju rješavanjem međunarodnih problema i služiti kao središte za usklađivanje djelovanja naroda na postizavanju tih zajedničkih ciljeva.² Država ima primarnu odgovornost da svim osobama na svojoj teritoriju osigura uživanje ljudskih prava.

U cilju osiguranja uživanja i zaštite ljudskih potrebno je prije svega podsjetiti na definiciju šta su ljudska prava. Klasična ustavnopravna teorija određuje ljudska prava kao „*subjektivna javna prava koja posjeduju građani u odnosu na državnu vlast*“. Ona predstavljaju svojevrsnu branu, garanciju protiv zloupotreba državne vlasti, najvažniji mehanizam njene kontrole ograničenja (Hasanović, Lapandić, 2007). Jedno od vjerovatno najboljih određenja pojma ljudskih prava, dao je Luis Henkin koji za ljudska prava kaže, da je to: „*skup minimalnih moralno-političkih zahtjeva prirodno-pravnog karaktera, koje svaki pojedinac posjeduje ili bi trebalo da posjeduje, u odnosu na državnu vlast i društvo u kome živi*“ (Henkin, 1990). Ovo stajalište prof. Henkina ukazuje na bitno svojstvo ljudskih prava, a to je odnos prema državnoj vlasti i društvu. Navedeno automatski postavlja pitanje odnosa ljudskih prava prema demokratiji, da li su i u kojoj mjeri ljudska prava značajan faktor procjene da li i u kojoj mjeri određeno društvo je demokratsko. Ako pođemo od stajališta da se ljudska prava u modernim demokratskim ustavima prihvataju kao osnovna prava, to automatski veže pitanje postojanja demokratskih struktura, kao preduslova za provedbu i ostvarivanje ljudskih prava, te osiguranje dostojanstva čovjeka. Kao generalno pitanje, nameće se da li je uopće moguće postojanje demokratske države bez ostvarenja ljudskih prava i osiguranja dostojanstva čovjeka. Nesumnjivo, da su turbulencije globalnih političkih promjena značajno uticale na jačanje povezanosti ljudskih prava i demokratije, a koja se sve više pojavljuju, u trojnom odnosu, zajedno sa raspodjelom vlasti. Realna učinkovitost ljudskih prava pretpostavlja njihovo pravno važenje, a ono pretpostavlja raspodjelu vlasti koja uključuje i definiranje odgovornosti te vlasti, između ostalog i stanje ljudskih prava u jednoj državi. Jedino onda kada je nosilac državne vlasti obavezan pravu, može biti obavezan i ljudskim pravima. Ovo prije svega zahtjeva, da je vlast koju vrši propisana od strane ustavotvoraca i zakonodavaca, uz osiguranje da nezavisno sudstvo nadgleda održanje prava.

Jasno je da isključivu suverenost u jednoj državi imaju građani koji tu suverenost, putem izbora, prenose na vlast. Stoga, nije slučajno da ustavi mnogih

1 Potpisana 26. juna 1945. u San Francisku, stupila na snagu 24. oktobra 1945. godine, Charter of the United Nations | United Nations, www.un.org/en/charter-united-nations

2 Premabula i član 1. UN Povelje.

država upravo ukazuju na ovu činjenicu. Tako, Ustav Francuske iz 1958. godine definira da: *„suverenitet pripada narodu koji ga obavlja preko svojih predstavnika i referendumom“*³; Ustav Italije iz 1948. godine: *„suverenitet pripada narodu koji ga obavlja u oblicima i u granicama određenim Ustavom“* (član 1); Ustav Španije iz 1978. godine: *„suverenitet počiva u španskom narodu iz kojeg proizilaze sve državne vlasti“* (član 1). Značaj definiranja suvereniteta države u ustavu često uključuje i pitanje ograničenja prisvajanja suvereniteta. Tako Ustav Republike Srbije utvrđuje da *„suverenost potiče od građana koji je vrše referendumom, narodnom inicijativom i preko svojih slobodno izabranih predstavnika“* te da *„nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti suverenost od građana, niti uspostaviti vlast mimo slobodno izražene volje građana“* (član 2- nosioci suvereniteta).

Dakle, izabrani zvaničnici na koje su građani prenijeli svoj suverenitet imaju ovlaštenja da u okviru državne vlasti upravljaju suverenitetom, uključujući i međunarodne odnose gdje države stupaju u određene pravne poslove čime dobijaju i međunarodno-pravni subjektivitet. Ipak, ključno je pitanje kako osigurati da vršitelji državne vlasti ne zloupotrebe ovlaštenja koja su im građani prenijeli. Upravo osiguranje zaštite ljudskih prava u jednoj državi i značajnoj mjeri ovisi o postojanju mehanizama prevencije zloupotrebe vlasti koja se može odvijati kroz propuštanje poduzimanja obligatornih radnji ili djelovanju koje u sebi sadrži elemente protivpravnosti.

Ovo pitanje je veoma značajno u kontekstu Bosne i Hercegovine, kao postkonfliktne i tranzicijske države iz razloga što je sistem odlučivanja iz državnih institucija prenesen u *“neformalne centre moći”* koji se čak ne mogu poistovjetiti niti sa moći koju imaju političke partije na vlasti. Ta moć, a prije svega moć odlučivanja, vezana je za nekoliko pojedinaca-političkih lidera koji kroz uspostavljeni paralelizam u potpunosti blokiraju organe vlasti u donošenju odluka u skladu sa svojim mandatom. U ovom slučaju se najčešće kao opravdanje koristi potreba zaštite nacionalog vitalnog interesa jednog konstitutivnog naroda, što se automatski veže na Preambulu Ustava BiH koji ljudska prava garantira isključivo konstitutivnim narodima (u zajednici sa ostalim) kao kolektivitetima. Sama činjenica da je *“zajednica sa ostalim”* stavljena u zagradu ukazuje na nejednak tretman bilo koje osobe u BiH koja se ne izjašnjava kao pripadnik jednog od konstitutivnih naroda i koja se tretira kao ostali, a na što je ukazao i Evropski sud u nekoliko svojih presuda (Sjedić i Finci v. BiH, Zornić v. BiH, Baralija v. BiH).

Istovremeno, član II.1.Ustava Bosne i Hercegovine definira da: *“Bosna i Hercegovina i oba entiteta će osigurati najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda”*, te da *“prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se*

3 Član 3, donesen je 4. oktobra 1958. kao Ustav Pete Republike. Ustav iz 1958. i danas je na snazi kao najviša pravna norma u Francuskoj, a ako se u obzir uzme ustavna povijest te zemlje, radi se o jednom od najstabilnijih francuskih ustava. Vijeti više: https://sh.wikipedia.org/wiki/Ustav_Francuske

*direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini". Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima*⁴ U članu II. 3. Ustava BiH prikazan je Katalog prava koje vlasti BiH trebaju osigurati svakom licu na svojoj teritoriji. Dakle, jasno je da su Preambula i član II. Ustava u međusobnoj suprotnosti s obzirom da Preambula garantira prava, prije svega, konstitutivnim narodima kao kolektivitetima, dok član II. slijedeći međunarodne standarde ova prava garantira svakom pojedincu na teritoriji države. U praksi, ovaj pristup rezultira da jedan ili više kolektiva, čija su prava zagarantovana mirovnim sporazumom, uživaju privilegiran položaj u društvu u odnosu na druge kolektivitete, što u konačnici dovodi do ograničenja prava kolektiviteta po drugim osnovama, npr. po osnovu spola. To je slučaj u Bosni i Hercegovini, u kojoj Dejtonskim mirovnim sporazumom su uspostavljena prava konstitutivnih naroda (Bošnjaka, Hrvata, Srba), tako da je svako ko se ne identifikuje sa jednim od navedenih kolektiviteta veoma ograničen u svojim pravima, što dovodi do socijalne isključenosti te osobe. Rezultat je da socijalna isključenost pojedinaca i/ili određenih kategorija stanovništva dovodi do njihove marginalizacije. Ovom marginalizacijom su u većoj mjeri pogođene žrtve rata, posebno žene žrtve rata, jer su često žrtve višestrukih povreda (Pilegaar, Dzumhur, 2015). Ovakav pristup je suprotan osnovnim principima ljudskih prava prema kojim svaki pojedinac posjeduje ili bi trebalo da posjeduje, u odnosu na državnu vlast i društvo u kome živi.

Razvoj ljudskih prava za pretpostavku ima demokratiju, što uključuje i pravo naroda na samoodređenje svojih zakona i javnu kontrolu sve tri vlasti. Raspodjela vlasti i demokratija proizilaze iz ideje ljudskih prava i završavaju u njoj, zbog čega je nesumnjivo da trojstvo: ljudskih prava, raspodjele vlasti i demokratije čini pravno-institucionalno jedinstvo, čije ostvarenje je pretpostavka za humanost, pravednost, te slobodu i dostojanstvo svakog čovjeka. Ukoliko je narušen jedan od navedena tri elementa, to automatski ugrožava i efikasnost druga dva.

3. Dejtonski sporazum

Dejtonski sprazum je opći okvirni sporazum za mir u BiH koji je rezultat mirovnih dogovora postignutih u bazi zračnih snaga Wright-Patterson u [Daytonu, u Sjedinjenim Američkim Državama](#), 21. novembra 1995. godine, koji je zvanično potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu. Ovaj mirovni sporazum su potpisali predsjednici Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Srbije, a ceremoniji potpisivanja su prisustvovali mnogobrojni predstavnici međunarodne zajednice.⁵ Dejtonski mirovni sporazum sastoji se od 11 aneksa koji pokrivaju vojne, političke i civilne

4 Član II.2. Ustava BiH.

5 Potpisivanju su prisustvovali: tadašnji generalni sekretar UN Butros Butros-Gali, generalni sekretar NATO Havijer Solana, američki predsjednik Bil Clinton, francuski predsjednik Žak Širak, britanski premijer Džon Mejdžor, njemački kancelar Helmut Kol i ruski premijer Viktor Černomirdin. Evropsku Uniju predstavljao je nekadašnji švedski premijer i ko-predsjednik Dejtonske mirovne konferencije, Karl Bilt.

aspekte sporazuma, kao i one o regionalnoj stabilizaciji, ljudskim pravima, a Anex 4 Dejtonskog sporazuma predstavlja Ustav BiH. Potpisujući sporazum, potpisnice Dejtonskog sporazuma su preuzele i obavezu da poštuju ljudska prava i prava izbjeglica i raseljenih lica, te da sarađuju sa svim relevantnim tijelima i organizacijama u sprovođenju mirovnog sporazuma i istraživanju i procesuiranju ratnih zločina i drugih kršenja međunarodnog humanitarnog prava (Džumhur, 2014).

Dakle, međunarodna zajednica ne samo da je inicirala potpisivanje Dejtonskog sporazuma već je u cijelosti fasilitirala proces pregovaranja i usaglašavanja ključnih elemenata dogovora, te u konačnici organizirala njegovo potpisivanje. Koliko je velika bila involviranost međunarodne zajednice u ovaj proces ukazuje i informacija da je tek nakon deset godina, sa dokumenata o pregovorima u Dejtonu skinuta oznaka tajnosti, tako da su ti dokumenti postali dostupni javnosti. Nesumnjivo, bez međunarodne zajednice Dejtonski sporazum nikada ne bi bio potpisan.⁶

Sa vremenske distance od 25 godina nakon usvajanja Dejtonskog mirovnog sporazuma niz indikatora ukazuje da je ovim sporazumom stvorena jedna od najkompleksnijih državnih struktura u kojoj su prema izvještajima mnogobrojnih organizacija, uključujući i tijela Ujedinjenih nacija, prisutna kršenja ljudskih prava koja se u određenoj mjeri vežu za uređenje države uspostavljeno Aneksom 4 Dejtonskog sporazuma koji predstavlja Ustav Bosne i i Hercegovine.

Ustav je potvrdio međunarodno-pravni kontinuitet Republike Bosne i Hercegovine, koja je postala nezavisna od bivše Jugoslavije pod imenom Bosna i Hercegovina i sa modificiranom državnom strukturom. Shodno članu I/3 Ustava BiH, Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH) i Republike Srpske (RS). Također je izvršena i distribucija nadležnosti između institucija BiH i entiteta, a Bošnjaci, Srbi i Hrvati opisani su kao "konstitutivni narodi". Ustav je dodijelio slaba ovlaštenja državi Bosni i Hercegovini i većinu ostavlja na entitetima. Na nivou države, uvedeni su aranžmani podjele ovlaštenja, čime je nemoguće doći do odluke protiv volje predstavnika bilo kog konstitutivnog naroda. Ustanovljen je Dom naroda kao drugi dom, uveden je veto na osnovu vitalnih interesa za sva tri konstitutivna naroda u oba doma, kao i kolektivno Predsjedništvo od tri člana, sa Srbinom iz RS, te Bošnjakom i Hrvatom iz Federacije.

Ustav ostavlja mogućnost proširenja nadležnosti institucija BiH po tri osnova: kada entiteti dogovorom prenesu određene nadležnosti, kada je to potrebno radi provođenja aneksa 5 – 8 Sporazuma⁷ ili kada je to potrebno radi

6 Dokumenti se mogu pročitati (na engleskom jeziku) na sajtu Arhiva Nacionalne Sigurnosti USA (National Security Archives) [The Secret History of Deiton: U.S. Diplomacy and the Bosnia Peace Process 1995](#).

7 V – Arbitraža; VI – Ljudska prava; VII – Izbjeglice i raseljena lica; VIII – Komisija za zaštitu nacionalnih spomenika

očuvanja suvereniteta, teritorijalnog integriteta i političke neovisnosti BiH.⁸ Na osnovu Dejtonskog sporazuma stvorena je još jedna teritorijalna jedinica – Distrikt Brčko BiH.⁹

Potpisivanje Dejtonskog mirovnog sporazuma premjestilo je Bosnu i Hercegovinu iz rata u postkonfliktnu fazu, koja je ljudima donijela nadu i vjeru u sigurnost, mir, ljudska prava i eliminaciju svih oblika kršenja. Nažalost, ljudi su se brzo susreli s nedostacima Dejtonskog mirovnog sporazuma, uključujući uspostavljanje složene vladine strukture, koja ograničava pristup ekonomskim i socijalnim pravima. Podjela odgovornosti između različitih nivoa vlasti (država, entitet, kanton i općina) u području ekonomskih i socijalnih prava ometa pristup tim pravima i čini nejasnim gdje leži odgovornost (Pilegaar, Dzumhur, 2015).

Shvatanja uloge Dejtonskog mirovnog sporazuma su različita. Dominantno prisutno mišljenje je da osnovni značaj Dejtonskog mirovnog sporazuma je u zaustavljanju četverogodišnjeg rata. Prema prof. Pejanoviću ima više momenata kojim se označava ono najvažnije što je Bosni i Hercegovini omogućio Dejtonski mirovni sporazum, što između ostalog uključuje:¹⁰

- Sačuvan integritet i međunarodno-pravni subjektivitet države Bosne i Hercegovine;
- Donesen Ustav kao sastavni dio Dejtonskog mirovnog sporazuma i na njemu zasnovano unutrašnje ustrojstvo Bosne i Hercegovine kao države sa dva entiteta i centralnim institucijama države BiH;
- Situirana zaštita ljudskih prava po međunarodnim standardima;
- Ustanovljene međunarodne garancije za povratak izbjeglica;
- Provođenje Dejtonskog mirovnog sporazuma zasnovano je na principu angažovanja snaga međunarodne zajednice – vojnih i civilnih. Vojnih kao snaga NATO saveza i civilnih u obliku Visokog predstavnika međunarodne zajednice koji je istovremeno vrhovni autoritet za tumačenje i provođenje Dejtonskog mirovnog sporazuma.

Prema prof. Pejanoviću, u vezi sa pitanjem šta je Bosni i Hercegovini omogućio Dejtonski mirovni sporazum u teorijskim i drugim raspravama figuriraju dva mišljenja kao dominantna. Jedno mišljenje sadrži argumentaciju

8 Član III/5 Ustava BiH

9 U skladu sa članom V Aneksa 2 Dejtonskog sporazuma, strane su se složile sa obavezujućom arbitražom u spornom dijelu međuentitetske linije razgraničenja na području Brčkog. Tribunal je 05.03.1999. godine donio Konačnu odluku kojom je osnovan Brčko Distrikt pod isključivim suverenitetom Bosne i Hercegovine. Na osnovu ove odluke Supervizor za Brčko Distrikt je donio i Statut Distrikta koji je stupio na snagu 09.03.2000. godine („Službeni glasnik BD BiH“, broj:1/00). Više o ovome vidjeti na <http://www.ohr.int/ohr-offices/brcko/> Kako bi se okončala ovlaštenja Arbitražnog tribunala, u Ustavom BiH predviđenoj amandmanskoj proceduri donesen je Amandman 1 na Ustav BiH („Službeni glasnik BiH“ broj: 25/09)

10 Pejanović, M., Dejtonski mirovni sporazum i razvoj političkog pluralizma u Bosni i Hercegovini, <https://www.ifimes.org/ba/7942-struktura-drzave-bosne-i-hercegovine-na-temelju-dejtonskog-mirovnog-sporazuma>

da je Dejtonski mirovni sporazum riješio pitanje rata njegovim zaustavljanjem i stvorio osnovu na kojoj će Bosna i Hercegovina uspostaviti unutrašnju integraciju, izgraditi demokratske institucije, učvrstiti mir i pristupiti euro-atlantskim integracijama.

Drugo mišljenje ima argumentaciju da je Dejtonski mirovni sporazum podijelio Bosnu i Hercegovinu na etničkoj osnovi time što je etnički princip postao dominantan u unutrašnjem ustrojstvu i funkcionisanju države. Zbog toga je Bosna i Hercegovina postala nefunkcionalna i skupa država (BiH je država sa 13 parlamenata i vlada – 10 kantonalnih; dvije entitske i jedna na državnom nivou). Dvije trećine društvenog proizvoda ide za javnu potrošnju – administraciju.

Posmatrajući Dejtonski mirovni sporazum, kao cjelinu, može se zaključiti da je on ostvario svoj cilj, a to je uspostava trajnog mira. Međutim, država izgrađena na njegovim osnovama je još uvijek „država sa posebnim potrebama“ jer je njeno funkcionisanje vezano za prisustvo međunarodne zajednice i ulogu Visokog predstavnika za BiH (Bakšić- Muftić, 2015). Osnovne slabosti Dejtonskog sporazuma su:

- nefunkcionalna i neefikasna država koja ovako strukturirana ne može pristupiti Evropskim integracijama (partnerstvo za mir, Evropska unija);
- ustavna diskriminacija etničkih grupa u dijelovima BiH u kojima ne predstavljaju većinu
- ograničavanje aktivnog i pasivnog biračkog prava;
- podrška strankama politički odgovornim za realizaciju etničkog čišćenja i konzekventno tome postavljanje prepreka reintegraciji BiH;
- nedovoljna efikasnost u reformskim procesima;
- nedovoljno razvijeno civilno društvo;

Nestandardiziranost Dejtonskog mirovnog sporazuma kao međunarodnog sporazuma, ali i nestandardiziranost njegovog Aneksa 4 koji predstavlja ustav jedne države je razlog da je ovaj dokument u fokusu stalnog interesovanja, posebno s obzirom na posljedice koje njegova implementacija ima na jedno društvo i njene građane. Tako prof. Šarčević smatra da je Dejtonski mirovni sporazum kabinetski proizvod tri političke partije zapadnoevropske i američke diplomacije. Njegovo donošenje zbog toga ne može se dovesti u vezu sa idejom o državnom uređenju „odozdo“. Odmah na početku treba, dakle odbaciti mogućnost da se Aneks 4 kao konstitutivni pravni akt „narodnog samoopredjeljenja“ smatra Ustavom (Šarčević, 1997:122).

Ustav BiH moguće je razumjeti samo u kontekstu grupe međunarodnopravnih sporazuma o kojima je dogovoreno u Dejtonu/Parizu. Međutim, Ustav BiH je poseban slučaj ne samo zbog stepena internacionalnog učešća nego i zbog činjenice da je to najnefunkcionalniji ustav u Evropi, ako ne i u svijetu.¹¹ Vlast

11 Ustav BiH nije zvanično preveden sa engleskog jezika na službene jezike Bosne i Hercegovine, niti je objavljen u „Službenom glasniku Bosne i Hercegovine“, osim Amandmana I. Ustavni sud BiH, kao njegov „čuvar“, u radu koristi neslužbeni prevod koji je dostavio Ured Visokog predstavnika u BiH.

je decentralizirana do tog stepena da djelotvorno vladanje postaje nemoguće, a donošenje odluka u državnim institucijama je paralizirano zahtjevima za međuetnički konsenzus. Institucionalna struktura nije koncipirana za državu jednakih građana, nego dijeli vlast između etničkih grupa tako da cementira ranije podjele i otežava njihovo prevazilaženje. To reflektira činjenicu da je cilj donošenja Ustava 1995. godine bilo zaustavljanje sukoba, a ne izgrađivanje savremene države. Od tada Država je napredovala na drugim poljima i taj napredak bi trebalo da se odrazi na Ustav (Buquiccio, 2010). Buquiccio, bivši predsjednik Venecijanske komisije je iznio i stajalište da odluka Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Sejdić i Finci protiv BiH je dovela do toga da je ustavna reforma neizbježna.

Navedeno treba posmatrati i u svjetlu činjenice da je Dejtonski sporazum „s jedne strane uvažio izvršenu podjelu BiH po etničkom principu, a s druge strane zadržao je međunarodni suverenitet države u postojećim granicama. Ostavio je široke nadležnosti entitetima i veoma male nadležnosti na državnom nivu“ (Bakšić-Muftić: 2005). Ovako uspostavljen okvir predstavlja izazov za osiguranje primjene međunarodnih standarda ljudskih prava za sve subjekte koji imaju definiran mandat Dejtonskim mirovnim sporazum, kako domaće institucije, tako i međunarodne organizacije. Svaka država, kao neovisni međunarodno priznati subjekt treba da funkcioniše na način kojim će osigurati da u potpunosti izvršava svoje obaveze. Ovo je princip na koji se često pozivaju i predstavnici međunarodne zajednice ukazujući da odgovornost za stanje u BiH isključivo imaju „domaći političari“ koji su kroz izbore dobili legitimitet, a da je uloga predstavnika međunarodne zajednice da podrže procese koji će biti upravljani od strane domaćih političara. Ipak, specifičnost pozicije međunarodne zajednice u BiH, a prije svega intenzitet i modaliteti njene involviranosti, posebno u toku i nakon potpisivanja Dejtonskog sporazuma ukazuju da međunarodna zajednica snosi značajan dio odgovornosti za stanje u BiH, a na što ukazuje i niz izvještaja koje je od 1999. godine uradila Evropska Inicijativa za stabilizaciju (European Stability Initiative - ESI).¹²

4. Uloga međunarodne zajednice

Uključenost međunarodne zajednice u proces raspada SFRJ je indirektno uključivala međunarodnu zajednicu i u zbivanja vezana za BiH. Ipak, u jednom širem kontekstu, djelovanje međunarodne zajednice u BiH može se podijeliti u nekoliko perioda i to:

¹² ESI je neprofitni istraživački institut, stvoren kao odgovor na potrebu za postojanjem nezavisne, detaljne analize kompleksnih pitanja koja su uključena u promoviranje stabilnosti i prosperiteta u Evropi. ESI je u junu 1999. godine osnovala multinacionalna grupa analitičara sa ekstenzivnim iskustvom u regionu. Od svog osnivanja pa do danas ESI je napisao veliki broj izvještaja o Jugoistočnoj Evropi i o politici proširenja Evropske Unije

- period prije proglašenja neovisnosti i koji je uglavnom vezan za aktivnosti u odnosu na SFRJ kao međunarodno priznat subjekt;
- period u toku rata koji je bio obilježen, prije svega, humanitarnim intervencijama i nastojanjima da se uspostavi mir;
- period pripreme i zaključivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma;
- period implementacije Dejtonskog sporazuma (Dzumhur, 2014).

U ovom radu osvrnut ćemo se na djelovanje međunarodne zajednice vezano za implementaciju Dejtonskog mirovnog sporazuma. Pitanje uloge međunarodne zajednice u implementaciji Dejtonskog mirovnog sporazuma je veoma složeno jer ukazuje da je to i pitanje autoriteta međunarodne misije, Ureda Visokog predstavnika (OHR) i njegovog političkog gospodara, Vijeća za implementaciju mira (PIC), koji čine 55 zemalja i međunarodnih organizacija koje su uključene u mirovne napore (ESI i Populari, 2007:4). Dejtonski mirovni sporazum je međunarodnoj zajednici dao široka ovlaštenja u nekoliko oblasti, kao što su vojna i civilna, oblast ljudskih prava, povratak izbjeglica itd. Ustvari, nositelj implementacije značajnog broja aneksa Dejtonskog mirovnog sporazuma nakon njegovog potpisivanja je upravo bila međunarodna zajednica. Ono što nije jasno definirano je vremenski okvir djelovanja međunarodne zajednice, niti su definirana tranzicijska rješenja, odnosno, nejasno je kada počinje nacionalno vlasništvo nad procesima, tj. od kada domaće institucije vlasti preuzimaju odgovornost. Istovremeno, određene odredbe Dejtonskog sporazuma same po sebi su izgubile smisao nakon protoka određenog vremena.

Kancelarija visokog predstavnika (Office of the High Representative - OHR) je odgovorna za sprovođenje civilnih aspekata Dejtonskog mirovnog sporazuma. Djelujući u okviru mandata Vijeća sigurnosti UN, Visoki predstavnik je najviši predstavnik međunarodne zajednice u BiH čija ovlaštenja, uključuju između ostalog, i donošenje zakona i smjenjivanje osoba koja vrše javna ovlaštenja i političara. Članom 1. Aneksa 10 propisano je da se: *„strane slažu da će primjena civilnih aspekata mirovnog rešenja sadržavati široki dijapazon aktivnosti, uključujući nastavak humanitarne pomoći za period koliko to bude potrebno; obnova infrastrukture i ekonomska obnova; ustanovljavanje političkih i ustavnih institucija u BiH; unapređenje poštovanja ljudskih prava i povratka raseljenih lica i izbeglica; održavanje slobodnih i fer izbora tokom vremenskog perioda u Aneksu 3 na opšti okvirni sporazum. S obzirom na kompleksnosti sa kojima se sreću, strane zahtijevaju imenovanje visokog predstavnika, koji će biti imenovan u skladu sa relevantnim rezolucijama SB UN...”*.

Visoki predstavnik je konačni organ na terenu vezano za tumačenje Dejtonskog sporazuma.¹³ Odluke Visokog predstavnika, kao konačnog autoriteta u zemlji u pogledu tumačenja Dejtonskog mirovnog sporazuma, obavezujuće su za sve u BiH. Ova ovlaštenja iz Aneksa 10 Dejtonskog mirovnog sporazuma su dodatno pojačana stavom XI.2 Zaključka Konferencije za implementaciju mira održane u Bonu 9. i 10. decembra 1997. godine, u kojem je Vijeće za

¹³ Član 5. Aneksa 10.

implementaciju mira pozdravilo namjeru Visokog predstavnika da iskoristi svoj konačni autoritet u zemlji u vezi sa tumačenjem Sporazuma o implementaciji civilnog dijela Mirovnog ugovora, kako bi pomogao u iznalaženju rješenja za probleme u skladu sa gore navedenim “donošenjem obavezujućih odluka, kada ocijeni da je to neophodno”, o određenim pitanjima, uključujući i (prema tački (c) stava XI.2) “mjere kojima se obezbjeđuje implementacija Mirovnog sporazuma na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine i njenih entiteta”.¹⁴

S obzirom na ovlaštenja međunarodne zajednice utvrđena Dejtonskim mirovnim sporazumom otvoreno je pitanje u kojoj mjeri je međunarodna zajednica bila spremna da preuzme ovlasti lokalnih aktera. Ovo je značajno u ocjeni efikasnosti djelovanja međunarodne zajednice u Bosni i Hercegovini. Nedostatak učinkovitosti međunarodnih snaga u BiH može se pratiti kroz više različitih faktora. Jedan od njih je da institucionalne strukture kroz koje je međunarodna zajednica djelovala nisu postavljene da imaju vlast. Uspostavljene međunarodne organizacije počele su s mnogo ograničenih pogleda na njihove misije, vođene ostvarivanjem svoje tradicionalne uloge diplomatije, posredovanja, savjeta i pomoći.

ESI je ukazao da *„rast slabosti nacionalističkih režima nudi međunarodnoj zajednici i rizik i priliku. Raste potreba za korjenitim promjenama u Bosni kojim nacionalističke stranke imaju manje mogućnosti da se odupru tokom vremena. Izazov je da se izgrade nove institucije koje mogu preuzeti odgovorno upravljanja prije kolapsa stare strukture. Povlačenje međunarodne podrške prije nego se to postigne može donijeti katastrofalne posljedice“* (ESI, 1999). Nažalost, očito da ova rana upozorenja nisu razamtrana od strane međunarodne zajednice ozbiljno tako da se situacija u Bosni i Hercegovini usložnjavala gdje se odgovornost nastoji prebaciti na domaće autoritete koji nesumnjivo i jesu najodgovorniji. Ipak, potrebno je ukazati ponovo na činjenicu da je međunarodna zajednica facilitirala proces u kojem je uspostavljen sistem u kojem nacionalni autoriteti djeluju i da taj sistem nije uspostavio mehanizme kojim se djelovanje nacionalnih autoriteta može strateški usmjeriti i odvojiti od nacionalističkih politika.

5. Međunarodna zajednica i ljudska prava

Dejtonski sporazum posebnu pažnju posvećuje ljudskim pravima. Članom 7. utvrđuje da su *“poštivanje ljudskih prava i zaštita izbjeglica i raseljenih lica od vitalnog značaja za postizanje trajnog mira”*, te se *“strane slažu i počinovat će se u potpunosti sa odredbama koje se tiču ljudskih prava izloženih u poglavlju 1. Sporazuma u Aneksu 6, kao i obaveza koje se tiču izbjeglica i raseljenih lica koje su izložene u poglavlju 1. Sporazuma u Aneksu 7”*. Za osiguranje poštovanja ljudskih prava svakako je značajno ukazati da Aneks 1 utvrđuje listu međunarodnih standarda koja se moraju primjenjivati na teritoriji BiH. Istovremeno Aneks 6

¹⁴ Ove ovlasti s obzirom na mjesto održavanja konferencije se još zovu „Bonske ovlasti“.

utvrđuje mehanizme za zaštitu ljudskih prava i to Komsiju za ljudska prava koja se sastoji od Ombudsmena i Doma za ljudska prava. Uključenost međunarodne zajednice u uspostavu mehanizama za zaštitu ljudskih prava nije bila samo da pomognu uspostavu ovih institucija, već je prvi Ombudsman bio stranac, a u Domu za ljudska prava od 14 članova, 8 su bili stranci koje je imenovao Komitet ministara Veća Evrope (CEO) u skladu sa svojom Rezolucijom (93) 6.

Kada govorimo o ulozi međunarodne zajednice u implementaciji Dejtonskog sporazuma sa aspekta ljudskih prava, značajno je ukazati da je ova uloga višestruka. S jedne strane, njena je uloga je afirmativna na način da je učestvovala u kreiranju mehanizama ljudskih prava u BiH, čak je bila odgovorna za direktno izvršavanje mandata, što je bio slučaj sa ombudsmenom. I danas je značajna uključenost međunarodne zajednice u djelovanje mehanizama ljudskih prava u BiH, tako da se tri stranca nalaze na pozicijama sudija Ustavnog suda BiH.¹⁵ Nadalje, temelji vladavine prava, a prije svega zaštite ljudskih prava u BiH su bili uspostavljeni kroz djelovanje Doma za ljudska prava.

S druge strane, međunarodna zajednica u implementaciji izvršne funkcije, a u skladu sa odredbama Dejtonskog sporazuma, nije uvijek uspjela da osigura primjenu principa ljudskih prava, tako da se u nekim procesima pojavila kao direktni kršitelj, kao što je slučaj refome policijskih struktura (slučaj decertificiranih policajaca). Dejtonski sporazum nije uspostavio mehanizam zaštite za građane Bosne i Hercegovine u slučaju kada međunarodna zajednica krši njihova prava.

6. Gender aspekt

Dimenzija sukoba i urgentnost uspostave mira u kratkom roku često ne ostavljaju dovoljno prostora da se u procesu zaključivanja mirovnog sporazuma osigura učešće osoba oba spola. Tako u uslovima Bosne i Hercegovine, činjenica da nijedna žena nije učestvovala u pregovaranju i zaključivanju Dejtonskog mirovnog sporazuma je rezultirala da su žene totalno marginalizirane, a što se može vezati sa činjenicu da prioritet Dejtonskog mirovnog sporazuma, pored mira, bio je osiguranje prava etničkih grupa, odnosno, kolektiviteta uspostavljenih po nacionalnom principu. U praksi, posljedica ovakvog pristupa dovodi da jedan ili više kolektiviteta kojima se garantiraju prava kroz mirovni sporazum uživaju određeni povlašteni položaj u društvu, u odnosu na druge kolektivite, što u krajnjoj mjeri dovodi do ograničavanja prava kolektiviteta uspostavljenih po nekom drugom principu, kao npr. principu spolne ravnopravnosti.

Ovo je značajno istaći u kontekstu traženja uzročnika implementacije politike društvenog isključenja određenog broja individua koji se kroz prezentiran model multiplicira ukoliko se individua ne identifikira sa nekim od definiranih

¹⁵ Član 6. Ustava BiH: „Ustavni sud Bosne i Hercegovine će imati 9 članova.

a) Četiri člana bira predstavnički dom Federacije, a dva člana skupština Republike Srpske.

Preostala tri člana bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava nakon konsultacija sa Predsjedništvom.

nacionalnih kolektiviteta, a istovremeno pripada kolektivitetu žena. Tako, žena koja se neizjašnjava kao pripadnica jednog od nacionalnih kolektiviteta, u situaciji je da je po dva osnova ograničena u uživanju osnovnih ljudskih prava i sloboda, posebno političkih i ekonomskih. Očito da pripadnost nacionalnim kolektivitetima se koristi kao obrazloženje za nepriznanje kolektiviteta žena, a samim tim i za neprimjenu standarda jednakih mogućnosti za sve građane bez obzira na spol, dok su stvarni uzroci sasvim drugačije određeni. Odsustvo stvarnog priznanja kolektiviteta žena i njegova diametralna udaljenost u odnosu na uspostavljeni zakonski okvir dodatno pokriva stvarne uzročnike diskriminacije žena i šalje prividnu sliku uspostavljene jednakosti spolova.

Gender aspekt u procesu zaključivanja mirovnih sporazuma je veoma važan, s obzirom na činjenicu da su za konflikte, a samim tim i ugrožavanje prava na mir u novijoj historiji uglavnom odgovorni muškarci. Gender dimenzija ugrožavanja prava na mir je posebno došla do izražaja u toku rata, ne samo u Bosni i Hercegovini, već na cijelom Balkanu, kao regionu, jer je kroz presude Međunarodnog suda za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije uglavnom utvrđena odgovornost muškaraca, sa izuzetkom Biljane Plavšić. Istovremeno, žene su najčešće žrtve u slučajevima ugrožavanja prava na mir i često su cilj, odnosno, objekat određenih vojnih operacija kroz sistematsko, plansko silovanje, prisilne trudnoće što je rezultiralo da se presudom Međunarodnog krivičnog suda za ratne zločine počinjene na prostoru bivše SFRJ primijenio pravni princip po kojem je čin sistematskog silovanja žena druge nacionalnosti okvalifikovan kao "sredstvo terora", čime je "silovanje" kvalificirano kao kršenje zakona ili običaja rata kažnjivo članom 3. Statuta Međunarodnog tribunala i kao zločin protiv čovječnosti (član 5. Statuta).

Na gender dimenziju prava na mir ukazuje i činjenica da je u posljednjih dvadeset pet godina, usvojen niz međunarodnih dokumenata o ovom pitanju, počevši od Pekinške deklaracije i Platforma za djelovanje, usvojene na Četvrtoj svjetskoj Konferenciji o ženama 1995, Rezolucija Vijeća sigurnosti 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 i 1889 (2009). Navedeni dokumenti propisuju potrebu sudjelovanja žena na svim razinama odlučivanja o miru, razoružanju i sigurnosti, kao i potrebi sprovođenja rodne analize i osiguranja gender pravde u svim situacijama oružanih sukoba.

7. Zaključak

Razvijanje sistema ljudskih prava u jednoj državi zahtjeva postojanje visokog stepena opredjeljenosti predstavnika vlasti da slijede demokratske principe čija jedna od glavnih odlika, upravo, jeste poštivanje ljudskih prava i vladavina prava. Države, ali i svjetski poredak globalno, u svom historijskom razvoju, u segmentu ljudskih prava, prolazili su različite faze, pa tako i Bosna i Hercegovina, kao država. Značaj ljudskih prava je prepoznat i u kontekstu Bosne i Hercegovine, te

ne iznenađuje činjenica da su čak dva od jedanaest aneksa Dejtonskog mirovnog sporazuma isključivo posvećena pitanju ljudskih prava. Nesumnjivo da se ugradnjom ljudskih prava u Dejtonski mirovni sporazum, koji u Aneksu IV sadrži i Ustav Bosne i Hercegovine, kao najviši pravni akt jedne društvene zajednice, promovira princip ustavne demokratije. Naravno, preduslov za uspostavu jedne države, kao pravno-političke zajednice, pored osnovna tri elementa koji čine državu (teritorij, stanovništvo i vlast) jeste i postojanje zajedničkog i uzajamnog priznavanja članova zajednice, dakle građana, kao međusobno jednakih u pravima i slobodama. Upravo ustav je akt kojim se potvrđuje postojanje tog međusobnog i zajedničkog priznavanja i osigurava pravno konstituiranje zajednice. Ustav treba da osigura i organizacionu strukturu vlasti čije je djelovanje, prije svega, usmjereno na osiguranje jednakih prava i sloboda svim građanima, te sprečavanje i preveniranje kršenja njihovih ljudskih prava. Jedna od osnovnih pretpostavki egzistiranja, a posebno uživanja prava individua je priznavanje ne samo prava već i nositelja tih prava. Zahtjevu za priznavanjem kao osnovnom elementu onoga što danas nazivamo politikom « multikulturalnosti » i što daje epitet hitnosti je pretpostavljena veza između priznanja i identiteta, pri čemu se identitet označava nešto poput razumjevanja osoba o tome ko su one, o njihovom temeljno određujućim obilježjima kao ljudskog bića. Identitet pobuđuje pažnju iz razloga njegovog korištenja kao instrumenta za grupiranje osoba u određene kolektivitete što se u velikoj mjeri odražava na uživanje prava kroz priznanje samog identiteta uz uslov da je priznavanje bilo stvarno a ne samo formalno.

Društveno insistiraje na postojanju priznanja prava za pojedince i određene identitete često stvara društveni konflikt kao posljedicu upravo nepostojanja društvenog priznanja identiteta. Procjenjuje se da samo priznanje prava bez priznanja identiteta koji se pojavljuje u ulozi nositelja ili uživoaca prava je nedovoljno za osiguranje primjene prava, a direktno se odražava i na društvene odnose u cjelini. Najbolji primjer za ovu tvrdnju je Ustav Bosne i Hercegovine koji ima maksimalan stepen priznanja prava izražen u članu II « Ljudska prava i osnovne slobode » u kojem se naglašava da je Ustav BiH je dalekosežan dokument koji obavezuje na “*najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda*.”¹⁶ Nadalje, Ustav nalaže da se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ECHR) i njeni protokoli u Bosni i Hercegovini “*moraju direktno primjenjivati*” i “*moraju imati prioritet nad svim ostalim zakonima*”,¹⁷ a osnovna ljudska prava, kao katalog, navode se u posebnom stavu.¹⁸ Međutim, izostanak priznanja identiteta određenih grupacija kao što su manjine, žene i dr., te isključivo priznanje konstitutivnih naroda kao nacionalnih kolektiviteta u velikoj mjeri se odražava i na samo uživanje prava svih individua koje se nisu identificirale u okviru nacionalnog kolektiviteta. Stvaranje nacionalnog

16 Ustav Bosne i Hercegovine, (decembar 1995, donesen u kontekstu Dejtonskog mirovnog sporazuma), član II: Ljudska prava i osnovne slobode (stav 1.)

17 Idem, član II (2).

18 Idem, član II (3).

kolektiviteta čije priznanje kroz mirovne sporazume, ali posebno stvarno priznanje u postkonfliktnim zemljama mogu predstavljati opasan kriterij selekcije po kojem se cijeni i vrijednost nositelja prava, tako da pripadnici nacionalnog kolektiviteta imaju superiornost u odnosu ne samo na pripadnike bilo kog drugog kolektiviteta, već i sve pojedince koji nisu u tom kolektivitetu što u krajnjem rezultira njihovim negiranjem kao subjekata. U krajnjem, ovo podiže pitanje egzistencije ljudskog roda koju karakteriše trpeljivost, snošljivost, priznavanje i poštivanje drugog koji ima svoj identitet kao drugost, različitost, podnošenje kako druge ličnosti tako i socijalne grupe, druge kulture, druge nacije, druge religije, različitog mišljenja i svjetonazora itd.

Primjena instrumentarija vladavine u društvu je takođe drugačije postavljena. Umjesto dijaloga kao demokratskog sredstva koriste se instrumenti kojim se osobe izvan nacionalnih kolektiviteta svode na objekat manipulacije, upotrebe i zloupotrebe, kroz njihovo ogoljenje, primarno obezvređivanje na način da oni umjesto da budu kreatori društva u ime i unutar nacije, on postaju pukim konzumentom nametnutih stanja ili će biti tretirane subjektom kojeg za račun interesa nacionalnih kolektiviteta treba neutralizirati.

Ovakav odnos obilježen je izostankom ne samo dialoga, već bilo kakvih pregovora i fer odnosa koji bi uključivali i traženje rješenja prihvatljivog kako za individue izvan nacionalnih kolektiviteta, tako i za nositelje moći, te prihvatanje promjena uz spremnost na kompromise. U ovim uslovima nositelji moći polažu prava na sva prirodna bogatstva, prerađivačke kapacitete, zatim na izgrađenu prateću infrastrukturu, ali i na kompletnu društvenu nadogradnju. Taj proces ne bi bio neracionalan i nehuman, odnosno, ne bi bio nov u povjesti čovječanstva, da u svojoj suštini (programu) nema uzurpiranje ljudskih prava, posebno ekonomskih prava.

U postkonfliktnim drzavama, ustavni okvir, te politička i administrativna struktura, zasnovana na etnicitetu značajno doprinosi ograničenju priznavanja i sprovođenju načela ravnopravnosti spolova. Nekoliko faktora ima dodatni negativni uticaj na položaj žena i uživanje ljudskih prava kao sto su: nedostatak gender analize posljedica oružanog sukoba i nedostatak gender analize mirovnih procesa, procesa obnove i transformacije i učešća žena u tim procesima. Svakako ovakvom stanovištu doprinose i duboko ukorjenjeni, tradicionalni, patrijarhalni stereotipi u vezi sa ulogom i odgovornostima žena i muškaraca u porodici i društvu uopće, što se kod žena odražava u izboru obrazovanja, kao i na njihov položaj na tržištu rada, te nizak nivo učešća žena u političkom i javnom životu. Ovakvo okruženje u post konfliktnim zemljama posebno ima negativan uticaj na žene-žrtve rata (žene žrtve seksualnog zlostavljanja, žrtve torture) koje zbog preživljenog nasilja imaju potrebu za dodatnom brigom i zaštitom. Nažalost, njihove potrebe, posebno ako pripadaju manjinskim narodima ostaju neprimjećene. Višestruka diskriminacija žena (po osnovu spola; etničke ili rasne pripadnosti, invalidnosti i dr.) doprinosi povećanju stepena ugroženosti žena zbog čega one postaju potencijalne žrtve trgovine ljudima, te različitih vidova eksploatacije. Očito da u

postkonfliktnim zemljama, iako postoji visok stepen verbalne podrške uspostavi spolne jednakosti, pitanje političkog konsenzusa o ovom pitanju je često upitno, posebno u fazi njegove implementacije. Postojanje dvostrukih standarda svakako se reflektira i na potrebu postojanja pravne odgovornosti u slučajevima kršenja garantiranih prava individua.

Uspostavljanjem kriterija koji nekom od pojedinaca ili grupa u zajednici daje povlašteni status, kao što je etnička ili nacionalna pripadnost, jezik, boja kože, socijalni i ekonomski položaj, članstvo u političkoj partiji, vjerskoj zajednici, spol, seksualna orijentacija, dob i sl., a koje nema društveno opravdanje, automatski se narušava princip jednakog pristupa pravima i slobodama svim građanima, pod jednakim uslovima, čime se stvara disbalans na način da ovaj pojedinac ili grupa počinju uživati određeni višak prava ili sloboda, dok se u odnosu na ostale pojedince i kategorije to manifestira kao manjak prava i sloboda, čime se uvode diskriminatorne prakse. Dodatan problem za jedno društvo predstavlja pristup kojim se ovaj kriterij promovira u ustavu države čime se omogućava, a s obzirom na obavezu usklađivanja zakona sa ustavom, da ovaj kriterij postaje dozvoljeni pravni princip. Ovo nositeljima vlasti, kao donositeljima odluka, ostavlja visok stepen diskrecionog prava kojim se pojedinci ili grupe isključuju ukoliko ne pripadaju onima kojima je ustav dao povlašteni položaj. U uslovima postojanja nedovoljno razvijene pravne kulture, tranzicije, postkonfliktnog statusa, ovakav pristup kreira i stanje u kojem suverenitet građanina nestaje, ljudska prava se marginaliziraju i isključivi prioritet dobija kriterij promoviran u ustavu države čime se i fokus procesa prenosi isključivo na nositelje vlasti čija moć jača, a principi demokratije se gube. To za posljedicu ima činjenicu da svako pitanje građanina veoma brzo dobiva epitet političkog iako to u svojoj suštini nije. Tako se i žalbe kojima se građani obraćaju Ombudsmenima za ljudska prava Bosne i Hercegovine, kao što su pitanja prava na pristupačnost osoba sa invaliditetom, jednake zastupljenosti žena i muškaraca u svim sferama života, prava na naknadu za vrijeme porodiljskog dopusta, prava na pravni lijek i efikasnu sudsku zaštitu, prava na jezik i samoodređenje, slobodu pristupa informacijama, često nastoje okarakterizirati kao politička pitanja.

Osiguranje dostojanstva i jednakosti svih ljudi, bez obzira na spol, rasu, boju ili nacionalno ili etničko porijeklo i eliminacija svih oblika diskriminacije je osnovni princip razvoja jednog društva. Značaj ovog principa je posebno izražen kroz činjenicu da se radi o cilju koji je važan sam sebi, ali je takođe i instrument za osiguranje ljudske sigurnosti, tolerancije, suživota, smanjenja siromaštva i ostvarenja specifičnih sektoralnih ciljeva koji su vezani sa univerzalnim osnovnim ljudskim pravima. Osiguranje osnovnih prava i sloboda u jednom društvu bez diskriminacije po bilo kojem osnovu je imperativ i njegov značaj je posebno izražen u postkonfliktnim zemljama. Stoga ova činjenica nameće pitanje koliko mirovni sporazumi mogu biti korišteni kao instrument za uspostavu ovog principa u jednoj postkonfliktnoj zemlji, posebno koliko u njihovom zaključivanju nisu učestovale i muškarci i žene.

Dejtonski mirovni sporazum, potpisan 1995. godine zaustavio je rat u Bosni i Hercegovini i istovremeno kroz Aneks IV kreirao njenu unutrašnju strukturu, kao države, koja je i danas na snazi i koju mnogi vide kao faktor koji onemogućava svim građanima, pod jednakim uslovima, uživanje ljudskih prava. Ustav Bosne i Hercegovine, kao sastavni dio jednog mirovnog sporazuma, postavio je ljudska prava visoko na ljestvici prioriteta, vežući ljudska prava kroz član II direktno za obavezu primjene međunarodnih standarda kojim se ta prava utvrđuju. Ipak, neindividualizacija ljudskih prava kroz Ustav, čija Preambula daje prednost u uživanju prava konstitutivnim narodima, kao kolektivitetima, suprotstavlja jednu od osnovnih odlika ljudskih prava - individualnost kolektivitetu, što ostavlja dovoljno prostora za različita tumačenja i prakse, te dovodi do ugrožavanja i kršenja ljudskih prava pojedinaca koji se ne identificiraju sa jednim od tri konstitutivna naroda. Na ovu činjenicu su ukazala tijela Ujedinjenih nacija u svojim zaključnim razmatranjima i preporukama, te Europski sud za ljudska prava u presudama, Sejdić-Finci v. BiH i Zorić v. BiH, Pilav v. BiH i Baralija v. BiH. Međunarodna tijela, kroz ukazivanje na kršenje međunarodnih standarda ljudskih prava, zahtijevaju od vlasti Bosne i Hercegovine, da s obzirom da Ustav Bosne i Hercegovine nije usklađen sa međunarodnim standardima i da sadrži diskriminatorne odredbe, pristupe njegovoj izmjeni. Istovremeno, primjer Bosne i Hercegovine u globalnom kontekstu je otvorio značajno naučno i praktično pitanje, a to je koliko mirovni sporazumi trebaju biti faktor mira, a koliko kreatori unutrašnjeg sistema jedne države koja je u konfliktu i da li rješenja uspostavljena istim ipak trebaju biti prijelaznog karaktera i predvidjeti ograničen vremenski period unutar kojeg treba uspostaviti uređenje države na demokratskim principima, uz puno uvažavanje ljudskih prava.

Razvoj jedne demokratske države podrazumjeva, prije svega, uvažavanje volje građana koji imaju isključivi suverenitet. U tom kontekstu, postavlja se pitanje koliko je sadašnji Ustav Bosne i Hercegovine odraz volje njenih građana s obzirom da Dejtonski sporazum nikada nije službeno preveden, nije ratifikovan u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, niti objavljen u Službenom glasniku BiH. Ovim sporazumom je usvojen i Ustav države Bosne i Hercegovine - Aneks IV Općeg okvirnog sporazuma. Dakle, Ustav Bosne i Hercegovine je dio mirovnog ugovora, izrađen i usvojen bez učešća građana BiH i bez primjene procedura koje bi ovom dokumentu dala demokratski legitimitet.

Jedan od segmenata volje građana može biti izgradnja društva unutar kojeg su ovlasti, ali i odgovornosti podijeljene između države i nižih organizacionih jedinica, uključujući između ostalog i jedinice lokalne samouprave. Podjela vlasti na ovaj način ne bi trebala ograničavati državnu vlast, već naprotiv, trebala bi sa aspekta građana, učiniti je dostupnijom, te samim tim i efikasnijom. To znači da je ključno pitanje odabir modela državnog uređenja kojim se određuje odnos državne vlasti, kao centralne, u odnosu na niže organizacione jedinice. Možda je upravo odnos državne i nižih nivoa vlasti u Bosni i Hercegovini dobar primjer za analizu mogućih uticaja ograničenja državne vlasti na efikasnost cjelokupnog

funkcioniranja vlasti, te samim tim i na mogućnost ostvarivanja ljudskih prava, što indirektno otvara pitanje efikasnosti države u implementaciji njenih obaveza koje ima kao subjekt međunarodnog prava. U Bosni i Hercegovini, često se zanemaruje činjenica da suverenitet ne pripada nekim organima, niti Ustavom uspostavljenim organizacionim jedinicama, već državi kao cjelini. Ovo je i logično, jer kada se djelovanje države sastoji od čina ili propusta koji se mogu pripisati državi i kada takvo djelovanje predstavlja povredu međunarodne obaveze, isključiva međunarodno-pravna odgovornost leži na državi. Navedeno je vidljivo iz svih preporuka iz Univezalnog periodičnog izvještaja (UPR) i tijela Ujedinjenih nacija (UN komiteti) upućenih Bosni i Hercegovini, kao državi članici, a ne njenim nižim nivoima vlasti. Istovremeno, ovo otvara pitanje postojanja ustavnopravnog okvira koji državi, nositelju međunarodnih obaveza, stavlja na raspolaganje mehanizme kojima je u mogućnosti osigurati implementaciju preuzetih međunarodnih obaveza od strane nižih nivoa vlasti, posebno u slučaju kada ti nivoi vlasti u određenim oblastima uživaju visoki stepen autonomije, kao što je slučaj sa ekonomskim i socijalnim pravima u Bosni i Hercegovini, za koje država ima koordinirajuću ulogu, dok entiteti, a u Federaciji Bosne i Hercegovine i kantoni imaju isključivu nadležnost u određenim pravima. Kako međunarodno-pravni subjektivitet podrazumijeva da je neki subjekt nosilac prava i obaveza prema međunarodnom pravu, da se ponaša u skladu sa pravilima prava i da je neposredno podvrgnut međunarodno-pravnom poretku,¹⁹ to je nesporno da države ograničavaju svoju suverenost svakim međunarodnim ugovorom koji zaključuju i da moraju poduzeti mjere u cilju realizacije preuzetih obaveza. U skladu s tim, država članica kroz svoje ustavno uređenje treba imati mehanizam koji će joj omogućiti intervenciju u slučaju kada niži nivoi vlasti ne osiguravaju prava utvrđena preuzetim međunarodnim standardom.

Nakon što su Europski sud za ljudska prava, a predhodno i UN komiteti, ukazali na sistemske slabosti Ustava Bosne i Hercegovine, koje dovode do kršenja ljudskih prava i diskriminacije, došlo je do pojave ideje o dogradnji Dejtonskog mirovnog sporazuma, čime bi se uspostavile osnove za funkcionalnu organizaciju države, kakvu danas imaju zemlje članice Evropske unije. Ova ideja još uvijek je daleko od konsensusa, kako u međunarodnoj zajednici, tako i u bosanskohercegovačkim političkim snagama. Izuzetno, ograničene odgovornosti koje je Ustav Bosne i Hercegovine dao državi bile su nedovoljne da se osigura funkcioniranje moderne države. U uslovima kada je državni sistem uspostavljen na način da subordinacija između viših i nižih nivoa vlasti nije propisana, onda je logično, da u cilju osiguranja implementacije međunarodnih obaveza vezanih za ljudska prava, te osiguranja najboljeg interesa građana i njihove jednakopravnosti, bez obzira gdje žive na teritoriji Bosne i Hercegovine, mehanizam koordinacije bude u potpunosti iskorišten. Nažalost, praksa pokazuje da i u slučajevima kada je koordinacija po određenim pitanjima utvrđena, kao nadležnost državnih

¹⁹ Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, V., Obradović S., Osnovi međunarodnog javnog prava

ministarstva²⁰ izbjegava se njeno korištenje, pozivanjem na isključivu nadležnost nižih organizacionih jedinica (entiteti, kantoni), čak i u slučajevima kada to rezultira kršenjem ljudskih prava.

Jasno je da ključno pitanje za osiguranje ljudskih prava je odnos nositelja vlasti, dakle izabranih i imenovanih zvaničnika koji kreiraju politike i donose zakone u jednoj državi. Upravo ovi subjekti imaju dužnost i obavezu osigurati izvršenje odluka i preporuka međunarodnih tijela, što uključuje preporuka UPR i UN komiteta. Ovo nije samo jedan formalan, već suštinski proces, putem kojeg se provjerava opredjeljenost vlasti da poštuje međunarodni poredak, osigurava poštivanje i zaštita dostojanstva građana. Djelimična analiza preporuka UN komiteta i UPR upućenih Bosni i Hercegovini u periodu 1995. – 2020. godine pokazuje izostanak efikasnog postupanja prema ovim preporukama, zbog čega se značajan broj preporuka ponavlja iz jednog periodičnog ciklusa u naredni, što upućuje na zaključak da vlasti Bosne i Hercegovine međunarodne obaveze vezano za ljudska prava ne shvataju dovoljno ozbiljno. Dodatna zabrinutost je da se pažljivom analizom preporuka može zaključiti, da njihov značajan broj ukazuje na sistemske probleme u zakonodavstvu ili u institucionalnim kapacitetima koji dovode do kršenja ljudskih prava. Nameće se zaključak da se prilikom kreiranja politika u državi, ljudskim pravima ne posvećuje dovoljna pažnja čime se stvara prostor za narušavanje principa vladavine prava i usporava razvoj demokratskog društva. Stiče se dojam da vlast u Bosni i Hercegovini zanemaruje činjenicu da ljudska prava igraju sve važniju ulogu, kako u odnosima između država, tako i unutar nacionalne politike. Prepoznavanje značaja ljudskih prava, posebno u segmentu osiguranja njihovog uživanja u različitim kontekstima ima velik uticaj na mir, sigurnost, razvoj, socijalnu pravdu, eliminaciju diskriminacije, zaštitu prava ugroženih grupa kao što su djeca, pripadnici manjinskih naroda, izbjeglice te pripadnici drugih društveno i ekonomski marginaliziranih, a često i isključenih grupa.

Literatura:

Gianni Buquicchio, G., (2010) Predgovor USTAV Bosne i Hercegovine : Komentar / [autori Christian Steiner ... [et al.] ; prevod Nedim Ademović ... [et al.] , Sarajevo, Fondacija „Konrad Adenauer“;

Bakšić- Muftić, J., (2005) „Razumjevanje Dejtonskog ustava 10 godina kasnije“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu.

Dimitrijević, V., Račić, O., Đerić, V., Papić, T., Petrović, V., Obradović S., Osnovi međunarodnog javnog prava.

Dzumhur, J., (2014) *Uloga međunarodne zajednice u implementaciji Dejtonskog mirovnog sporazuma – aspekt ljudskih prava*, Centar za društvena

²⁰ Zakon o ministarstvima i drugim tijelima uprave, “Službeni glasnik BiH”, br., 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09 i 59/09, 103/09.

istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, Sarajevo, Bosna i Hercegovina, Zbornik radova Međunarodna naučno-stručna konferencija: "Izgradnja modernog pravnog sistema".

ESI i Populari: „Najgori u razredu Kako međunarodni protektorat šteti evropskoj budućnosti Bosne i Hercegovine, 2007.

ESI, „Reshaping international priorities in Bosnia and Herzegovina, Part One Bosnian Power Structures”, 1999.

European Stability Initiative “Discussion paper For the ESI-SIIA Stockholm Seminar on Bosnia and Herzegovina” 24 February 2000. A seminar organized by the Swedish Institute of International Affairs and the European Stability Initiative, with the support of the Swedish Ministry for Foreign Affairs, Johannesburg Castle, 3-4 March 2000.

Hasanović I., Lapandić, N., (2007) Internacionalizacija ljudskih prava i njihova jurisdikcija, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli.

Henkin, I., (1990) The Age of Rights, Columbia University Press.

Pejanović, M., Dejtonski mirovni sporazum i razvoj političkog pluralizma u Bosni i Hercegovini,

<https://www.ifimes.org/ba/7942-struktura-drzave-bosne-i-hercegovine-na-temelju-dejtonskog-mirovnog-sporazuma>

Pekinske deklaracija i Platforma za djelovanje, usvojene na Četvrtoj svjetskoj Konferenciji o ženama 1995, <https://arsbih.gov.ba/project/pekinska-deklaracija-i-platforma-za-akciju/>.

Pilegaar, L., and Dzumhur, J., Human rights shortcomings of the Dayton Peace Agreement, Forced Migration Review, *Dayton +20: Bosnia and Herzegovina twenty years on from the Dayton Peace Agreement*, 2015, www.fmreview.org/

Presuda Evropskog suda Baralija protiv Bosne i Hercegovine (2019), Aplikacija, br. 30100/18, http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/novosti/default.aspx?id=8856&langTag=bs-BA

Presuda Evropskog suda Pilav protiv Bosne i Hercegovine (2016), Aplikacija, br. 41939/07, <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/UredPDF/default.aspx?id=6680&langTag=bs-BA>

Presuda Evropskog suda SEJDIĆ I FINCI protiv Bosne i Hercegovine (2009), Aplikacija br. 27996/06 i 34836/06, http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/novosti/default.aspx?id=1008&langTag=bs-BA

Presuda Evropskog suda Zornić protiv Bosne i Hercegovine (2014), Aplikacija, br. 3681/06, <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/UredPDF/default.aspx?id=4745&langTag=bs-BA>

Rezolucija Vijeća sigurnosti 1325 (2000), <https://arsbih.gov.ba/project/rezolucija-vijeca-sigurnosti-un-1325-2000-zene-mir-i-sigurnost/>

Rezolucija Vijeća sigurnosti 1820 (2008), <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/CAC%20S%20RES%201820.pdf>

Rezolucija Vijeća sigurnosti 1888 (2009), <https://www.peacewomen.org/SCR-1888>

Rezolucija Vijeća sigurnosti 1889 (2009), <https://www.peacewomen.org/SCR-1889>

Statut Brčko distrikt BiH, „Službeni glasnik BD BiH“, broj:1/00;

Šarčević, E., (1997) „Ustav i politika“, Sarajevo;

The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, <http://www.ohr.int/dejtonski-mirovni-sporazum/>

UN Povelja, www.un.org/en/charter-united-nations

Ustav Bosne i Hercegovine,

http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf

Ustav Francuske, https://sh.wikipedia.org/wiki/Ustav_Francuske

Ustav Italije, www.educazioneadulti.brescia.it/.../6.../CostituzioneItaliana-Croato.pdf

Ustav Republike Srbije, https://www.paragraf.rs/propisi/ustav_republike_srbije.html

Ustav Španije,

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf

Zakon o ministarstvima i drugim tijelima uprave, „Službeni glasnik BiH“, br., 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09 i 59/09, 103/09.

**Dr Jasminka Džumhur, Ph.D,
Human Rights Ombudswoman, the Institution of Human Rights
Ombudsman of Bosnia and Herzegovina**

**AGREEMENT FOR PEACE AND HUMAN RIGHTS : PERSPECTIVE
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 25 YEARS AFTER THE SIGNING
OF THE DAYTON PEACE AGREEMENT**

Summary: Peace agreements are treaties aimed at ending conflicts. The diversity of conflicts, and particularly the stages of conflicts when peace initiatives take place, has impact to the forms of peace agreements. As a peace agreement governs relationships between two or more parties in respect to a different range of issues, there appears a high degree of specifics of individual peace agreements, which makes it very difficult to make a comprehensive classification of them. In practice, common United Nations classifications are used, which include: cessation of hostilities or ceasefire agreements; pre-negotiation agreements; interim or preliminary agreements; comprehensive and framework agreements and implementation agreements.

In December 1995, the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina also known as the Dayton Agreement, was signed, and the two of its 11 annexes are exclusively tackling the issue of human rights. There is no doubt that the incorporation of human rights into the Dayton Agreement, Annex IV of which constitutes the Constitution of BiH as the highest legal document in any given society, promotes the principle of a constitutional democracy. Twenty-five years have passed since the signing of the Dayton Agreement, which is a significant period of time which gives us the opportunity to review the human rights situation in Bosnia and Herzegovina from the aspect of guarantees of respect for human rights granted by the Dayton Peace Agreement..

This paper aims at going through the certain judgments of the European Court of Human Rights, the positions of the UN and other international human rights bodies, the EU Progress Report and other relevant documents in order to present the human rights situation in Bosnia and Herzegovina, in relation to the Dayton Peace Agreement.

Key words: conflict, peace agreement, constitution, European Court for Human Rights, international human rights bodies.

OSNOVNI NEDOSTACI SISTEMA ZAŠTITE USTAVNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Ustav Bosne i Hercegovine sastoji se od svega dvanaest članova (uz dva Aneksa) koji u značajnom dijelu ustavnu materiju regulišu na uopšten i okviran način, često puta i na nivou principa bez ulaska u detalje. Riječ je o modelu ustavne regulative koji odgovara anglosaksonskoj/američkoj pravnoj tradiciji. Slično je i u pogledu Ustava entiteta Federacija BiH koji mnoga važna pitanja u okviru ustavne materije reguliše na okviran način, pogotovo kada je riječ o oblasti ljudskih prava i sloboda. Takav model ustavnog normiranja, svakako, jeste fleksibilniji i praktičniji ali, također, zahtijeva i mnogo snažniju podršku u ostvarivanju zaštite ustavnosti, budući da okvirna ustavna regulativa, koja ne ulazi u detalje, ostavlja mnogo veću mogućnost zakonodavnoj i izvršnoj vlasti da svojim aktima pređu često puta nejasno postavljene granice na nivou ustavnog akta. Ovaj rad sadrži razmatranja o nedostacima sistema zaštite ustavnosti u Bosni i Hercegovini, u uvjetima u kojim model ustavnog normiranja očigledno ne odgovara modelu zaštite ustavnosti, te o praksi ograničavanja i samoograničavanja Ustavnih sudova u BiH i pretjeranog pravnog formalizma koji ozbiljno ugrađava princip vladavine prava.

Ključne riječi: Vladavina prava, ustav, ustavno sudstvo, zaštita ustavnosti u Bosni i Hercegovini, pravni formalizam, ograničavanje, samoograničavanje.

1. Uvod

Ovaj rad sastoji se od tri tematske cjeline. Prva tematska cjelina odnosi se na model ustavnog normiranja koji je nametnut Opštim okvirnim sporazumom za mir u BiH i Vašingtonskim mirovnim sporazumom. U ovom dijelu data je analiza ovog modela sa stanovišta načina normiranja ustavne materije, pravne tradicije i svijesti.

Druga tematska cjelina sadrži razmatranja koja se tiču različitih modela zaštite Ustava i ustavnosti, decentraliziranog koji je karakterističan za američku/anglosaksonsku pravnu tradiciju, te centraliziranog modela zaštite ustavnosti koji odgovara evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji i modelu detaljnog ustavnog normiranja. U ovom dijelu analiziran je model zaštite ustavnosti centraliziranog tipa koji se ostvaruje u uvjetima anglosaksonskog/američkog modela ustavnog normiranja u BiH. Osim toga, ukazano je i na druga obilježja ustavno-sudske prakse u BiH koja ne doprinose ostvarivanju principa vladavine prava i ustavne vladavine u punom kapacitetu.

U trećem dijelu data je analiza konkretnog slučaja pred Ustavnim sudom Federacije BiH, koja oslikava nedostatke u pristupu ustavnog pravosuđa u BiH, pretjerani formalizam, ograničavanje i samoograničavanje koje je prisutno u praksi Ustavnih sudova u BiH, radi čega trpi princip vladavine prava i ustavne vladavine, te što ima izrazito negativne implikacije na korpus ljudskih prava i sloboda.

2. Model ustavnog normiranja

Stupanjem na snagu Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH¹, pored ustavnih rješenja, nametnut je i model ustavnog normiranja koji nije blizak evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji i svijesti. Umjesto detaljne regulative još na nivou ustavnog akta, uspostavljen je model okvirnog ustavnog normiranja, uglavnom na nivou principa i bez ulaska u detalje po većini pitanja koja čine sadržaj ustavne materije. Tako se, samo primjera radi, Ustav BiH poziva na demokratska načela/principe, propisujući da je Bosna i Hercegovina demokratska država. Pri tome, Ustav se eksplicitno ne određuje o tome koja su to demokratska

1 O opštem okvirnom sporazumu za mir u BiH, kolokvijalno poznatom kao Dejtonski mirovni sporazum i elementima državnog uređenja BiH, vidi: Omer Ibrahimagić, Državno uređenje Bosne i Hercegovine, Autor, str. 79-84; Kasim Trnka, Ustavno pravo, Fakultet za javnu upravu, 2006, str. 103-106; Goran Marković, Bosanskohercegovački federalizam, JP Službeni glasnik/University Press-Izdavanja Magistrat, 2012, str. 69-74; David Chandler, Bosnia: Faking Democracy After Dayton, Pluto Press, 2000, str. 66-89; Dženeta, Mirašćić, Bosanski model demokratske vlasti, Narodna i univerzitetska biblioteka „Derviš Sušić” Tuzla, 2009, str. 109-111; Florian Bieber, Post-war Bosnia: Ethnicity, Inequality and Public Sector Governance, Palgrave Macmillan, 2006, str. 40-86; Suad Kurtćehajić, Omer Ibrahimagić, Politički sistem Bosne i Hercegovine, Autor, 2007, str. 176-217; Nina Caspersen, „Good Fences Make Good Neighbours? A Comparison of Conflict-Regulation Strategies in Postwar Bosnia,” 41 Journal of Peace Research 5, 2004, str. 572-583; Samuel H. Barnes, „The Contribution of Democracy to Rebuilding Postconflict Societies”, 95 The American Journal of International Law 1, 2001, str. 86 - 94; Michael G. Karnavas, „Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina: A Model for the Region and Other Postconflict Countries”, 97 The American Journal of International Law 1, 2003, str. 111-112; Ulrich Schneckener, „Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation”, 39 Journal of Peace Research 2, 2002, str. 209-210; Rory J. Conces, „A Sisyphean Tale: The Pathology of Ethnic Nationalism and the Pedagogy of Forging Humane Democracies in the Balkans”, 57 Studies in East European Thought 2, 2005, str. 162-174; Michael Steiner, „Seven Principles for Building Peace”, 20 World Policy Journal 2, 2003, str. 88-92; Benjamin Reilly, Democracy in Divided Societies: Electoral Engineering for Conflict Management, Cambridge University Press, 2001, str. 143-144; Strobe Talbott, „Self-Determination in an Interdependent World,” Foreign Policy 118, 2000, str. 154-156; Carrie Manning, The Making of Democrats, Palgrave Macmillan, 2008, str. 73-85; Derek Chollet, The Road to the Dayton Accords: A Study of American Statecraft, Palgrave Macmillan, 2005, str. 133-181; Paul A. Papayouanou, „Intra-Alliance Bargaining and U.S. Bosnia Policy”, 41 The Journal of Conflict Resolution 1, 1997, str. 101-109; Peter W. Singer, „Bosnia 2000: Phoenix or Flames?”, 17 World Policy Journal 1, 2000, str. 31-35; Shale Horowitz, „War after Communism: Effects on Political and Economic Reform in the Former Soviet Union and Yugoslavia”, 40 Journal of Peace Research 1, 2003, str. 42-43; John Graham, „Black Past, Grey Future? A Post-Dayton View of Bosnia and Herzegovina”, 53 International Journal 2, 1998, str. 217-220; Francine Friedman, Bosnia and Herzegovina: A Polity on the Brink, Taylor and Francis e-Library, 2005, str. 60-76.

načela na čiju primjenu upućuje, detaljnije ne obrazlaže njihov sadržaj i domašaj. Ne treba posebno naglašavati da pojam “demokratska načela” obuhvata vrlo širok dijapazon vrijednosti na kojima se zasniva svako demokratsko društvo, a koji na ovaj način dobijaju ustavni značaj i snagu – od opštih principa podjele vlasti, pravne sigurnosti, ravnopravnosti i zabrane diskriminacije, pravne države, vladavine prava, ustavne vladavine, nezavisnosti pravosuđa, demokratskih i slobodnih izbora, političkog pluralizma, sekularizma, inkompatibilnosti funkcija itd. do onih konkretnijih kojima se neposredno apliciraju opšti demokratski principi – kao što su npr. nepovredivosti privatnog vlasništva, opšte i jednako biračko pravo, tajnost glasanja, stalnost sudske funkcije, princip imuniteta nosilaca pravosudnih funkcija itd. Dakle, riječ je o nizu principa koji pokrivaju sve aspekte života u demokratskom društvu. U evropsko-kontinentalnom sistemu ovi principi, njihov sadržaj i domašaj, u pravilu su detaljno uređeni već na nivou ustavnog akta kao što su uređene i druge oblasti ustavne materije.²

Tako, na primjer, oblast ljudskih prava i sloboda u evropsko-kontinentalnom sistemu ustavnog normiranja posebno detaljno se reguliše već na nivou ustavnog akta. Određuje se sadržaj svakog prava i slobode ponaosob, njihovi mogući pojavi oblici, eventualna moguća ograničenja te se daje ovlaštenje i obaveza zakonodavcu za donošenje posebnih zakona sa kojima će se, u okviru granica jasno postavljenim ustavom, omogućiti uvođenje građana u njihova ustavom garantovana prava i slobode (npr. Zakon o javnom okupljanju, Zakon o slobodi medija, Zakon o slobodi pristupa informacijama i sl.), uz obavezu poštivanja tako definisanih prava i sloboda pri donošenju svih drugih opštih akata zakonodavne i izvršne vlasti.

Suprotno tome, Ustav BiH sadrži katalog prava i sloboda, nabrojajući ali normativno ne utvrđujući njihovu suštinu, sadržaj i domašaj, pojave oblike, te moguća ograničenja koja su u interesu demokratskog društva. Istina, Ustav BiH se poziva na brojne međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava i sloboda, koji predstavljaju dio Ustava u materijalnom smislu. Međutim, evropsko-kontinentalna pravna svijest i tradicija itekako ima problem sa ovakvim načinom ustavnog normiranja, odnosno sa direktnom primjenom međunarodnih instrumenata u unutrašnjem pravnom poretku, što je još jedan od kurioziteta modela ustavnog normiranja u BiH. To je, u slučaju BiH, pokazala praksa zakonodavca, ali i praksa sudova u BiH.³

2 Vidi o tome: Zlatan Begić, Position of ordinary courts in direct implementation of constitutional norms: New perspective in the case of legislative silence in Bosnia and Herzegovina, U: *Constitutional Courts and Ordinary Courts: Cooperation or Conflict?*, ed. Rainer Arnold and Herbert Roth, 59-87. Regensburg: Universitätsverlag Regensburg, 2017, str. 60-73.

3 Tako, samo primjera radi, zakonodavac na entitetskom nivou a potom i redovni sudovi u praksi nisu prepoznali da i radnička plata spada u imovinu koja je zaštićena po samom Ustavu, uvodeći brojne restrikcije Zakonom o stečajnom postupku čije odredbe je Ustavni sud u entitetu Federacija BiH iz toga razloga oglasio neustavnim. Desetogodišnjom primjenom neustavnih zakonskih odredbi ostala su neizmirena novčana potraživanja po osnovu zarađenih radničkih plata u stotinama hiljada slučajeva, bez mogućnosti efikasne pravne zaštite.

Dejtonski Ustav, dakle, sastoji se od svega dvanaest članova (i dva Aneksa) koji u značajnom dijelu ustavnu materiju regulišu na uopšten i okviran način, često puta i na nivou principa bez ulaska u detalje, uz Ankes I u kojem se upućuje na neposrednu primjenu 15 međunarodnih sporazuma za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Suprotno tome, kako je naprijed navedeno, evropsko-kontinentalna pravna svijest i tradicija podrazumijevaju detaljan pristup u pogledu regulative na nivou ustavnog akta, pa ustavi u zemljama koje pripadaju ovom tradicionalnom pravnom miljeu sadrže na stotine normi koje na precizan način uređuju materiju ustavnog prava već na nivou ustavnog akta. Ustav Federacije BiH, koji je dio Vašingtonskog mirovnog sporazuma, na sličan način normira oblast ljudskih prava i sloboda. U članu II.A.2. ovog Ustava propisuje se katalog ljudskih prava i sloboda, pri čemu se također ne ulazi u detaljniju regulativu kada je riječ o svakom pravu i slobodi ponaosob. U Aneksu na ovaj Ustav navedena su 22 međunarodna instrumenta koja se imaju primjenjivati u ovom entitetu, te koji imaju pravnu snagu ustavnih odredbi.

Ovaj model ustavnog normiranja direktna je posljedica uticaja Sjedinjenih Američkih Država odnosno anglosaksonskog/američkog modela ustavnog normiranja, čije oživotvorenje zahtijeva dodatno tumačenje i normiranje, te tako i popunjavanje normativnih praznina koje nisu uobičajene u zemljama evropsko-kontinentalnog pravnog miljea. Ovdje je riječ o normativnim, ali ne o pravnim prazninama pošto ustavno normiranje i pozicioniranje određenih ustavno-pravnih principa, uključujući i katalog ljudskih prava i sloboda, nužno povlači sasvim konkretne pravne posljedice i odnose do kojih se dolazi tumačenjem i dodatnim normiranjem, ali koji nisu zapisani u ustavni akt kako je to imanentno evropsko-kontinentalnom pravnom pristupu i tradiciji. Takav – američki/anglosaksonski model ustavnog normiranja zahtijeva popunjavanje normativnih praznina usljed okvirne ustavne regulative zakonima, drugim aktima te, što je naročito značajno, sudskom praksom.

Na ovom mjestu dolazimo do onoga što se – iz nekih drugih, uglavnom, političkih razloga u javnom diskursu u BiH već duže vrijeme laički nameće kao diskusija o “slovu i duhu Dejtona”. Naime, u uvjetima anglosaksonskog/američkog modela ustavne regulative bez dodatnog tumačenja, preciziranja i razrađivanja okvirnih ustavnih normi i principa na nivou zakonskih i drugih akata, gdje sudska – posebno ustavno-sudska praksa igra posebnu ulogu u BiH, slovo Ustava – odnosno ustavna norma postaje puki *nudum ius*, odnosno golo pravo bez mehanizama svoga ostvarenja u praksi. Ono što pojedinci laički nazivaju “duhom Dejtona” zapravo su neophodna tumačenja okvirnih ustavnih odredbi i principa, bez kojih nema oživotvorenja ustavnih odredbi i principa u praksi, odnosno bez kojih tzv. “slovo Dejtona” postaje mrtvo slovo na papiru.

Dakle, promjena u modelu ustavnog normiranja u BiH, nužno je zahtijevala i promjenu u logici pravnog pristupa, odnosno evropsko-kontinentalne – pogotovo balkanske pravne svijesti koja, pojednostavljeno rečeno, podrazumijeva da ono što nije zapisano u pravnim aktima, u većini slučajeva, jednostavno i ne postoji,

pogotovo sa pro-laičkog stanovišta. Takvo stanovište, nažalost, kako je praksa pokazala, bilo je preovladavajuće u praksi zakonodavca u mnogim ključnim oblastima u postdejtonskom periodu, ali je istovremeno bilo dio zvaničnih politika kojima nije odgovarala integracija prostora i ljudi u BiH, odnosno vladavina prava koja neminovno podrazumijeva konkretnu dopunu, ali i suštinske promjene postojećeg ustavnog okvira koji je iscrpio svoju primarnu funkciju zaustavljanja rata i agresije, te uspostavljanja održivog mira i sigurnosti kao najvišeg legitimnog cilja po međunarodnom pravu. U stvari, nametanjem Vašingtonskog i Dejtonskog Ustava, u uvjetima preovladavajuće evropsko-kontinentalne pravne svijesti i tradicije, implementiran je američki/anglosaksonski model ustavnog normiranja koji zahtijeva bitno drugačiji pristup u tumačenju i primjeni, ali i u pogledu zaštite ustavnosti, o čemu će više biti riječi u tekstu koji slijedi.

3. Model ustavnog normiranja Vs. model zaštite ustavnosti u BiH

Okvirne ustavne norme i ustavni principi u uvjetima američkog/anglosaksonskog okvirnog modela ustavne regulative zahtijevaju mnogo snažniju institucionalnu podršku i zaštitu sa stanovišta principa ustavne vladavine i vladavine prava od tradicionalnog centraliziranog evropsko-kontinentalnog modela zaštite ustavnosti, koji odgovara evropsko-kontinentalnom modelu ustavnog normiranja, gdje je samo Ustavni sud nadležan za zaštitu ustavnosti, dok redovni sudovi isključivo primjenjuju zakone bez obzira na kvalitet njihove ustavnosti. To iz razloga što okvirne ustavne norme i principi, koje ne ulaze u detaljnije regulisanje, kreiraju ambijent pri kojem zakonodavac, ali i organi izvršne vlasti mnogo lakše i češće mogu da pređu nejasno postavljene granice ustavne regulative, te da tako naruše princip ustavnosti i ustavne vladavine. To pogotovo imajući u vidu da su zakonodavna predstavnička tijela – laička tijela, te da se preko njihovih odluka i zakona koje donose prelamaju mnogi politički, finansijski, pa i lični interesi koji ne moraju uvijek biti u skladu sa ustavom i principima pravnog poretka. Takvo stanje stvari do izražaja naročito dolazi u zemljama nedovoljno razvijene demokratije i, posebno, nedovoljno razvijene vladavine prava i demokratskih institucija kao neophodne pretpostavke za razvoj demokratskog društva.

Druga, jednako važna linija provođenja, razrade i odbrane ustavnih principa je pravosuđe. Međutim, od ustavne pozicije pravosuđa, odnosno od usvojenog modela zaštite ustavnosti uveliko ovisi i nivo ostvarivanja principa vladavine prava i ustavne vladavine u okviru različitih modela ustavne regulative. Tako, evropsko-kontinentalnom modelu masovnog, detaljnog i preciznog normiranja već na nivou ustavnog akta odgovara tzv. centralizovani model zaštite ustavnosti, u kojem ovu nadležnost vrši Ustavni sud, dok redovni sudovi primjenjuju zakone dok su isti na snazi i u sadržaju u kojem jesu. Američkom/anglosaksonskom modelu fleksibilne, okvirne regulative na nivou principa i bez ulaska u detalje, međutim, odgovara drugačiji model zaštite ustavnosti – decentralizovani model, kakav se primjenjuje

npr. u SAD, gdje poseban Ustavni sud nadležan za zaštitu ustavnosti ne postoji, te koji podrazumijeva da se ustavnost štiti u okviru sistema redovnog pravosuđa i njegovih funkcija, čime se osigurava poštivanje principa ustavnosti i zakonitosti u sistemu precedenata u kojem se odluka donesena u jednom slučaju primjenjuje u svim narednim sličnim slučajevima.⁴

Tako se na efikasan način pruža nesumnjivo mnogo snažnija podrška principu ustavne vladavine i vladavine prava u uvjetima okvirne, fleksibilne te, često puta, neprecizne ustavne regulative, a koja je nužna u uvjetima datog modela ustavnog normiranja. Riječ je o modelu snažnije podrške Ustavu i principu ustavnosti u kojem učestvuje redovno pravosuđe, a koja je neophodna kako bi se sistem i odluke organa zakonodavne i izvršne vlasti zadržale u okviru Ustava.

Međutim, jedan od konceptualnih problema u BiH sastoji se u tome što je nametanjem mirovnih rješenja neadekvatno kombinovan model anglosaksonskog/američkog fleksibilnog i okvirnog ustavnog normiranja sa evropsko-kontinentalnim centralizovanim modelom zaštite ustavnosti u kojem je zaštita ustavnosti isključivo u nadležnosti Ustavnih sudova u BiH, dok redovni sudovi nemaju tu vrstu nadležnosti, nego – prosto rečeno primjenjuju zakone u sudskim postupcima sve dok su ti zakoni na snazi i dok se ne izmijene.

Tako su u zakonodavnoj praksi zabilježeni slučajevi da zakonodavac ustavom zaštićena prava i vrijednosti u ključnim oblastima regulative uopšte ne prepoznaje kao takve, te da redovni sudovi godinama primjenjuju takve odredbe zakona, narušavajući ustavne odredbe i ustavom garantovana prava građana, sve dok se nadležnom Ustavnom sudu ne podnese zahtjev za ocjenu ustavnosti, te sve dok se sporne odredbe ne oglase neustavnim. Samo primjera radi, takav slučaj bio je sa Zakonom o stečajnom postupku entiteta Federacije BiH, koji je bio jedan od ključnih zakona u procesima koji su se dešavali u BiH u posljednje dvije decenije. Formalizam redovnih sudova je čak išao dotle da su i nakon presude Ustavnog suda Federacije BiH i dalje primjenjivali neustavne odredbe navedenog Zakona, sve dok iste nisu izmjenjene u parlamentarnoj proceduri. Čak i nakon što su neustavne odredbe promijenjene u ovom konkretnom slučaju, te nakon što su prestale da važe, redovni sudovi, međutim, i dalje ih primjenjuju u stečajnim postupcima koji se trenutno vode, samoinicijativno i samovoljno tumačeći da postupci koji su započeti po tim normama, moraju biti i okončani po tim – neustavnim normama, iako za to nemaju zakonski, a pogotovo ne ustavni osnov, pa i u onim predmetima gdje postupak još nije ušao u fazu u kojoj tek treba da se primjene nove odredbe Zakona donesene povodom presude Ustavnog suda, a umjesto kojih se primjenjuju odredbe koje je Ustavni sud oglasio neustavnim (i koje su prestale da važe!)? Dakle, čak i u potpuno jasnim situacijama, postoje veliki problemi u pogledu implementacije ustavnih odredbi i principa u sistemu legislature i redovnog pravosuđa, pa čak i kada postoje presude Ustavnih sudova

4 O modelima zaštite ustavnosti, američkom-decentraliziranom i evropskom-centraliziranom, vidi šire: Draško Albrecht, Robert Podolnjak, Razlike između američkog i evropskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti, *Pravnik*, 43, 1 (87), 2009, str.: 26-32.

koje, od slučaja do slučaja, redovni sudovi nekada uzimaju, a nekada ne uzimaju u obzir.

S druge strane, primjera radi, redovni sudovi od slučaja do slučaja - na različite načine pristupaju i tumače – najblaže rečeno vrlo kontroverzne odluke Ustavnog suda BiH u veoma osjetljivim predmetima koji se odnose na zahtjeve za naknadu štete proizašle iz izvršenja ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i zločina genocida, a kojima je faktički – praksom Ustavnog suda BiH (neshvatljivo!) uvedena zastara na ovu vrstu zahtjeva kao da se radi o sasvim uobičajenim obligacijama nastalim u okviru redovnog pravnog prometa, a ne o šteti nastaloj izvršenjem najtežih krivičnih djela po unutrašnjem i međunarodnom pravu, te uprkos tome što se rok zastare za zahtjeve u pogledu potraživanja za štetu nastalu izvršenjem krivičnih djela, u skladu sa pravom na snazi, vezuje za rok zastare krivičnog gonjenja za krivično djelo kojim je šteta učinjena. Pri tome se, također, zanemari da za ovu vrstu najtežih krivičnih djela nema zastare krivičnog gonjenja, tako da je potpuno neshvatljiv i sporan stav Ustavnog suda BiH u ovim predmetima. Posebna kontroverza sastoji se u tome što je Ustavni sud BiH u rasponu od svega nekoliko godina zauzeo sasvim suprotna stanovišta u ovoj vrsti predmeta, dovodeći tako žrtve i porodice žrtava ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida u vrlo teško i nedopustivo stanje dodatne viktimizacije i izrazite pravne nesigurnosti.⁵

Jasno je da prelazak sa jednog na drugi koncept zaštite ustavnosti objektivno nije moguć, kako zbog tradicionalnog konzervatizma sistema pravosuđa u svakoj zemlji - uključujući BiH, tako i zbog niza drugih razloga i uticaja koje bi takav proces izazvao na organizaciju i strukturu pravosudnog sistema, na sistem obrazovanja pravnika itd., što nije potrebno posebno obrazlagati. Naime, model funkcionisanja pravosuđa, te ustavnog pravosuđa – tamo gdje postoji, odnosno model zaštite ustavnosti rezultat je dugoročnih procesa i pravne tradicije koja je imala svoj tok razvoja, te koja se ne može preko noći promijeniti prostim donošenjem pravnih akata kojima bi se nametnuo drugačiji model zaštite ustavnosti. Mnogo realnije, sa doktrinarnog stanovišta, bi bilo prilagoditi ustavne akte u BiH evropsko-kontinentalnom modelu preciznog ustavnog normiranja, evropsko-kontinentalnoj

5 Tako je npr. 2004. godine Ustavni sud u predmetu br. AP-289/03 zauzeo logičan i pravno utemeljen stav da se slučajevi naknade štete nastale uslijed izvršenja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti imaju upravljati u skladu sa članom 377. entitetskih Zakona o obligacionim odnosima, jer je nesumnjivo riječ o šteti koja je prouzrokovana izvršenjem krivičnih djela, što je predmet regulative upravo ovog člana Zakona. Pritom, Ustavni sud je zauzeo sljedeći stav: „Stoga, okolnosti i činjenice konkretnog slučaja ukazuju da je šteta za apelante nastala izvršenjem nekog od krivičnih djela iz grupe krivičnih djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava. S obzirom da, prema članu 100. Krivičnog zakona, zastarjelost krivičnog gonjenja za predmetna krivična djela ne može nastupiti, ne može nastupiti niti zastarjelost potraživanja naknade štete. U takvoj pravnoj situaciji, Ustavni sud smatra da nepostojanje pravosnažne osuđujuće presude donesene u krivičnom postupku ne znači da šteta nije nastala izvršenjem krivičnog djela.” Međutim, nekoliko godina kasnije Ustavni sud BiH zauzeo potpuno suprotno stanovište te je uveo zastaru i u pogledu naknade štete proizašle iz izvršenja ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i genocida, mimo ikakve pravne logike i sa potpuno spornom argumentacijom.

pravnoj svijesti i tradiciji. Međutim, u složenim političkim prilikama kakve vladaju u BiH, to u aktuelnom momentu također nije moguće objektivno očekivati.

Međutim, čini se da u BiH niti postojeći sistem zaštite ustavnosti centralizovanog tipa – putem Ustavnih sudova nije iscrpio sve svoje mogućnosti koje po ustavnim aktima posjeduje, te da često pretjeranim formalizmom, ograničavanjem, ali i nelegitimnim samoograničavanjem Ustavni sudovi sami sebe isključuju iz procesa u kojima bi morali imati proaktivnu ulogu pozitivnog regulatora u situacijama gdje je to nužno za osiguranje vladavine prava i ustavne vladavine. Ovdje je riječ o doktrini tzv. pozitivnog ustavno-sudskog aktivizma, koja je preovladavajuća u savremenom pozicioniranju ustavno-sudske grane vlasti, a koja podrazumijeva transformaciju uloge Ustavnih sudova od negativnog zakonodavca ka pozitivnom regulatoru procesa u svakoj situaciji koja zahtijeva takvu intervenciju sa stanovišta vladavine prava i ustavne vladavine. Takvu institucionalnu mogućnost prepoznao je i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu koji je u predmetu Baralija protiv Bosne i Hercegovine istakao da Ustavni sud BiH ima ovlaštenje da utvrdi pravila kojima će se omogućiti Ustavom garantovano pravo građana da biraju i da budu birani, u slučaju da nadležni zakonodavni organ ne osigura izmjene Izbornog zakona BiH i provođenje izbora u gradu Mostaru. U stvari, Evropski sud je ovakvim stavom uputio i podsjetio na činjenicu da su principi vladavine prava i ustavne vladavine vrhunske vrijednosti kojima trebaju da budu podređeni svi ostali odnosi, uključujući i real-politike u demokratskom društvu. U tom smislu posebna je pozicija i odgovornost ustavno-sudske grane vlasti koja ne bi smjela tolerisati bilo kakvu akciju ili njen izostanak ukoliko to vodi narušavanju principa vladavine prava i ustavne vladavine. Ukoliko se ustavno sudstvo u takvim situacijama drži po strani, onda se opravdano postavlja pitanje svrhe njegovog postojanja.

Praksa Ustavnih sudova u BiH u većini slučajeva ne slijedi ovu doktrinu i način funkcionisanja. Osnovni problem sa državnim Ustavnim sudom je u nelegitimnom odbacivanju vlastite nadležnosti, odnosno u njegovom samoograničavanju – što nema uporište u Ustavu BiH, posebno sa stanovišta principa vladavine prava i ustavne vladavine. Tako, Ustav BiH u svom članu VI/3. propisuje, između ostalog, da Ustavni sud BiH podržava Ustav BiH, kako Ustav propisuje – *uključujući, ali ne ograničavajući se na to* da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim Ustavom, te da li su odluke entiteta o uspostavljanju posebnih paralelnih odnosa sa susjednim državama u skladu sa Ustavom BiH, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine. Međutim, Ustavni sud BiH je sam sebe nedopustivo ograničio, parcijalno i neadekvatno primjenjujući odredbe člana VI/3. Ustava BiH, te je zauzeo stav po kojem zasniva svoju nadležnost isključivo u predmetima u kojima se traži preispitivanje ustavnosti odredbi Ustava i zakona entiteta, dok odbacuje nadležnost u postupcima koji se odnose na sve opšte akte donesene na nivou kantona – uključujući Ustave i zakone kantona, te na

podzakonske i druge opšte akte niže pravne snage od zakona donesene na nivou entiteta, pa i na državnom nivou u određenim slučajevima.⁶

U stvari, ovakva vrsta samoograničavanja Ustavnog suda BiH u pogledu zaštite Ustava BiH kao akta navije pravne snage na teritoriju čitave BiH nije utemeljena u Ustavu BiH, nego razloge za to treba tražiti u pristupu i praksi koja evidentno vodi ciljanom podkapacitiranju njegovog položaja, a čime se dovodi u pitanje princip vladavine prava i ustavne vladavine na direktan način. To u konkretnom slučaju Ustavni sud BiH dovodi u poziciju koja više odgovara nekoj vrsti “suda konfederacije” negoli državnog Ustavnog suda, što i jeste neskrivena intencija pojedinih real-politika u postdejtonskom periodu u pogledu svih institucija BiH, pa tako i Ustavnog suda.

Odatle i termin “zajedničke institucije” koji se odomaćio i koji pojedini politički subjekti neizbježno upotrebljavaju čak i u okviru institucija i zvaničnih akata i procedura, a koji termin također nema utemeljenje u Ustavu BiH. To iz razloga što su zajedničke institucije imanentne državnim zajednicama, odnosno zajednicama država tj. konfederacijama, što je još jedan od pokušaja da se na terminološkom nivou promjeni priroda države Bosne i Hercegovine barem u simboličkom smislu. S tim u vezi, Ustav BiH ne poznaje termin “zajedničke institucije”, nego institucije Bosne i Hercegovine – što se ciljano zanemaruje od strane pojedinih faktora u BiH.

U pogledu načina funkcionisanja Ustavnih sudova na nivou entiteta također bi se mogle staviti zamjerke pretjeranog formalizma, ograničavanja i samoograničavanja, ali i direktnog kršenja Ustava koji, kako će se vidjeti iz teksta koji slijedi, često puta znaju da dovedu u pitanje princip vladavine prava i ustavne vladavine. Tako je poznat slučaj Poslovnika o radu Ustavnog suda Republike Srpske čijom se odredbom člana 54. stav 2. direktno krši Ustav RS, ali i odredbe Ustava BiH kojima se propisuje konstitutivnost i ravnopravnost Bošnjaka, Srba i Hrvata na cjelokupnom teritoriju BiH, i na svim nivoima vlasti. Konstitutivnost naroda institucionalno se štiti, između ostalog, i mogućnošću upotrebe tzv. mehanizma zaštite vitalnih interesa konstitutivnih naroda na državnom nivou, te na entitetskom i kantonalnom nivou. Naime, u skladu sa odredbama člana 70b. Ustava RS-a, da bi se donijela odluka o povredi vitalnog interesa bilo kojeg konstitutivnog naroda potrebno je da najmanje dvojica sudija od ukupno sedam, koliko čini Vijeće za zaštitu vitalnih interesa ovog Suda, glasaju za takvu odluku. Time je, u skladu sa navedenom odredbom, na nivou ustavnih rješenja osigurana zaštita vitalnih interesa konstitutivnih naroda u ovom entitetu, imajući u vidu strukturu Vijeća za zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda Ustavnog suda RS-a, te budući da sastav ovog Vijeća čine najmanje po dva predstavnika iz reda sva tri konstitutivna naroda, te jedan iz reda ostalih. Međutim, navedenim odredbama

6 Tako su poznati slučajevi odbacivanja nadležnosti u predmetu br. U-8/18 u kojem su se osporavale odredbe kantonalnih Ustava zbog očiglednog kršenja prava na konstitutivnost srpskog naroda i negiranje prava na srpski jezik, te drugih prava u pojedinim kantonima, zatim predmet U-4/17 u kojem su se osporavale odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o visokom obrazovanju Tuzlanskog kantona – u kojem se također Ustavni sud BiH oglasio nenadležnim i sl.

Poslovnika o radu Ustavnog suda RS-a derogirane su navedene odredbe Ustava ovog entiteta, te je uvedena dvotrećinska većina pri odlučivanju o meritumu u predmetima zaštite vitalnog interesa konstitutivnih naroda. Na ovaj način proizvedena je paradoksalna situacija pri kojoj Ustavni sud RS-a, umjesto da štiti Ustav ovog entiteta – što mu je osnovna funkcija, zapravo krši njegove odredbe u veoma važnoj oblasti zaštite vitalnih interesa konstitutivnih naroda. Time je *de facto*, te protivno ustavnim odredbama na snazi u ovom entitetu, onemogućena zaštita kolektivnih etničkih interesa manjinskih konstitutivnih naroda u entitetu RS putem upotrebe mehanizma zaštite vitalnog interesa – što pogađa bošnjački i hrvatski konstitutivni narod.

Sporne odredbe Poslovnika Ustavnog suda RS i danas su na snazi i po njima se postupa, uprkos tome što su već na prvi pogled u direktnoj suprotnosti sa odredbama Ustava RS i Ustava BiH. Pri tome je riječ o krupnom ustavnom pitanju – položaja i ravnopravnosti konstitutivnih naroda. Dakle, odredbama niže pravne snage od zakona na entitetskom nivou zapravo se na nedopušten i protivustavan način ušlo u regulativu statusa konstitutivnih naroda, na što državni Ustavni sud nije reagovao jer, po vlastitom stavu, ovaj Sud ne smatra se nadležnim za ocjenu ustavnosti akata koji nisu Ustavi i zakoni entiteta. To je samo jedan od primjera nelegitimnog samoograničavanja državnog Ustavnog suda BiH u situaciji kada je princip vladavine prava i ustavne vladavine ozbiljno ugrožen – i to u oblasti veoma važnih odnosa.

Osim toga, poseban problem predstavlja vrlo uzak krug ovlaštenih predlagača za pokretanje postupka ocjene ustavnosti zakona i drugih opštih akata pred Ustavnim sudom Federacije BiH i Ustavnim sudom BiH. U ulozi ovlaštenog predlagača mogu se pojaviti samo najviši funkcioneri javne vlasti – dakle oni koji su – ili neposredno učestvovali u donošenju spornih zakona ili su ti zakoni i drugi opšti akti doneseni od strane vladajućih političkih partija kojima, u pravilu, i oni pripadaju i koje su ih imenovala ili kandidovale za te pozicije. Imajući u vidu sve mehanizme kontrole koju partijska rukovodstva ostvaruju nad izabranim dužnosnicima – to je sasvim jasno da vršioci ovih funkcija svakako autonomno ne odlučuju o tome da li će pokrenuti postupak ocjene ustavnosti pred Ustavnim sudovima. Od postupka ocjene ustavnosti opštih akata treba razlikovati nadležnost državnog Ustavnog suda BiH po osnovu tzv. apelacione jurisdikcije gdje se građani mogu pojaviti pred Ustavnim sudom u pojedinačnim predmetima, ukoliko je povrijeđeno neko od njihovih prava garantovano Ustavom BiH, ali tek nakon što iscrpe sva druga pravna sredstva, dakle nakon višegodišnjeg sudovanja pred redovnim sudovima.⁷

Ono što se pokazalo kao intencija je inovativnost zakonodavnih i izvršnih organa vlasti u pogledu procedura po kojima se donose zakoni i drugi akti kojima se regulišu ključni odnosi i nerijetko prikraćuju prava građana utvrđena Ustavom. Ovu vrstu inovativnosti, međutim, ne slijedi inovativnost Ustavnih sudova u

7 Vidi o tome: Zlatan Begić, Selma Razić, Ustavnost stečajnih postupaka u Federacije Bosne i Hercegovine: Kako smo ubili radničku klasu, Društveni ogledi, 2/2, str. 65-66.

njihovom pristupu i u pogledu njihove ustavne funkcije zaštite ustavnosti. Tako se u ključnim oblastima donose zakoni po hitnom postupku, uz suspendovanje poslovnčkih odredbi i redovnih demokratskih zakonodavnih procedura, te uz isključivanje demokratske javnosti u situacijama pri kojima nisu bili ispunjeni poslovnčki uvjeti za donošenje zakona po hitnom postupku što je, nažalost, postalo pravilo u praksi zakonodavnih tijela pri regulativi važnih i vrlo osjetljivih odnosa. Na taj način je, primjera radi, regulisana oblast radno-pravnih odnosa donošenjem Zakona o radu, što je posebno značajna i osjetljiva oblast. Međutim, nije isključivo zakonodavna grana vlasti sklona ovakvom postupanju. U nastavku teksta dat je primjer iz prakse koji je bio vrlo aktuelan prošle godine, a gdje gdje je Ustavni sud Federacije BiH nastupio na način pri kojem je vladavinu prava i ustavnu vladavinu žrtvovao radi pretjeranog formalističkog pristupa.

4. Slučaj “freelancinga”

U postupku koji je pokrenut povodom retroaktivne naplate poreza osobama koje se bave freelancingom (pružanjem intelektualnih usluga naručiteljima od strane nezavisnih profesionalaca), u predmetu br. U-26/19, Ustavni sud Federacije BiH našao se u prilici da donese odluku u potpuno neuobičajenoj pravnoj stvari, gdje je trebalo zaštititi princip vladavine prava, ustavne vladavine i princip pravne sigurnosti povodom pravne i faktičke situacije koja nadilazi uobičajene slučajeve povrede odredbi Ustava Federacije BiH. Uobičajene slučajeve – koji se manifestuju povredom Ustava Federacije BiH nekim opštim aktom – koji je donesen u odgovarajućem postupku od strane nadležnog organa, te koji je objavljen u Službenim novinama Federacije BiH ili kantona, te koji akt može biti neustavan u materijalnom smislu ili uobičajene slučajeve zaštite ustavnosti povodom neustavnosti proceduralne naravi.

U ovom predmetu, naime, do povrede Ustava Federacije BiH nije došlo povodom opšteg akta za čije preispitivanje, po prirodi stvari i u skladu sa pozitivnim pravom, bi izvan svake sumnje bio nadležan Ustavni sud Federacije BiH. U ovom predmetu povreda Ustava, te prava građana, izvršena je aktom u formi javnog “Poziva”⁸, koji čak nije objavljen niti u službenim glasilima,

8 Spornim – predmetnim javnim “Pozivom” utvrđeno je, kako slijedi:

„Poziv poreznim obveznicima koji ostvaruju prihode iz inostranstva
Objavljeno:12.07.2018.

Porezna uprava Federacije BiH je na osnovu analize podataka dostavljenih od banaka, koje djelatnost obavljaju na području Federacije BiH, konstatovala da u posljednje vrijeme raste broj fizičkih lica - građana koji ostvaruju prihode iz inostranstva i iste naplaćuju putem PayPal-a ili nekog od drugih servisa elektronskog on-line plaćanja ili direktno na devizne račune, odnosno na druge vrste računa otvorenih kod banke. U cilju poštivanja odredbi Zakona o porezu na dohodak („Službene novine Federacije BiH“, broj: 10/08, 9/10, 44/11, 7/13 i 65/13), Porezna uprava Federacije BiH poziva sva fizička lica - rezidente Federacije BiH koja ostvare prihod iz inostranstva po osnovu dohotka i priliva novca po drugom osnovu: Obavljanja određenih usluga kao samostalne djelatnosti (povremene samostalne djelatnosti: stručnjaka - usluga iz oblasti informacionih tehnologija,

već prosto na web stranici Poreske uprave Federacije BiH. Ovim Pozivom nametnuta je obaveza retroaktivnog plaćanja poreza širokom krugu građana, što je, po mišljenju podnosioca zahtjeva u ovom predmetu, dovelo do kršenja Ustava Federacije BiH, prava građana, te neovlaštenog zadiranja organa uprave/ izvršne vlasti u kompetencije zakonodavca. Kada je riječ o sporu između organa izvršne i zakonodavne vlasti, na koji je ukazao podnosilac zahtjeva u prvom dijelu, Zakonom o postupku pred Ustavnim sudom Federacije BiH zakonodavac je ograničio ovaj Ustavni sud – u odnosu na odredbe Ustava ovog entiteta – propisujući članom 31. da se ova vrsta spora može pokrenuti zahtjevom one institucije čije pravo je povrijeđeno ili kojoj je, nesaglasno ustavu, zakonu ili drugom propisu nametnuta određena obaveza. Pri tome je zakonodavac potpuno zanemario činjenicu, u situaciji kada bilo koja grana vlasti ili institucija/organ uzurpira nadležnosti druge grane vlasti ili druge institucije/organa – da je došlo do povrede ustavnih nadležnosti i Ustava, te do prekoračenja nadležnosti jedne

ostvarenih udaljenim radom za poslodavca u inostranstvu (freelanceri) i dr., naučnika, umjetnika, novinara, trgovačkih putnika, akvizitera, sportskih sudija i delegata i druge djelatnosti koje se obavljaju uz neku osnovnu samostalnu ili nesamostalnu djelatnost, nesamostalne djelatnosti (radni odnos u inostranstvu), imovine i imovinskih prava (prihod ostvaren od iznajmljivanja nepokretne imovine u inostranstvu, iznajmljivanja opreme, transportnih vozila i druge pokretne imovine), poklona u novcu. Također, pozivaju se i sva lica koja su u periodu od 2015-2017. godine ostvarili prihod iz inostranstva da u roku od 30 (trideset) dana Poreznoj upravi Federacije BiH prijave i plate porez na dohodak po osnovu ostvarenih prihoda u navedenom periodu. Način obračuna i plaćanja propisanih obaveza na dohodak i drugih priliva novca iz inostranstva: Porezni obveznici koji obavljaju povremene samostalne djelatnosti, a prihod ostvaruju neposredno iz inostranstva, dužni su na taj dohodak sami obračunati akontaciju poreza od povremene samostalne djelatnosti, od ukupne naknade po stopi od 10% bez prava na priznavanje ličnog odbitka, i uplatiti je najkasnije naredni dan od dana kada su primili dohodak. Pored navedenog, potrebno je da porezni obveznik u roku od 5 (pet) dana od dana primitka dohotka preda prijavu Obrazac AMS-1035 Akontacija poreza po odbitku na druge samostalne djelatnosti na prihod iz inostranstva nadležnoj poreznoj ispostavi prema mjestu prebivališta fizičkog lica. Porezni obveznik koji ostvari dohodak od nesamostalne djelatnosti iz inostranstva isti prijavljuje do 31. marta tekuće godine za prethodnu godinu putem prijave Obrazac GPD-1051 - Godišnja prijava poreza na dohodak. Obrazac se podnosi nadležnoj poreznoj ispostavi prema mjestu prebivališta fizičkog lica. Način oporezivanja priliva novca po osnovu poklona je propisan kantonalnim propisima. Navedeni obrasci nalaze se na web stranici Porezne uprave Federacije BiH, i to:

AMS-1035 http://www.pufbih.ba/v1/public/upload/obraci/b839c-obrazac-ams_bos_web.pdf

GPD-1051 http://www.pufbih.ba/v1/public/upload/obraci/a9d63-94b8a_obrazac_gpd_1051_ver1_bos_web2.pdf

Uz poreznu prijavu za dohodak ostvaren u inostranstvu, nadležnoj poreznoj ispostavi potrebno je dostaviti: dokaz o ostvarenom dohotku (u ovisnosti od vrste dohotka od: nesamostalne djelatnosti, samostalnih djelatnosti, dohotka od imovine i imovinskih prava i dr.), dokaz o plaćenom porezu u inostranstvu, a u cilju izbjegavanja dvostrukog oporezivanja. S obzirom da će Porezna uprava Federacije BiH nastaviti sa prikupljanjem podataka od banaka o prilikama koja fizička lica - rezidenti ostvaruju putem različitih sistema plaćanja (PayPal, MoneyGram i dr. servisi), pozivamo Vas da dobrovoljnom prijavom svojih poreznih obaveza izbjegnute eventualnu prekršajnu i krivičnu odgovornost. Fizičko lice - građanin koje ne podnese poreznu prijavu Poreznoj upravi na navedeni način, bit će kažnjeno novčanom kaznom u iznosu od 300,00 KM do 3.000,00 KM.

Porezna uprava Federacije Bosne i Hercegovine”

grane vlasti ili organa/institucije, te da bi potpuno irelevantno trebalo da bude da li zahtjev podnosi predlagrač – odnosno predstavnik/dužnosnik jedne ili druge cjelokupne grane vlasti ili predstavnik/dužnosnik institucije/organa koji pripada određenoj grani vlasti u situaciji kada je nesumnjivo narušen princip vladavine prava i ustavne vladavine. U ovom predmetu podnosilac zahtjeva je bio potpredsjednik Federacije BiH – dakle iz reda izvršne grane vlasti, tj. grane vlasti kojoj pripada organ koji je – kako će se vidjeti iz teksta koji slijedi uzurpirao nadležnosti zakonodavca, pa je to bio primarni razlog za odbacivanje zahtjeva od strane Ustavnog suda Federacije BiH u dijelu koji se odnosio na rješavanje spora između institucija federalne vlasti, a iz razloga što se u smislu odredbi Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije BiH nije mogao smatrati ovlaštenim licem za pokretanje postupka za rješavanje ovog spora, odnosno jer nije mogao biti stranka u postupku. Ove objektivne mogućnosti podnosilac zahtjeva je bio potpuno svjestan, ali je ukazivanje na neovlašteno zadiranje organa izvršne vlasti/uprave u kompetencije zakonodavca trebalo poslužiti kao dodatni argument za zasnivanje nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH u pogledu drugog dijela zahtjeva, koji se odnosio na ocjenu ustavnosti navedenog javnog “Poziva” koji, kako će se vidjeti iz teksta koji slijedi, samo formalno predstavlja puki “Poziv”, dok u materijalnom smislu – po svom sadržaju predstavlja akt kojim se imperativno nameću obaveze retroaktivnog karaktera u vrlo osjetljivoj oblasti oporezivanja, te kojim se čak utvrđuje i sankcija. Ovaj predmet pokazao je neke od ključnih slabosti u sistemu zaštite ustavnosti u entitetu Federacija BiH. Jedna od tih slabosti izražena je zakonodavnim propisivanjem procedura i utvrđivanjem ovlaštenih predlagrača u postupku rješavanja sporova između pojedinih institucija i nivoa vlasti na restriktivan način, što je u ovom slučaju nesumnjivo ograničilo Ustavni sud u pogledu mogućnosti za zasnivanje nadležnosti u predmetnom sporu i potencijalno usvajanje predmetnog zahtjeva. Ali, pođimo redom.

Prvi dio zahtjeva za pokretanje postupka odnosio se na rješavanje spora između federalnih organa/institucija izvršne vlasti/uprave (Federalnog ministarstva finansija i Poreske uprave Federacije BiH), na jednoj strani, i federalne institucije zakonodavne vlasti (Parlamenta Federacije BiH) – na drugoj strani, radi neovlaštenog i neustavnog preuzimanja kompetencija zakonodavne vlasti od strane organa egzekutive. Pri tome je podnosilac imao u vidu prethodno navedene okolnosti ali je, kako je naprijed navedeno, ukazivanje na uzurpaciju kompetencija zakonodavca od strane organa izvršne vlasti trebalo poslužiti kao dodatni argument – u smislu ukazivanja na nedopustivi nivo arbitrarnosti organa izvršne vlasti i povrede Ustava – za zasnivanje nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH po drugom dijelu zahtjeva, a koji se odnosio na ocjenu ustavnosti sadržaja spornog “Poziva”.

Naime, Zakonom o porezu na dohodak Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, br. 10/08, 9/10, 44/11, 7/13 i 65/13), koji je donesen još 2008. godine te je u međuvremenu nekoliko puta mijenjan i dopunjavan, propisana je obaveza na plaćanje poreza na dohodak/prihod koji se ostvaruje iz inostranstva – u

što spada i dohodak/prihod od tzv. freelancinga, odnosno pružanja intelektualnih usluga naručiteljima od strane nezavisnih profesionalaca. Tako je uspostavljena obaveza za plaćanje ove vrste poreza na nivou zakonskog akta – što nesumnjivo spada u nadležnost institucija zakonodavne vlasti na nivou entiteta Federacija BiH. Međutim, da bi građani na koje se odnose odredbe ovog Zakona mogli blagovremeno da izvrše ovu svojom zakonom propisanu obavezom, nije dovoljno samo njeno zakonsko propisivanje i utemeljenje, nego je bilo potrebno da organi/institucije izvršne vlasti/egzekutive blagovremeno donesu i usklade provedbene opšte akte iz svoje nadležnosti – na prvom mjestu izmjene i dopune Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak, te da propišu poseban obrazac putem kojeg će se vršiti prijava i obračun poreza na dohodak/prihod koji je ostvaren iz inostranstvu.

Ti akti iz nadležnosti Federalnog ministarstva finansija Federacije BiH, odnosno, izmjene i dopune Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak Federacije BiH i tzv. Obrazac AMS-1035, međutim, doneseni su tek u aprilu mjesecu 2018. godine, te su objavljeni u Službenim novinama Federacije BiH, br. 30/18 od 20.04.2018. godine. Ovi akti, sami po sebi nisu sporni, sporna je njihova retroaktivna primjena – unazad sve do 2015. godine koja je utvrđena – ni manje, ni više nego javnim “Pozivom” objavljenim na službenoj web stranici Poreske uprave Federacije BiH 12.07.2018. godine, iako je predmetnim izmjenama i dopunama Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak – njegovim članom 14. – eksplicitno propisano da ove izmjene i dopune – uključujući i Obrazac AMS-1035 – kojima se stvaraju neophodne pretpostavke za izvršavanje propisane zakonske obaveze plaćanja ove vrste poreza na dohodak – stupaju na snagu narednog dana od dana objavljivanja u Službenim novinama Federacije BiH – što bi značilo 21. aprila 2018. godine.

Pri tome, treba imati u vidu da je oblast oporezivanja građana posebno osjetljiva oblast u pogledu odnosa građana i javne vlasti upravo iz razloga što je riječ o pitanjima od egzistencijalne važnosti za svakog građanina ponaosob i društvo kao cjelinu. Iz tog razloga, u svakoj državi koja pretenduje da se nazove demokratskom, neophodni obrasci i procedure koje se odnose na razrezivanje i naplatu poreza precizno (i pravovremeno!) propisani su zakonom i provedbenim aktima izvršne vlasti. U tom smislu, spor između institucija/organa federalne vlasti vrlo ozbiljne naravi – između zakonodavne vlasti – na jednoj strani i izvršne vlasti – organa Poreske uprave i Federalnog ministarstva finansija Federacije BiH na drugoj, nastao je neovlaštenim preuzimanjem nadležnosti zakonodavca od strane organa uprave – Porezne uprave – koji je vlastitim aktom (i to u formi prostog javnog “Poziva”) utvrdio retroaktivno dejstvo u pogledu primjene izmjena i dopuna navedenog Pravilnika i Obrasca AMS-1035 unazad tri godine od dana njihovog stupanja na snagu – unazad sve do 2015. godine.

Spor je, dakle, na prvom mjestu nastao povodom akta organa uprave/izvršne vlasti – Poreske uprave Federacije BiH, koji je samo nominalno nazvan “Pozivom”, dok u materijalnom smislu – po svojoj sadržini predstavlja akt

kojim se propisuje retroaktivno dejstvo opštih akata izvršne vlasti – *in concreto* izmjenjena i dopuna navedenog Pravilnika i Obrasca AMS-1035, čime su nametnute obaveze građanima porezne naravi na retroaktivnoj osnovi – na način kako to u demokratskom društvu jedino može da učini zakonodavac na nivou zakonskog akta u ekstremnim slučajevima, te uz postojanje jasnog i dobro obrazloženog legitimnog cilja. Na ovaj način povrijeđene su ustavne kompetencije zakonodavne i izvršne vlasti koje proizilaze iz principa podjele vlasti, te time prava i dužnosti ove dvije grane vlasti,

Sasvim je jasno da retroaktivnost u primjeni pravnih akata predstavlja izuzetak svih izuzetaka u demokratskom društvu – naročito sa stanovišta ustavnog principa pravne sigurnosti što nije potrebno posebno obrazlagati i dokazivati. Taj izuzetak u ekstremnim slučajevima, te u situacijama postojanja jasnog i nedvosmislenog legitimnog cilja jedino može da bude propisan aktom zakonodavne vlasti – dakle posebnim *lex specialis* zakonom, uz precizno obrazloženje legitimnog cilja za njegovo donošenje – a nikako aktima organa izvršne vlasti/uprave. Riječ je, dakle, o posebnim ekstremnim slučajevima donošenja zakonskih akata kojima se uvode posebne mjere – dakle, posebnim *lex specialis* zakonima, u koje mjere može da spada i retroaktivnost u pogledu primjene pojedinih pravnih akata. Takva vrsta posebnih *lex specialis* zakona poznata je u uporednom pravu, koji se donose u slučajevima postojanja posebnog interesa za društvo kao cjelinu i građane, uz postojanje jasnog legitimnog cilja – kao što je npr. slučaj sa tzv. *Lex Agrokorum* u susjednoj Republici Hrvatskoj koji je regulisao određenu vrstu odnosa na poseban način i sl., ali takvu vrstu legitimnog cilja i posebnih mjera može da utvrđuje i propisuje isključivo zakonodavna vlast, odnosno – predstavničko tijelo koje je izvorni reprezent narodnog suvereniteta – te kao takvo ima i ustavnu poziciju koja omogućava donošenje, između ostalog, i takve vrste posebnih zakona. S tim u vezi, u demokratskim zemljama uporednog prava nepoznati su slučajevi pri kojim izvršna vlast u takvim – posebnim situacijama i okolnostima na sebe preuzima ovlaštenja zakonodavca propisujući vlastitim aktima – na nivou izvršne vlasti ekstremne mjere – među koje svakako spada i retroaktivnost u primjeni pravnih akata i nametanja obaveza poreskog karaktera građanstvu sa retroaktivnim dejstvom.

Neovlašteno zadiranje izvršne vlasti u kompetencije zakonodavca u Federaciji BiH – koje je bilo uzrokom nesumnjivog spora između institucija federalne vlasti – nije nepoznato u praksi funkcionisanja organa izvršne vlasti u Federaciji BiH. Tako je Ustavni sud Federacije BiH već imao priliku da postupa u sličnim slučajevima – npr. u predmetu br. U-18/15 koji je vođen pred ovim Sudom povodom *Uredbe o vršenju ovlaštenja u privrednim društvima sa učešćem državnog kapitala iz nadležnosti Federacije BiH* – koji predmet je u Pregledu prakse – Biltenu ovog Ustavnog suda označen kao eklatantan primjer neovlaštenog preuzimanja nadležnosti zakonodavca od strane izvršne vlasti.

Međutim, u ovom konkretnom slučaju, organ izvršne vlasti/uprave otišao je korak dalje u prekoračenju vlastite nadležnosti i neovlaštenom zadiranju u

nadležnost zakonodavca, pa je retroaktivnost primjene navedenih provedbenih opštih akata utvrdio prostim javnim “Pozivom”, koji čak nije objavljen niti u Službenim novinama, nego na službenoj stranici Poreske uprave Federacije BiH!? Dakle, retroaktivna primjena navedenih provedbenih akata – izmjena i dopuna Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak Federacije BiH i Obrasca AMS-1035 čak nije utvrđena nekim od formalnih akata opšte naravi na čije su donošenje, u skladu sa Ustavom Federacije BiH i zakonom, organi egzekutive/uprave ovlašteni (pravilnici, uputstva, uredbe, instrukcije, druge formalne odluke u skladu sa zakonom i sl.), nego prostim javnim “Pozivom”.

To potvrđuje i akt br. 13/08-02-4-10-107-3/19 od 13.02.2019. godine, u kojem se eksplicitno navodi da Poreska uprava Federacije BiH nije donijela nikakav formalni opšti akt iz svoje nadležnosti – na čije donošenje je ovlaštena po Ustavu i zakonu, na osnovu kojeg bi bila utvrđena obaveza retroaktivne primjene izmjena i dopuna Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak i Obrasca AMS-1035 koji su doneseni 2018. godine, te time i obaveza plaćanja poreza na dohodak/prihod iz inostranstva retroaktivne naravi – sve do 2015. godine (unazad!). Uz nepostojanje takvog formalnog opšteg akta organa uprave/egzekutive, i bez zakonskog osnova, sasvim je jasno da je o retroaktivnom dejstvu navedenih provedbenih akata – izmjena i dopuna predmetnog Pravilnika i Obrasca AMS-1035 meritorno odlučeno aktom u formi javnog “Poziva” – što samo po sebi govori o težini povrede ustavnog principa pravne sigurnosti i brojnih odredaba Ustava Federacije BiH, čime je u pitanje dovodena ustavna pozicija zakonodavne i izvršne vlasti zasnovana na principu podjele vlasti i drugim principima ustavne naravi. Javni poziv može da predstavlja isključivo sredstvo informiranja i podsjećanja građana na njihove obaveze koje su utvrđene zakonom, i čije izvršenje je blagovremeno omogućeno opštim aktima izvršne vlasti – od dana njihovog stupanja na snagu, a nikako sredstvo kojim se utvrđuje – ni manje ni više nego retroaktivno dejstvo provedbenih akata izvršne vlasti – izmjena i dopuna navedenog Pravilnika i Obrasca AMS-1035 na kojem se i zasniva retroaktivna obaveza plaćanja poreza u ovom slučaju, te kojim se čak propisuje i sankcija.

Ovakvo postupanje organa izvršne vlasti/uprave Federacije BiH dovelo je do domino efekta u pogledu kršenja ljudskih prava i sloboda širokog kruga građana ovog entiteta. Tako je sporni javni “Poziv” – opšteg/generalnog karaktera, predstavljao osnov za donošenje niza pojedinačnih poziva – imenom i prezimenom određenim licima, sve uz propisivanje poreskih obaveza sa retroaktivnim dejstvom, rokova za njihovo izvršenje i prijetnje sankcijom u slučaju neizvršenja – što su elementi koje sadrži i sporni javni “Poziv” opšteg karaktera objavljen na web stranici Poreske uprave Federacije BiH. Sve to uz nemogućnost ulaganja bilo kakvog pravnog lijeka u upravnom postupku pred drugostepenim organom u pojedinačnim slučajevima, kojim bi se preispitala osnovanost retroaktivne primjene provedbenih akata izvršne vlasti iz 2018. godine (izmjena i dopuna navedenog Pravilnika i Obrasca AMS-1035) na čemu se zasniva i obaveza poreskog opterećenja širokog kruga građana retroaktivnog karaktera – sve od 2015. godine. To, na prvom mjestu, zbog formalne

prirode akta kojim se takva obaveza nameće jer je prosto nemoguće ulaganje efikasnog pravnog lijeka na akt koji se nominalno naziva “Pozivom” (ovaj put pojedinačnog karaktera), pa ovakva vrsta “poziva” podrazumijeva zapravo svršeni čin pred koji su dovedeni građani Federacije BiH postupanjem organa uprave/egzekutive na ovaj način. Osim toga, pojedinačnim pozivima imenom i prezimenom utvrđenim licima, utvrđuje se i sankcija u slučaju nepostupanja po istom, što posebno daje na težini povredama prava građana koji čak nemaju niti mogućnost ulaganja bilo kakvog – efikasnog pravnog lijeka, kako u pogledu postojanja obaveze retroaktivnog karaktera na koju se upućuje u pojedinačnim pozivima, tako niti u pogledu sankcija kojima se prijetilo. Pojedinačni “pozivi” upućeni imenom i prezimenom određenim građanima zasnovani su, dakle, ne na zakonu – pa čak niti na opštem aktu organa egzekutive na čije donošenje su ovi organi ovlašteni po Ustavu i zakonu (pravilnici, uputstva, uredbe, instrukcije, druge formalne odluke u skladu sa zakonom i sl.), nego na drugom “Pozivu” – ovoga puta generalnog karaktera (objavljenom na web stranici jednog organa uprave/izvršne vlasti – Porezne uprave!?).

S tim u vezi, postavlja se pitanje da li je organ izvršne vlasti/uprave Federacije BiH, zapravo, na ovaj način pokušao da preduprijedi i onemogući i eventualno pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti pred nadležnim Ustavnim sudom – u ovom slučaju pred Ustavnim sudom Federacije BiH imajući u vidu da retroaktivna primjena provedbenih akata iz 2018. godine nije utvrđena zakonom, pa čak niti propisom/opštim aktom organa federalne izvršne vlasti na čije donošenje su isti ovlašteni po Ustavu i zakonu, nego prostim javnim “Pozivom” koji – u čisto formalnom smislu – uopšte nije akt formalne naravi, pa bi iz tog razloga bilo otežano pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti sadržaja takvog jednog akta pred Ustavnim sudom u smislu prihvatanja nadležnosti da se o njegovoj ustavnosti odlučuje u meritumu!? Međutim, upravo takva vrsta pravne manipulacije ukazuje na nivo povrede i težinu spora između zakonodavne i izvršne vlasti u ovom slučaju te je, ujedno, morala da predstavlja i argument više – ne samo za zasnivanje nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH u pogledu spora između izvršne i zakonodavne vlasti Federacije BiH koji nesumnjivo postoji, nego (također!) i u pogledu ocjene ustavnosti sadržaja spornog “Poziva” koji pak u materijalnom smislu – po svojoj sadržini posjeduje sve karakteristike propisa federalnog organa izvršne vlasti/uprave (reguliše odnose i uspostavlja obaveze i to sa retroaktivnim dejstvom, propisuje sankciju) – kako zbog nivoa višestrukih povreda Ustava ovog entiteta, tako i zbog predupređivanja eventualnih budućih sličnih pokušaja egzekutive da neustavno i bez zakonskog ovlaštenja meritorno nameću obaveze građanstvu, uključujući i one retroaktivnog karaktera.

Pri svemu ovome, organi uprave/izvršne vlasti retroaktivnu primjenu provedbenih akata iz 2018. godine – na kojima zasnivaju i retroaktivno dejstvo porezne obaveze koja se *in concreto* nameće građanima, nemušto su pokušali da opravdaju primjenom člana 73. Zakona o Poreskoj upravi Federacije BiH (Službene novine FBiH, br. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14 i 91/15) koji propisuje, kako slijedi:

„Osim slučajeva iz stava 2. ovog člana, razrez iz Poglavlja X ovog zakona može se izvršiti u sljedećim rokovima: - za porez i kaznu koja se odnosi na taj porez, u roku od pet (5) godina nakon što je porezna prijava za taj porez podnesena ili nakon isteka zakonskog roka za podnošenje porezne prijave, računajući od dana koji je kasnije nastupio. - za kaznu koja se ne odnosi na određeni porez, u roku od pet (5) godina nakon što je porezni prekršaj za koji je vezana ova kazna počinjen; i - za kamatu, u roku u kojem se razrezuje porez ili kazna na koju se plaća kamata prema ovom članu.

Razrez se može izvršiti u bilo koje vrijeme: - za porez ili kaznu koja se odnosi na taj porez, ako je porezna prijava za taj porez lažna ili ako porezna prijava za taj porez nije podnesena; i - za kaznu koja se ne odnosi na određeni porez, ako je lice koje je počinilo porezni prekršaj namjerno prikrilo ili poduzelo bilo koju radnju da sakrije prekršaj od poreznog organa.”

U stvari, upravo pozivanje na naprijed citirani član Zakona o poreskoj upravi Federacije BiH je argument više u prilog činjenici da, u ovom slučaju, organ uprave/izvršne vlasti – Poreska uprava Federacije BiH nije imala nikakav zakonski osnov, ali niti bilo kakav drugi pravni osnov – makar kreiran opštim aktima izvršne vlasti – dakle, vlastitim aktima u pogledu utvrđivanja retroaktivnog dejstva provedbenih akata iz 2018. godine, na kojima se zasnivalo i retroaktivno obavezivanje građana na plaćanje poreza na dohodak/prihod iz inostranstva. Naime, kako se vidi iz naprijed citiranog člana 73. prethodno navedenog Zakona, ovaj član se odnosi na eskremne slučajeve poreskih prekršaja i kazni koje se primjenjuju u takvim slučajevima. Dakle, riječ je o slučajevima pri kojima su nadležni organi zakonodavne i izvršne vlasti stvorili sve pretpostavke, donijeli sve neophodne opšte, a potom i pojedinačne pravne akte iz svoje nadležnosti kojima je omogućeno izvršavanje poreskih obaveza građana blagovremeno i u cijelosti.

U ovom predmetnom slučaju, međutim, građani koji su u prethodnom periodu ostvarivali dohodak/prihod iz inostranstva nisu počinili nikakav poreski prekršaj, nego im je izvršavanje obaveze plaćanja poreza na ovu vrstu dohotka/prihoda – bez krivice na njihovoj strani – bilo onemogućeno propustom organa izvršne vlasti/uprave – na prvom mjestu Federalnog ministarstva finansija i Poreske uprave Federacije BiH, koji su neophodne izmjene i dopune Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak, te Obrazac AMS-1035 donijeli/propisali tek 2018. godine! Dakle, navedeni organi izvršne vlasti/uprave propustili su da blagovremeno donesu odgovarajuće opšte akte iz njihove nadležnosti kojim bi građanima bilo omogućeno da periodično i u skladu sa zakonom redovno izvršavaju poreske obaveze u vezi sa dohotkom ostvarenim iz inostranstva. To i pored toga što su građani – poreski obveznici ove vrste poreza – pogotovo oni kojima poslovanje sa inozemstvom predstavlja izvor egzistencije (freelanceri na prvom mjestu) godinama upozoravali nadležne organe i postupajuće službenike na nepostojanje odgovarajućeg obrasca koji je nužno potreban da bi se ova vrsta dohotka uopšte prijavila, te da bi se platio odgovarajući porez. U tom smislu, jasno je da citirana odredba člana 73. ne može da predstavlja nikakav pravni osnov na

koji bi se nadležni organi izvršne vlasti/uprave mogli da pozivaju u ovom slučaju, nego da je riječ o neprihvatljivom i nemuštom pokušaju pribavljanja bilo kakvog legaliteta u njihovom neprihvatljivom postupanju.

U stvari, organi izvršne vlasti/uprave u ovom slučaju su se dosjetili svoje zakonske obaveze u pogledu stvaranja neophodnih pretpostavki za blagovremeno izvršavanje poreskih obaveza građana koji ostvaruju dohodak/prihod iz inostranstva tek pošto su organi izvršne vlasti dobili uvid u račune građana, te kada su spoznali da određeni broj – naročito mladih osoba – osigurava svoju egzistenciju kroz poslovanje sa inostranstvom baveći se tzv. freelance djelatnošću, u nedostatku mogućnosti pronalaska drugog zaposlenja u BiH. Riječ je o prihodima koji omogućavaju puko preživljavanje ovog dijela populacije, ali imajući u vidu broj takvih osoba izvršna vlast je u tome vidjela priliku da retroaktivnim oporezivanjem popuni budžete na teret građana – mladih i obrazovanih ljudi, koji se u značajnom dijelu i sami nalaze na rubu egzistencije. Međutim, u pogledu podataka o privatnim računima i transakcijama građana Federacije BiH, i tu je došlo do zloupotrebe istih, jer su ti podaci od komercijalnih banaka, po dostupnim informacijama, prikupljeni u svrhu borbe protiv finansiranja terorizma, a onda su (zlo)upotrijebljeni za svrhe retroaktivne naplate poreza na dohodak iz inostranstva mimo svrhe svog prikupljanja. U tome su razlozi zašto su organi uprave/izvršne vlasti odlučili da građane optereće obavezom plaćanja ove vrste poreza na retroaktivnoj osnovi za tri godine unazad, a ne za više godina, jer je program koji je korišten za obradu ove vrste podataka omogućavao uvid u privatne račune građana upravo za svega tri godine unazad – počev od 2018. sve do 2015. godine.

Ovakvo nelegitimno i stihijsko postupanje organa egzekutive dovelo je u poziciju izražene nejednakosti građane – obveznike ove vrste poreza, na prvom mjestu, u odnosu na obveznike drugih vrsta poreza na dohodak. U odnosu na obveznike druge vrste poreza na dohodak, obveznici poreza na dohodak ostvaren iz inostranstva nisu imali mogućnost prikazivanja i obračuna nastalih rashoda iz razloga što Obrazac AMS-1035 prosto ne sadrži takvu opciju!? Također je prisutan nedopustivo različit tretman između obveznika ove vrste poreza – poreza na dohodak ostvaren iz inostranstva – koji varira od kantona do kantona u pogledu nejednake primjena prava na rashode, lične odbitke, poresku karticu i sl., a postoje i registrovani slučajevi pokušaja nametanja poreske obaveze retroaktivne naravi sve do 2014. godine od strane organa uprave/izvršne vlasti u praksi. Ovakvo – stihijsko i neovlašteno djelovanje organa egzekutive dovelo je do pravnog haosa u praksi upravo iz razloga što su organi uprave/izvršne vlasti u ovom slučaju neovlašteno i neustavno preuzeli nadležnost zakonodavca, te su vlastitim aktima, bez zakonskog (i ustavnog!) utemeljenja kreirali ambijent unutar kojeg ne postoji prihvatljiva logika funkcionisanja organa javne vlasti u demokratskom društvu, uz odsustvo bilo kakve pravne izvjesnosti i jednakosti građana unutar pravnog poretka. Tako je, pored ostalog, u skladu sa odredbama Zakona o porezu na dohodak Federacije BiH utvrđena obaveza plaćanja poreza na ovu vrstu dohotka na strani isplatioca. Međutim, osobe koje organi egzekutive u ovom slučaju

terete za retroaktivno plaćanje ove vrste poreza nisu u poziciji isplatioca, već su u funkciji izvršioca posla i primaoca naknade za pruženu uslugu, izvršeni posao i sl.!? Prema dostupnim informacijama, praksa nastala nakon poduzimanja navedenih radnji organa uprave/izvršne vlasti je takva da se osobe koje su organi Poreske uprave Federacije BiH označili kao obveznike poreza na dohodak/prihod iz inostranstva na retroaktivnoj osnovi faktički prisiljavaju na svojevrsno lažno predstavljanje time što se od njih zahtijeva da potpišu neophodna dokumenta i obrazac u svojstvu isplatioca!? Sve je to posljedica poremećaja u logici i redu funkcionisanja zakonodavne i izvršne vlasti nastalog nelegitimnim zadiranjem organa/institucija federalne izvršne vlasti u ustavne nadležnosti zakonodavca, uslijed čega je kreirano stanje poptune pravne neizvjesnosti u odsustvu zakonskog akta koji bi na jedinstven način uredio predmetnu oblast.

Imajući u vidu sve navedeno, u predmetnom javnom “Pozivu” ne bi bilo ništa sporno – barem u formalno/proceduralnom smislu, čak i pod okolnostima retroaktivne primjene akata egzekutive – izmjena i dopuna Pravilnika o o primjeni Zakona o porezu na dohodak Federacije BiH i obrasca AMS-1035, da je objavljivanju predmetnog “Poziva” prethodilo donošenje posebnog *lex specialis* zakona – dakle, na nivou zakonodavne vlasti – sa jasno definisanim i dobro obrazloženim legitimnim ciljem zbog kojeg se na nivou zakonskog akta utvrđuje retroaktivnost u primjeni odgovarajućih akata koja implicira i retroaktivno nametanje obaveze plaćanja ove vrste poreza. U tom slučaju eventualno bi se, pred Ustavnim sudom, mogao povesti postupak za ocjenu ustavnosti takvog *lex specialis* zakona zbog uvođenja retroaktivnosti u pogledu primjene akata kojima se nameće obaveza poreske naravi građanima – ali u formalno-proceduralnom smislu, kao i u smislu eventualnog postojanja spora između institucija zakonodavne i izvršne vlasti ne bi se mogla staviti primjedba pod takvim okolnostima, pa niti na javni “Poziv” kojim se građani pozivaju na izvršenje takve obaveze. Međutim, u ovom slučaju, već na prvi pogled je jasno da je, u odsustvu takvog – *lex specialis* zakona, organ izvršne vlasti preuzeo kompetencije zakonodavca. Međutim, nije jasno da li je ovdje riječ o prostoj arbitarnosti egzekutive primjerene totalitarnim režimima – gdje se prostim pozivima izvršne vlasti na meritoran način i bez prava na ikakav pravni lijek nameću obaveze građanstvu, ili je riječ o inkompetenciji, ili pak o pravnoj manipulaciji kako bi se otežao pristup Ustavnom sudu Federacije BiH – u smislu zasnivanja nadležnosti ovoga Suda da odlučuje o nečemu što se formalno naziva - “Pozivom”. Ukoliko je riječ o ovom posljednjem, takva pravna “genijalnost” (pod teškim navodnicima!) nedopustiva je u bilo kojoj zemlji koja pretenduje da se nazove demokratskom, jer se na taj način neovlašteno zadire u nadležnost zakonodavne vlasti – kako je naprijed obrazloženo, te se krši principi podjele vlasti i pravne sigurnosti, prava i dužnosti organa/institucija izvršne i zakonodavne vlasti, konsekventno tome brojne odredbe Ustava Federacije BiH, međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava i sloboda na snazi u BiH i Federacije BiH te, s tim u vezi, niz prava građana.

Ovdje, pri tome, treba razlikovati propisanu obavezu na plaćanje poreza na dohodak/prihod iz inostranstva na nivou zakona, *in concreto*, od nemogućnosti blagovremenog i periodičnog izvršenja ove obaveze zakonskog karaktera zbog propusta nadležnih organa federalne izvršne vlasti/uprave. Kada javna vlast propiše određenu obavezu imperativne naravi tu ne prestaju njene dalje obaveze kada je riječ o izvršavanju propisane zakonske obaveze. Naime, javna vlast je dužna, u normativnom i faktičkom smislu, osigurati sve moguće pretpostavke kako bi građani neometano i u redovnim rokovima izvršili obavezu koja je, kao takva, utvrđena zakonskim aktom. Ozbiljnost poremećaja u logici funkcionisanja sistema organa javne vlasti u entitetu Federacija BiH – što ozbiljno dovodi u pitanje princip vladavine prava i ustavne vladavine u ovom slučaju, najbolje se može ilustrovati – kako je naprijed navedeno – time što su izmjene navedenog Pravilnika objavljene u Službenim novinama Federacije BiH br. 30/18 dana 20.04.2018. godine, pri čemu je članom 14. istog akta propisano kako slijedi:

„Ovaj Pravilnik stupa na snagu narednog dana od dana objavljivanja u Službenim novinama Federacije BiH.”

Što se tiče zasnivanja nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH – u tome se i sastoji neuobičajenost postupka pred Ustavnim sudom Federacije BiH u ovom predmetu, kako je naprijed navedeno. To iz razloga jer postupak nije pokrenut protiv Izmjena i dopuna Pravilnika o primjeni Zakona o porezu na dohodak i obrasca AMS-1035 iz 2018. godine – koji sami po sebi nisu neustavni te koji su – kao takvi – davno trebali biti usvojeni kako bi se građanima omogućilo pravovremeno i periodično izvršavanje poreskih obaveza u vezi sa ostvarenim dohotkom iz inostranstva. Postupak je pokrenut protiv javnog “Poziva” kojim se ovim aktima daje retroaktivno dejstvo.

Drugi dio ovog Zahtjeva odnosi se upravo na javni “Poziv” koji u čisto formalnom smislu i nije pravni akt – jer pravni sistem ne poznaje takvu vrstu opšteg akta egzekutive u formalnom smislu kojim se meritorno i retroaktivno nameću obaveze građanima poreske i/ili druge naravi pa, kao takav, nema ni ustavni niti zakonski osnov – što je naprijed značajnim dijelom i obrazloženo. Kako je navedeno naprijed, a što ćemo ponoviti iz razloga što je riječ o činjenicama koje u ovom predmetu valja imati konstantno u vidu, red stvari u funkcionisanju sistema organa javne vlasti bi nalagao – na prvom mjestu donošenje posebnog *lex specialis* zakona sa precizno utvrđenim i dobro obrazloženim legitimnim ciljem, potom donošenje odgovarajućih provedbenih akata organa egzekutive (pravilnika, uredbi, instrukcija, obrazaca i sl.) iz njihove nadležnosti – na kojim aktima zakonodavne i izvršne vlasti bi se – u tom slučaju – zasnivao navedeni javni “Poziv” kao čin informiranja i podsjećanja javnosti na obaveze utvrđene zakonom, čije blagovremeno izvršenje je omogućeno provedbenim aktima donesenim na nivou organa izvršne vlasti, u kojem slučaju bi se postupak za ocjenu ustavnosti pred Ustavnim sudom mogao povesti protiv *lex specialis* zakona kojim je utvrđena retroaktivnost u primjeni akata i nametanja poreske obaveze i/ili propisa organa federalne vlasti donesenih na osnovu tog zakona.

U stvari, iako navedeni javni “Poziv” – u formalnom smislu uopšte ne može da predstavlja bilo kakav akt – pogotovo ne opšti akt organa javne vlasti nego služi kao sredstvo informisanja i pozivanja na izvršavanje obaveza koje su precizno i blagovremeno – zajedno sa mehanizmima za njihovo pravovremeno izvršenje – utvrđene prethodno donesenim zakonima i opštim aktima egzekutive – na čije donošenje je izvršna vlast po Ustavu i zakonu ovlaštena – a koji u ovom slučaju nedostaju, *in concreto* on ima sve karakteristike opšteg akta u materijalnom smislu. To stoga, jer se njime utvrđuju obaveze širokog kruga građana na meritoran način, na retroaktivnoj osnovi – što je temeljni razlog neustavnosti – što nije potrebno posebno obrazlagati, te se čak zaprijećuje sankcijom za njihovo neizvršenje, na način kako je to utvrđeno predmetnim – spornim javnim “Pozivom”. Stoga se opravdano postavlja pitanje da li je intencija organa uprave/izvršne vlasti Federacije u ovom slučaju upravo bila sadržana u namjeri otežavanja pristupa Ustavnom sudu Federacije BiH u smislu zasnivanja njegove nadležnosti za odlučivanje u eventualnom postupku za ocjenu ustavnosti upravo iz razloga što se radi o pukom “Pozivu”? S tim u vezi, podnosilac zahtjeva pokrenuo je postupak pred Ustavnim sudom Federacije BiH smatrajući da će ovaj Sud prepoznati nedopustivi nivo neustavnosti i arbitrarnosti u djelovanju organa izvršne vlasti/uprave, te da će zasnovati svoju nadležnost jer se, u konkretnom slučaju, preuzimanjem nadležnosti zakonodavca od strane organa izvršne vlasti/uprave nameću teške obaveze građanima Federacije BiH na retroaktivnoj osnovi, sve uz prijetnju sankcijom, uz direktne povrede ustavnih principa vladavine prava i pravne sigurnosti, te principa podjele vlasti, zatim Ustava Federacije BiH, te međunarodnih instrumenata na snazi u BiH i Federaciji BiH za zaštitu prava građana na individualnom nivou – i to sve aktom u formi javnog “Poziva” objavljenog na web stranici. U tom smislu, podnosilac zahtjeva je smatrao da bi to trebao biti argument više za zasnivanje nadležnosti Ustavnog suda Federacije BiH u ovom predmetu, a ne razlog za odbacivanje zahtjeva iz čisto formalnih razloga.

Nažalost, to se upravo desilo, Ustavni sud Federacije odbacio je predmetni zahtjev, odnosno nadležnost za rješavanje spora između izvršne i zakonodavne vlasti iz naprijed navedenih razloga, što se moglo i očekivati. Međutim, pretjeranim formalističkim pristupom, nesumnjivo postojanje ovog spora – kao činjenicu koja je trebala predstavljati dodatni argument, te koja govori o nedopustivom nivou arbitrarnosti organa izvršne vlasti i povrede Ustava, Ustavni sud Federacije BiH je potpuno zanemario u pogledu eventualnog zasnivanja nadležnosti po drugom dijelu zahtjeva, jednako kao što je zanemario i druge naprijed navedene argumente.

U pogledu drugog dijela zahtjeva, Ustavni sud Federacije BiH, i pored svih naprijed navedenih argumenata i brojnih povreda Ustava Federacije, ustavom garantovanih prava građana, principa podjele vlasti, vladavine prava, ustavne vladavine i pravne sigurnosti, također je odbacio zahtjev prosto konstatujući da “Poziv” ne predstavlja opšti pravni akt – zakon ili propis čiju ustavnost treba da preispituje ovaj Sud. S tim u vezi, a imajući u vidu sve prethodno navedeno, Ustavni sud Federacije BiH zapravo je dozvolio da formalizam uguši principe

vladavine prava, pravne sigurnosti i ustavne vladavine što, nažalost, nije izuzetak u postupanju ovog i druga dva Ustavna suda koja postoje u BiH. Naravno, jedan dio odgovornosti snosi i zakonodavac i restriktivne odredbe Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije BiH u postupcima rješavanja spora između institucija, kako je naprijed obrazloženo.

5. Zaključak

Stupanjem na snagu Opšteg okvirnog sporazuma za mir, u BiH je kombinovan anglosaksonski/američki model okvirnog i fleksibilnog ustavnog normiranja, koji ne ulazi u detalje, nego ustavnu materiju, uključujući i ljudska prava i slobode, reguliše na nivou principa i na okviran način, ostavljajući – na prvom mjestu zakonodavcu, ali i ustavno-sudskoj praksi, da popunjava ovaj okvir na način koji odgovara vladavini prava, ustavnoj vladavini i savremenim međunarodnim pravnim standardima. Ovaj model ustavnog normiranja ne odgovara centralizovanom modelu zaštite ustavnosti koji je imanentan evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji i svijesti. Međutim, i u takvim okolnostima, Ustavni sudovi u BiH ne koriste u potrebnoj mjeri svoja ustavna ovlaštenja i poziciju, što u negativnom smislu utiče na princip vladavine prava i ustavne vladavine, sa negativnim konsekvencama po prava i slobode građana. U ovom radu naveden je samo jedan primjer samoograničavanja ustavnog sudstva, gdje se principi vladavine prava, ustavne vladavine i drugi principi od ustavnog značaja žrtvuju radi pretjeranog formalizma. Ustavno sudstvo u BiH bi moralo usvojiti savremeni koncept tzv. pozitivnog ustavno-sudskog aktivizma, gdje Ustavni sudovi, u interesu vladavine prava i ustavne vladavine, moraju postupati – ne samo kao negativni zakonodavci, već i kao pozitivni regulatori procesa uvijek kada to zahtijeva princip vladavine prava i ustavne vladavine. Ali, u prvom koraku, Ustavni sudovi u BiH moraju se osloboditi pretjeranog pravnog formalizma i nelegitimnog samoograničavanja u okolnostima anglosaksonskog/američkog modela ustavnog normiranja i izražene zakonodavne prakse koja često, u proceduralnom i materijalnom smislu, izlazi izvan granica koje postavljaju ustavni akti.

Literatura:

- Albrecht, Draško; Podolnjak, Robert. 2009. Razlike između američkog i europskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti, *Pravnik*, 43, 1: 25-40.
- Barnes, H. Samuel. 2001. The Contribution of Democracy to Rebuilding Postconflict Societies. *The American Journal of International Law* 1: 86-101.
- Begić, Zlatan. 2017. Position of ordinary courts in direct implementation

- of constitutional norms: New perspective in the case of legislative silence in Bosnia and Herzegovina. In *Constitutional Courts and Ordinary Courts: Cooperation or Conflict?*, ed. Rainer Arnold and Herbert Roth, 59-87. Regensburg: Universitätsverlag Regensburg.
- Begić, Zlatan; Razić, Selma, Ustavnost stečajnih postupaka u Federaciji Bosne i Hercegovine: Kako smo ubili radničku klasu? *Društveni ogledi*. 2/2: 49-69.
 - Bieber, Florian. 2006. *Post-war Bosnia: Ethnicity, Inequality and Public Sector Governance*. New York: Palgrave Macmillan.
 - Caspersen, Nina. 2004. Good Fences Make Good Neighbours? A Comparison of Conflict-Regulation Strategies in Postwar Bosnia. *Journal of Peace Research* 5: 569-588.
 - Chandler, David. 2000. *Bosnia: Faking Democracy After Dayton*. London: Pluto Press.
 - Chollet, Derek. 2005. *The road to the Dayton accords: A study of American statecraft*. New York: Palgrave Macmillan.
 - Conces, J. Rory. 2005. A Sisyphean Tale: The Pathology of Ethnic Nationalism and the Pedagogy of Forging Humane Democracies in the Balkans. *Studies in East European Thought* 2: 139-184.
 - Friedman, Francine. 2005. *Bosnia and Herzegovina: A Polity on the Brink*. New York: Taylor and Francis e-Library.
 - Graham, John. 1998. Black Past, Grey Future? A Post-Dayton View of Bosnia and Herzegovina. *International Journal* 2: 204-220.
 - Horowitz, Shale. 2003. War after Communism: Effects on Political and Economic Reform in the Former Soviet Union and Yugoslavia. *Journal of Peace Research* 1: 25-48.
 - Ibrahimagić, Omer. 2005. *Državno uređenje Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Autor.
 - Karnavas, G. Michael. 2003. Creating the Legal Framework of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina: A Model for the Region and Other Postconflict Countries. 97 *The American Journal of International Law* 1: 111-131.
 - Kurtćehajić, Suad, Ibrahimagić, Omer. 2007. *Politički sistem Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Autor.
 - Manning, Carrie. 2008. *The Making of Democrats: Elections and Party Development*. New York: Palgrave Macmillan.
 - Marković, Goran. 2012. *Bosanskohercegovački federalizam*. Beograd-Sarajevo: JP Službeni glasnik/University Press-Izdanja Magistrat.
 - Miraščić, Dženeta. 2009. *Bosanski model demokratske vlasti*. Tuzla: Narodna i univerzitetska biblioteka „Derviš Sušić” Tuzla.
 - Papayouanou, A. Paul. 1997. Intra-Alliance Bargaining and U.S. Bosnia Policy. *The Journal of Conflict Resolution* 1: 91-116.
 - Reilly, Benjamin. 2001. *Democracy in Divided Societies: Electoral Engineering for Conflict Management*. Cambridge: Cambridge University Press.
 - Schneckener, Ulrich. 2002. Making Power-Sharing Work: Lessons from

Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation. *Journal of Peace Research* 2: 203-228.

- Singer, W. Peter. 2000. Bosnia 2000: Phoenix or Flames?. *World Policy Journal* 1: 31-37.
- Steiner, Michael. 2003. Seven Principles for Building Peace. *World Policy Journal* 2: 87-93.
- Talbott, Strobe. 2000. Self-Determination in an Interdependent World, *Foreign Policy* 118: 152-163.
- Trnka, Kasim. 2006. *Ustavno pravo*, Sarajevo: Fakultet za javnu upravu.

Dr sc. Zlatan Begić, associate professor
Faculty of Law, University of Tuzla

BASIC SHORTCOMINGS OF THE SYSTEM OF PROTECTION OF THE CONSTITUTIONALITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: The Constitution of Bosnia and Herzegovina consists of only twelve articles (and two Annexes) which, in a significant part, regulate the constitutional issues in a general and framework manner, often at the level of principles without going into details. It is a model of constitutional regulation that corresponds to the Anglo-Saxon/American legal tradition. Similar situation is with regard to the Constitution of the entity of the Federation of BH, which regulates many important constitutional issues in a framework manner, especially when it comes to the area of human rights and freedoms. Such a model of constitutional regulation is certainly more flexible and practical, but it also requires much stronger support in achieving the protection of constitutionality, since the framework constitutional regulation, which does not go into details, leaves much more opportunity for the legislature and executive to pass their acts often beyond boundaries which are set by the Constitutions. This paper discusses the shortcomings of the system of protection of constitutionality in Bosnia and Herzegovina, in conditions in which the model of constitutional regulation obviously does not correspond to the model of protection of constitutionality as well as the practice of limitation and self-limitation of the Constitutional Courts in BH and their excessive legal formalism that seriously undermine the rule of law.

Key words: Rule of law, constitution, constitutional judiciary, protection of constitutionality in Bosnia and Herzegovina, legal formalism, limitation, self-limitation.

ZAŠTITA MANJINA U MEĐUNARODNOM PRAVU, SA UPOREDNO-PRAVNIM PRIKAZOM AFIRMATIVNE AKCIJE

Sažetak: Neupitan je suštinski značaj efektivnog učešća pripadnika manjina u različitim sferama društvenog, političkog, kulturnog i javnog života za obezbjeđenje socijalne kohezije, razvoja demokratskog društva i vladavinu prava, posebno kroz njihovu uključenost u javne poslove te garantovanje temeljnih političkih prava, ali i uopće ljudskih prava manjina u međunarodnom i unutrašnjem pravu. Pozitivna diskriminacija je nužni korektiv u ostvarivanju prava i sloboda manjina (podzastupljenih skupina) i njihovih pripadnika

I danas su aktuelne terminološke neujednačenosti i kontroverze koje prate koncept afirmativnih mjera, odnosno pozitivne diskriminacije. U radu će biti dat prikaz terminoloških određenja i pozitivnopravnih definicija afirmativne akcije, opravdanosti, svrhe, potrebe i značaja pozitivne diskriminacije, te komparativni prikaz afirmativne akcije za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU.

Ključne riječi: zaštita manjina, međunarodno pravo ljudskih prava, afirmativna akcija, politička prava

1. Uvod

Sloboda javnog i političkog djelovanja, kao temelj participativne demokratije, određena je uživanjem temeljnih političkih prava iz kojih se izvodi.

Postojanjem i korištenjem, normiranjem i garantovanjem, te efikasnom zaštitom temeljnih političkih prava i slobodom javnog i političkog djelovanja omogućava se i djelovanje i interakcija ključnih aktera političkog sistema: političkih partija, nevladinih organizacija, interesnih asocijacija, medija, ali i, prije svega i najbitnije, građanina kao individue.

Neupitan je suštinski značaj efektivnog učešća pripadnika manjina u različitim sferama društvenog, političkog, kulturnog i javnog života za obezbjeđenje socijalne kohezije, razvoja demokratskog društva i vladavinu prava, posebno kroz njihovu uključenost u javne poslove te garantovanje temeljnih političkih prava, ali i uopće ljudskih prava manjina u međunarodnom i unutrašnjem pravu. Pozitivna diskriminacija je nužni korektiv u ostvarivanju prava i sloboda manjina (podzastupljenih skupina) i njihovih pripadnika.

Od ključnog značaja za učešće građana u procesu oblikovanja i provođenja javnih politika je stvaranje institucionalnog mehanizma saradnje građana i tijela državne vlasti, kao sastavnog dijela participativne demokratije. Pri tome treba

razumjeti i napomenuti da participativna demokratija nije zamjena za predstavničku demokratiju, koja se zasniva na podjeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, višestranačkom sistemu, te slobodnim izborima, nego je participativna demokratija u službi njene veće efikasnosti, osobito na način da participativna demokratija, naime, stvara uslove za stalno i aktivno uključivanje građana u javni život, i to ne samo u vrijeme izbora, te čini rad demokratski izabраних tijela (posebno izvršne vlasti) transparentnijim i bližim građanima. Uz to, participativna demokratija doprinosi kvaliteti utvrđene javne politike i omogućava njezinu lakšu i jeftiniju provedbu: ako glavni akteri (uključujući građane i njihova udruženja) učestvuju u postupku pripreme zakona ili drugog općeg propisa, manja je vjerojatnost sudskih ili upravnih sporova u vezi s tumačenjem pojedinih odredaba toga propisa. Bez djelotvorne participativne demokratije, a u kontekstu sveprisutne kompleksnosti savremenog svijeta, pravnog i društveno-političkog ambijenta, predstavnička demokracija izložena je opasnosti da postane tek puki ukras u vladavini birokratskih, vojnih, političkih i privrednih elita.

„Ljudska prava postaju najmanji zajednički sadržilac za sve ljude, na svim dijelovima svijeta, u svim ekonomsko-političkim sistemima, kulturnim i religijskim tradicijama, putokaz političkom djelovanju, razvoju i pravnom reguliranju. Povezujući tako filozofiju, politiku i pravo u jedinstvenu cjelinu, ljudska prava su postala, ako ne otkriće, onda svakako bitna odrednica XX stoljeća.“¹

Pojam, sadržaj i značaj ljudskih prava prve, druge i treće generacije (građanskih i političkih prava, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, te kolektivnih prava) posmatrani u društveno-historijskom, pravno-političkom i kulturno-civilizacijskom kontekstu, nisu ostali nepromijenjeni od postanka i priznavanja do danas, nego je evidentna evolucija ljudskih prava generalno, pa samim time i temeljnih političkih prava.

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

Suverenost države je još uvijek čvrsta (efikasna) i vrijednosno nesporna (legitimna), ali je danas ipak znatno ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, prava ljudskih prava i poštovanjem unaprjeđenja civilnog društva.

Evolucija ljudskih prava ukazuje na trend promjena shvatanja ljudskih

1 Bakšić-Muftić, Jasna, Sistem ljudskih prava, Sarajevo, 2002., str. 11.

prava, korelacije suverenosti država i ljudskih prava, te odnosa građanin – vlast, u pravnom i političkom smislu, posebno uživajući politička prava i slobode.²

2. Rezimirani prikaz historijsko-pravnog razvoja ljudskih prava od antičke Grčke do danas, sa osvrtom na temeljna politička prava i zaštitu manjina

Pod ljudskim pravima danas podrazumijevamo skup osnovnih ličnih, političkih, ekonomskih, socijalnih, kulturnih prava, te pravo na očuvanje čovjekove okoline. Ovim pravima se osigurava poštovanje i zaštita čovjekove ličnosti, njegovog dostojanstva i postojanje uslova za zadovoljenje čovjekovih bioloških i duhovnih potreba.

U svakodnevnom govoru termin "ljudska prava", kao relativno nov pojam, prihvaćen je tek poslije Drugog svjetskog rata usvajanjem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine od Generalne skupštine Ujedinjenih nacija. Ovaj izraz je zamijenio frazu "prirodna prava", inače predmet velikih kontroverzi u pravnoj teoriji, i kasnija "prava čovjeka" iz razloga što je ovaj termin, prema mišljenju većine autoriteta, bio neprikladan i nedovoljan da obuhvati i prava žene.

Antički grčki polis predstavlja kolijevku demokratije i demokratskih prava individue. Međutim, atinska demokratija je značila privilegiju, dok se moderna politička shvatanja zasnivaju na ideji o ljudskim pravima kao osnovnoj vrijednosti, pri čemu država treba osigurati instrumente obezbjeđenja njihove primjene. Ona se dosta razlikuje od kasnije, posebno liberalno - kapitalističke demokratije, koja odgovara drugačijim društvenim, historijskim i kulturnim prilikama. Osnovni politički postulat grčke filozofije - pravo da čovjek živi po vlastitom izboru, predstavlja trajnu poruku suprotstavljanju svim oblicima dominacije moćnih i neograničenih pojedinaca ili sistema.

Tek u novom vijeku, prirodno-pravne doktrine su postale usko povezane sa liberalnim političkim teorijama o prirodnim pravima. U spisima Aristotela i

2 Suverenost (od franc. Souverain - neograničen, najviši, nezavisan; sovereignty, souveraineté, Souveranitat) je "svojstvo subjekta međunarodnog prava na temelju kojeg on ima vlast da naređuje osobama na svom području, na temelju kojeg je nezavisan od svake druge vlasti, slobodan u odlučivanju, a također ima najvišu vlast nad načelno svim osobama i stvarima na određenom području". Vidjeti: Ibler, Vladimir, Rječnik međunarodnog javnog prava, Zagreb, 1987., str. 307. "Ovaj izraz se obično koristi da bi se istaklo kako država (narod) uživa neotuđivo pravo da samostalno odlučuje o svom unutrašnjem društveno-političkom i ekonomskom uređenju (tzv. unutrašnja suverenost), odnosno o svojoj spoljnoj politici, tj. pristupanju međunarodnim ugovorima, međunarodnim organizacijama i sl. (tzv. spoljna suverenost)." Vidjeti: Krivokapić, Boris, Leksikon međunarodnog prava, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1998., str. 466. U savremenoj međunarodnoj zajednici, sa pravnog aspekta shvaćen pojam suverenosti, nije apsolutan, jer vlast, sloboda i nezavisnost suverenog međunarodnog subjekta nisu neograničeni, već nužno ograničeni međunarodnim javnim pravom, objektivnim međunarodnim poretom, te općim običajnim međunarodnim pravom, ali je suverenost država dalje i (samo)ograničena i svakom preuzetom ugovornom obavezom. Obradović, Konstantin, Pravna država i ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, www.management.org.you/obradov2.php, str. 4.

Tome Akvinskog ove doktrine su priznavale legitimitet ropstva i služenja i tako isključivale možda i suštinu ideje o ljudskim pravima kako je ona shvaćena danas - kao ideja slobode i jednakosti. Kada je otpor vjerskoj netoleranciji i političko-ekonomskoj prisili počeo dugi prelaz ka liberalnom shvatanju slobode i jednakosti, a posebno u odnosu na pravo upotrebe i raspolaganja imovinom, to su bih počeci onoga što mi danas smatramo ljudskim pravima. Učenja Tome Akvinskog (13. vijek) i Huga Grotiusa (16-17. vijek), Magna Carta Libertatum (1215.) kao prvi ustavni akt na svijetu, simbol ograničenja vlasti i samovolje vladara pomoću pravne norme, garancija prava i sloboda ljudi i načela zakonitosti i pravne sigurnost, Peticija o pravima (1628.) i engleski Bil o pravima (1689.), dokaz su ove promjene. Naučna i intelektualna dostignuća 17. vijeka: Galilejeva i Newtonova otkrića, materijalizam Thomasa Hobbesa, racionalizam Renea Descartesa i Leibnitza, panteizam Spinoze, empirizam Francisa Bacona i Johna Lockeja, ohrabрили su vjerovanje u prirodno pravo i univerzalan red.

Tokom 18. vijeka, nazvanog periodom prosvjetiteljstva, rastuće je povjerenje u ljudski razum i savršenstvo ljudskih odnosa. Posebno se to vidi iz spisa velikog engleskog filozofa iz 17. vijeka, Johna Lockeja po mnogima najvažnijeg teoretičara prirodnog prava modernog vremena, i radova Velike filozofske škole, sa sjedištem u Parizu, posebno radova Montesquieua, Voltairea i Jean-Jacques Rousseaua. Locke raspravlja u detalje, uglavnom u spisima o Engleskoj revoluciji iz 1688. (tzv. Slavna revolucija), da se određena prava sama po sebi odnose na individue kao ljudska bića, jer su ona postojala u 'prirodnom stanju', prije nego što je čovječanstvo ušlo u građansko društvo, da su glavna među njima: pravo na život, slobodu i imovinu, da se po ulasku u civilno društvo čovječanstvo prepušta stanju koje vodi ka "društvenom ugovoru" i da neuspjeh države da osigura zagarantovana prirodna prava ostavlja jedini izlaz - pravo na narodnu revoluciju.

Oslanjajući se na Lockeja, francuski filozofi, prihvatajući mnoge i različite tokove misli sa opštom vrhovnom vjerom u razum, odlučno su se obrušili na religiozni i naučni dogmatizam, netoleranciju, cenzuru i socijalno-ekonomska ograničavanja. Thomas Jefferson, koji je proučavao Lockeja i Montesquieua, dokazujući da su njegovi zemljaci "slobodni ljudi koji zahtijevaju svoja prava koja proističu iz prirodnog prava, a ne kao "dar suverena"', ostavio je snažan pečat kroz Deklaraciju o nezavisnosti proglašenu od 13 američkih kolonija 4. jula 1776. godine.

Ukratko, ideja ljudskih prava odigrala je ključnu ulogu u borbi protiv političkog apsolutizma kasnog 18. i ranog 19. vijeka. Međutim, ideja o ljudskim kao prirodnim pravima nije bila bez svojih protivnika. Doktrina prirodnih prava došla je pod filozofski i politički udar i s lijeva i zdesna.

Engleski filozof Burke, u knjizi "Refleksije o francuskoj revoluciji" (1790.), zagovornik prirodnog prava koji je ništa manje osporavao da "prava čovjeka" mogu poticati od prirodnog prava, kritikovao je autore Deklaracije o pravima čovjeka i građanina zbog proglašavanja "monstruozne fikcije" ljudske jednakosti

koja, smatra on, služi kao inspiracija "pogrešne ideje i uzaludnih očekivanja u ljudima predodređenim da se kreću u opskurnom hodu tegobnog života".

Nasuprot nekim, u osnovi izolovanim demonstracijama međunarodne humanitarne zabrinutosti sa kraja 19. i početka 20. vijeka, za drugu polovinu 20. vijeka se slobodno može reći da označava pravi početak međunarodnog, ali i univerzalnog priznanja ljudskih prava.

Za razliku od ranije dugog i upornog tretiranja ljudskih prava kao unutrašnje stvari svake zemlje pri tom se zaklanjajući za državni suverenitet, veliki broj država danas prihvata ljudska prava kao elemenat međunarodnog javnog poretka i njihovo kršenje smatra narušavanjem međunarodnih obaveza država. Koristeći se opštepriznatim načelom međunarodnog prava po kojem država svoj suverenitet može ograničiti ugovorom, države mogu zaključiti ugovor kojim se usaglašavaju da će svojim državljanima priznavati određena ljudska prava i time su države, u domaćaju tog sporazuma, internacionalizirale to konkretno pitanje.³

Ovo načelo odigralo je značajnu ulogu u razvoju međunarodnih ljudskih prava i postepenoj internacionalizaciji ljudskih prava, procesu koji je započeo u 19. vijeku zaključivanjem Ugovora o zabrani trgovine robljem i međunarodnim sporazumima o zaštiti hrišćanskih manjina u Otomanskom carstvu, a potom nastavljen posebno značajnim i zanimljivim Berlinskim ugovorom iz 1878. godine koji je priznao specijalni status nekim vjerskim grupama i poslužio kao model za sistem manjina koji je kasnije ustanovljen u okviru Društva naroda.

Iako osnivački akt i ustav Društva naroda Pakt Društva naroda iz 1920. nije sadržavao bilo kakve opšte odredbe o ljudskim pravima, jer saznanje da ljudska prava treba međunarodno zaštititi nije bilo prihvaćeno od zajednice naroda, niti je ozbiljno razmatrano pri sastavljanju Pakta, Pakt je sadržavao dvije odredbe: član 22. kojim je ustanovljen sistem mandata Društva naroda i član 23. koji se bavio pitanjima koja se tiču "pravičnih i humanih usova rada za muškarce, žene i djecu", što je bilo u skladu sa razvojem prava međunarodnih ljudskih prava. Društvo naroda imalo je značajnu ulogu i u razvijanju međunarodnog sistema za zaštitu manjina pri čemu je Društvo naroda svoje nadležnosti izvodilo iz niza ugovora zaključenih nakon Prvog svjetskog rata, od kojih je prvi bio Ugovor između Glavnih savezničkih i udruženih sila i Poljske iz juna 1919. kojim su se države, na koje se odnosio manjinski sistem, obavezale da neće vršiti diskriminaciju pripadnika zaštićenih manjina i da će im dati posebna prava za očuvanje njihovog etničkog, vjerskog ili jezičkog integriteta, uključujući pravo na službenu upotrebu njihovog jezika, pravo na održavanje njihovih škola i pravo na vršenje njihovih vjerskih obreda. Za poštovanje preuzetih obaveza međunarodnog karaktera garantovalo je Društvo naroda, razvijajući sistem peticija, a po potrebi Stalni sud međunarodne pravde pozivan je da izloži svoja savjetodavna mišljenja o spornim pravnim pitanjima. Neka moderna međunarodna rješenja imaju značajne sličnosti sa institutima za upravljanje sistemom manjina, prvobitno razvijenim od Društva naroda.

³ Vidjeti šire: Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998., str. 19.

Ujedinjene nacije i druge međunarodne organizacije, tokom mnogih godina nakon osnivanja, bile su uglavnom orijentisane na individualna prava, nediskriminaciju i jednaku zaštitu, dok su slabo interesovanje pokazivale za zaštitu prava manjina.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je usvojena 1948. godine od Generalne skupštine UN-a kao rezolucija koja nema pravnu snagu, ona nije ugovor.

Međutim, tokom decenija, od njenog osnivanja do danas, Deklaracija je doživjela snažnu transformaciju, tako da su danas rijetki pravници koji bi poricali da je "Deklaracija normativni instrument koji stvara barem neke, pravne obaveze za države članice UN-a".⁴

U središtu rasprava o njenom pravnom karakteru nisu tvrdnje da Deklaraciji nedostaje bilo kakva pravna snaga, nego pitanje da li su ljudska prava koja ona proklamira obavezujuća i pod kojim okolnostima, kao i pitanje izvora njenog obavezujućeg karaktera: da li je to njen status autoritativnog tumačenja obaveza prema ljudskim pravima sadržanim u Povelji UN-a, njen status običajnog međunarodnog prava, ili njen status općeg načela prava.

Pravni značaj procesa transformacije Univerzalne deklaracije do sada je analiziran na najmanje tri načina.

Neki međunarodni pravници i vlade tvrde da stalno oslanjanje UN-a na Univerzalnu deklaraciju u primjeni odredaba o ljudskim pravima Povelje UN-a upućuje na zaključak o tome da se Deklaracija počela prihvaćati kao autoritativno tumačenje tih odredbi.

Drugo stanovište, koje zastupa više pristalica, "vidi u tom stalno ponavljanom oslanjanju i pozivanju na Univerzalnu deklaraciju, od vlada i međunarodnih organizacija, onu neophodnu praksu država koja je potrebna da bi se moglo govoriti o nastanku običajnog međunarodnog prava. Ova teorija navodi na zaključak da je Deklaracija, ili, u najmanju ruku, bar neke od njenih odredaba, postala običajno međunarodno pravo."⁵

Pristalice trećeg stanovišta tvrde da je Deklaracija kao autoritativno nabranje ljudskih prava, obavezujući sve države, a ne samo članice Ujedinjenih nacija, postala osnovna komponenta međunarodnog običajnog prava.

Međunarodni paktovi o ljudskim pravima, odnosno Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. usvojeni od Generalne skupštine UN-a, kao ugovori stvaraju pravne obaveze za države ugovornice, što znači da u odnosu na njih, pitanja koja se odnose na poštovanje i uživanje prava zagarantovanim Paktovima, postaju pitanja međunarodnog značaja i time izlaze iz domena njihove unutrašnje jurisdikcije.

U članu 2. stav 1. Pakta o građanskim i političkim pravima utvrđene su obaveze koje država preuzima ratifikacijom:

"Svaka država ugovornica ovog Pakta obavezuje se da će poštovati i

4 Buergenthal, Thomas, nav. djelo, str. 33.

5 Ibid., str. 34.

osigurati svim pojedincima, na svom području i pod njenom jurisdikcijom, prava priznata u ovom Paktu bez obzira na razlike u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovine, rođenja ili neke druge okolnosti“, a ova odredba je dopunjena članom 2.2., koji zahtijeva da države ugovornice „usvoje takve zakonodavne i druge mjere koje su potrebne da se oživotvore prava“, zagarantovana Paktom, u slučaju da takve odredbe već ne postoje u njihovom unutrašnjem pravu.

Dok Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima poziva na postepenu implementaciju u skladu sa mogućnostima države, Pakt o građanskim i političkim pravima državama ugovornicama nameće безусловnu obavezu poštovanja i garantovanja Paktom proklamiranih prava i poduzimanje svih mjera neophodnih za ostvarenje te obaveze. Fakultativni protokol uz Pakt o građanskim i političkim pravima predstavlja dopunu mjera implementacije Pakta, i omogućava privatnim licima, koja tvrde da su žrtve kršenja Pakta, podnošenje individualnih podnesaka ili pritužbi Komitetu za ljudska prava, s tim da se pritužbe mogu podnositi samo protiv država ugovornica Pakta koje su ratificirale Protokol.

Ljudskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca u odnosu na državnu vlast, najvećim brojem ljudskih prava država se ograničava kako bi se ostvarile ljudske slobode ili se od nje traži djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava. Ljudska prava su jedan od najizražajnijih indikatora prema kojima se određuje karakter države. Prema modernoj ustavnopravnoj i političkoj teoriji, za određivanje jednog ustavnog, odnosno političkog sistema, najvažnije je kakav položaj u tom sistemu ima čovjek (građanin), tj. kako je u tom sistemu određen odnos: vlast - čovjek (građanin).⁶

S obzirom na društvenu prirodu ljudskih prava i sloboda izvršena je podjela ljudskih prava na građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna. Dok građanska prava karakteriše čovjekova autonomija u odnosu na državu, političkim pravima (nazivanim još i pravima participacije) pripadaju ona prava koja znače čovjekovo učešće u upravljanju državnim i inače javnim poslovima. I građanska i politička prava se primarno baziraju na načelu slobode.

Politička prava, sadržana su, u pravilu, u katalogu ljudskih prava i predstavljaju dio ustavnih odredbi sa kojima su, po principu ustavnosti i zakonitosti, usklađeni čitav pravni sistem i zakonska zaštita ljudskih prava i sloboda. Kao klasična politička prava i slobode smatraju se politička prava koja uključuju slobodu mišljenja, govora, vjeroispovijesti, pisanja, okupljanja, udruživanja, pravo na informisanje, sloboda kretanja, sloboda izbora mjesta stanovanja, izbora profesije, aktivno i pasivno biračko pravo, pravo na demokratske izbore i političke predstavnike, pravo na učešće u zajednici, vlasti, javnom i političkom životu.

Politička prava, zajedno sa građanskim pravima, pripadaju klasičnim, najstarijim ljudskim pravima, pravima prve generacije, koja su se posebno značajno razvijala unutar zapadnoevropske historije, a vrijednosti njima zaštićene, bile su

6 Pobrić, Nurko, Ustavno pravo, Mostar, 2000., str. 381.

i jesu, svakako, poznate i štice i u ostalim društveno-historijskim i kulturno-civilizacijskim krugovima, možda izražene na nešto drugačiji način.

„Kao istovremeni oblik ljudskih prava i nužni preduvjet njihovom postojanju i zaštiti stoje demokratska država, vlast koja legalitet temelji na volji građana kao nosioca suvereniteta, pravna država i vladavina prava u koje su inkorporirana ljudska prava, podijeljene zakonodavna, izvršna i sudska vlast kao jedna od garancija da će temeljna prava i slobode građana biti zaštićeni, javnost djelovanja državnih organa kao jedan od načina kontrole u vršenju vlasti, politička i pravna odgovornost nosilaca vlasti, pravna pred zakonom i politička pred biračkim tijelom. Izostanak političkih i pravnih pretpostavki ostavlja građanska i politička prava u praznom prostoru proklamacije.“⁷

Ljudska prava u pravnoj doktrini i zakonodavstvu (domaćem i međunarodnom) dijele se još i na individualna i kolektivna ljudska prava – u ukupnoj društvenoj funkciji prava čovjek kao pojedinac njegov je osnovni subjekt, ali još češće individualno pravo pojedinca je limitirano realnim stanjem tog prava u društvenom kolektivitetu kojem on pripada.

“Ako je u tom smislu kolektivitet obespravljen ili ugrožen, onda i dotična prava njegovog pripadnika objektivno imaju u osnovi isti položaj odnosno tretman (pravo na samoopredjeljenje, pravo na jezik, pravo na ispoljavanje vjerskih ubjeđenja itd.)“⁸

Navedeno razlikovanje ljudskih prava na individualna i kolektivna zaista ima opravdanje, s tim što je neprihvatljivo svako davanje isključive prednosti jednoj ili drugoj grupi ovih prava.

U međunarodnim pravnim aktima novijeg datuma, pri normiranju ljudskih prava čije se uživanje garantuje čovjeku kao pojedincu, sve češće dodaju i pojmovi "pojedinačno ili u zajednici s drugima", "u zajednici s drugima" itd.

„Društvena prava su takva prava koja se mogu realizirati samo u odnosu na druge članove društva. U društvena prava spadaju prava na komunikaciju, kao što su: sloboda vjeroispovijesti, sloboda okupljanja i sloboda (pravo) vlasništva. Politička prava vezana su za demokratiju. Ona, kao minimalni uvjet demokratije, podrazumijevaju: jednako biračko pravo, jednak pristup svim javnim službama i jednak tretman u vezi zaposlenja, poziva i imenovanja“.

Diskriminacija osoba po bilo kojem osnovu (rasa, boja, spol, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, imovno stanje, rođenje ili svaka druga okolnost) u uživanju građanskih i političkih prava predstavlja povredu ljudskih prava.

Član 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisuje:

“Svaki građanin ima pravo i mogućnost, bez ikakve diskriminacije pomenute u članu 2. i bez neosnovanih ograničenja:

a) da učestvuje u upravljanju javnim poslovima, bilo neposredno, bilo preko slobodno izabranih predstavnika;

⁷ Bakšić-Muftić, Jasna, nav. djelo, str. 191.

⁸ Miličević, Nedo, Ljudska prava, Sarajevo, 2007., str. 13.

b) da bira i da bude biran na povremenim istinskim, opštim, jednakim i tajnim izborima, koji obezbjeđuju slobodno izražavanje volje birača;

c) da bude primljen, pod opštim i jednakim uslovima, u javne službe svoje zemlje.”

„Pravo na učešće u vlasti zaokružuje politička prava i demokraciju. U osnovi ovog prava stoje građani kao nosioci suvereniteta, njihova jednakost pred zakonom, gdje je individualna različitost zaštićena zabranom diskriminacije po bilo kojem kriteriju individualnog razlikovanja, rasi, boji kože, spolnoj, etničkoj, religijskoj pripadnosti, političkom uvjerenju, jeziku, socijalnom porijeklu, imovinskom stanju. Kao međusobno jednaki politički subjekti kojima pripada sloboda misli, opredjeljenja, organiziranja, oni imaju pravo biti birani na svim razinama vlasti i glasanjem sami legitimirati vlast.“⁹

Historijski posmatrano, politička prava su pripadala slobodnim, punoljetnim, bogatim i bijelim muškarcima. S obzirom na činjenicu da je postojala potreba donošenja posebnog instrumentarija za zaštitu ljudskih prava siromašnih, obojenih i žena, tradicionalno smatranih inferiornim i posebno ranjivim i isključenim skupinama, Ujedinjene nacije donijele su Deklaraciju o rasi i rasnim predrasudama, Konvenciju o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena, Konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

Član 5. stav c) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (stupila na snagu 4.1.1969)., glasi:

„Države ugovornice ove konvencije obavezuju se da zabrane i ukinu diskriminaciju u svim njezinim oblicima i da jamče svakome pravo na jednakost pred zakonom bez razlike na rasu, boju ili nacionalno ili etničko porijeklo, naročito u pogledu ovih prava: politička prava, naročito pravo učešća na izborima, prava glasa i kandidature, na temelju općeg i jednakog prava glasa, pravo učestvovanja u vlasti, upravljanju javnim poslovima, na svim razinama, i pravo pristupa, pod jednakim uvjetima, javnim funkcijama.”

Član 7. alineje a), b), c) Konvencije o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena propisuje:

„Države članice poduzimaju sve prethodne mjere za otklanjanje diskriminacije u političkom i javnom životu zemlje, posebno su dužne osigurati, pod jednakim uvjetima kao i muškarcima, pravo žena da:

a) glasaju na svim izborima i javnim referendumima i da budu birane u sva tijela koja se biraju javnim izborima;

b) sudjeluju u kreiranju i provođenju vladine politike i zauzimaju rukovodeće položaje, te obavljaju sve javne funkcije na svim razinama vlasti;

c) sudjeluju u radu nevladinih organizacija i udruženja koja se bave javnim i političkim životom u zemlji.

Član 8 Konvencije o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena normira:

„Države članice poduzimaju sve prikladne mjere da bi osigurale ženama mogućnost da pod jednakim uvjetima sa muškarcima, bez diskriminacije,

⁹ Bakšić-Muftić, Jasna, nav. djelo, str. 217.

predstavljaju svoje vlade na međunarodnoj razini, te da sudjeluju u radu međunarodnih organizacija."

Pravo na jednak pristup javnim službama je u najužoj vezi sa pravom na učestvovanje u javnim poslovima. Za njihovo vršenje svakako se mogu i moraju propisivati uslovi, s tim što oni ne mogu biti diskriminatorski, niti neumjesni. To znači da svako mjesto u javnim službama mora biti dostupno svim građanima pod jednakim uslovima. U pitanju je, znači, poštovanje principa jednakosti, uz punu slobodu specifikacije za pojedine poslove, saobrazno karakteristikama i zahtjevima pojedine službe. Pri ovome treba imati u vidu da se navedeni kriterij u međunarodnim dokumentima tretira na dosta uopšten i neodređen način, upravo stoga što se smatralo da državama treba ostaviti dovoljno prostora za predviđanje posebnih uslova za pojedine poslove u javnim službama.

„Neke od mjera kojima se pomaže učešće "svih" pod jednakim uvjetima su pozitivna diskriminacija, afirmativna akcija i političke kvote, kojima se želi utjecati na ispravljanje debalansa i dovođenje svih u jednake pozicije. Pošto ove kategorije u realnim društvenim okolnostima nemaju velike šanse na participaciju u vlasti, da budu birane, primljene u javne službe, onda se pravnom normom stvara obaveza da moraju biti zastupljeni (žene, crnci, obojeni, manjine) u određenom procentu na određenim razinama vlasti i u javnim službama. Ovakve mjere imaju privremeni karakter dok se ne stvore realne pretpostavke da svi mogu zaista uživati prava bez diskriminacije.“¹⁰

Ako je pravo predodređeno da služi ljudima, čineći čovjeku društvo u kojem živi predvidivim i dajući mu pravnu sigurnost, onda su ljudska prava - prava globalnog karaktera nastala kao izraz društveno-historijskih previranja i sa vjerom u bolje sutra čovječanstva.

3. Terminološka određenja i pozitivnopravne definicije afirmativne akcije, opravdanosti, svrhe, potrebe i značaja pozitivne diskriminacije

„Provedba načela zabrane diskriminacije jedna je od najvažnijih zadaća svih tijela koja se bave zaštitom ljudskih prava i temeljnih sloboda. Naime, svaka realizirana zabranjena diskriminacija čvrsti je pokazatelj povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda. Međutim, i od tog bitnog načela u pravno-političkim i ukupnim društvenim odnosima postoje iznimke odnosno odstupanja. Ona se očituju u načelu pozitivne diskriminacije koja je nužni korektiv u ostvarivanju prava i slobode manjina (podzastupljenih skupina) i njihovih pripadnika. Naime, u demokratskim društvima u kojima načelo većine dominira u donošenju odluka podzastupljene skupine stalno ovise o odlukama koje donosi većina. Bez obzira na to koliko je većina "demokratska", demokratsko društvo vladavine prava ne može pustiti na slobodnu procjenu većini hoće li odlučiti kod pravnog uređivanja, ostvarivanja i zaštite manjinskih prava tako da im omogući njihovu realizaciju u svim segmentima

¹⁰ Bakšić-Muftić, Jasna, nav. djelo, str. 219.

društvenih odnosa bitnih prava i sloboda za njihovu samoaktualizaciju. Zbog toga se u pravnim državama putem pravnog uređivanja pozitivne diskriminacije osigurava ustavnopravno jamstvo manjinama i njihovim pripadnicima na uređivanje, ostvarivanje i zaštitu tzv. pozitivnih prava i sloboda koja im jamče samoaktualizaciju kroz ostvarenje svojeg *ethosa*. Pozitivna diskriminacija upravo stoga jedno je od najsloženijih i vrlo osjetljivih pravno-političkih pitanja uopće.¹¹

Prvi uporednopravni primjeri mera afirmativne akcije datiraju još s početka prošlog vijeka. Danas postoje na svim kontinentima, u društvima veoma različitih socijalnih prilika. Međutim, još uvijek ne postoji jednoznačno opredjeljenje šta sve ulazi u sadržaj ovog pojma i koji su njegovi konstitutivni elementi.

I danas su aktuelne terminološke neujednačenosti i kontroverze koje prate koncept afirmativnih mjera, odnosno pozitivne diskriminacije.

U literaturi iz Sjedinjenih Američkih Država u najširoj je upotrebi termin "afirmativna akcija". U kontekstu prava i prakse Evropske unije rasprostranjen je termin "pozitivna akcija" i "pozitivne mjere", a u glavnim međunarodnopravnim dokumentima uglavnom se nailazi na termin "posebne mjere". U mnogim pravnim priručnicima afirmativne mjere definisane su pod odrednicom "pozitivna diskriminacija" a u upotrebi je i termin "obrnuta diskriminacija". Nerijetko se, također, dešava da se za afirmativne mjere uopšte koriste nazivi nekih od posebnih tipova afirmativnih mjera, kao što su "kvote", "rezervacije" ili "preferencijalni tretman".¹² Termin "pozitivna akcija" i "pozitivne mere" prisutni u *acquis communautaire* nastali su mnogo kasnije od američkog termina "afirmativna akcija", jer su u pravo Evropske unije, a time i u pravne sisteme mnogih država članica afirmativne mjere ušle tek osamdesetih godina prošlog vijeka.

Koncept afirmativnih mjera jedan je od najkompleksnijih pojmova savremenog prava zbog njegovog odnosa prema principu jednakosti, zavisnosti od društvenog konteksta zemlje u kojoj se one primenjuju, neregulisanosti jednim pravnim aktom ili programskim dokumentom. Proučavanje prakse afirmativnih mjera veoma je često otežano i zbog toga što su afirmativne mjere nerijetko korištene od političkih elita na način koji protivriječi njihovoj biti i svrsi.

Pozitivna diskriminaciju moguće je definisati kao "aktivno favorizovanje jednog pola ili neke kategorije osoba u odnosu na drugu zbog toga što se smatra da je u nepovoljnom položaju".¹³ Termin "afirmativna akcija" upućuje na politiku pozitivnog diskriminisanja da bi se pomoglo onim grupama koje su u nepovoljnom položaju.¹⁴

11 Dr. sc. Mato Arlović: Pozitivna diskriminacija u regulaciji i zaštiti prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina – Uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 56, 4/2019, str. 785.

12 Vidjeti više: Mr Milica V. Matijević, Mr Vesna Erić, Mere afirmativne akcije: terminološko određenje i uvodna razmatranja o sadržini pojma, Strani pravni život 3/2010, str. 87.

13 Elizabeth A. Martin (ed.), Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, Oxford, 2003, str. 371

14 Peter H. Collin, Dictionary of Law (Fourth Edition), Bloomsbury Publishing, London, 2004, str. 10.

„Afirmativna akcija” određena je i kao “svaka radnja nekog privatnopravnog ili javnopravnog lica usmerena na eliminisanje diskriminacije, ispravljanje ili obeštećenje za posledice diskriminacije u prošlosti, ili na sprečavanje diskriminacije u budućnosti, a koja je obično zasnovana na rasi, polu, nacionalnom poreklu ili invaliditetu osobe koja je diskriminisana.”¹⁵

“Pozitivna akcija se odnosi na one mere koje se ne zadržavaju na zabrani diskriminacije već nastoje da isprave [nečiji] nepovoljan položaj.”¹⁶

Kanadska povelja o pravima i slobodama koja čini dio Ustava Kanade afirmativne mjere definiše kao: “[...] propis, program ili aktivnost koji za cilj imaju poboljšanje prilika za pojedince ili grupe koji su u nepovoljnom položaju, uključujući one koji su u nepovoljnom položaju zbog svoje rase, nacionalnosti ili etničkog porijekla, boje, religijskog uvjerenja, pola, uzrasta, mentalnog ili fizičkog invaliditeta.”¹⁷

Ustav Južnoafričke Republike propisuje: “Da bi se unapredilo postizanje jednakosti, mogu biti preduzete zakonske i druge mjere osmišljene radi zaštite ili poboljšanja položaja lica ili kategorija lica čiji je nepovoljan položaj posljedica diskriminacije.”¹⁸

Često je navođena i definicija koju je dao Specijalni izvjestilac Ujedinjenih nacija Bosui (Bosuout): „Afirmativna akcija je paket mjera privremenog karaktera kojima se nastoji ispraviti pozicija članova ciljne grupe u jednom ili više vidova njihovog društvenog života, kako bi se postigla efektivna jednakost.”¹⁹ Privremenost mjera afirmativne akcije njihovo je suštinsko, a ne formalno obilježja. Proističe iz principa proporcionalnosti na koji će sud naročito obratiti pažnju prilikom razmatranja zakonitosti ovih mjera. Mjere afirmativne akcije će, sudeći i prema iskustva zemalja koje ih već godinama primjenjuju, uvijek i nužno biti u tenziji sa formalno shvaćenim principom jednakosti na kome su utemeljeni suvremeni pravni sistemi.

4. Rezimirani komparativni prikaz afirmativne akcije za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU

„Pripadnici nacionalnih manjina mogu biti uključeni u javne poslove putem niza mehanizama, kao što su zastupljenost u predstavničkim tijelima i javnoj

15 Susan Ellis Wild (ed.), Webster’s New World’s Law Dictionary, Wiley, Hoboken, 2006, str. 18

16 Kevin Kitching, Non-Discrimination in International Law - A Handbook for Practitioners, Interrights, London, 2005, str. 96

17 Član 15, stav 2 Kanadske povelje o pravima i slobodama, usvojene 29.03.1982.

18 Član 9, stav 2 Ustava Republike Južne Afrike, usvojen 4.12.1996, stupio na snagu 4.02.1997.

19 Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action, final report submitted by Mr Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with UN Sub Commission Resolution 1998/5, dated 17 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 6

upravi na svim nivoima, savjetodavni mehanizmi ili uspostavljanje kulturne autonomije. Stoga i Okvirna konvencija za zaštitu manjina predviđa obavezu ugovornica da stvore uslove za efikasno učešće pripadnika nacionalnih manjina u kulturnom, socijalnom i ekonomskom životu, te javnim poslovima, naročito onim koji se njih tiču. Djelotvorno učešće obuhvata širok opseg mogućnosti za uključivanje pripadnika nacionalnih manjina u javni život, od razmjene informacija i dijaloga do formalnog i neformalnog konsultovanja i učešća u donošenju odluka, odnosno putem niza mehanizama od onih konsultativnog karaktera do posebnih parlamentarnih rješenja.²⁰

Prema sadržaju dokumenta pod nazivom „Afirmativna akcija za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU, kojeg je sačinio Istraživački centar Parlamentarnog instituta Skupštine Crne Gore, a na osnovu raspoloživih podataka prikupljenih uvidom u izorno zakonodavstvo, zakonodavstvo o pravima manjina, te izvještaja koje su zemlje ugovornice u obavezi da podnose Savjetodavnom odboru za Okvirnu konvenciju o zaštiti nacionalnih manjina, informacije u vezi sa pravima nacionalnih manjina u okviru izbornog procesa na nivou lokalne samouprave u sljedećim zemaljama članicama Evropske unije: Austrija, Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Estonija, Finska, Holandija, Italija, Kipar, Letonija, Litvanija, Mađarska, Njemačka, Poljska, Rumunija i Slovačka su sljedeće:

U Finskoj i Poljskoj pripadnici manjina su u praksi zastupljeni u predstavničkim tijelima na lokalnom nivou, dok su u Njemačkoj mjere afirmativne akcije predviđene na nivou pokrajina, tačnije na partije koje predstavljaju nacionalne manjine ne primjenjuje se izborni prag od 5% prilikom raspodjele mandata. Takođe, u Danskoj je na nivou jedne pokrajine garantovana zastupljenost njemačke nacionalne manjine u skupštini četiri opštine te pokrajine. U Češkoj²¹, u okviru skupštine jedinice lokalne samouprave može biti formiran

20 Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs, Strasbourg, 5 May 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_CommentaryParticipation_en.pdf

21 Nacionalne manjine u Češkoj pravo na učešće u javnom životu ostvaruju putem odbora za nacionalne manjine koji funkcioniše u okviru skupštine jedinice lokalne samouprave, te putem Savjeta za nacionalne manjine.

Ustav Češke¹⁵ predviđa da političke odluke proizlaze iz volje većine koja se manifestuje na slobodnim izborima pri čemu, prilikom donošenja odluka većine, treba uzeti u obzir interese manjina. U skladu sa Zakonom o pravima pripadnika nacionalnih manjina¹⁶, nacionalna manjina predstavlja zajednicu građana Češke koji žive na teritoriji države a od ostatka stanovništva se razlikuju po zajedničkom etničkom porijeklu, kulturi i tradiciji, predstavljaju manjinu i istovremeno izražavaju volju i zajedničke napore u cilju očuvanja i razvoja sopstvenog identiteta, jezika, kulture i interesa zajednice. Osim toga, pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo na aktivno učešće u kulturnom, društvenom, ekonomskom i javnom životu, naročito u pogledu pitanja koja se tiču njih na lokalnom i regionalnom nivou, kao i na nivou države. To pravo ostvaruju putem odbora za nacionalne manjine i vladinog Savjeta za nacionalne manjine. Prema Zakonu o jedinicama lokalne samouprave¹⁷, skupština jedinice lokalne samouprave može formirati odbore

odbor za nacionalne manjine, ukoliko na teritoriji te jedinice živi određeni broj pripadnika nacionalnih manjina, koji može podnositi mišljenja i prijedloge. U pojedinim zemljama (Češka i Slovačka), pripadnici nacionalnih manjina na teritoriji jedinice lokalne samouprave imaju pravo da na svom jeziku dobijaju obavještenja u vezi sa održavanjem izbora. U Italiji, odbornici i predstavnici ostalih tijela mogu upotrebljavati jezik manjina prilikom obavljanja funkcija, dok je princip afirmativne akcije predviđen na nivou pojedinih regiona koje naseljavaju pripadnici nacionalnih manjina i to prilikom izbora za predsjednika države. Zakonodavstvo Mađarske omogućava učešće manjina u političkom procesu jedinica lokalne samouprave na principu osnivanja lokalnih manjinskih samouprava za sve nacionalne zajednice u državi, dok u Rumuniji, pored mjera afirmativne akcije na nacionalnom nivou, kandidati na izborima za odbornike mogu biti pripadnici nacionalnih manjina koji čine najmanje 15% građana koji su se na posljednjem popisu izjasnili kao pripadnici neke od nacionalnih manjina.

Specifičan primjer predstavlja Bugarska²², gdje postoji ustavna zabrana formiranja političkih partija na nacionalnoj, vjerskoj ili etničkoj osnovi, ali

kao kontrolna tijela koja podnose mišljenja i prijedloge skupštini jedinice lokalne samouprave. Ukoliko, prema podacima posljednjeg popisa najmanje 10% stanovništva druge nacionalnosti živi na teritoriji jedinice lokalne samouprave, jedinice lokalne samouprave mogu formirati odbor za nacionalne manjine. Članovi odbora mogu biti predstavnici nacionalnih manjina, odnosno najmanje polovina članova odbora moraju činiti predstavnici nacionalnih manjina. Predsjednik odbora mora biti odbornik u skupštini jedinice lokalne samouprave.

Zakonom o pravima pripadnika nacionalnih manjina predviđeno je da pripadnici nacionalnih manjina koji tradicionalno i duže vrijeme žive na teritoriji države imaju pravo da informacije o vremenu i mjestu održavanja izbora dobijaju na svom jeziku. Vidjeti više: Afirmativna akcija za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU, Istraživački centar Parlamentarnog instituta Skupštine Crne Gore

22 U Drugom mišljenju Savjetodavnog odbora o Konvenciji o zaštiti manjina u Bugarskoj (Second Opinion of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities on Bulgaria, January 2012, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_2nd_OPCOM_Bulgaria_en.pdf) navodi se da pripadnici manjina imaju značajnu ulogu u političkom životu u Bugarskoj. Posebno se navodi angažovanje Pokreta za prava i slobode koji je, prvenstveno zastupajući tursku nacionalnu manjinu, postigao zavidne rezultate na parlamentarnim i lokalnim izborima, kao i angažovanja romskih pripadnika nacionalne manjine koji takođe, osim parlamentarnih, učestvuju i na lokalnim izborima. Savjetodavni odbor je istakao da postoji veći broj političkih partija koje su zainteresovane za prava nacionalnih manjina i kao pozitivan primjer naveo zastupljenost nacionalnih manjina u organima lokalne samouprave u regionima u kojima živi značajan broj pripadnika nacionalnih manjina. Međutim, Savjetodavni odbor je izrazio zabrinutost zbog ustavne zabrane formiranja partija na nacionalnom, etničkom ili vjerskom osnovu, budući da takve odredbe ograničavaju nacionalne manjine da ostvare pravo na udruživanje i predložio bugarskim vlastima da izmijene pomenute odredbe Ustava ublažavanjem riječi sadržanih u odredbama, čime bi se pokazao otvoreniji stav prema manjinama. U posljednjem izvještaju koji je Bugarska podnijela Savjetodavnom odboru (Third Report submitted by Bulgaria pursuant to Article 25, Paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, November 2012, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_3rd_SR_Bulgaria_en.pdf) navodi se da ne postoje prepreke za registraciju političkih partija ukoliko partije ispunjavaju sve formalne zahtjeve predviđene Zakonom o političkim partijama. Pored toga, prema odredbama Zakona o lokalnoj samoupravi i administraciji¹⁴, svi građani imaju pravo da učestvuju u radu opštine ili organa opštine preko predstavnika koje su izabrali na izborima.

u praksi postoje partije koje predstavljaju nacionalne manjine i funkcionišu pod drugim nazivom (primjer je Pokret za prava i slobode koji zastupa tursku nacionalnu manjinu).

U Austriji, Estoniji, Irskoj, Letoniji, Litvaniji, Holandiji zakonodavstvo ne predviđa posebne mjere koje se odnose na zastupljenost nacionalnih manjina u predstavničkim tijelima jedinica lokalne samouprave, izuzev ustavnog prava na očuvanje vjerskog, kulturnog i jezičkog identiteta.

Ustavi pojedinih zemalja članica EU, kao što su Belgija, Malta, Portugal i Kipar ne prepoznaju pojam nacionalnih manjina, dok na primjer Francuska nije potpisnica Okvirne konvencije o zaštiti nacionalnih manjina.

5. Umjesto zaključka

Suštinski značaj efektivnog učešća pripadnika manjina u različitim sferama društvenog, političkog, kulturnog i javnog života za obezbjeđenje socijalne kohezije, razvoja demokratskog društva i vladavinu prava, posebno kroz njihovu uključenost u javne poslove te garantovanje temeljnih političkih prava, ali i uopće ljudskih prava manjina u međunarodnom i unutrašnjem pravu je neupitan. Pozitivna diskriminacija je nužni korektiv u ostvarivanju prava i sloboda manjina (podzastupljenih skupina) i njihovih pripadnika. Međutim, i danas su aktuelne terminološke nejednačenosti i kontroverze koje prate koncept afirmativnih mjera, odnosno pozitivne diskriminacije. Pripadnici nacionalnih manjina mogu biti uključeni u javne poslove putem niza mehanizama, kao što su zastupljenost u predstavničkim tijelima i javnoj upravi na svim nivoima, savjetodavni mehanizmi ili uspostavljanje kulturne autonomije. Koncept afirmativnih mjera jedan je od najkompleksnijih pojmova savremenog prava zbog njegovog odnosa prema principu jednakosti, zavisnosti od društvenog konteksta zemlje u kojoj se one primenjuju, neregulisanosti jednim pravnim aktom ili programskim dokumentom. Proučavanje prakse afirmativnih mjera veoma je često otežano i zbog toga što su afirmativne mjere nerijetko korištene od političkih elita na način koji protivrječi njihovoj biti i svrsi.

Mjere afirmativne akcije će, sudeći i prema iskustvima zemalja koje ih već godinama primjenjuju, uvijek i nužno biti u tenziji sa formalno shvaćenim principom jednakosti na kome su utemeljeni savremeni pravni sistemi.

Vidjeti više: Afirmativna akcija za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU, Istraživački centar Parlamentarnog instituta Skupštine Crne Gore

Literatura:

Afirmativna akcija za predstavnike manjinskih naroda u izbornom zakonodavstvu na nivou lokalne samouprave u državama članicama EU, Istraživački centar Parlamentarnog instituta Skupštine Crne Gore

Arlović, Mato, Pozitivna diskriminacija u regulaciji i zaštiti prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina – Uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 56, 4/2019.

Bakšić-Muftić, Jasna, Sistem ljudskih prava, Sarajevo, 2002.

Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998.

Susan Ellis Wild (ed.), Webster's New World's Law Dictionary, Wiley, Hoboken, 2006

Kevin Kitching, Non-Discrimination in International Law - A Handbook for Practitioners, Interights, London, 2005

Peter H. Collin, Dictionary of Law (Fourth Edition), Bloomsbury Publishing, London, 2004

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

Elizabeth A. Martin (ed.), Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, Oxford, 2003

Milica V. Matijević, Vesna Erić, Mere afirmativne akcije: terminološko određenje i uvodna razmatranja o sadržini pojma, Strani pravni život 3/2010.

Miličević, Neđo, Ljudska prava, Sarajevo, 2007.

Obradović, Konstantin, Pravna država i ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, www.management.org.you/obradov2.php

Pobrić, Nurko, Ustavno pravo, Mostar, 2000.

Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action, final report submitted by Mr Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with UN Sub Commission Resolution 1998/5, dated 17 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 6

Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs, Strasbourg, 5 May 2008,

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_CommentaryParticipation_en.pdf

Drugo mišljenje Savjetodavnog odbora o Konvenciji o zaštiti manjina u Bugarskoj (Second Opinion of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities on Bulgaria, January 2012,

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_2nd_OPCOM_Bulgaria_en.pdf)

Third Report submitted by Bulgaria pursuant to Article 25, Paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, November 2012, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_3rd_SR_Bulgaria_en.pdf)

Kanadska povelja o pravima i slobodama, usvojena 29.03.1982.

Ustav Republike Južne Afrike, usvojen 4.12.1996, stupio na snagu 4.02.1997.

Prof. dr. Rebeka Kotlo, Associate Professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

**PROTECTION OF MINORITIES IN INTERNATIONAL LAW,
WITH COMPARATIVE-LEGAL PRESENTATION OF AFFIRMATIVE
ACTION**

Summary: The essential importance of effective participation of persons belonging to minorities in various spheres of social, political, cultural and public life for ensuring social cohesion, development of democratic society and rule of law is unquestionable, especially through their involvement in public affairs and guaranteeing fundamental political rights in international and domestic law. Positive discrimination is a necessary corrective in the exercise of the rights and freedoms of minorities (underrepresented groups) and their members.

Even today, there are current terminological inconsistencies and controversies that accompany the concept of affirmative action, ie positive discrimination. The paper will present terminological definitions and positive legal definitions of affirmative action, justification, purpose, needs and significance of positive discrimination, and a comparative presentation of affirmative action for representatives of minority peoples in electoral legislation at the level of local self-government in EU member states.

Keywords: protection of minorities, international human rights law, affirmative action, political rights

ODNOS AUSTROUGARSKE UPRAVE PREMA VJERSKOM I NACIONALNOM PITANJU U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: U Bosni i Hercegovini se vrlo često, kroz historiju, u određenim društvenopolitičkim okolnostima, ponovno otvaralo ili zaoštravalo pitanje odnosa između države s jedne, i crkve i vjerskih zajednica s druge strane. Naravno da je to pitanje zavisilo od koncepta nacionalne politike vladajućeg režima. U radu se ističe činjenica da austrougarska uprava u Bosni i Hercegovini, nije imala izgrađen takav koncept, odnosno, njen koncept se ustvari sastojao od pokušaja održavanja unutrašnje ravnoteže u uslovima izraženih socijalnih i konfesionalnih suprotnosti unutar bosanskohercegovačkog stanovništva. Uz uporne pokušaje u određenim nacionalnim krugovima ka trijalističkom uređenju Monarhije, ka stvaranju političke protivteže vladajućim Germanima i Mađarima, austrougarske vlasti nisu smjele dozvoliti poremećaj u korist neke od tri vjersko-etničke grupe u Bosni i Hercegovini. Iz vjersko-prosvjetnih pokreta, počinju se formirati građanske političke stranke, koje su uglavnom, po samoj političkoj ideologiji, uglavnom odgovarale tipu narodnih organizacija iz zemalja pod kolonijalnom vlašću. Kallayeva politika je imala za cilj da kod domaćeg stanovništva razvije jedan te isti zajednički osjećaj zemaljske, bosanske nacionalne pripadnosti, s osloncem na Monarhiju. Provodi se politika strogog nacionalnog pariteta, te se nastoji stanovništvo izolovati od nacionalnih kretanja u okolnim južnoslavenskim zemljama. Tek početkom dvadesetog stoljeća, austrougarske vlasti okončavaju pitanja vjersko-prosvjetne autonomije i postepeno prihvataju nacionalno-političke pokrete.

Ključne riječi: politika nacionalnog pariteta, unutrašnja ravnoteža, konfesionalne suprotnosti, vjersko-etničke grupe, nacionalna kretanja, zemaljska nacionalna pripadnost

1. Uvodne napomene

Okupacijom Bosne i Hercegovine od strane Austro-Ugarske Monarhije, zemlja se našla pod upravom vrlo specifične dvojne ustavne strukture same Monarhije, određenom još „Austro-ugarskom” nagodbom iz 1867. godine. Austro-Ugarska je predstavljala istovremeno personalnu i realnu uniju, s obzirom da je austrijski car bio istovremeno i ugarski kralj, a zajednički poslovi su bili spoljna politika, vojska i finansije. Bosna i Hercegovina nije bila dio ni jedne ponaosob od dvije države, nego je stajala kao posebno treće tijelo, nije imala nikakvih

prava prema Monarhiji, koja bi bila garantovana ustavnom ili parlamentarnom kontrolom, ali, po nekim mišljenjima, to je ujedno bosanskoj upravi davalo i veliku slobodu djelovanja i neophodni stabilitet. Na njen daljnji status u dvojnoj ustavnoj strukturi, upravo će uticati taj sveprisutni dualizam, zajedno sa vladajućim apsolutizmom i centralizmom, mada se, još od revolucije 1848. godine, u samoj Habsburškoj carevini javljaju ideje i pokreti za njeno trijalističko uređenje, koje će upravo početi da oživljavaju poslije okupacije Bosne i Hercegovine 1878. godine. Kako zbog međunarodne konstelacije, tako i zbog samih unutrašnjih prilika u Monarhiji, trijalističke ideje u pravcu političke protivteže vladajućim Germanima i Mađarima, u smislu ujedinjenja južnoslavenskih naroda u Monarhiji, nisu bile ostvarene.

Bez saglasnosti parlamenata obiju država sastavnica Monarhije, nije bilo moguće promijeniti status Bosne i Hercegovine u odnosu prema njoj. Strogo se vodilo računa o njenoj dualističkoj strukturi, kao i o ne izazivanju spoljopolitičkih teškoća, u smislu nepovredivosti sultanovog suvereniteta, kako je i naglašeno samim okupacionim mandatom. Tako je, da bi se izbjegle radikalnije političke promjene, kao i finansijske poteškoće, zadržana osmanska administrativno-teritorijalna podjela na šest okruga (Sarajevo, Travnik, Mostar, Tuzla, Banja Luka i Bihać), 54 kotara sa 23 kotarske ispostave. Slično upravi, i u pravosuđu, zadržana je osmanska organizacija sudstva. Prvostepeni su bili kotarski sudovi (Bezirksgerichte) kojih je bilo 48. Apelacijsku vlast vršilo je šest okružnih sudova (Kreisgerichte). U Sarajevu je od 07. 07. 1879. godine počeo djelovati Vrhovni zemaljski sud (Landesgericht). Pri svim kotarskim sudovima postojali su i šerijatski sudovi za porodične i nasljednopravne poslove muslimana. Pri Vrhovnom sudu u Sarajevu djelovao je u svojstvu apelacije Vrhovni šerijatski sud. Carskom naredbom od 29. oktobra 1878. godine ustanovljena je Zemaljska vlada za Bosnu i Hercegovinu, sa sjedištem u Sarajevu, koja je počela svoj službeni rad 01. 01. 1879. godine. Sastojala se u početku od tri odjeljenja: za unutrašnju upravu, za finansije i pravosuđe. Vrhovna upravna vlast nad Bosnom i Hercegovinom povjerena je zajedničkoj vladi, a u njeno ime administraciju je vršilo zajedničko ministarstvo finansija. Upravo pri tom zajedničkom ministarstvu finansija u Beču, postojao je Bosanski biro koji je preko Zemaljske vlade u Sarajevu upravljao poslovima Bosne i Hercegovine. Zemaljsku vladu su sačinjavali: zemaljski poglavar, civilni adlatus, te šefovi odjeljenja. Osobenost Bosne se ogleda u tome što je zemaljski poglavar istovremeno bio komandat okupacionog korpusa, pa su tu funkciju u Bosni i Hercegovini stalno obavljali visoki carski oficiri, dok ni u jednoj drugoj pokrajini Monarhije zemaljski poglavari nisu mogli biti istovremeno i vojni komandanti.¹

Privremeni odbrambeni zakon za Bosnu i Hercegovinu (Wehrgesetz), proglašen je 04. 11. 188. godine. Ovim zakonom je bosanskohercegovačko stanovništvo obuhvaćeno redovnom vojnom obavezom. Očigledno je da je ovim zakonom u osnovi povrijeđen sultanov suverenitet nad Bosnom i Hercegovinom,

¹ Bliže o tome, Ivo Pilar, *Južnoslavensko pitanje, Wien, 1918., str. 261.*

ali Zakon ipak nije izazvao širu diplomatsku krizu, niti značajnije potrese unutar Bosne i Hercegovine.² Ipak je, u istočnoj Hercegovini, krajem decembra 1881. godine i početkom januara 1882. došlo do oružane pobune jednog dijela srpskog i muslimanskog seljaštva, poznate u literaturi kao Hercegovački ustanak. Pobuna nije izazvala šira politička gibanja u Bosni i Hercegovini, ali je za austrougarske političke uslove predstavljala upozorenje da je nužno poboljšati efikasnost organa vlasti u okupiranoj zemlji i konačno riješiti pitanje oblika njene uprave. Samim tim su i otpočele pripreme za ankesiju za koju pravni historičari često ističu da je, u izvjesnom smislu, starija od same okupacije. Kao najpozvanija ličnost za pripremu aneksije i njeno izvršavanje odabran je Benjamin Kalaj (Kallay), dotadašnji načelnik odjeljenja u Ministarstvu spoljnih poslova. Za zajedničkog ministra finansija imenovan je 4. juna 1882. godine. Tako je neposredno preuzeo odgovornost za upravu u Bosni i Hercegovini. Okupaciona uprava imala je veoma skućene mogućnosti za vođenje neke šire nacionalne politike u Bosni i Hercegovini, pa su se svi njeni napori sveli na sprečavanje ili bar efikasno kontrolisanje nacionalnih aspiracija domaćeg stanovništva.

2. Karakteristike okupacionog režima

Karakter samog državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine, određen je prije svega pitanjem suvereniteta nad Bosnom i Hercegovinom, te njenim mjestom u ustavnom i političkom sistemu dvojne monarhije kao i pitanjem državljanstva i uopće pravnog tretmana stanovnika Bosne i Hercegovine.³ Mišljenja oko tih pitanja su podijeljena, ali su ipak u nauci saglasni da je položaj Bosne neodređen i čak da predstavlja svojevrsnu pravnu anomaliju. Pravni suverenitet je zaista pripadao sultanu, ali je stvarno vršenje vlasti bilo u rukama Austro-Ugarske, sa snažnim tendencijama da se pravo sultana svede na „nudum ius“, bez ikakvog faktičkog značaja i djelovanja. Austro-Ugarska je u Bosni i Hercegovini imala „samo pravo vršenja unutrašnjeg suvereniteta“. Što se tiče pitanja statusa stanovnika okupirane Bosne i Hercegovine, mnogi autori su odlučno tvrdili da su stanovnici Bosne i Hercegovine pravno osmanski državljani, pa prema tome njihovo zastupanje u inostranstvu pripada osmanskim diplomatskim i konzularnim predstavnicima. Suprotno tome, primijećeno je da je Berlinskim ugovorom Austro-Ugarskoj predata cjelokupna uprava nad Bosnom i Hercegovinom, pa „u tom slučaju i vanjska uprava ove pokrajine spada u nadležnost austro-ugarskih vlasti“.⁴ Austro-Ugarska se, u pitanju spoljnog suvereniteta, držala dosta suzdržano nakon okupacije, i nije u tom pogledu izdala svojim konzularnim i diplomatskim predstavništvima

2 Mustafa Imamović, *Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2006., str. 93.

3 Isto, str. 21.

4 Halid Čaušević, *Pravni položaj Bosne i Hercegovine pod Turskom i Austro-Ugarskom*, kalendar „Narodna uzdanica“ XIII/1945, str. 138-139.

nikakva naređenja. Zajedničko ministarstvo je tek 07. 04. 1879. godine izdalo raspis o izdavanju i viziranju putnih isprava, saobraćaju sa Zemaljskom vladom u Sarajevu u vezi sa spoljnim poslovima stanovnika okupirane zemlje i eventualnom davanju zaštite takvim licima. Prema ovom raspisu moglo bi se zaključiti da su stanovnici Bosne i Hercegovine imali dvojno državljanstvo, pošto su za izdavanje njihovih putnih isprava nadležni i austrougarsko poslanstvo i osmanska vlada. Ovo pitanje je Austro-Ugarska u praksi riješila vješto odabranom formulom „zemaljskog pripadništva za državljane Bosne i Hercegovine“.⁵

Odmah po okupaciji, Austro-Ugarska je ukinula samo one osmanske zakone koji su se protivili općim pravnim načelima o građanskoj jednakosti. Za sve ostale propise, vlasti su stanovništvu preporučivale da se vlada po svojim starim zakonima koji će se postepeno mijenjati kada se prouče stvarni odnosi u zemlji.⁶ Dakle, pravni sistem Bosne i Hercegovine bio je sastavljen od elemenata islamskog prava, osmanskog tanzimatskog (reformnog) prava, te nekoliko međunarodnih ugovora, pa je kao takav predstavljao jednu osobenost i jasno se razlikovao od druga dva pravna sistema unutar Monarhije.⁷ Upravo posebne državnopravne i političke okolnosti, posebni administrativno-tehnički razlozi, prouzrokovani već naprijed opisanim historijskim ambijentom, doprinijeli su tome da se u velikoj mjeri održi kontinuitet između starog osmanskog i novog austrougarskog prava. Taj kontinuitet potvrđuje i organizacija sudstva u Bosni i Hercegovini, s obzirom da je Austro-Ugarska, upravo polazeći od tanzimatske osnove, izgradila u Bosni i Hercegovini sistem modernog višestepenog sudstva. Samo zadržavanje zatečenog prava, uz istovremeno veoma živu normativnu djelatnost austrougarske uprave, učinilo je pravni sistem Bosne i Hercegovine veoma složenim. Najvažniji pravni propisi koje je Austro-Ugarska zatekla i preuzela u Bosni i Hercegovini su osmansko tanzimatsko (reformno) zakonodavstvo čije donošenje počinje Hatišerifom od Gülhane⁸ iz 1839. godine i Hati Humajunom⁹ iz 1856. godine, a nastavlja se sa Osmanskim zemljišnim zakonom u pravnoj nauci poznatim kao

5 .Mustafa Imamović, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak Bosne i Hercegovine od 1878.-1914.*, Sarajevo, 1997., str. 25

6 Ljubomir Zovko, *Studije iz pravne povijesti Bosne i Hercegovine 1878 -1941*, Mostar, 2007.str.16. I 17.

7 M. Imamović, *n.dj*, str. 31.

8 Hatišerif od Gülhane izdao je turski sultan Abdul-medžid 1839. godine. U zapadnoj historijskoj literaturi često se naziva „osmanskim Poveljom sloboda“, te se tako poredi sa čuvenom odlukom engleskog parlamenta iz 1689., poznatom kao Bill of Rights. Hatišerifom su proklamovane „korisne“ ili „srećne“ reforme (tanzimat-hayriye), kojima se svim podanicima, bez obzira na religiju ili sektu, garantira potpuna sigurnost života, časti i imetka. Pravno je ukinut timarski sistem i na njemu zasnovana spahijska organizacija. (M. Imamović, Uvod u historiju i izvore bosanskog prava, Sarajevo 2006., str. 64. i 65.)

9 Hati Humajun je drugi temeljni pravno-politički akt ere tanzimata. U osnovi je potvrdio i proširio listu obećanja datih Hatišerifom od Gülhane. Bitna je razlika u tom što je Hatišerif iz 1839. nastao u zemlji, tj. u samom Carstvu, dok je Hatihumajun iz 1856. iniciran iz inozemstva. Proglašena je jednakost svih sultanovih podanika bez obzira na vjeru, jezik ili rasu. (Isto, str. 65. i 66.)

Ramazanskim¹⁰ iz 1858. godine, Uredbom o čiflucima, općenito poznatom kao Saferskom naredbom¹¹ iz 1859. godine, te Osmanskim građanskim zakonikom, skraćenog naziva Medžella.

Može se reći da je u Bosni i Hercegovini postojalo pet osnovnih vrsta izvora prava: a) Zakoni, uredbe, naredbe i drugi akti koje je zajednička vlada propisivala za Bosnu i Hercegovinu, te odluke Vrhovnog suda u Sarajevu od načelnog značaja; b) Osmansko pravo i propisi islama ukoliko su u Bosni stvarno stupili u život. To su prije svega propisi šerijata koji su regulisali porodične, nasljedne, vakufko-mearifске i vjerske poslove i odnose muslimanskog stanovništva. Naravno, ovdje spadaju već spomenuti osmanski tazimatski zakoni; c) Kanonsko pravo pravoslavne i katoličke crkve, te bračno pravo Jevreja; d) Bosansko običajno pravo, modificirano pod uticajem ugarskog, osmanskog i mletačkog prava. Zemaljska vlada je organizovano, putem anketa, radila na prikupljanju pravnih običaja u Bosni i Hercegovini; e) Kao pomoćni izvor sudovima služio je austrijski Opći građanski zakonik iz 1811. godine.

Inače, sva zakonodavna vlast pripadala je isključivo caru. Svaka njegova naredba imala je snagu zakona i nije bila vezana za prihvatanje od bilo kog drugog organa. Zato do uvođenja Ustava, u Bosni nije postojala razlika između naredbe i zakona. Svaka carska naredba imala je snagu obaveznog zakona.¹²

Postupak donošenja naredbe ili zakona do podnošenja caru na sankcionisanje, bio je vrlo složen i vezan za odnos snaga i tendencija unutar Monarhije i za međunarodnu situaciju.¹³

Najživlju normativnu aktivnost ispoljavala je Austro-Ugarska u finansijskim, carinskim i poreskim poslovima, pošto su sredstva ove politike (zajedničko carinsko područje, novac, monopol, itd.) smatrana osnovnim instrumentom postepenog ugrađivanja Bosne i Hercegovine u Monarhiju.

10 Osmanski zemljišni zakon, u nauči općenito poznat kao Ramazanski zakonik, jer je donijet u mjesecu Ramazana 1274. po muslimanskom kalendaru, odnosno 3. 5. 1858. Izvršena je kodifikacija osmanskog zemljišnog prava, odnosno, regulisani su odnosi u agraru, koje je zatekao Hatišerif od Gülhane. Zakonom je legaliziran čiflučki sistem. Tom legalizacijom garantirano je čifluk sahibijama baštinsko (nasljedno) pravo na zemlju. Zadržana je kategorizacija nekretnina, ali je istovremeno omogućen prodor privatno-vlasničkih odnosa u oblast agrara. Ramazanski zakon razlikuje pet kategorija svojine, s obzirom na njihovu pravnu prirodu: mulk – privatno vlasništvo, erazi-mirija – državno vlasništvo, erazi-mevkuf – vakufske zemlje, erazi-metrucke – općinske zemlje koje su bile u vlasništvu seoskih općina, te erazi-mevat – puste zemlje (ledine, močvarna i neplodna zemljišta). (M. Imamović, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2003., str. 177., 178. i 179.)

11 Saferska naredba – Uredba o čiflucima u Bosni objavljena je u mjesecu Saferu hidžretskog kalendara 1276. Ozakonjeni su postojeći agrarni odnosi u Bosni, ustvari, postojeće običajno agrarno pravo. Prema Saferskoj naredbi, posjednik zemljišta je vlasnik koji to zemljište može, uz saglasnost države, prodati, zamijeniti, založiti i ostaviti svojim nasljednicima. Odnosi između posjednika i kmeta

12 Isto, str. 81.

13 M. Imamović, *Pravni položaj i unutrašnjo-politički razvitak...*, str. 40.

Dakle, stara osmanska i nova austrijska komponenta činile su specifičnost bosanskog pravnog poretka.¹⁴ Tako je pravni sistem ostao nedograđen, te sa karakterom svojevrsnog provizorijuma.

Međutim, ni tada, a ni samom aneksijom 1908. godine, nije bilo riješeno pitanje uključivanja Bosne i Hercegovine u dvojni strukturu Monarhije. Bosna i Hercegovina je ostala u položaju uspostavljenom još u doba okupacije, a ujedno postala jedan od osnovnih izvora ustavne i političke nestabilnosti Monarhije. Već odavno pripremana aneksija, zavisila je prije svega od dvije okolnosti: međunarodnog položaja i unutrašnjeg stanja Osmanske carevine i mogućnosti austro-ruskog saveza.¹⁵ Proglašenjem Ustava 23. 07. 1908. godine, austrougarska zajednička vlada ocijenila je da je Turska pala „pod likvidaciju“ i da je, prema tome, došao dugo očekivani trenutak za aneksiju.¹⁶

U Sarajevu, 07. 10. publikovana je proklamacija upućena Bosancima i Hercegovcima, kojom se aneksija opravdava potrebom uvođenja Ustava. Tako je nakon trideset godina pravne fikcije da je Monarhija zauzela teritorije samo u interesu evropskih sila, Austro-Ugarska proglasila formalnu aneksiju Bosne i Hercegovine.¹⁷ Ovaj akt će izazvati veliku diplomatsku krizu te pokrenuti buru diplomatskih protesta velikih sila. Britanija i Francuska smatrale su da je aneksijom Austro-Ugarska jednostrano izmijenila Berlinski ugovor. Reagovale su i Rusija i Italija, a presudan značaj imao je stav Njemačke koja je odlučno podržala Austro-Ugarsku. Upravo posredovanjem Njemačke, Turska je – nakon kraćih pregovora sa Austro-Ugarskom – primila aneksiju 26. 02. 1909. godine, pa je tako Bosna i Hercegovina i formalno došla pod habsburgovski suverenitet. Austro-Ugarska se odrekla svojih prava u Novopazarskom sandžaku, obavezala se da će Turskoj isplatiti 2,5 miliona funti i dati joj druge ekonomske koncesije, te obezbijediti punu vjersku slobodu za muslimansko stanovništvo u Bosni i Hercegovini.¹⁸

Najvažniji dokument u krizi je ultimatum Njemačke Rusiji, kojim traži da Rusija jasno i formalno prizna aneksiju (21. 3. 1909. godine), što je Rusija odmah i učinila, a naravno za njom to su učinile Srbija 31. 03. i Crna Gora 05. 04. 1909. godine.

Proglašenje aneksije za Monarhiju postalo je neophodno da bi spriječila uticaj mladoturske revolucije u Bosni i Hercegovini, koji je jasno izražen zajedničkim zahtjevima Srpske narodne organizacije i Muslimanske narodne organizacije, od 07. 06. 1908. godine, da Bosna i Hercegovina dobije Ustav bez promjene državnopravnog položaja.¹⁹ Uslijedit će brojni izrazi zahvalnosti i

14 Bliže o tome, M. Imamović, *Pravni sistem i zakonodavstvo Bosne i Hercegovine 1878 – 1914.*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1 – 3/1972., str. 245-246.

15 M.Imamović, *Historija države i prava... str.182.*

16 Isto.

17 John V.A.Fine, Jr. Robert J.Donia, *Bosna i Hercegovina, tradicija koju su izdali*, Sarajevo, 1995., str. 79.

18 Bliže o tome: Hamdija Kapidžić, *Diskusije o državnopravnom položaju Bosne i Hercegovine za vrijeme Austro-Ugarske vladavine*, Glasnik Arhiva Bosne i Hercegovine, 4-5, 1965, str. 157-167.

19 Bliže o tome: Hamdija Kapidžić, *Pripremanje ustavnog perioda u Bosni i Hercegovini (1908.-1910.)*, u knjizi *BiH u vrijeme Austro-Ugarske vladavine*, Sarajevo 1968., str. 47. i 48.

lojalnosti, te podrške aneksiji, do kojih je režimu bilo posebno stalo. Najbrojniju deputaciju, sastavljenu od 430 lica, koja je u Beč otpremljena u dva posebna voza, predvodio je vrhbosnaski nadbiskup dr. Josip Štadler. Muslimanska narodna organizacija i Srpska narodna organizacija bile su jedine koje su uporno odbijale da priznaju aneksiju. Bošnjačko stanovništvo se čak masovno iseljavalo u Tursku. Tek 03. 05. 1909. godine Srpska narodna organizacija, a 08. 02. 1910. godine Muslimanska narodna organizacija, priznaju aneksiju, iz prostog razloga da bi u novim ustavnim prilikama mogle legalno djelovati, za što je, naravno, prvi uslov bilo priznanje habsburškog suvereniteta nad Bosnom i Hercegovinom. Za razliku od većine muslimanskog i srpskog stanovništva, hrvatsko stanovništvo u Bosni i Hercegovini, u prvom redu građanstvo, vijest o aneksiji pozdravilo je sa otvorenim oduševljenjem. Krajem oktobra 1908. godine, predstavnici Hrvatske narodne zajednice Mandić, Sunarić i Pilar su, u ime stranke, u audijenciji kod cara Franje Josipa, izrazili zahvalnost Hrvatskog naroda za aneksiju.²⁰ To oduševljenje međutim nije dugo trajalo, pošto je službena austrougarska politika šutke prelazila preko zahtjeva i nadanja bosanskohercegovačkih hrvatskih političara za priključenje Bosne i Hercegovine Hrvatskoj.²¹ Planovi su ostali bez realne podloge, car i kralj Franjo Josip je ostao vjeran dualističkom uvjerenju, a Bosna i Hercegovina ostaje krunski „corpus separatum“, sa nekom vrstom ustava i sabora. Konačno, 17. 02. 1910. godine, car Franjo Josip sankcionisao je Zakone o ustavnim uredbama za Bosnu i Hercegovinu, tako da je Zemaljski ustav (štatut) za Bosnu i Hercegovinu, svečano proglašen u velikoj dvorani Zemaljske vlade u Sarajevu, 20. 02. 1910. godine. Tako je ustavni poredak Bosne i Hercegovine bio regulisan sa šest zakona koji predstavljaju cjelinu: Zemaljski ustav (štatut), Izborni red, Saborski poslovni red, Zakon o društvima za Bosnu i Hercegovinu, Zakon o skupljanju za Bosnu i Hercegovinu i Zakon o kotarskim vijećima.

Ustav i njegovi prateći zakoni, uveli su u politički život Bosne i Hercegovine tri nove institucije: sabor, zemaljski savjet i kotarsko vijeće. Najvažnija ustanova je sabor, iako sa vrlo ograničenim legislativnim pravima. Po Ustavu, sabor nije imao zakonodavnu vlast, koja je i dalje ostala u nadležnosti cara, odnosno vlade u Beču i Pešti i zajedničkog ministra finansija. Uloga Sabora u zakonodavstvu određena je čl. 21 Ustava: „Na zakonima sarađivati će Sabor u koji će stanovništvu Bosne i Hercegovine odašiljati zastupke“.²² Vrhovna uprava vlast je ostala u nadležnosti zajedničkog Ministarstva finansija u Beču i činovničke Zemaljske vlade u Sarajevu, kao njegove agencije. Sabor nije mogao imati nikakvog uticaja na upravne poslove.²³ Dakle, po članu 21. Ustava, nadležnost sabora se protezala na isključivo bosanskohercegovačke poslove. Premda obim tih poslova nije bio mal, nadležnost nije mogla biti široka, jer je bila ograničena odredbom čl. 37, prema

20 Ivo Pilar, *Južnoslavensko pitanje*, Wien 1918., str. 272.

21 Ljubomir Zovko, n.dj., str. 27.

22 Bosanski ustav, fototip izdanja iz 1910. godine, priredio dr. Uzeir Bavčić, autor uvodne studije dr. Mustafa Imamović, *Muslimanski glas*, Sarajevo 1991.

23 Hamdija Kapidžić, n.dj.str.83.

kojoj na sve zakonske osnove koje spadaju u njegov djelokrug „treba da pristanu vlade obiju država Monarhije prije nego će biti predani saboru“.²⁴ Prema odredbi čl. 38, za zakone „koje je usvojio sabor, treba Previšnja potvrda“ (sankcija koju će isposlovati zajednički ministar finansija, pošto prethodno dobije pristanak obje države Monarhije).²⁵ Sabor je djelimično izražavao poseban pravni subjektivitet Bosne i Hercegovine. „Kao treće državnopravno tijelo u okviru Monarhije, Bosna i Hercegovina nije mogla ni poslije Ustava neposredno participirati u tzv. zajedničkim poslovima. Ustav je odredio da sabor iz svojih redova bira devetočlani Zemaljski savjet, čiji je zadatak bio da kontaktira sa austrijskim parlamentom, ugarskim saborom i delegacijama“. Već samo osnivanje i funkcija zemaljskog savjeta, posebno su ukazivali na činjenicu da je bilo potrebno da se postepeno u budućnosti Bosne i Hercegovine osigura određeno mjesto u vršenju tzv. zajedničkih poslova u Monarhiji.

Svi vodeći građanski političari i intelektualci u Bosni i Hercegovini prihvatili su Ustav kao svršenu činjenicu. Oni su, štaviše, vjerovali da u zemlji počinje jedna nova politička era. Potpuno zahvaćeni idejama tzv. realpolitike, bosanski građanski političari su vjerovali da im i ograničeni Ustav pruža dovoljno mogućnosti za rad na „narodnim stvarima“.²⁶

Sobzirom da je bilo neophodno zakonski garantirati osnovna građanska prava i regulisati javno udruživanje i sakupljanje, jer se bez toga ne bi mogao ostvariti ni onaj minimum parlamentarnog života za koji je Ustavom stvoren izvjestan prostor, može se reći da je „sistem bosanskohercegovačkog Ustava obuhvatio četiri pitanja, sabor sa njegovim izbornim redom, zemaljski savjet, kotarsko vijeće i opća građanska prava“.²⁷ Inače, sabor je sastavljen kombinacijom specijalnog nacionalnog i virilističkog kurijalnog sistema veoma složenog karaktera. Građani su bili podijeljeni u tri kurije po nacionalnim grupama, tako da se svakoj konfesiji osiguravao odgovarajući broj poslanika, srazmjeno njenoj veličini. Postojale su i posebne kurije na socijalnoj bazi: gradska, seoska, veleposjednička i kurija inteligencije. U sabor je ulazio i određeni broj virilista. Takvih je ukupno bilo dvadeset: reisul-ulema, vakufsko-mearifski direktor, sarajevski i mostarski muftija i po imenovanju najstariji muftija; četiri srpsko-pravoslavna episkopa, mitropolit i potpredsjednik Velikog upravnog i prosvjetnog savjeta Srpske pravoslavne crkve (SPC); rimokatolički nadbiskup, te oba provincijala (redodržavnika) franjevačkog reda; sefardski nadržabin; predsjednik Vrhovnog suda; predsjednik Advokatske komore u Sarajevu, načelnik Zemaljskog glavnog grada Sarajeva i predsjednik Trgovačke i obrtničke komore u Sarajevu. Vlada je očigledno željela osigurati jedan konzervativni sabor. Srazmjerno broju stanovnika, u Sabor su birana 72 zastupnika, s tim da je katolicima pripadalo 16, muslimanima 24, pravoslavnim 31, te jevrejima 1 mandat. Prema čl. 1 Saborskog izbornog reda, aktivno biračko

24 M.Imamović, n.dj., str. 258.

25 Hamdija Kapidžić, n.dj., str. 83.

26 M.Imamović, *Historija Bošnjaka*, Sarajevo 1997., str. 440.

27 M.Imamović, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2003., str. 259.

pravo imali su „svi bosansko-hercegovački pripadnici muškog spola, koji su na dan izbora navršili 24 godine, samovlasni su i u zemlji stanuju barem od 1. godine amo“. Žene veleposjednice, ukoliko plaćaju 140 kruna zemljarine, imale su također aktivno biračko pravo u prvom razredu prve kurije. Što se tiče pasivnog biračkog prava, imali su ga muškarci sa navršених 30. godina, ukoliko uživaju sva građanska prava. Mandat zastupnika trajao je pet godina bez prava birača na njihov opoziv. Car je imenovao predsjednika i podpredsjednika Sabora, na početku svakog zasjedanja, pazeći na konfesionalnu ravnotežu i redoslijed. Jasno je da Ustav Bosne i Hercegovine nije osigurao demokratski razvitak zemlje, mada je u znatnoj mjeri doprinio aktiviranju njegovog građanskog političkog života. Donesen na konfesionalnoj i klasnoj osnovi, bosanskohercegovački ustav, preko sabora, postao je vrlo podesno sredstvo za rasplamsavanje političkih borbi i sukoba, često uz suprostavljanje jedne konfesionalne grupe drugoj.²⁸

Samo osnivanje i funkcija zemaljskog savjeta, posredno su ukazivali na činjenicu da je bilo potrebno da se postepeno u budućnosti Bosni i Hercegovini osigura određeno mjesto u vršenju tzv. zajedničkih poslova u Monarhiji.²⁹ U takvim uslovima, zemaljski savjet je – kao poseban organ – preuzeo sve poslove komuniciranja sabora sa ostalim organima vlasti. Savjet je imao devet članova (četiri pravoslavna, tri muslimana i dva katolika). Birali su ih saborski zastupnici „iz svoje sredine za sav saborski period“. Na zahtjev Zemaljske vlade, zemaljski savjet je imao pravo da daje izjave ili mišljenja „o takvim javnim poslovima, u kojima ima Bosna i Hercegovina dijela“. Vlade obje države Monarhije mogu sporazumno preko zajedničkog ministra finansija „pitati zemaljski savjet ili se on može istim putem obraćati na njih istovjetnim predstavkama“.³⁰ Predsjednik sabora je istovremeno predsjednik zemaljskog savjeta. Zakonom o kotarskim vijećima, ukinuti su dotadašnji kotarski upravni medžlisi i uvedena kotarska vijeća kao neka vrsta izbornih samoupravnih organa. Izbor Kotarskog vijeća vršen je također po konfesionalnom ključu.

Ustavom se jamči opća građanska jednakost u Bosni i Hercegovini, a mehanički je prenijet čl. 142 austrijskog temeljnog državnog zakona od 21. 12. 1867. godine koji je sadržavao odredbe o građanskim pravima.

Dakle, prema Ustavu, Bosna i Hercegovina je predstavljala posebnu ustavnu jedinicu (*territorium separatum*), jedinstveno područje, sa jedinstvenim građanskim pripadništvom, područje zajedničke vladavine dviju država Monarhije sa konceptom ograničene ustavnosti, odnosno u ovom slučaju tzv. „piramidalne ustavnosti“, prema kojoj se prvobitna minimalna ustavna prava zajamčena ovim zakonima imaju postepeno proširivati i u vidu poklona povremeno davati narodu.

28 Ljubomir Zovko, n.dj., str. 28.

29 M.Imamović, *Historija Bošnjaka*, Sarajevo, 1997. str.440.

30 M.Imamović, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2003., str. 260.

3. Vjersko i nacionalno pitanje

Jedan od osnovnih zadataka austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini bio je onemogućavanje razvitka različitih nacionalnih težnji bosanskohercegovačkog stanovništva. Austrougarski službeni krugovi, na čelu sa zajedničkim ministrom finansija Benjaminom Kallayem, nastoje u bosanskohercegovačkom stanovništvu razviti i učvrstiti osjećaj posebne bosanske nacionalne pripadnosti s osloncem na Monarhiju, na čemu je još za vrijeme Osmanske carevine od 1861. do 1869. godine radio Šerif Osman Topalpaša. Po stanovištu austrougarskih državnih vrhova, svaki veći poremećaj konfesionalno-nacionalne ravnoteže u Bosni i Hercegovini u korist jednog od njena tri elemenata mogao bi ugroziti položaj uprave u okupiranoj zemlji. Kallay je nastojao onemogućiti razvitak postojećih nacionalnih pokreta i izolirati Bosnu i Hercegovinu od okolnih južnoslavenskih zemalja.³¹ Uporno istrajava na konceptu koji bi pod bosanskim (bošnjačkim) imenom okupio sve vjersko-etničke grupe. Ideja bošnjaštva se očitovala i kroz pokretanje lista *Bošnjak* (ovaj list 1891. godine pokreće Mehmed-beg Kapetanović). List je propagirao općebosansku nacionalnu ideju, ali ubrzo nailazi na odbijanje i kritiku u srpskoj i hrvatskoj štampi u samoj Bosni i Hercegovini i u okolnim zemljama, a ujedno njegove ideje odbacuje i većina muslimanskog građanstva, zbog njegovog prorežimskog držanja.

Austrougarske vlasti su sve vrijeme nastojale uspostaviti kontrolu i jurisdikciju nad vjerskim zajednicama u Bosni i Hercegovini.³²

Nizom propisa od 80-ih godina XIX stoljeća okupacijska uprava je konstituisala takvu vjersku i vakufsko-mearifsku organizaciju muslimana koja je bila pod potpunom njenom kontrolom. Vjerske službenike muslimane pretvorila je u svoje činovnike, a vakuf stavila pod svoju potpunu kontrolu.³³

Cilj okupacijske vlasti bio je da potpuno izolira bosanskohercegovačke muslimane od Carigrada i Turske uopće. S takvim statusom Islamska vjerska zajednica bila je potpuno nezadovoljna, što će prouzrokovati opozicione aktivnosti muslimana, koje će vremenom prerasti u pokret, kao borba muslimana za vjersku i vakufsko mearifsku autonomiju. Pokret je prolazio kroz više faza. U početku je zahtijevana autonomija upravljanja vjerskim životom i školstvom, da bi kasnije, početkom 20. stoljeća istican zahtjev za autonomiju Bosne i Hercegovine u okviru Osmanske carevine. Ciljevi ovog pokreta podudarili su se sa ciljevima pokreta Srba za crkveno-školsku autonomiju. Međutim, prepreka trajnijem i dubljem približavanju ovih pokreta bilo je neriješeno agrarno pitanje, kao i odbijanje muslimana da pristanu na odredbe čl. 11 i 13 ponuđenog Nacrta ugovora o političkoj saradnji od strane Srba. Tim odredbama se predviđalo da službeni naziv jezika u Bosni i Hercegovini bude jedino srpski, te da se u javnom pismenom

31 Bliže o tome: Ivo Pilar, n.dj., str. 262. i 263.

32 Bliže o tome: Ljubomir Zovko, n.dj., str. 36.

33 Nusret Šehić, *Autonomni pokret muslimana za vrijeme Austro-Ugarske uprave za BiH*, Sarajevo 1980., str. 70-75.

saobraćaju, školama i državnim organima upotrebljava isključivo ćirilica. Mada je nacrt propao, međusobni politički savez održao se sve do 1910. godine i početka rada prvog bosanskohercegovačkog Sabora.

Do austrougarske okupacije, u Bosni i Hercegovini nije postojala posebna vjerska organizacija muslimana, pošto je u Osmanskom carstvu kao islamskoj državi važilo organsko jedinstvo političke i vjerske vlasti. Priznavala se vrhovna vlast Osmanskog sultana kao halife, tj. vjerskog poglavara svih muslimana. U stvarnosti je sve poslove vodio istanbulski muftija, sa zvanjem šejhul-islama. Njegov ured u Istanbulu, zvani mešihat, smatran je najvišom vlašću za autoritativno tumačenje vjerske doktrine.³⁴

Austro-Ugarska je od početka radila na prekidu vjerskih veza sa Carigradom, čemu su se opirali kako muslimani, tako i sama Porta. Vlast je nastojala uspostaviti posebnu vjersku hijerarhiju u Bosni i Hercegovini i tako učvrstiti položaj u okupiranoj zemlji, premda je čl. 2 Carigradske konvencije od 21. 04. 1879. godine, bosanskim muslimanima garantirano pravo da slobodno odražavaju veze sa svojim vjerskim starješinama u Carigradu. Austro-Ugarska se u načelu slagala da ovaj šejhul-islam može imenovati vjerske službenike u Bosni i Hercegovini, ali samo iz reda domaćih ljudi. Nakon raznih diplomatskih manevara na relaciji Beč-Istanbul, šejhul-islam je 22. marta 1881. godine imenovao sarajevskog muftiju Hilmi Omerovića za bosanskog muftiju. Tako je Porta indirektno priznala potrebu uspostavljanja jednog islamskog starješinstva u okupiranoj zemlji. Carskim dekretom od 17. 10. 1882. godine, Hilmi efendija Omerović je postavljen za prvog reisul-ulemu IZ u Bosni i Hercegovini. Car je istovremeno imenovao i prve članove ulema-medžlisa, kadije Hasana ef. Pozderca, Mehmeda Nezir ef. Škaljića, Nur ef. Hafizovića i Husein ef. Ibrahimovića. Time je faktički u Bosni i Hercegovini uspostavljena institucija rijaseta kao jedinstven primjer takve ustanove u islamskom svijetu.³⁵

Naredbom od 24. 10. 1882. godine, provedena je organizacija uprave vjerskih i vakufskih poslova bosanskohercegovačkih muslimana. Car je imenovao reisul-ulemu i članove ulema-medžlisa, dok je ostale vjerske službenike postavljala Zemaljska vlada u Sarajevu. Od maja 1899. godine, nastaju masovni protesti muslimana i intezivira se njihova borba za vjersku i vakufsko-mearifsku autonomiju.³⁶

U prvoj polovini 1899. godine, opozicione aktivnosti muslimana dobile su organizovanije i šire razmjere.

Odbor od dvanaest uglednih članova iz Mostara, sa muftijom Ali Fehmi Džabićem na čelu, izradio je „Nacrt statuta za uređenje vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova“. U Nacrtu je, između ostalog, istaknut sultanov suverenitet nad okupiranim teritorijama, te pravo bosanskohercegovačkih muslimana da svoja

34 Mustafa Imamović, *Osnove upravno-političkog razvitka...*, str. 100.

35 Isto, str. 102.

36 Bliže o tome, Mustafa Imamović, *Pravni položaj...*, str. 118.

vjerska pitanja uređuju u saglasnosti sa vrhovnim islamskim vjerskim starješinom, šejhul-islamom u Carigradu.³⁷

S obzirom da je do liberalizacije javnog života u Bosni i Hercegovini došlo smrću Benjamina Kallaya, dugodišnjeg ministra finansija, 1903. godine, već relativno formirani nacionalni pokreti konstituiraju se u političke stranke. Tako se 1906. godine osniva Muslimanska narodna organizacija (u daljem tekstu MNO), 1907. godine Srpska narodna organizacija (u daljem tekstu SNO), 1908. godine Hrvatska narodna zajednica (u daljem tekstu HNZ), te još nekoliko manjih stranaka od kojih je najbitnija Hrvatska katolička udruga.

Glavni pravac djelatnosti MNO bio je usmjeren na pitanje vjerske i vakufsko-mearifске autonomije i zaštitu pojedinačnih interesa zemljovlasnika. Poslije dugotrajnih pregovora između vođstva MNO i okupacijskih vlasti, postignut je sporazum u septembru 1908. godine. Sporazumom je usvojen „Statut za autonomnu upravu muslimanskih vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova“ koji je car sankcionisao tek 15. 04. 1909. godine. Time je i formalnopravno okončana borba muslimana za uspostavu vjerske i vakufsko-mearifске autonomije. Austro-Ugarska je osigurala sebi važna ovlaštenja u konstituiranju izbora i imenovanju najviših vjersko-vakufskih organa. Međutim, muslimanima je osigurano veće učestvovanje u „biranju kako najviših tako i najnižih vjersko-vakufskih institucija“.³⁸

Što se tiče položaja Srpske pravoslavne crkve u Bosni i Hercegovini, Austro-Ugarska je uspjela uspostaviti kontrolu nad njenom crkvenom hijerarhijom, tako što je 28. 03. 1880. godine zaključila Konvenciju sa Carigradskom patrijaršijom, po kojoj austrijskom caru pripada, uz plaćanje godišnje naknade, pravo da sam imenuje mitropolita i episkope i da ih predlaže Patrijaršiji radi ispunjenja kanonskih formalnosti, te da na isti način uklanja episkope sa njihovih eparhija.³⁹

Tako je pravoslavna crkva u Bosni i Hercegovini došla u zavisnost od vlade. Carigradskom patrijarhu isplaćeno je za to 58.000 zlatnih groša godišnje, episkopi su dobijali stalnu platu od države, a pravo ubiranja crkvenih doprinosa prešlo je na državu. Za novog mitropolita postavljen je prvi put Srbin, Sava Kosanović, carevim rješenjem od 20. 12. 1880. godine, pošto je prethodno položio u careve ruke izjavu o lojalnosti. Svečanost ustoličenja održana je u Sarajevu 10. 04. 1881. godine. Tokom 1882. godine osnovani su u Sarajevu Konzistorija (duhovni sud) i bogoslovija. Kosanović je, nakon svega četiri godine službe, 1885. godine, podnio ostavku s obrazloženjem da se vlasti bezobzirno miješaju u upravu pravoslavne mitropolije, konzistorije i bogoslovije, te da se rimokatolička propaganda, pomagana od vlade, svom silom okomila na pravoslavlje.⁴⁰

S obzirom da su se okupirane vlasti stalno uplitalе u vjerske poslove srpskih autonomnih općina, nezadovoljno srpsko stanovništvo se od druge polovine “90-

37 Nusret Šehić, *n.dj.*, str. 70.-75.

38 Ljubomir Zovko, *n.dj.*, str. 19. i 20.

39 Mustafa Imamović, *Osnove upravno-političkog razvitka...*, str. 97.

40 Isto, str. 98.

tih godina iskazuje u organiziranoj borbi za vjersko-prosvjetnu autonomiju. Borba je okončana 1905. godine, kada „previšnjim rješenjem od 13. kolovoza te godine bijaše odobren statut od 21 uvodnog članka i 264 paragrafa o uređenju crkvene i školske autonomne uprave srpsko-pravoslavnih eparhija u Bosni i Hercegovini”.

41

Unutar srpskog građanskog pokreta se 1905. izdvajaju četiri političke grupacije, od kojih tri postaju poznate po nazivima svojih glasila: „Srpska riječ“, „Narod i otadžbina“, te grupa Lazara Dimitrijevića oko lista „Dan“.⁴²

Srpska narodna organizacija, kako je ranije istaknuto, osniva se 1907. godine. U državnom pravnom pogledu SNO smatra da je Bosna i Hercegovina sastavni dio Turske carevine, kojim upravlja Austro-Ugarska na osnovu mandata evropskih sila.⁴³

Može se reći da je politika srpskog pokreta i srpskih političkih organizacija nastalih početkom 20. stoljeća, rušenje austrougarske vlasti u Bosni i Hercegovini, da bi se u pogodnom trenutku izvelo njeno ujedinjenje sa Kraljevinom Srbijom. Ipak, ti krajnji politički ciljevi nisu smetali vodećim slojevima srpskog stanovništva u Bosni i Hercegovini da svakodnevno u svom interesu vode aktivnu ekonomsku politiku, te da u tom smislu i sarađuju sa austrougarskim vlastima.

Austro-Ugarska provodi politiku strogo nacionalnog pariteta u Bosni i Hercegovini, te nastoji da se stanovništvo okupirane teritorije izoluje od nacionalnih kretanja u susjednim zemljama. Tako nastoji smanjiti i uticaj franjevac na hrvatsko stanovništvo u Bosni i Hercegovini. U saradnji sa Svetom stolicom, pokušava se reorganizovati katolička crkva u Bosni i Hercegovini, odnosno, ponovo uvesti svjetovna katolička hijerarhija u toj zemlji.

Tek poslije duže diplomatske borbe, Sveta stolica je, iako je tokom pregovora s Bečom nastojala to izbjeći, dopustila caru privilegij imenovanja nadbiskupa i biskupa u Bosni i Hercegovini. Imenovanje je vršeno u obliku i prema pravilima ustanovljenim za predlaganje biskupske stolice u njegovu carstvu, ali uz uslov da se taj privilegij ne spominje u Buli ponovnoga ustanovljenja redovite uprave.

Nakon izdavanja Bule uspostavljena je svjetovna crkvena hijerarhija sa nadbiskupijom i katedralnim kaptolom u Sarajevu. Za prvog sarajevskog nadbiskupa, car je 18. 08. 1881. godine, imenovao dr. Josipa Štadlera, profesora Teološkog fakulteta u Zagrebu.⁴⁴

Josip Štadler je pripadao isusovcima i svoje je planove ispunjavao energično i sa poslovičnom jezuitskom upornošću. Pored osnovnog zadatka da materijalno jača katoličku crkvu u Bosni i Hercegovini, Štadlerov drugi dalekosežni cilj

41 Ivo Pilar, *n.dj.*, str. 267.

42 Više o tome: Božo Madžar, *Pokret Srba Bosne i Hercegovine za vjersko-prosvjetnu samoupravu*, Sarajevo, 1982.

43 Hamdija Kapidžić, *Položaj Bosne i Hercegovine za vrijeme austrougarske uprave (državnopravni odnosi), Istorijske pretpostavke Republike Bosne i Hercegovine*, Institut za istoriju radničkog pokreta, Sarajevo, 1968., str. 67

44 Ljubomir Zovko, *n.dj.* str. 22.

bio je pokatoličavanje muslimana.⁴⁵ Na njegovu prozelitističku politiku prema muslimanima, Kallaya je upozoravao i sam zemaljski poglavar Johann Appel, 1890. godine. Kallay je, uz velike teškoće, uspio donijeti i ozakoniti 1891. godine Uredbu o konverzijama u Bosni i Hercegovini, koja je predviđala jedan složen postupak za dobrovoljno prelaženje iz jednog vjerozakona u drugi, na što se Štadler nije osvrtao. On se trudio da njegove aktivnosti ne dobiju hrvatsko-nacionalno obilježje, nego je vodio općekatoličku politiku, sa osloncem na doseljene elemente, koji su pripadali različitim nacionalnostima Monarhije, te je tako uspio dobiti podršku vlasti. Kler je inače, postepeno, sve otvorenije izlazio sa političkom argumentacijom, konceptima i programom, tako da je u narodu stvoreno uvjerenje da je crkvena hijerarhija istovremeno i njegovo političko vodstvo. Franjevci su se povukli u svoje samostane i tradicionalne župe, preko kojih su nacionalno-politički djelovali u narodu.⁴⁶

Austro-Ugarska uprava nastojala je održati nacionalnu ravnotežu u Bosni i Hercegovini, smatrajući da bi se u suprotnom ugrozio položaj Monarhije u toj zemlji.

„Državna uprava vodila je borbu ne samo protiv hrvatskog i srpskog imena i integracije hrvatske ili srpske nacionalne ideje, nego i protiv bilo kakvih drugih nacionalnih izražavanja vanjskim znakovljem, kao što su zastave, grbovi, narodne pjesme i slično. Osobito se vodilo računa da se svaka djelatnost, koja bi išla u pravcu naglašavanja zajedničkih interesa Hrvata iz Bosne i Hercegovine i Trojedinice u začetku uguši“.⁴⁷

U Sarajevu je, nakon dužih priprema, 21. 02. 1908. godine, osnovana Hrvatska narodna zajednica. U njenom programu jasno se ističe da su Bosna i Hercegovina „koliko po plemenu svojih starosjedilaca, toliko i po državnom pravu hrvatske zemlje, pa je „prirodna težnja bosanskohercegovačkih Hrvata da se Bosna i Hercegovina priključe Kraljevini Hrvatskoj, a dosljedno tome i Habsburškoj monarhiji“.⁴⁸

Hrvatska građanska politika u Bosni i Hercegovini jedino je oslanjanjem na Hrvatsku i pridobivanjem bosanskohercegovačkih muslimana, mogla steći relativnu snagu u ovoj zemlji. Osnovni razlog takvoj politici Hrvatske narodne zajednice je taj što je prevladalo uvjerenje da se zbog brojnosti Hrvata u Bosni i Hercegovini, hrvatski državnopravni ciljevi mogu ostvariti samo ako se muslimani pridobiju za hrvatsku nacionalnu ideologiju.⁴⁹

Nasuprot tome, stranka vrhbosanskog nadbiskupa Štadlera, Hrvatska katolička udruga, smatrala je da „prava realna narodna hrvatska politika u Bosni i Hercegovini mora poći od onoga što je njeno, a to je isključivo narod katoličke

45 Mustafa Imamović, *n.dj.*, str. 99.

46 Isto, str. 100.

47 Bliže o tome: Luka Đaković, *Političke organizacije bosanskohercegovačkih katolika Hrvata*, Zagreb, 1985., str. 150.-151.

48 Isto, str. 229.-246.

49 Ljubomir Zovko, *n.dj.*, str. 24.

vjere u ovim “zemljama“. Po nadbiskupu Štadleru „nijedan biskup niti osvjedočeni katolik ne bi mogao mirne duše dopustiti da se katolički narod odgaja drugačije nego u katoličkom duhu i po katoličkim načelima. Njegova je želja bila „da se organiziraju Hrvati katoličke vjere za sebe, pošto imaju toliko svojih specijalnih potreba, a Hrvati muslimani neka bi se opet za sebe organizirali, pa ćemo onda surađivati u svim zajedničkim tačkama.“⁵⁰

Inače, program Hrvatske katoličke udruge temelji se na programu Starčevićeve Hrvatske stranke prava od 26. 06. 1894. godine. Jasno se podržava aneksija Bosne i Hercegovine i zahtijeva trijalističko preuređenje Monarhije, tako što će se na temelju državnog prava i narodnog načela raditi svim zakonitim sredstvima da se narod hrvatski koji stanuje u Hrvatskoj, Slavoniji, Dalmaciji, na Rijeci, Kotaru i Međimurju, Bosni i Hercegovini i Istri, sjedini u jedno samostalno državno tijelo u sklopu Habsburške monarhije.⁵¹

Austro-Ugarska je uvažavala realnost bosanskohercegovačkih konfesionalno-etničkih i kulturno-političkih prilika. Upravo je i opravdavala svoj zahtjev da dobije okupacijski mandat neophodnošću uspostavljanja ravnoteže u rasporedu političke moći između različitih bosanskohercegovačkih nacionalnih skupina u cilju unutarnje stabilizacije te zemlje, pošto su nesređene prilike u njoj duže vremena predstavljale opasnost za opći evropski mir.

4. Zaključne napomene

Status Bosne i Hercegovine u specifičnoj ustavnoj strukturi Monarhije, nije se mogao promijeniti bez saglasnosti parlamenata obiju država sastavnica. Takav status je još konstantno praćen sveprisutnim dualizmom, zajedno sa vladajućim apsolutizmom i centralizmom, koji nije dozvoljavao ostvarivanje trijalističkih ideja, ponovno oživljenih na prostorima Habsburške carevine, upravo poslije okupacije Bosne i Hercegovine. Konstelacija kako međunarodnih odnosa tako i odnosa unutrašnjih snaga u samoj Austro-Ugarskoj, nije pogodovala političkom zbližavanju i ujedinjenju južnoslavenskih naroda u Monarhiji, kao protivteži vladajućim političkim interesima Germana i Mađara.

U posebnim društvenopolitičkim okolnostima, održan je i kontinuitet između bivšeg osmanskog i novog austrougarskog prava, što je potvrđeno i organizacijom sudstva u Bosni i Hercegovini, pošto je Austro-Ugarska, polazeći od tanzimatske osnove, izgradila sistem modernog višestepenog sudstva. Specifičnosti bosanskohercegovačkog pravnog poretka, činila je stara osmanska i nova austrougarska komponenta, pa se iskristalisalo i pet izvora prava, počevši od zakona, uredbi i naredbi koje je zajednička vlada propisivala za Bosnu i Hercegovinu i odluka Vrhovnog suda u Sarajevu, preko osmanskog prava i propisa islama koji su zaživjeli u praksi, kanonskog prava pravoslavne i katoličke crkve i

⁵⁰ Hrvatski dnevnik, broj 207, 12. 9. 1909.

⁵¹ Ljubomir Zovko, *n.dj.*, str. 24. i 25.

bračnog prava jevreja, bosanskog običajnog prava, te naravno austrijskog Općeg građanskog zakonika, kao supsidijarnog izvora. Na podlozi takvog pravnog sistema, te sa okvirima međunarodnopravnih akata, člana dvadeset pet Berlinskog ugovora i Carigradske konvencije, građena je austrougarska uprava, kao, naravno i njen odnos prema nacionalnom i vjerskom pitanju. Kao posebno područje (territorium separatum), sa jedinstvenim građanskim pripadništvom, bosanskohercegovački pravni subjektivitet se izražavao i kroz sabor, koji je, opet, predstavljao specifičan okvir ostvarivanja građanskih prava bosanskohercegovačkog stanovništva, odnosno zemaljskih pripadnika, kako je to stanovništvo nazivala austrougarska vlast.

Austro-Ugarska nije imala poseban koncept nacionalne politike u odnosu prema Bosni i Hercegovini, odnosno, taj koncept se sastojao u održavanju unutrašnje ravnoteže, nastojanju da ne dođe do poremećaja u korist neke od tri vjersko-etničke grupe. Benjamin Kallay, zajednički ministar finansija, koji je stajao na čelu uprave, nastojao je da u bosanskohercegovačkom stanovništvu razvije i učvrsti osjećaj posebne bosanske nacionalne pripadnosti s osloncem na Monarhiju, svaki poremećaj konfesionalno-nacionalne ravnoteže, mogao bi ugroziti položaj uprave u okupiranoj zemlji. Cijelo vrijeme uprave, nastojala se uspostaviti kontrola i jurisdikcija nad vjerskim zajednicama u Bosni i Hercegovini. Sve vjersko-etničke grupe su trebale da egzistiraju pod bosanskim (bošnjačkim) imenom. Međutim, već su uveliko oživljavale vlastite nacionalne misli među srpskim i hrvatskim građanstvom. Ideja bošnjaštva je počela da gubi na značaju kao opća bosanska ideja, a austrougarska vlast postepeno i prešutno prihvata kao realnost nacionalno-političke pokrete. Vjersko-prosvjetni pokreti postepeno iznjedruju građanske političke stranke, koje po svojoj političkoj ideologiji i obliku, odgovaraju, u svojim počecima, tipu narodnih organizacija u zemljama pod kolonijalnom vlašću. Bosanskohercegovački građanski političari, smatrali su da u specifičnom državnompravnim okviru i sa statusom u kojem se Bosna i Hercegovina nalazila, nema još uslova da te narodne organizacije djeluju kao klasične političke stranke. Smrću Benjamina Kallaya, dolazi postepeno do liberalizacije javnog života u Bosni i Hercegovini, i već relativno formirani nacionalni pokreti, konstituiraju se u političke stranke. Tako se 1906. godine formira Muslimanska narodna organizacija, 1907. Srpska narodna organizacija, 1908. Muslimanska napredna stranka, kasnije preimenovana u Muslimansku samostalnu stranku, kao i Hrvatska narodna zajednica, te još nekoliko manjih stranaka, od kojih se istakla Hrvatska katolička udruga.

MNO, kao najistaknutija predstavica interesa muslimanskog građanstva, u prvom redu je zahtijevala muslimansku vjersku i vakufsko-mearifsku autonomiju, te državnompravnu autonomiju Bosne i Hercegovine pod sultanovim suverenitetom. SNO, kao najbitnija predstavica srpskog građanstva, inače nastala ujedinjenjem triju političkih grupa, koje su se među srpskim građanstvom oformile sredinom prve decenije dvadesetog stoljeća, ustrajno je tražila ustavne slobode i parlament, te potpunu autonomiju Bosne i Hercegovine, bez promjene suvereniteta. Što se

tiče hrvatskog nacionalnog pokreta, ispoljavala se klerikalna i građansko-liberalna struja, pa se, zbog nastojanja održavanja jedinstva, oprezno pristupalo formalnom organizovanju. Smatrajući da konfesionalnost kao ključ nacionalnosti, Hrvatima ne može koristiti kao Srbima i muslimanima (Bošnjacima), HNZ uporno istrajava na činjenici da opstane kao nadkonfesionalna organizacija. Prema okupacionoj upravi, opoziciono su istupale SNO i MNO, dok su se ostale građansko-političke stranke, držale lojalno prema vlastima. Tek 1909. godine SNO, a 1910. MNO, priznaju aneksiju, dakle habsburški suverenitet nad Bosnom i Hercegovinom, jednostavno iz razloga da bi mogle legalno djelovati u nadolazećim novim ustavnim okolnostima. Među hrvatskim političarima, aneksija je ponovno podstakla nade u trijalističko preuređenje Habsburške carevine. Međutim, austrograrske vlasti ostaju do kraja vjerne dualističkoj strukturi Monarhije, politici nacionalnog pariteta u Bosni i Hercegovini, te nastojanju da se stanovništvo okupirane teritorije, izoluje od nacionalnih kretanja u okolnim zemljama.

Literatura:

1. Begić, Dana, *Pokret za autonomiju Bosne i Hercegovine u uvjetima Sporazuma Cvetković – Maček*, Prilozi, Godina II, Broj 2, Sarajevo 1966., Instituta za povijest radničkog pokreta, br. 2, Sarajevo 1966.
2. Bogićević, Vojislav, *Aneksija Bosne i Hercegovine i jugoslavensko pitanje, historijski pregled* br. 4/1959.
3. Bosanski ustav, fototip izdanja iz 1910. godine, *Muslimanski glas*, Sarajevo 1991.
4. Čaušević, Dženana, *Pravno politički razvitak Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2005.
5. Čaušević, Halid, *Pravni položaj BiH pod Turskom i Austro-Ugarskom*, kalendar „Narodna uzdanica“ XIII/1945.
6. Đaković, Luka, *Položaj BiH u austrougarskim koncepcijama rješenja jugoslavenskog pitanja 1914-1918*, Tuzla, 1981.
7. Džaja, Srećko M., *Bosna i Hercegovina u austrougarskom razdoblju (1878-1918.)*, Mostar-Zagreb, 2002.
8. Fine, V. A. John - Donia, Jr. Robert J., *BiH, tradicija koju su izdali*, Sarajevo, 1995.
9. Gross, Mirjana, *Hrvatska politika u BiH od 1878. do 1914.*, Historijski zbornik. god. XIX-XX, 1966-67. Zagreb,
10. Imamović, Mustafa, *Pravni položaj i unutrašnje-politički razvitak Bosne i Hercegovine 1878. – 1914.*, Sarajevo 1997.
11. Imamović, Mustafa, *Historija države i prava BiH*, Sarajevo, 2003.
12. Imamović, Mustafa, *Historija Bošnjaka*, Sarajevo, 1997.
13. Imamović, Mustafa, *Osnove upravno-političkog razvitka i državnopravnog položaja Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2006.,

14. Imamović, Mustafa, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Sarajevo 2006.
15. Imamović, Mustafa, *Faktori bosanskohercegovačke posebnosti u okviru Austro-Ugarske monarhije*, poseban otisak iz Godišnjaka Pravnog fakulteta u Sarajevu, godina XXIV, 1976.
16. Išović, Kasim, *Austro-ugarsko zaposjedanje Novopazarskog sandžaka 1879. godine*, 3. Godišnjak društva istoričara BiH, IX/1958. 111.
17. Išović, Kasim, *Struktura i funkcioniranje organa državne uprave u BiH u vremenu od 1918. do 1924.*, Glasnik Arhiva i društva arhivista BiH, God. II, Knjiga II, Sarajevo 1962.
18. Juzbašić, Dževad, *O nastanku paralelnog austrijskog i ugarskog Zakona o upravljanju Bosnom i Hercegovinom iz 1880. godine*. Radovi ANUBiH, XXXI/1967.
19. Kapidžić, Hamdija, *Hercegovački ustanak 1882. god.*, Sarajevo, 1958.
20. Kapidžić, Hamdija, *Položaj BiH za vrijeme austrougarske uprave (državno-pravni odnosi)*, Istorijske pretpostavke Republike BiH, Institut za istoriju radničkog pokreta, Sarajevo, 1968.
21. Kapidžić, Hamdija, *Pripremanje ustavnog perioda u BiH (1908-1910.)*, u knjizi *BiH u vrijeme Austro-Ugarske vladavine*, Sarajevo 1968.
22. Kapidžić, Hamdija, *Diskusije o državno-pravnom položaju BiH za vrijeme Austro-Ugarske vladavine*, Glasnik Arhiva BiH, 4-5, 1965.
23. Kapidžić, Hamdija, *Pokušaj ujedinjenja BiH sa Srbijom u novembru 1918.*, *BiH u vrijeme Austro-Ugarske uprave, članci i rasprave*, Sarajevo 1968.
24. Noel, Malcolm, *Povijest Bosne, kratki pregled*, Zagreb – Sarajevo, 1995.
25. Sirotković, Hodimir - Dr. Margetić, Lujo, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb, 1988.
26. Sladović, Eugen, *Upravna nauka i upravno pravo BiH*, Sarajevo, 1916.
27. Sućeska, Avdo, *Istorija države i prava naroda SFRJ*, Sarajevo, 1971.
28. Šehić, Nusret, *Autonomni pokret muslimana za vrijeme Austro-Ugarske uprave za BiH*, Sarajevo 1980.
29. Zovko, Ljubomir, *Bosna i Hercegovina 1918 – 1943*, Mostar, 1990.
30. Zovko, Ljubomir, *Studije iz pravne povijesti Bosne i Hercegovine 1878 -1941*, Mostar, 2007.

Dr. sc. Amra Mahmutagić, associate professor
Faculty of Law, Dzemal Bijedic University in Mostar

ATTITUDE OF THE AUSTROHUNGARIAN ADMINISTRATION TOWARDS THE RELIGIOUS AND NATIONAL ISSUE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: In Bosnia and Herzegovina, very often, throughout history, in certain socio-political circumstances, the issue of relations between the state on the one hand, and the church and religious communities on the other has been reopened or aggravated. Of course, this issue depended on the concept of national policy. The paper emphasizes the fact that the Austro-Hungarian administration in Bosnia and Herzegovina did not have such a concept, that is, its concept actually consisted of trying to maintain internal balance in conditions of pronounced social and confessional contradictions within the population of Bosnia and Herzegovina. With persistent attempts in certain national circles towards a trialistic arrangement of the Monarchy, towards the creation of a political counterweight to the ruling Germans and Hungarians, the Austro-Hungarian authorities were not allowed to allow disruption in favor of any of the three religious-ethnic groups in Bosnia and Herzegovina. From religious-educational movements, civic political parties began to form, which were mostly according to the political ideology itself, they mostly corresponded to the type of people's organizations from the countries under colonial rule. Kallay's policy was aimed at developing the same common sense of Bosnian nationality among the local population, based on the Monarchy. A policy of strict national parity was pursued, and the population was sought to isolate itself from national movements in the surrounding South Slavic countries. Only at the beginning of the twentieth century, the Austro-Hungarian authorities put an end to the issues of religious and educational autonomy and gradually accepted national-political movements.

Keywords: national parity policy, internal balance, confessional opposites, religious-ethnic groups, national movements, nationality

DEROGACIJA EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA - USLOVI I POSljedICE

Sažetak: Globalna pandemija zarazne bolesti Covid 19 u velikoj mjeri je utjecala na život i zdravlje ljudi širom svijeta. Države članice Vijeća Evrope, kao i druge države, preduzele su niz restriktivnih mjera u cilju spriječavanja širenja bolesti i liječenja vlastitog stanovništva. U cilju očuvanja javnog zdravlja uvodile su lockdown, karantin, različite mjere izolacije i socijalnog distanciranja. Prilikom preduzimanja tih mjera nerijetko su ograničavale ljudska prava i slobode zagarantovane Konvencijom, u prvom redu slobodu kretanja, slobodu okupljanja, ali i druga ljudska prava poput prava na slobodu izražavanja, prava na privatnost i sl. Uporedo sa uvođenjem ovih mjera neke od država članica Vijeća Evrope iskoristile su derogativnu klauzulu iz člana 15 Evropske konvencije te obavjestile Vijeće Evrope da derogiraju svoje obaveze iz Konvencije zbog vanrednog stanja koje je pandemija izazvala. Zašto su pojedine države derogirale Konvencije, a neke ne? Da li je ona potrebna i pod kojim uslovima? Odgovore na ova pitanja pokušat ćemo dati u okviru ovog rada u kojem će se analizirati da li je prilikom provođenja spomenu tih restriktivnih mjera potrebna derogacija ili ne? Kakve su njene posljedice kako za države koje su iskoristile derogativnu klauzulu ali i za same građane.

Ključne riječi: vanredna stanja, ograničenja ljudskih prava, derogacija EKLJP, države, građani

1. Uvod

Svi važniji međunarodni i regionalni instrumenti za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđaju određene privremene mjere derogacija određenih ljudskih prava u najtežim (vanrednim i hitnim) situacijama, vodeći pri tome računa o neophodnim uslovima za njihovo proglašenje, procedurama proglašenja mjera kao i ciljevima koji se žele postići derogacijom. Privremeno opozivanje, odnosno odstupanje od ljudskih prava ima drugačiji karakter od ostalih vidova ograničenja upravo iz razloga što se uvodi samo u najtežim „vanrednim stanjima“ i ima ograničeni karakter.¹

Imajući u vidu da privremena derogacija ljudskih prava u pravilu veže za vanredno stanje, prvo ćemo se osvrnuti na sam pojam vanrednog stanja, koji

¹ Ljubinko Mitrović, Nikolina Grbić Pavlović, Gojko Pavlović, Derogiranje ljudskih prava u vanrednim stanjima-slučaj Bosne i Hercegovine, Pravni vijesnik, god 32. br.3-4, 2016,

je dosta širok i neodređen i različito se poima u zemljama anglosaksonskog i kontinentalnog prava.

Vanredno/izvanredno stanje u kontinentalnom pravu (engl. state of emergency; njem. Ausnahmezustand, Notstand; fran. état d'urgence) je situacija u kojoj se zbog pojave nepredvidivih događaja ili prijetnji postojećem ustavnom poretku ili društveno-političkom životu države mijenja ili suspendira ustaljeni ustavnopolitički proces kako bi se nadležna državna tijela koja dobiju izvanredne ovlasti mogla uspješno suprostaviti novonastalim okolnostima koje ugrožavaju životne interese zemlje. Riječ je zapravo, o primjeni klasične maksime *salus populi suprema lex esto* (spas domovine neka bude najveći zakon) koju poznaju svi ustavni sistemi u svijetu. Promjena, ili suspenzija ustavnopravnog poretka redovito znači odstupanje od primjene nekih pravnih normi, umjesto kojih se primjenjuju druge norme predviđene za takve slučajeve. Norme koje se ne primjenjuju ili privremeno ukidaju, najčešće se odnose na građanska prava i građanske slobode. Izvanredno stanje obično nastupa zbog ratne opasnosti, pobune, teških prirodnih nesreća, epidemijskih bolesti itd.²

Zemlje anglosaksonskog prava posmatraju vanredno stanje kroz mogućnost narušavanja vladavine prava i ugrožavanja postojećeg društvenog sistema, a ne kao stanje koje ugrožava postojanje same države. Tako je npr. nakon terorističkih napada u SAD-u 11. septembra 2001. godine u pojedinim zemljama došla do izražaja težnja ka primjeni vanrednih mjera. Tadašnji Komesar za ljudska prava Vijeća Evrope (Alvaro Hil-Roberts) upozorio je tada na opasnost širenja prakse vanrednih mjera, te ukazao da sama činjenica povećanja opće opasnosti od terorizma ne predstavlja dovoljno opravdanje za odstupanje od primjene odredbi Evropske konvencije o ljudskim pravima, već je pri uvođenju takvih mjera potrebno dokazati postojanje konkretne opasnosti.³

Upravo zbog neodređenosti pojma vanrednog stanja, te relativno širokih mogućnosti da države proglase takva stanja u međunarodnom pravu su utvrđeni određeni kriteriji za proglašenje tog stanja i ograničenje ljudskih prava.⁴

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, u članu 4. dopušta državama da ukinu određeni dio prava i sloboda „u doba kada opstanak naroda ugrozi javna opasnost koja je proglašena zvaničnim putem“ uz obavezu države da takvo stanje proglasi zvaničnim putem, kao i da odmah „obavijesti Generalnog

2 Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, str. 500, Zagreb, 2007.

3 Vidjeti više, Vanredno stanje i pandemija, Analiza ustavnog okvira, Gojko Pavlović, Fridrich Erert Stiftung, dostupno na <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/16129.pdf>, očitavanje 23.10.2020.

4 Derogativnu klauzulu, odnosno mogućnost privremenog ograničenja ljudskih prava u vanrednim situacijama predviđaju član 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, član 27. Američke konvencije o ljudskim pravima, Evropska socijalna povelja i član 15 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, prema Gordana Grujičić, Miroslava Jelačić Kojić (Grupa 484), Pogled unazad-mera ograničenja slobode kretanja migranata i tražilaca azila, iz ugla standarda Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, juli 2020. str 7.

sekretara Ujedinjenih naroda o pravima i slobodama koje su ukinute i razlozima koji su ih na to naveli“.⁵

Slično rješenje nalazimo i u Evropskoj Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, najvažnijem regionalnom instrumentu za zaštitu prava i sloboda kojeg su usvojile i ratifikovale ne samo države članice Vijeća Evrope već i druge države koje su u prethodnom periodu različitim restriktivnim mjerama ograničile zagarantovana prava i slobode radi zaštite zdravlja svojih građana. Konvencija u članu 15 predviđa mogućnost derogacije obaveza iz Konvencije uz ispunjavanje određenih uvjeta. I prije pandemije neke od država članica su posezale za ovakvim mjerama, odnosno pozivale se na član 15 i derogirale svoje obaveze iz Konvencije. Konvenciju je između ostalog u skladu sa članom 15 derogirala Ukrajina nakon aneksije Krima, Turska nakon pokušaja državnog udara 2016. godine. Prije toga na derogativnu klauzulu se pozvala Irska, radi suzbijanja terorizma kao i Ujedinjeno kraljevstvo nakon terorističkih napada u septembru 2001. godine.⁶ Derogacija obaveza iz Konvecije postala je aktuelna nakon proglašenja pandemije virusa COVID-19. Skoro sve države članice Vijeća Evrope su posegnule za restriktivnim mjerama koje zadiru u konvencijska prava, neke su proglasile vanredno stanje, a jedan dio njih se i opredijelio za korištenje derogativne klauzule iz člana 15 Konvencije. Prva je to učinila Latvija a zatim Rumunija, Armenija, Moldavija, Estonija, Gruzija, San Marino, Srbija. Kao što vidimo radi se o relativno malom broju država, te se stoga postavlja pitanje da li je nužno u slučajevima izvanredne javne opasnosti, a pandemija COVIDA 19 to svakao jeste, derogirati obaveze iz Konvencije ili ne. Da li derogacija pravo ili obaveza države, da li je uslovljena proglašenjem vanrednog stanja unutar države, te kakve posljedice izaziva njena notifikacija.

2. Uslovi za derogacija Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Derogacija Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao i drugih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava dozvoljena je u slučaju vanrednog stanja. Član 15. Evropske konvencije (derogation in time of emergency) ima ti stava kojima se ustvari i definiše koncept vanrednog stanja, uslovi i postupci koji se propisuju u vezi sa proglašenjem vanrednog stanja i organičenja određenih zajamčenih prava Evropskom konvencijom

5 Član 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (The International Covenant on Civil and Political Rights), usvojen od Generalne skupštine Ujedinjenih nacija Rezolucijom broj 2200 A(XXI) od 16. decembra 1966. godine, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine.

6 Vidjeti više, Nikolina Katić, Derogacija Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tijekom borbe protiv pandemije virusa COVID-19, str. 3, dostupno na http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin_Katic3-Derogacija_EKLJP_za_zastitu_ljudskih_prava_i_temeljnih_sloboda_tijekom_borbe_protiv_pandemije_virusa_COVID-19.pdf, očitane 23.10.2020.

Član 15. Odstupanje u vanrednim okolnostima

1. U doba rata ili druge javne opasnosti koja prijeti opstanku nacije, svaka visoka strana ugovornica može preduzeti mjere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj konvenciji, i to u najnužnijoj mjeri koju zahtijeva hitnost situacije, s tim da takve mjere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.

2. Prethodna odredba ne dopušta odstupanje od člana 2. osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3. i 4, stav 1. i člana 7.

3. Svaka visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupi od odredbi Konvencije obavještava u potpunosti Generalnog sekretara Savjeta Evrope o mjerama koje preduzima i razlozima za njih. Ona, također, obavještava Generalnog sekretara Savjeta Evrope kada takve mjere prestaju djelovati i kada se odredbe Konvencije ponovo počinju u potpunosti primjenjivati

Kao što se vidi iz stava 1. člana 15 EKLJP, svaka država, potpisnica Evropske konvencije ima mogućnost da privremeno derogira svoje obaveze osiguranja određenih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom u slučaju rata ili druge javne opasnosti, u najnužnijoj mjeri koju zahtijeva hitnost situacije.

U primjeni ove odredbe države članice imaju široko područje slobodne (diskrecione ocjene). Međutim ta sloboda nije neograničena niti apsolutna. Države koje se opredijele za derogaciju konvencije moraju ispuniti više uvjeta.

1. Prvi uvjet je postojanje stanja rata ili druge javne opasnosti koje ugrožava život nacije. Pojam rata odnosno ratnog stanja je prilično jasan i ne zahtijeva posebno određenje. Pod tim pojmom se podrazumijeva rat u materijalnom smislu riječi gdje rat sa svim svojim svojstvima ugrožava život nacije/države (npr. rat na Foklandu nije ugrožavao opstanak Velike Britanije).⁷ S druge strane pojam javne opasnosti koja prijeti opstanku nacije je dosta neprecizan i široko postavljen tako da je njegova sadržina prilično nejasna te ostavlja dosta širok prostor za različita tumačenja. Ova odredbe člana 15 Konvencije dodatno je definisana judikaturom samog Evropskog suda koji je u predmetima *Lawless v. Ireland*⁸ te u predmetu *Greek*⁹ definisao pojam javne opasnosti. U predmetu *Lawless v. Ireland*, javna opasnost se definira kao “iznimna situacija krize ili nužde koja utječe na cijelu populaciju i predstavlja prijetnju organiziranom životu društva koje čini državu. U grčkom slučaju su dodatno definisani elementi ovog pojma. Javna opasnost treba biti a) stvarna i neposredna; b) njene posljedice se moraju odnositi na cijelu naciju; c) mora biti ugroženo odvijanje organiziranog života zajednice; d) kriza ili opasnost mora biti izuzetna tako da uobičajene mjere ili ograničenja predviđena

7 Lada Sadiković, Vanredno stanje i ljudska prava, Magistrat, Sarajevo, 2003. godine

8 *Lawless protiv Irske* (br.3), zahtjev broj 332/57, presuda od 1.7.1961, dostupno na : <http://hudoc.echr.int/eng?i=001-57518>,

9 *Greek-Danska protiv Grčke, Norveška protiv Grčke, Švedska protiv Grčke, Nizozemska protiv Grčke*, zahtjev broj.3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, presuda od 24.1.1968, dostupno na : <http://hudoc.echr.int/eng#>

Konvencijom očigledno nisu dovoljni. Uzroci koji su doveli do opasnosti za naciju mogu biti različiti (politički, ekonomski, prirodni).

Drugi uvjet tiče se proporcionalnosti poduzetih mjera, koje trebaju biti usklađene sa ozbiljnošću same situacije. Naime u ovakvim situacijama države vrlo često posežu za mjerama koje nisu proporcionalne ozbiljnosti situacije odnosno stanju opasnosti nacije. Ograničavaju pojedina prava, najčešće pravo na slobodu kretanja i okupljanja, pravo na privatnost, slobodu savjesti, misli i vjeroispovijesti, iako to uopće nije potrebno. Propisivanjem ovog uvjeta spriječava se nepotrebno ograničenje pojedinih ljudskih prava koje nije uvijek proporcionalno datoj opasnosti. Zakonima, odnosno uredbama pojedina ljudska prava se ograničavaju iako to možda u određenoj mjeri stvarno nije bilo potrebno. Tako je Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Ireland v. United Kingdom*¹⁰, koji se ticao vanrednih mera u Severnoj Irskoj (dijelu Ujedinjenog Kraljevstva), kojima je omogućeno lišenje slobode pojedinih lica bez kontrole suda, a koje su se odnosile na lica osumnjičena da su pripadnici IRA (Irske republikanske armije), zaključio da su vlasti Ujedinjenog Kraljevstva opravdano preduzele vanredne mere, jer se radilo o borbi protiv terorizma i da ove mere nisu dovele do kršenja člana 15. EKLJP. Međutim, postoji shvatanje da Evropski sud za ljudska prava u vrlo važnim i osjetljivim oblastima ostavlja vlastima isuviše veliko polje slobodne procjene, kako u pogledu situacije koja navodno opravdava vanredne mere, tako i pri oceni njihove proporcionalnosti. Kod testa proporcionalnosti na vagu se stavlja mjera koja predstavlja ograničenje pojedinog ljudskog prava i cilj koji se njome želi postići. U skladu sa praksom Evropskog suda, mjera je proporcionalna ako pojedincu ne nameće prekomjeran individualni teret. Također je veoma bitno i vremensko trajanje te ograničavajuće mjere, koja se stalno mora propitivati od strane nadležnih vlasti koje tu mjeru trebaju ukoliko postoji mogućnost zamijeniti blažom mjerom kojom se postiže cilj, odnosno ukinuti mjere kada to bude moguće¹¹

Države moraju voditi računa i o svojim, drugim obavezama prema međunarodnom pravu. Ovaj treći uvjet Konvencija ne precizira, odnosno ne definiše o kojim obavezama se radi. Pretpostavlja se da se radi o obavezama iz Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine kao što su npr: zabrana supletornog zatvora, zabrana ograničavanja slobode misli savjesti i vjeroispovijesti; Opće deklaracije o pravima čovjeka i građanina (mogućnost ograničenja prava koja su određena zakonom, Ženevske konvencije iz 1949 sa

10 *Ireland vs United Kingdom*, Application no. 5310/71, presuda od 18. januara 1978.

11 Evropski su za ljudska prava u predmetu *Kuimov protiv Rusije*, zahtjev broj 32147/04, presuda od 08.01.2009, dostupno na <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90433>, razmatrao je proporcionalnost mjere karantena te naglasio kako proporcionalnost takve mjere procjenjuje s obzirom na njezino trajanje. Sud je naglasio da mjera mora biti privremena i kako ona mora biti ukinuta čim situacija to dozvoli. Vidjeti više Nikolina Katić *Derogacija Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tijekom borbe protiv pandemije virusa COVID-19*, str. 3, dostupno na : http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin_Katic3-Derogacija-EKLJP-za-zastitu-ljudskih-prava-i-temeljnih-sloboda-tijekom-borbe-protiv-pandemije-virusa-COVID-19.pdf,

njenim protokolima kojima se regulira međunarodno humanitarno pravo (zaštita ličnosti čovjeka i obavezno postupanje bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi).

Četvrti uvjet tiče se zabrane derogacije određenih ljudskih prava. U skladu sa stavom 2. člana 15. ne mogu se ograničiti apsolutno zaštićena prava: zabrana mučenja i drugog nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, zabrana ropstva, prinudnog ili obaveznog rada kao i pravo na život, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, zabrana retroaktivne primjene krivičnog zakonodavstva, poštivanje načela non bis in idem.

Posljednji uvjet tiče se obaveze države da obavijesti, informiše generalnog sekretara Vijeća Evrope o poduzimanju mjera ograničenja ljudskih prava. U okviru ove obaveze države su dužne da navedu i razloge zbog kojih su pristupile ograničenjima, te obavijestiti generalnog sekretara i o prestanku mjera i ponovnoj primjeni Evropske konvencije u potpunosti. Ovaj posljednji uslov nije precizno definisan niti samim članom 15, niti sudskom praksom koja je u nekoliko navrata, kada je postavljeno pitanje značaja obavještenja, propustila dati jasan i nedvosmlen odgovor o vrijednosti obavještenja/notifikacije kao obaveznog elementa derogacije. Upravo iz tog razloga stručnoj javnosti u posljednje vrijeme se pojavila i teza prema kojoj notifikacija čak i ne predstavlja nužni uslov za pozivanje na član 15 EKLJP.¹² Obavještenje/notifikacija je nesumljivo neophodan element, uslov za derogaciji. Član 15. EKLJP jasno navodi obavezu obavještenja /notifikacije od strane svake države ugovornice koja koristi svoje pravo da odstupi od odredbi Konvencije. Međutim sadržaj samog obavještenja, kao i druga pitanja vezana za ovaj ulov nisu precizno definisani pa ćemo u nastavku rada analizirati kako i na koji način države vrše notifikaciju u skladu sa navedenim stavom 3. člana 15. EKLJP.

3. Notifikacija/obavještenje o derogaciji

Država koja se odluči za primjenu derogativne klauzule iz člana 15 EKLJP, kao što smo istakli treba obavjestiti o tome Generalnog sekretara Vijeća Evrope. Imajući u vidu da se privremena derogacija Konvencije vrši zbog vanrednog stanja postavlja se pitanje da li formalno proglašenje vanrednog stanja u državi korak koji treba da prethodi samoj notifikaciji, ili je derogacija moguća i bez ispunjavanja tog uslova.

Ako posmatramo izjave o derogaciji koje su podnijele neke od evropskih država u periodu nakon proglašenja pandemije corona virusa 11.3.2020.godine vidjet ćemo da je u tim državama proglašenje vanrednog stanja uglavnom prethodilo derogaciji. Vanredno stanje, odnosno stanje nesreće je proglašeno u

12 Vidjeti više Nasir Muftić, Obavještenje o derogaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda- pravi put za Bosnu i Hercegovinu, str 2. dostupno na http://www.fcjp.ba/analize/Nasir_Muftic-Obavjestenje_o_derogaciji_Evropske_konvencije_za_zastitu_ljudskih_prava_i_temeljnih_sloboda%E2%80%93pravi_put_za_BiH.pdf, očitane 20.10.2020.

Rumuniji, Litvaniji, Armeniji, Moldaviji, Estoniji, Sjevernoj Makedoniji, Gruziji i Srbiji prije slanja Izjave o derogaciji Konvencije. Izuzetak je San Marino u kojem nije došlo do formalnog proglašenja vanrednog stanja, već do donošenja seta zakona, odnosno hitnih mjera u cilju sprječavanja COVIDa-19, a kojima je u stvari predviđeno odstupanje od prava iz Konvencije.¹³

Upravo ova situacija pokazuje da u osnovi nije potrebno prethodno formalno proglasiti (kvalificirano) izvanredno stanje u zemlji da bi država pristupila derogiranju svojih obaveza na osnovu člana 15. Konvencije. Dovoljno je da u jednom zakonu država odstupi od neke obaveze iz Konvencije i to obrazloži postojanjem „izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda“ u smislu člana 15. Je li doista postojalo takvo stanje, ocjenjuje sam Sud u postupku.(usp.A i drugi protiv Ujedinjenog kraljevstva(VV), br 3455/05, 19 veljače 2009, par 175-181).¹⁴ Informativni dokument Vijeća Evrope Poštovanje demokratije, vladavine prava i ljudskih prava u kontekstu zdravstvene krize izazvane COVID-om 19 – Alati za države članice, naglašava da „odstupanje prema članu 15 ne zavisi od formalnog usvajanja vanrednog stanja ili nekog sličnog režima na nacionalnom nivou, kao i da svako odstupanje mora imati jasan osnov u domaćem pravnom okviru da bi se obezbedila zaštita od proizvoljnosti i svako odstupanje mora biti striktno neophodno za borbu protiv javne opasnosti”¹⁵Samu izjavu o notifikaciji Generalnom sekretaru Vijeća Evrope u ime države podnosi stalna delegacija te države pri Vijeću Evrope.

Rok u kojem se obavještenje treba dostaviti nije definiran članom 15. Da li odmah po proglašenju vanrednog stanja, odnosno odmah po poduzetim mjerama, prije ili nakon njih ?Dosadašnja praksa je pokazala da države uglavnom obavještenje o notifikaciji dostavljaju neposredno nakon proglašenja vanrednih stanja, vrlo često prije donošenja konkretnih mjera/zakona kojima će doći do ograničenja pojedinih prava. S obzirom da član 15. nije utvrdio vrijeme u kojem se to obavještenje dostavlja, a dosadašnja praksa pokazuje da ono ne mora predhoditi mjerama koje država planira poduzeti već da se može dostaviti i nakon poduzimanja istih. Pri tome je važno da obavještenje dođe “bez kašnjenja“ što je pravni standard koji Evropski sud cijeni u konkretnom slučaju. U predmetu Lawless protiv Irske je Evropski sud prihvatio obavještenje uprkos kašnjenju od dvanaest dana, dok u predmetu Greek kašnjenje od četiri mjeseca nije tolerisano.

Sadržaj samog obavještenja također nije definisan. Da li države koje vrše notifikaciju trebaju navesti koja se to prava ograničavaju i u kom periodu, ili je

13 Izjave o notifikaciji Konvencije od strane navedenih država dostupne su na : <https://www.oe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, očitanje 16.oktobra , 2020.

14 Vidjeti više, Jasna Omejec, Primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima u doba koronavirusa, Informator, prilog uz br.6622, Zagreb,2020., str.3.

15 . Vijeće Evrope, Poštivanje demokratije, vladavine prava i ljudskih prava u okviru zdravstvene krize zbog COVID19. Priručnik za države, s. 2. Dostupno na: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, očitanje: 15. 04. 2020

dovoljna samo izjava o derogaciji konvencije? Komisija je u predmetu *Lawless* protiv Irske utvrdile da su države dužne pružiti dovoljno informacija na osnovu kojih bi se mogla procijeniti priroda i dužina trajanja derogacije. Također, država treba dati i obavijest o tome kada mjere prestaju djelovati i kada se odredbe EKLJP počinju ponovo u potpunosti primjenjivati. Ako posmatramo derogacije koje su izvršene u periodu mart- april ove godine možemo vidjeti da su neke od država u potpunosti ispoštovale te zahtjeve. Tako je npr. predsjednik Rumunije 16.03.2020. godine donio Uredbu o proglašenju vanrednog stanja na teritoriji Rumunije, o čemu je odmah, nakon zvaničnog objavljivanja i stupanja na snagu Uredbe, Stalna delegacija Rumunije pri Vijeću Evrope obavijestila Generalni sekretarijat o tome. U obavještenju se navodi da je vanredno stanje proglašeno za period od 30 dana, a u samoj Uredbi se naglašava da će se sa ciljem spriječavanja širenja COVID-19, kao i radi upravljanja posljedicama proglašene epidemiološke situacije, tokom trajanja vanrednog stanja odstupiti od čak osam prava, a to su: sloboda kretanja, pravo na privatni, porodični život, nepovrijedivost doma, pravo na obrazovanje, sloboda okupljanja, pravo privatne svojine, pravo na štrajk, ekonomske slobode. Također, kao Aneksi Uredbe navedeno je nekoliko mjera prvog zahvata koje će se provesti u različitim sektorima društva, sa odgovornim organima za njihovo provođenje. S druge strane Republika Srbija, koja je uputila 7. aprila obavještenje Generalnom sekretaru Vijeća Evrope u svojoj notifikaciji u kojoj navodi da je u Srbiji proglašeno vanredno stanje zbog COVIDA 19 nije dostavila informaciju o trajanju vanrednog stanja. Mjere koje namjerava preduzeti nije pojasnila, nije priložila kopije pravnih akata koje predviđaju pojedinačne mjere derogacije, već je u samom obavještenju navedena posebna internet stranica lista „Službeni glasnik“ na kojoj se nalaze svi važeći akti doneseni tokom vanrednog stanja. Obavještenja koje su države podnijele se međusobno razlikuju, s obzirom na stepen specifikacije i količinu informacija koju sadrže. Neke od njih specifično navode na koje se odredbe EKLJP derogacija odnosi, dok su druge pružile generalnu informaciju bez navođenja pojedinih konvencijskih prava. Također, države su različito postupale i u pogledu obavješćavanja generalnog sekretara o mjerama koje su poduzele nakon obavješćenja, kao i u pogledu najavljene dužine trajanja derogacije. Informacije koje država dostavi je obavezuju i Evropski sud će ih koristiti prilikom procjene njenih postupaka. Manjkavosti u samom obavještenju mogu dovesti do problema ukoliko se o pojedinim predstavkama bude odlučivalo pred Evropskim sudom, jer nije isključeno da država neće moći opravdati svoju preduzetu mjeru, bez obzira na derogaciju Konvencije i široko područje slobode procjene.

4. Slobodna procjena država i evropski nadzor

U svojoj praksi Evropski sud za ljudska prava redovno ukazuje na primjenu doktrine slobodne procjene potvrđujući da su države, u pravilu u boljoj poziciji da procijene prikladnost konkretne mjere cilju koji se želi postići. Iako je postupanje

države u slučajevima derogacije Evropske konvencije pod evropskim „nadzorom“, države članice u primjeni člana 15 ima široko područje slobodne procjene. Međutim ta sloboda nije apsolutna. Prije svega, član 15. jasno propisuje da se njegova primjena ne odnosi na odredbe koje govore o pravu na život iz člana 2., o zabrani mučenja i nečovječnog kažnjavanja iz člana 3, o zabrani ropstva iz člana 4 i zabrani retroaktivne primjene krivičnog prava iz člana 7 EKLJP. Sem toga i sva ostala prava mogu biti ograničena u najnužnijoj mjeri koju zahtijeva hitnost situacije. Sud je u predmetu Branningan i McBride protiv Ujedinjenog kraljevstva¹⁶ naveo „da je na svakoj državi članici, s odgovornošću za život nacije da odredi prijeti li tom životu javna opasnost i ukoliko prijeti koliko se daleko treba ići kako bi se opravdala ta opasnost. Zahvaljujući izravnom i trajnom kontaktu s potrebama u određenom trenutku nacionalna vlast je u načelu u boljoj situaciji nego međunarodni sud koji mora odlučiti i o postojanju takve izvanredne situacije i obimu odstupanja koja su neophodna kako bi se ta situacija otklonila- međutim domaći stepen slobodne procjene podvrgnut je evropskom nadzoru. Sud će procijeniti jesu li države izašle van najnužnijih mjera koje zahtijeva hitnost situacije, okolnosti pod kojima je vanredna situacija nastala i dužinu njenog trajanja.

Države stranke Konvencije mogu u vanrednim situacijama derogirati svoje obaveze osiguranja određenih prava i sloboda zagaranovanih EKLJP u ograničenom obimu i pod nadzorom Evropskog suda. Derogacija tih obaveza utice i na sam postupak pred sudom. Praksa ESLJP u predmetima pokrenutim povodom porede nekog od prava Konvencije u okolnostima kada je država članica odstupila od određenih obaveza pozivanjem na čl. 15 pokazuje da Sud najprije u vidu prethodnog pitanja razmatra da li je sama derogacija bila u skladu sa uslovima predviđenim ovim članom, odnosno da li su okolnosti koje su prethodile proglašenju vanrednog stanja predstavljale javnu opasnost koja prijeti opstanku nacije, te da li su ispunjeni formalni uslovi notifikacije. Tek nakon toga ulazeći u meritum procjene povrede pojedinačnog prava razmatra pitanje proporcionalnosti mjere odstupanja, odnosno da li je odstupanje bilo u granicama najnužnije mjere koju iziskuje situacija javne opasnosti. U predmetu Irska protiv Velike Britanije¹⁷ sud naglašava da će, prilikom odlučivanja da li je odstupanje od člana 5 u okolnostima konkretnog slučaja u skladu sa Konvencijom, u obzir naravno uzeti član 15, ali da bi trebalo da utvrdi na koji način su mjere odstupile od člana 5 prije nego ih procijeni na osnovu člana 15. Ukoliko se podnosioc predstavke žali na povredu prava do koje je došlo u periodu derogacije, dosadašnja sudska praksa pokazuje da Sud u takvim slučajevima prvo ispituje može li se osporena mjera, koja po mišljenju podnosioca dovodi do povrede prava, opravdati na temelju samog člana Konvencije koji uređuje to pravo. Ako ne može, Sud to utvrđuje,

¹⁶ Branningan i Mc Bride protiv Ujedinjenog kraljevstva, presuda od 26.05.1993, para 43, dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>, očitavanje 26.10.2020.

¹⁷ Presuda u predmetu Irska protiv Ujedinjenog kraljevstva od 18. januara 1978, predstavka broj 5310/71.

ali zbog izjavljene derogacije, nastavlja ispitivanje tako što se okreće ispitivanju same podnesene derogacije, odnosno ispituje da li su ispunjene sve procesne pretpostavke iz člana 15. Dopušteno je osporavanje i same valjanosti derogacije koju je država izjavila. Međutim, ako je država izjavila derogaciju, ali stranka u postupku ne traži primjenu člana 15 na konkretan slučaj, onda sud neće ispitivati je li situacija na koju se podnositelj žalio bila pokrivena valjanom derogacijom.¹⁸

Evropski sud za ljudska prava nema alate kojima bi prema sopstvenoj inicijativi vršio nadzor¹⁹ Kako bi mogao donijeti presudu u određenom predmetu, postupak mora pokrenuti aktivno legitimisano lice i on mora biti dopustiv. Također, odluka Evropskog suda se zasniva na činjenicama i dokazima koji su vezani za taj predmet, a ne za mjeru države posmatranu u cjelosti. Iz ugla države, ovakva situacija je izuzetno povoljna, jer će ona uglavnom imati ključnu poziciju. Zbog toga je važno, da svaka država, koja izvrši derogaciju svojih obaveza u skladu sa članom 15. postupa u dobroj vjeri, a na tom principu se zasniva cjelokupna struktura Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i onovnih sloboda.

5. Zaključak

Nesporno je da je u većini savremenih država došlo do teškog poremećaja uobičajene organizacije života nacije zbog pandemije koronavirusa. Prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, države imaju obavezu da preduzimaju odgovarajuće mjere kako bi pojednice zaštitile od širenja zaraznih bolesti. U skladu sa svojim pozitivnim obavezama sve države su poduzele mjere koje su rezultirale ograničenjima pojedinih ljudskih prava i sloboda. Većina tih mjera svoje uporište ima u takozvanim inherentnih ograničenjima ugrađenim u definiciju pojedinih prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Ograničenja pojedinih konvencijskih prava, radi zaštite javnog zdravlja, nacionalne sigurnosti, na osnovu valjanih pravnih osnova - zakona, proporcionalno težini opasnosti, u određenom obimu trajanju ima svoje uporište u samoj Evropskoj Konvenciji. Upravo iz tog razloga države ne trebaju pribjegavati derogaciji Konvencije u onim slučajevima u kojima poduzete mjere ne izlaze van okvira obuhvaćenih Konvencijom.²⁰ Međutim, neke od država su preduzele mjere, koje izlaze van okvira iznimki dopuštenih u materijalnim odredbama Konvencije kojima se uređuje pojedino pravo. U tom slučaju države bi trebale derogirati Konvenciju, odnosno tražiti privremeno odstupanje od svojih obaveza

18 Vidjeti više, Jasna Omejec, Primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima u doba koronavirusa, Informator, prilog uz br.6622, Zagreb, 2020.

19 Nasir Muftić, Isto, str.7.

20 U svojoj izjavi od 20.3.2020. godine glasnogovornik Vijeća Evrope, Daniel Holtgen istaknuo je da je većina jera poduzetih radi spriječavanja širenja koronavirusa već obuhvaćena Konvencijom i stoga trenutačno ne potičemo, a najmanje obavezujemo državu članicu na takvu notifikaciju.. Vidjeti više, Jasna Omejec, Isto. str.4.

iz Konvencije. Derogacija nije obaveza već pravo države. Svaka država ukoliko se odluči za derogaciju Konvencije ima obavezu da o tome što prije obavijesti generalnog sekretara Vijeća Evrope, te da dostavi što više informacija o periodu i dužini trajanja derogacije, kao i o mjerama koje poduzima te razlozima za njih. Derogacija svakako daje državi širi prostor djelovanja, budući da u tom slučaju Evropski sud fleksibilnije tumači njenu slobodnu procjenu. Međutim i u slučaju derogacije država ne dobija neograničenu slobodu djelovanja. U slučaju derogacije, države moraju poštivati apsolutno zaštićena prava koja se ne mogu derogirati u vrijeme vanrednog stanja. Ostala prava može ograničiti, ali će ta ograničenja biti podložna provjeri Evropskog suda nakon što vanredno stanje završi. U slučaju opravdanosti derogacije, standardi ispitivanja, zakonitost i proporcionalnost ograničenja će sigurno biti tumačeni na nešto širi način, ali i u tom slučaju vrijedit će pravilo da sve poduzete mjere moraju imati za cilj zaštitu demokratskih vrijednosti, te ljudskih prava i sloboda koje štiti Konvencija.

Literatura:

1.Grujičić Gordana,Miroslava Jelačić Kojić(Grupa 484), Pogled unazad-mera ograničenja slobode kretanja migranata i tražilaca azila, iz ugla standarda Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, juli 2020.

2.Omejec Jasna, Primjena Evropske konvencije o ljudskim pravima u doba koronavirusa, Informator, prilog uz br. 6622, Zagreb, 2020.

3. Katić Nikolina, Derogacija Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tijekom borbe protiv pandemije virusa COVID-19,str. 3, dostupno na [http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin_Katic3-Derogacija EKLJP za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tijekom borbe protiv pandemije virusa COVID-19.pdf](http://www.fcjp.ba/analize/Nikolin_Katic3-Derogacija_EKLJP_za_zastitu_ljudskih_prava_i_temeljnih_sloboda_tijekom_borbe_protiv_pandemije_virusa_COVID-19.pdf),

4 Mitrović.Ljubinko, Nikolina Grbić Pavlović, Gojko Pavlović, Derogiranje ljudskih prava u vanrednim stanjima-slučaj Bosne i Hercegovine, Pravni vijesnik, god 32. br.3-4, 2016,

5. Muftić Nasir,Obavještenje o derogaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda- pravi put za Bosnu i Hercegovinu, dostupno na [http://www.fcjp.ba/analize/Nasir_Muftic-Obavjestenje o derogaciji Evropske konvencije za zastitu ljudskih prava i temeljnih sloboda%E2%80%93pravi put za BiH.pdf](http://www.fcjp.ba/analize/Nasir_Muftic-Obavjestenje_o_derogaciji_Evropske_konvencije_za_zastitu_ljudskih_prava_i_temeljnih_sloboda%E2%80%93pravi_put_za_BiH.pdf),

6. Pavlović Gojko, Vanredno stanje i pandemija, Analiza ustavnog okvira, Fridrich Erert Stiftung, dostupno na <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/16129.pdf>,

7. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, str. 500, Zagreb, 2007.

8. Sadiković Lada, Vanredno stanje i ljudska prava, Magistrat, Sarajevo, 2003.

9. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (The International Covenant on Civil and Political Rights), usvojen od Generalne skupštine Ujedinjenih nacija Rezolucijom broj 2200 A(XXI) od 16. decembra 1966. godine, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine.

10. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) usvojena od strane Vijeća Evrope u Rimu, 4. novembra 1950. godine, stupila na snagu 3. septembra 1953. godine. on Human Rights

11. Izjave o notifikaciji Konvencije od strane navedenih država dostupne su na : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>

12. Vijeće Evrope, Poštivanje demokratije, vladavine prava i ljudskih prava u okviru zdravstvene krize zbog COVID19. Priručnik za države, s. 2. Dostupno na: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>,

DEROGATION OF THE EUROPEAN CONVENTION, CONDITIONS AND CONSEQUENCES

Summary: The global infectious disease Covid 19 pandemic has greatly affected the lives and health of people around the world. The member states of the Council of Europe, as well as other states, have taken a number of restrictive measures in order to prevent the spread of the disease and to treat their own population. In order to preserve public health, they introduced lockdown, quarantine, various measures of isolation and social distancing. In taking these measures, they often restricted human rights and freedoms guaranteed by the Convention, primarily freedom of movement, freedom of assembly, but also other human rights such as the right to freedom of expression, the right to privacy and the like. In parallel with the introduction of these measures, some of the member states of the Council of Europe used the derogatory clause from Article 15 of the European Convention and informed the Council of Europe to derogate from their obligations under the Convention due to the emergency caused by the pandemic. Why have some states derogated from the Conventions and some not? Is it needed and under what conditions? We will try to give answers to these questions in the framework of this paper, which will analyze whether a derogation is necessary or not when implementing the mentioned restrictive measures. What are its consequences both for the states that have used the derogative clause, but also for the citizens themselves.

Keywords: human rights restrictions, ECHR derogation, states, citizens

Dr. sc. Ivana Grubešić, docentica
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici
Dr. sc. Enis Omerović, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

MEĐUNARODNE I EVROPSKE PERSPEKTIVE PRAVA NA SOCIJALNU ZAŠTITU IZBJEGLICA KAO LJUDSKOG PRAVA

Sažetak: Pravo na socijalnu zaštitu jedno je od osnovnih ljudskih prava, u okviru kojeg se kao minimalni standardi pretpostavljaju pravo na zdravstvenu pomoć, socijalnu sigurnost, obezbjeđenje stanovanja. Obzirom da se radi o socijalnom minimumu koji bi trebali uživati svi ljudi bez diskriminacije po bilo kom osnovu, izazov za evropske države koje se susreću s velikim prilivom izbjeglica u posljednjih nekoliko godina je prevashodno priznavanje njihovog statusa, kao kategorije ljudi koja uživa specifičnu međunarodnopravnu zaštitu, a na osnovu kojeg bi izbjeglice, tražitelji azila i azilanti uživali određene socijalne prestacije garantovane aktima Vijeća Evrope (Revidiranom Evropskom socijalnom poveljom iz 1996. i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950.), kao i direktivama Evropske unije (tzv. „Kvalifikacijskom Direktivom“ iz 2011. i „Direktivom o uslovima prihvata“ iz 2013.). Stoga će istraživanje ukazati na najznačajnije probleme i izazove u definisanju statusa izbjeglica, tražitelja azila i azilanata u kontekstu međunarodnog prava (prvenstveno kroz prizmu Konvencije Ujedinjenih nacija o statusu izbjeglica iz 1951., i Dodatnog protokola uz Konvenciju iz 1967.) i evropskog sistema ljudskih prava u aktima Vijeća Evrope i Evropske unije, te minimalne socijalne prestacije koje uživa ova ranjiva grupa u društvu, a u svrhu obezbjeđenja minimalnog životnog standarda dostojnog čovjeka.

KLjučne riječi: zdravstvena zaštita, socijalna sigurnost, izbjeglice, tražitelji azila, azilanti, Revidirana Evropska socijalna povelja, Konvencija o statusu izbjeglica.

1. Uvodna određenja

U radu polazimo od predstavljanja međunarodnopravnog sistema zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilanata, koji je ustanovljen u XX. stoljeću, poglavito unutar Organizacije Ujedinjenih nacija (UN). Taj sistem će se u drugom desetljeću XXI. stoljeća, putem političkih akata, rezolucija Opće skupštine UN i globalnih, pravnoneobavezujućih sporazama nadograditi kroz holistički, cjeloviti i sveobuhvatni sistem globalne zaštite izbjeglica i drugih migranata. U drugome dijelu rada obrađujemo sistem zaštite odnosnih kategorija ljudi unutar Vijeća Evrope, poglavito se referirajući na akte, ali i na praksu Evropskog suda za

ljudska prava u Strasbourgu (ESLJP). U posljednjem, trećem dijelu, raspravljamo o aktima Evropske unije (EU) za svrhe glavnog predmeta našeg istraživanja.

Problematika priznavanja statusa izbjeglice i tražitelja azila uzročno-posljedično je vezana za priznavanje odgovarajućih prava iz oblasti socijalne zaštite a u svrhu obezbjeđenja određenog minimalnog standarda kvalitete života u državi u kojoj lice boravi. Naime, već Povelja UN u članu 1(3) predviđa zabranu diskriminacije prema kojem je jedan od ciljeva ove univerzalne međunarodne organizacije *„ostvarivanje međunarodne saradnje rješavanjem međunarodnih problema ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode te razvijanjem i poticanjem poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve bez razlike s obzirom na rasu, spol, jezik ili vjeroispovijest.“* Opća deklaracija o ljudskim pravima UN-a jednako tako zabranjuje diskriminaciju po bilo kom osnovu iz člana 2 a u pogledu svih prava koja se predviđaju Deklaracijom¹, uključujući i član 14 kojim se predviđa pravo na utočište u drugoj državi. U ovom pogledu postavlja se pitanje u kojoj mjeri su države koje priznaju status izbjeglice ili azilanta određenoj osobi, dužne obezbijediti određene socijalne prestacije, obzirom da član 22 Deklaracije navodi da *„svako kao član društva ima pravo na socijalnu sigurnost i ovlašten je, putem državnih napora i međunarodne suradnje te u skladu s organizacijom i mogućnostima svake pojedine države, na ostvarenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava neophodnih za njegovo dostojanstvo i slobodan razvoj njegove osobnosti“*. Sam član daje mogućnost državama potpisnicama da ograniče socijalna davanja u skladu sa svojim mogućnostima i organizacijom. Detaljniji prikaz obaveza država daje član 25 a kojim se određuje koji su elementi značajni za ocjenu odgovarajućeg životnog standarda koji odgovara zdravlju i dobrobiti svake osobe i članova njihove porodice.² Obzirom na ovako široko postavljene obaveze država potpisnica u pogledu socijalnih davanja koja se trebaju osigurati svim licima bez diskriminacije u pogledu njihovih statusa prema Deklaraciji, istraživanje će u nastavku biti fokusirano na tri aspekta – minimalne standarde socijalnih davanja prema međunarodnim instrumentima za zaštitu izbjeglica i tražilaca azila, prema aktima Vijeća Evrope, i prema zakonodavstvu EU, a u kontekstu i priznavanja statusa izbjeglice i tražioca azila. U tom pogledu istraživanje će se ograničiti na socijalna davanja koja se ne temelje na uplatama doprinosa, i na lica koja nisu integrisana u tržište rada (radnici migranti).

1 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III)) (UDHR), član 2: “Svakome pripadaju sva prava i slobode utvrđene u ovoj Deklaraciji bez razlike bilo koje vrste, kao što je rasa, boja kože, spol, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, imovina, rođenje ili drugi status.

Nadalje, ne smije se praviti nikakva razlika na osnovu političkog, pravnog ili međunarodnog statusa zemlje ili područja kojemu neka osoba pripada, bilo da je to područje neovisno, pod starateljstvom, ne-samoupravno, ili mu je na neki drugi način ograničen suverenitet.”

2 U ovom pogledu životni standard se odnosi na obezbjeđenje prehrane, odjeće, stanovanja, liječničke njege i potrebne socijalne usluge, kao i pravo na sigurnost u slučaju nezaposlenosti, bolesti, nesposobnosti, udovištva, starosti ili nekog drugog nedostatka sredstava za život u uvjetima koji su izvan njegove kontrole.

U radu polazimo od opće hipoteze da je sistem zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilanata, uz sve poteškoće i nedostatke u praksi, najorganiziraniji i da se najefikasnije ostvaruje u EU, temeljem razvijenog Zajedničkoga evropskog sistema azila (CEAS) uz priznavanje osnovnog međunarodnog pravnog okvira. U dolasku do određenih znanstvenih spoznaja, u istraživanju se koristimo pravnodogmatskom metodom, analizom sudske prakse, odnosno metodama analize i sinteze, ali i elementima induktivne i deduktivne metode.

2. Međunarodnopravni okvir zaštite izbjeglica

Kako u svijetu ne bi dolazilo do pojave izbjeglica, tražitelja azila i azilanata, najbolje rješenje nudi prevencija nastanka ovih kategorija osoba, a ona se najbolje ostvaruje putem poštivanja individualnih i kolektivnih ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i putem „jačanja zajedničkih međunarodnih aktivnosti na rješavanju uzroka“ koji dovode do njihova priliva, s ciljem sprječavanja novih prisilnih migracija i olakšavanja dobrovoljne repatrijacije izbjeglica.³ No, međunarodna zajednica je daleko od uvjeta prevencije.

Stoga ćemo u nastavku prikazati nekoliko ključnih međunarodnopravnih odredaba za svrhe predmeta ovog rada. Tu je najprije član 14 Opće deklaracije o ljudskim pravima koji se odnosi na pravo svake osobe da traži i da na teritoriji druge države uživa utočište od progona. Slijedom ove postavke, svaka osoba ima pravo tražiti azil, no ne i pravo da joj se uvijek od države dozvoli utočište na njezinom području. Dakle, pravu osobe ne korespondira odnosna međunarodna obaveza države. Generalno je prihvaćeno da utočište u drugoj državi ne mogu tražiti počinitelji krivičnih djela, međunarodnih zločina, odnosno akata koji su u suprotnosti s ciljevima i načelima UN.⁴ Prema članu 7 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966.⁵ nijedna osoba ne može biti izložena mučenju ili okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju. Jednako tako, prema članu 3 Konvencije protiv mučenja iz 1984.⁶ nijedna Strana ugovornica neće izgnati, vratiti ili izručiti osobu drugoj državi ukoliko postoje utemeljeni osnovi za vjerovanje da će ona biti u opasnosti da bude izložena mučenju.⁷ Amendirana je samo jedanput, i to u obliku novog međunarodnog

3 Tako, Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 56 (XL) o trajnim rješenjima i zaštiti izbjeglica, 13.10.1989., posebno tačke (b)(i) i (b)(ii).

4 Prema članu 14 (2) Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948.

5 United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171 i vol. 1057, p. 407.

6 United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85.

7 S ovim u vezi v. odluke iz vodećih predmeta koji su se našli pred Odborom protiv mučenja, a tiču se načela nevraćanja ili neprotjerivanja kao što je reflektirano u članu 3. Konvencije protiv mučenja. Radi se o predmetima *Mutombo v Switzerland* (1994), *Khan v Canada* (1994), *Ismail Alan v Switzerland* (1996).

ugovora, odnosno Protokola, koji je uklonio geografska i vremenska ograničenja glede konvencijske definicije izbjeglice.⁸

Čini se da je upravo na temeljima člana 14 Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. i usvojena Konvencija UN o statusu izbjeglica koja danas predstavlja glavni međunarodni instrument zaštite ove kategorije osoba i najsveobuhvatniju kodifikaciju njihovih prava na međunarodnoj razini.

Prema kontekstu odredaba iz Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951.⁹, odnosno Protokola o statusu izbjeglica iz 1967.¹⁰ izvodi se da je „izbjeglica je svaka osoba koja se zbog utemeljenog straha od progona zbog svoje rase, vjeroispovijesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj društvenoj skupini ili zbog političkoga mišljenja nađe izvan zemlje čije ima državljanstvo i koja ne želi, ili zbog straha, neće tražiti zaštitu te države.“¹¹ Iz predmetnog određenja izbjeglice razumijemo nekoliko sastavnih elemenata. Ponajprije se radi o utemeljenom strahu, dakle o ne bilo kakvoj kvaliteti i intenzitetu straha. Osoba se mora naći izvan granica svoje države, stoga osobe koje se nalaze unutar granica države svog državljanstva ne smatraju se izbjeglicama po međunarodnopravnom uređenju, već raseljenim osobama. Tu bi distinkciju uvijek valjalo praviti. Osoba u stranoj državi ne želi imati diplomatsku zaštitu svoje države, budući da ju ta osoba smatra „neprijateljskom“ u smislu povrede njezinih ljudskih prava i sloboda.¹²

Jedna od prevladavajućih međunarodnih obaveza po sve stranke Konvencije i njezina Protokola jeste zabrana protjerivanja i vraćanja izbjeglica (fr. *non-refoulement*), koja se sastoji od toga da države ne bi trebale vratiti izbjeglice u državu u kojoj se suočavaju s ozbiljnim prijetnjama svom životu ili slobodi.¹³ Danas je ovo načelo međunarodnog prava, ima snagu općega običajnog pravnog pravila, ali i *jus cogens*-a¹⁴. To znači da se pomenuta zabrana odnosi na sve države, neovisno jesu li ratificirale ili pristupile Konvenciji i Protokolu. Zapravo, osnovna

8 Član I. Protokola.

9 Usvojena u Ženevi, 28. jula 1951., stupila na snagu 22. aprila 1954. United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 137.

10 Usvojen 31. januara 1967., stupio na snagu 4. oktobra iste godine. United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p. 267.

11 Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011, str. 478. V. član 1A(2) Konvencije iz 1951., kao i odredbe Protokola.

12 Spadaju li u ovakvo pojmovno određenje i „ekološke“ izbjeglice (eng. *environmental refugees*) u savremenim uvjetima? Više u: Mathias G. Sahinkuye, „A Theoretical Framework for the Protection of Environmental Refugees in International Law“, 6 *Transnational Human Rights Review* 1, 2019, str. 1-25. Usp. Moussaoud Chrisna Constalain, Dagadu Palmer Prince, „Reconsider Refugees Status in the Eyes of International Law“, 63 *Journal of Law, Policy and Globalization* 156, 2017, str. 156-164.

13 Prema članu 33. Konvencije iz 1951.

14 Karen Parker, „Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights“, 12 *Hastings International & Comparative Law Review* 411, 1989, str. 435-436. Izvršni odbor UNHCR-a „primio je na znanje da je fundamentalno humanitarno načelo *non-refoulement* našlo svoj izraz u raznim međunarodnim instrumentima usvojenim na univerzalnom i regionalnom nivou, te da su ga države generalno prihvatile.“ (Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 6 (XXVIII) o *non-refoulement*, 12.10.1977).

zadaća međunarodnog pravnog okvira zaštite izbjeglica i tražitelja azila leži u nediskriminaciji, nekažnjavanju i neprotjerivanju (nevraćanju) ovih kategorija osoba.

Prije no što načinimo prikaz međunarodnog statusa tražitelja azila, odnosno azilanta, objasnimo ukratko koja je to suštinska razlika između izbjeglice i migranta. Migranti mogu napustiti državu svoga državljanstva iz mnogo razloga koji se ne vezuju za progon, poglavito iz razloga zaposlenja¹⁵, spajanja porodice ili studiranja. Kada su izvan granica svoje države, stranci su u drugoj državi u kojoj uživaju zaštitu svoje vlade. Stoga, iz opće perspektive, izbjeglica je uvijek migrant, ali migrant nije uvijek izbjeglica ili tražitelj azila.

Država temeljem svoga teritorijalnog suvereniteta na svom području ili u svom diplomatsko-konzularnom predstavništvu u državi prijema, ovisno radi li se o teritorijalnom¹⁶ ili diplomatskom azilu¹⁷, po svojoj diskrecijskoj ovlasti pruža zaštitu osobama koje se iz političkoga progona, sustavnog nejednakog tretmana ili nasilja, tj. teškog kršenja njegova ljudskog prava ili slobode¹⁸, ne žele vratiti u državu svog državljanstva. To nije samo zaštita od izručenja, već zaštita mnogo šireg opsega. Deklaracija Opće skupštine UN o teritorijalnom azilu iz 1967., koja predstavlja neobavezujući pravni akt, proklamira da je azil „miran i humanitaran čin i da se kao takav ne može smatrati neprijateljskim od bilo koje države.“¹⁹ Dakle, u esenciji ovoga međunarodnog instituta zaštite osoba leži humanitarna svrha i humanitarni razlozi. Kada se ima u vidu međunarodni okvir, valjalo bi ustvrditi da ne postoji mnogostrani međunarodni ugovor o zaštiti tražitelja azila i azilantima, već ćemo se u svojim određenjima uglavnom referirati na Konvenciju iz 1951. No, ni ovaj međunarodni ugovor ne sadrži posebne odredbe o tražiteljima azila, azilantima i postupanju prema njima. Ostali ugovori iz domena međunarodnog prava zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda se imaju primijeniti u ovakvim situacijama budući da se minimum ljudskih prava primjenjuje bez ograničenja i diskriminacije prema svima u svim situacijama. U ovome smislu, države i imaju međunarodnu obavezu da na području svoje jurisdikcije omoguće nesmetano uživanje i poštivanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, ne samo

15 Usp. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica. Usvajena Rezolucijom Opće skupštine 45/158 od 18. decembra 1990. Stupila na snagu 1. jula 2003. United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 3.

16 Institut je općeg međunarodnog prava i traži se unutar granica države od koje se zahtijeva azil.

17 Institut je partikularnog međunarodnog prava (država Latinske Amerike) i traži se u diplomatskoj misiji države slanja u državi prijema. Usp. Konvenciju iz Caracasa o diplomatskom azilu iz 1954., kao i presudu u predmetu Međunarodnog suda u Den Haagu, *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.*

18 Više o uzrocima azila, v. u: Mahmoud Abdelrahim Suliman Alshreif, „The Causes for Asylum, the Rights and Obligations of Refugees in International Law“, 52 *Journal of Law, Policy and Globalization* 126, 2016, str. 126-132.

19 Preambula Deklaracije.

svojim državljanima, već i strancima koji borave ili prolaze njezinim područjem, kao i apatridima.²⁰

U pogledu izazova s kojima se države danas susreću, tu su finansijski izdaci, ali i pojava lažnih tražitelja azila²¹. Jednako tako, jedan od velikih izazova današnjice je postići međunarodnu solidarnost i imati pravičnu raspodjelu (eng. *burden-sharing*) izbjeglica i tražitelja azila među državama, budući da postoje države slabije ekonomske moći s velikim i masovnim prilivom (eng. *mass influx*)²² (uglavnom jer se nalaze na tranzitnoj ruti odnosno interesantnog su geografskog položaja).²³ Tu je i povreda humanitarnih obaveza većine obalnih država da ne dozvole plovilima u stanju nužde pristup svojim vodama i da osobama koja se nalazi na tim plovilima pruže tražemo utočište ili, bar, privremeno sklonište.²⁴ Jednako tako, veliki je broj izbjeglica i tražitelja azila diljem svijeta koje države protupravno pritvaraju iz razloga njihovog ilegalnog prelaska državne granice i ulaska i boravka u državi u kojoj su podnijeli zahtjev za dobivanje azila za vrijeme trajanja postupka po njihovu zahtjevu.²⁵ Postoje situacije kada se tražitelji azila suočavaju s državama koje ne žele pružiti privremeno ili trajno utočište²⁶, preko država koje vrlo restriktivno tumače odredbe o azilu²⁷, do onih koje ponekada vraćaju osobe sa svojih državnih granica na područja na kojima takve osobe imaju razloge da posjeduju utemeljeni strah od progona.²⁸

20 Odnosna je obaveza strana ugovornica međunarodnog instrumentarija u oblasti ljudskih prava i temeljnih sloboda postala izrazom općeg običajnog međunarodnog prava.

21 Radi se o osobama koje tvrde da bježe pred progonom ili nasiljem, ali bi u stvarnosti željele emigrirati zbog ekonomskih i drugih povezanih razloga u razvijene zemlje, poglavito u države Zapadne i Sjeverne Evrope, Sjedinjene Američke Države, Kanadu, Australiju, Novi Zeland.

22 V. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 22 (XXXII) o zaštiti tražitelja azila u situacijama masovnog priliva, 21.10.1981.

23 UNHCR, Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems, 4 September 2001, EC/GC/01/17.

24 Primjera radi, v. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 15 (XXX) o izbjeglicama bez zemlje azila, 16.10.1979.

25 UNHCR, Detention of Refugees and Asylum-Seekers, 13 October 1986. No. 44 (XXXVII) - 1986. Executive Committee 37th session.

26 Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 5 (XXVIII) o azilu, 12.10.1977.

27 Usp. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 82 (XLVIII) o zaštiti azila, 17.10.1997.

28 V. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 57 (XL) o provedbi Konvencije iz 1951. i Protokola iz 1967. o statusu izbjeglica, 13.10.1989. Za recentne podatke i pokazatelje, v. UNHCR, *Global Report 2019*. Dost. na: <https://www.unhcr.org/globalreport2019/> (23.11.2020); UNHCR, *Global trends: Forced displacement in 2018*. Dost. na: <https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf> (23.11.2020). Usp. s Izvještajem za 2019: UNHCR, *Global trends: Forced displacement in 2019*. Dost. na: <https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf> (23.11.2020). U ovome kontekstu jedan cjeloviti pristup ovom pitanju na međunarodnoj razini imali smo priliku primijetiti 19. septembra 2016., kada je Opća skupština UN Rezolucijom 71/1 usvojila Njujoršku deklaraciju za izbjeglice i migrante. Radi se o političkom dokumentu u kojem države članice UN naglašavaju potrebu daljnjeg razvoja međunarodnopravnog sistema zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilanata, kroz

Kompleksan međunarodni okvir u pogledu statusa izbjeglica, tražitelja azila i azilanata ukazuje na nužnost razmatranja više relevantnih međunarodnih instrumenata u cilju prikaza cjelovite slike po pitanju garancija prava na socijalnu zaštitu.

Kao prvi korak potrebno je razmotriti takoreći osnovni međunarodni instrument u uređenju statusa izbjeglica, UN Konvenciju o statusu izbjeglica iz 1951. U četvrtom poglavlju Konvencije, pod naslovom „Socijalna zaštita“ razmatra se više beneficija socijalnog predznaka²⁹, međutim, značajno je naglasiti da su države prilikom pripreme Konvencije bile svjesne činjenice da su pojedine socijalne beneficije financirane direktno iz javnih fondova, dok se druge temelje na uplati doprinosa a što je u uskoj vezi sa radnopravnim statusom. Druga dimenzija od značaja za određenje stepena garancije određene socijalne beneficije leži u uporednom faktoru, u smislu da li se garantuje ravnopravan položaj sa domaćim državljanima ili sa stranim osobama koji nemaju status izbjeglice (npr. radnici migranti). Treći aspekt značajan za određenje personalnog obima primjene temelji se na tome da li se socijalna beneficija garantuje svim osobama sa izbjegličkim statusom (uključujući i nelegalne izbjeglice) ili isključivo one čiji je izbjeglički status pravno priznat.

Tako se pod pravom na ograničeno snabdijevanje podrazumijeva obezbjeđenje potrošnih dobara (poput hrane, higijenskih potrepština) u svakodnevnoj upotrebi, ali ne i robe koja ima komercijalnu i industrijsku korist³⁰, pod uslovom da se ista uobičajeno obezbjeđuje cjelokupnom stanovništvu (član

jači instrumentarij i jače mehanizme zaštite i međusobne saradnje na globalnoj razini. Deklaracija predstavlja opredijeljenost država u pogledu izbjeglica i opredijeljenost država u pogledu ostalih migranata, ali i zajedničku opredijeljenost prema objema velikim kategorijama osoba. Dodatkom I Rezoluciji (Deklaraciji) uspostavlja se mehanizam Sveobuhvatnoga okvira odgovora na izbjeglice (eng. *Comprehensive refugee response framework*) kroz globalni sporazum o izbjeglicama. Dodatak II Deklaraciji predstavlja uspostavljanje globalnog sporazuma za sigurnu, urednu i regularnu migraciju, koji je usvojen na međunarodnoj diplomatskoj konferenciji u Kraljevini Maroku, 10. i 11. decembra 2018., a koji je prethodno finaliziran od država članica UN jula 2018. Predstavlja ovaj dokument doslovno listu od 23 cilja koji se nastoje postići kroz zajedničko djelovanje svih međunarodnih učesnika, a temelje se na osnovama suvereniteta država, podijeljene odgovornosti, nediskriminacije i poštivanja ljudskih prava. Sistem koji na svojevrsan način nadograđuje već postojeći međunarodni okvir zaštite izbjeglica, to čini, takav se dojam stječe, preko političkih deklaracija i kroz kompakte ili sporazume (eng. *compact*) koji nisu pravno obavezujući. Zašto je potrebno putem *soft law-a* graditi rigidniji sistem globalne zaštite i efikasnijeg međunarodnoga odgovora na odnosna, vanredna kretanja ljudi? Za šire v. <https://refugeesmigrants.un.org/> (24.11.2020); <https://www.unhcr.org/new-york-declaration-for-refugees-and-migrants.html#compactonrefugees> (24.11.2020); <https://globalcompactrefugees.org/article/global-compact-refugees> (24.11.2020).

29 Tako se pod pojmom “Socijalna zaštita” u širem kontekstu razmatraju pravo na ograničeno snabdijevanje (član 20), pravo na stanovanje (član 21), pravo na opće obrazovanje (član 22), pravo na javne olakšice (član 23), radno zakonodavstvo i socijalno osiguranje (član 24).

30 *The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr Paul Weis*, dost. na: <https://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html> (10.11.2020.), str. 115.

20 Konvencije). U ovom pogledu, pravo nije ograničeno samo na izbjeglice sa legalnim statusom, nego na sve osobe, te se ne predviđaju posebni uslovi za pristup pravu, nego imaju bezuslovan pristup jednako kao i domaći državljani.³¹ S druge strane, prilikom određenja uslova za pristup pravu na stanovanje, isključivo izbjeglice sa legalnim boravištem su izjednačene po pitanju uslova za pristup ovom pravu sa drugim stranim osobama, ali ne i domaćim državljanima (član 21). Time se obezbjeđuje standard koji sadržava tzv. negativnu obavezu države – zabranu diskriminacije izbjeglica³², ali pod uslovom da je priznat status legalnog izbjeglice. Svrha navedenog člana nije obezbjeđenje besplatnog stanovanja, nego „*pitanje kontrole nad izdavanjem stambenog prostora, dodjele stanova, i pitanje učešća u programima finansiranja smještaja*“, a kojima se olakšava integracija izbjeglica u društvo.³³

Ograničenje socijalnih prestacija samo na izbjeglice sa legalnim statusom predviđeno je i po pitanju javne socijalne pomoći. Pojam javne socijalne pomoći nije dat članom 23 prije svega zbog činjenice da države potpisnice predviđaju različite sisteme javne socijalne pomoći koja služi kao dopuna postojećim shemama socijalnog osiguranja i zaštite, te se ista treba tumačiti široko, u smislu da uključuje ali ne ograničava se na bolnički tretman, pomoći za hitne slučajeve, pomoć za slijepe i slabovidne osobe, ali i pomoći nezaposlenima, ukoliko se ista ne temelji na uplati doprinosa.³⁴ Po pitanju ovog prava, izbjeglice su izjednačene sa domaćim državljanima. Pitanje radnog zakonodavstva i socijalne sigurnosti ograničeno je na izbjeglice sa legalnim statusom i po ovim osnovama izjednačene su sa domaćim državljanima. Naime prava iz oblasti „socijalne sigurnosti“ navedena u članu 24 temelje se na uplatama doprinosa, te se pristupom osoba sa izbjegličkim statusom na tržište rada isti izjednačavaju u pogledu pristupa shemama socijalnih osiguranja. Izuzetak je predviđen u slučaju da postoji bilateralni sporazum o socijalnim osiguranjima između države boravka i države podrijetla, kada se isti primjenjuje sa svojim specifičnostima na izbjeglice, ili ukoliko se radi o socijalnim davanjima iz javnih fondova umjesto penzije, kada je osnovano isključiti kategorije izbjeglica.³⁵

Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima³⁶, usvojenim 1966., ne predviđaju se prava specifična za osobe sa statusom izbjeglica, već se ista garantuju svim licima koja borave na tlu države koja je potpisnica Pakta. Tako se članom 9 predviđa pravo na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje svih osoba potrebno za održanje „*općeg ljudskog dostojanstva*

31 *Ibid.*, str. 115.

32 Rosa da Costa, *Prava izbjeglica u kontekstu integracije: pravni standardi i preporuke*, UNHCR, POLAS/2006/02, str. 86.

33 *The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr Paul Weis*, str. 117.

34 *Ibid.*, str. 125.

35 Rosa da Costa, *op.cit.*, str. 145.

36 UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3.

u situaciji kada su onemogućena da ostvaruju druga Paktom zagarantovana prava.“³⁷ U ovom pogledu ističe se obaveza država potpisnica da garantuju pravo na socijalnu sigurnost bez ikakve diskriminacije (član 2(2) Pakta), a da bi se isto postiglo, potrebno je posvetiti posebnu pažnju ranjivim grupama u društvu, od kojih se navode izbjeglice, tražitelji azila i raseljena lica.³⁸ Ipak, ističe se da, u pogledu socijalnih beneficija koje se ne temelje na prethodnoj uplati doprinosa, a odnose se na porodične i druge socijalne otpore, mogu biti uslovljene razumnim periodom trajanja boravišta na tlu te države, osim kada je u pitanju primarna i hitna medicinska pomoć, kada se ne smiju postavljati nikakvi prethodni uslovi.³⁹

Od značaja za obezbjeđenje socijalnih beneficija nužno je navesti i član 11, kojim se garantuje „adekvatan životni standard za svakog čovjeka i njegovu porodicu, ubrajajući tu i dovoljnu hranu, odjeću i smještaj, kao i stalno poboljšanje njegovih uvjeta života“. Ovaj član po svojoj sadržini je daleko obuhvatniji u odnosu na članove 20 ili 21 Konvencije iz 1951., obzirom da se ova odredba Pakta nužno mora tumačiti uzevši različite elemente koji čine životni standard. Detaljnije tumačenje člana 11 u kontekstu prava na stanovanje nalazimo u Općem Komentaru br. 4. kojim se ističe da se isto ne smije restriktivno tumačiti na način da se odnosi samo na prostor ili skrovište, nego na odgovarajuće mjesto za stanovanje gdje će osoba uživati sigurnost, mir i dostojanstvo.⁴⁰ Navedenim članom se predviđa i obaveza države za obezbjeđenjem osnovnih životnih resursa svim osobama (hrana, odjeća, drugi resursi) a koji u konkretnom smislu podrazumijevaju i različite vidove socijalne pomoći. U kontekstu obezbjeđenja zdravstvene zaštite, članom 12 Pakta se predviđa garancija najvišeg standarda fizičkog i mentalnog zdravlja. Kako se ističe u Općem Komentaru br. 12, ovaj član se ne odnosi isključivo na zdravstvenu njegu svake osobe, nego se mora posmatrati daleko šire, jer inkorporira „niz socio-ekonomskih faktora koji proviše uslove koji obezbjeđuju zdrav život...poput hrane, stanovanja, pristupa sigurnoj i pitkoj vodi i odgovarajućem zdravstvu, sigurnim i zdravim uslovima života i zdravom okruženju“.⁴¹ Navedene četiri vrste mjera u članu 12(2) Pakta

37 General Comment No. 191 - The right to social security (art. 9), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Thirty-ninth session, 5-23 November 2007, E/C.12/GC/19, 4 February 2008, str. 2.

38 *Ibid.*, str. 10.

39 *Ibid.*, str. 12.

40 Detaljnije v. u: *General Comment No. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant)*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Sixth Session (1991), E/1992/23, str. 2. Komentarom se navode i određeni elementi pojma „odgovarajući smještaj“ u svrhu određena istog: pravna sigurnost stanovanja, postojanje usluga, materijala, objekata i infrastrukture, finansijska dostupnost, uslovnost stana za stanovanje, fizička pristupačnost, lokacija (odgovarajuća u svrhu obrazovanja, zapošljavanja i sl.), adekvatnost u kulturološkom smislu (*ibid.*, str. 5-6).

41 General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Twenty-second session, Geneva, 25 April-12 May 2000, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, str. 2. Komentar predviđa i osnovne elemente u pogledu pbezbjeđenja prava na zdravlje poput dostupnosti resursa, pristupačnosti (svima bez diskriminacije), prihvatljivosti (po pitanju medicinske etike i kulturološke prihvatljivosti), kvaliteta (*ibid.*, str. 4-5).

su generički primjeri mjera koje će olakšati definisanje mjera od strane država u okviru obezbjeđenja prava na zdravlje, te ne predstavljaju zatvorenu listu mjera kojima se iscrpljuju obaveze država u kontekstu ovog prava.⁴²

Nužno je pomenuti i međunarodne instrumente kojima se obezbjeđuju minimalni standardi zaštite posebno ugroženih grupa u društvu – djece i žena. Tako se Konvencijom o ukidanju svih oblika diskriminacije nad ženama iz 1979.⁴³ predviđa pravo na jednaku zdravstvenu zaštitu u smislu obezbjeđenja usluga zdravstva kao i muškarcima, a posebno se ističe obezbjeđenje besplatnih zdravstvenih usluga za vrijeme trudnoće, poroda i njege djeteta (član 12), dok se u kontekstu člana 14 i zabrane diskriminacije žena iz ruralnih područja, vrši osvrt i na obezbjeđenje odgovarajućeg smještaja (član 14). Značajno je napomenuti da navedene garancije u pogledu ravnopravnog pristupa i korištenja prava se odnose na sve žene bez obzira na njihov status, te uključuju i žene sa statusom izbjeglica i tražiteljki azila.⁴⁴ Jednak pristup zauzima se i u Konvenciji o pravima djeteta⁴⁵, kojom se garantuju, prema članu 6(2) Konvencije, da će „države stranke u najvećoj mogućoj mjeri osigurati opstanak i razvoj djeteta“, a u vezi sa članom 24, kojim se predviđa obaveza države da obezbijedi najveću moguću razinu zdravlja djeteta, članom 27., kojim se obavezuju države za obezbjeđenjem „životnog standarda primjerenog njegovom tjelesnom, duševnom, duhovnom, moralnom i društvenom razvoju“, i članom 26, a kojim se garantuje pravo na socijalnu sigurnost djeteta. Obzirom da se Konvencija primjenjuje na svu djecu bez diskriminacije, ista se po pitanju obezbjeđenja standarda odnosi i na djecu sa statusom izbjeglica.

Relevantne međunarodne standarde u pogledu zaštite lica sa statusom izbjeglica, tražitelja azila i azilanata nalazimo i u Konvenciji MOR-a br. 118 o jednakosti tretmana u pitanjima socijalne sigurnosti, a kojom se u članu 10 predviđa obaveza primjene iste bez obaveze reciprociteta kako na domaće državljane tako i na izbjeglice. Konvencijom se međutim ističe da se ne odnosi na sisteme javne socijalne pomoći (član 10.(2)), te se njena primjena po pitanju socijalnih beneficija koje se ne temelje na prethodnom periodu uplate doprinosa a koje se garantuju i izbjeglicama, značajno ograničava.

3. Status i socijalne beneficije izbjeglica u aktima i praksi Vijeća Evrope

Na razini regionalne međunarodne organizacije Vijeća Evrope, zabranu mučenja ili nehumanog ili ponižavajućeg postupka ili kažnjavanja predviđa i član

42 Opći komentar br. 14, str. 5.

43 UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 13.

44 Rosa da Costa, *op.cit.*, str. 89.

45 UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 3.

346 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP) iz 1950.⁴⁷ Razložno je odrediti da se u odnosnom članu Konvencije reflektira načelo *non-refoulement*. Jednako tako treba navesti da Evropska konvencija o ljudskim pravima, zajedno sa svojim protokolima, ne predviđa posebne odredbe s posebnom zaštitom izbjeglica, tražitelja azila i azilanata.

U pogledu teritorijalne primjene ove Konvencije, u članu 1 (obaveza poštivanja ljudskih prava) stoji da će „*Visoke strane ugovornice osigurati svima unutar svoje nadležnosti prava i slobode definirane u Odjeljku I ove Konvencije.*“ Ova odredba se valja razumjeti da je država dužna osigurati uživanje i poštivanje ljudskih prava i sloboda ne samo svojim državljanima, već i strancima i osobama bez državljanstva koje borave ili su u tranzitu kroz njihovu teritoriju.

Današnji rad i djelovanje Vijeća Evrope u pogledu regionalne zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilanata, karakterističan je po Posebnom predstavniku Generalnog sekretara za migracije i izbjeglice.⁴⁸ Ova je funkcija ustanovljena kao posljedica izazova pred kojim su se našle države članice Vijeća Evrope 2011. kada je Republika Turska svjedočila dolasku prvih osoba koje su bježale od oružanoga sukoba u Siriji. Već je 2015. priliv dosegnuo svoj vrhunac u ostatku Evrope. Stoga će 2016. Generalni sekretar Vijeća Evrope imenovati i postaviti prvog Posebnog predstavnika za migracije i izbjeglice. Vrijedi istaknuti da je u svom dosadašnjem mandatu Posebni predstavnik identificirao zaštitu djece u ovome kontekstu kao posebno područje zabrinutosti koje zahtijeva temeljito i dobro organizirano djelovanje.⁴⁹

U pogledu prakse ESLJP izdvojićemo onu koja se tiče izručenja i lošega postupanja prema osobi.⁵⁰ Naime, loše postupanje (eng. *ill treatment*) je budući događaj koji je teško dokazati. Međutim, ESLJP ne zahtijeva sigurnost lošeg postupanja, već samo utemeljene osnove za vjerovanje da se osoba suočava sa stvarnim rizikom lošega postupanja.⁵¹ U predmetu *Soering v. The United Kingdom*,

46 Radi se o apsolutnoj zabrani. Derogacija ove odredbe nije dozvoljena.

47 Konvencija usvojena 04.11.1950. u Rimu, stupila na snagu 03.09.1953., ETS No.005. Jednako tako, v. Evropsku konvenciju o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1987., ETS No.126. Stupila na snagu 1989. Tekst Konvencije izmijenjen Protokolima Broj 1 (ETS No.151) i Broj 2 (ETS No.152), koji su stupili na snagu 01.03.2002.

48 V. Council of Europe, Ambassador Tomáš Boček, *First report on the activities of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees*, 1 February 2016 to 31 January 2018, Presented to the Secretary General and the Committee of Ministers, 2018.

49 Za recentne podatke i pokazatelje u vezi s položajem djece u ovome kontekstu, v. Council of Europe, Information Documents SG/Inf(2020)4 "*Refugee and migrant children in Europe*" – *Final report on the implementation of the Action Plan (2017-2019)*, 14 February 2020. V. i Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019), 2017.

50 Za širu sudsku praksu Suda u Strasbourgu u pogledu zaštite ljudskih prava tražitelja azila, v. Enis Omerović *et al.*, „Human Rights of Asylum Seekers in Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *Ročenka Uprchlického a Cizineckého Práva 2018*, Kancelář veřejného ochránce práv, Praha, 2019, str. 295-331.

51 European Court of Human Rights, *Soering v. The United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989, par. 88. V. i član 3 Konvencije protiv mučenja iz 1984.

ESLJP je našao da nije bilo čak ni izvjesno da bi aplikant mogao biti osuđen na smrt, ali je, ipak, Sud razmotrio ovu okolnost kao postojanje stvarnog rizika.⁵² Kako bi se zaključilo da postoji stvarni rizik povrede člana 3, pojedinac mora dokazati da je njegova osobna pozicija lošija od ostatka stanovništva. U predmetu *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, ESLJP primio je na znanje činjenicu da je UNHCR već započeo dobrovoljni program repatrijacije, ukazujući da se situacija u zemlji popravila u dovoljnoj mjeri da omogući velikome broju Tamila da se vrate kući, bez obzira na postojanje građanskih nemira. Primijećeno je da osobni položaj podnositelja zahtjeva nije bio ništa gori od položaja ostalih mladih muškaraca koji su se vraćali kući. Sama mogućnost zlostavljanja nije smatrana dovoljnom da prouzrokuje kršenje člana 3 EKLJP. Sud je stoga našao da će povratak na Šri Lanku bez osobnih iskaznica vjerovatno otežati putovanje, ali takvo što samo za sebe podnositelja zahtjeva ne izlaže većem riziku od zlostavljanja koji ulazi u opseg zaštite člana 3 EKLJP.⁵³ U predmetu *H.L.R. v France* ESLJP je morao utvrditi mogu li rizici koji proizlaze iz ponašanja nedržavnih aktera (eng. *non-state actors*) u zemlji odredišta utjecati na odgovornost države protjerivanja. Pozivajući se na apsolutnu prirodu zabrane mučenja, Sud je zaključio da činjenica da izvor rizika nije proizlazio iz kolumbijskih vlasti sama po sebi ne isključuje primjenu člana 3. Međutim, mora se pokazati da je rizik stvaran i da vlasti države prijema ne mogu izbjeći rizik pružanjem odgovarajuće zaštite. Iako je Sud prepoznao opće stanje nasilja u Kolumbiji te je na temelju brojnih izvora ostvario uvid u napetu atmosferu u zemlji, Sud se u konkretnom slučaju nije uvjerio da vlasti nisu u stanju pružiti podnositelju zahtjeva odgovarajuću zaštitu.⁵⁴ Procjena ESLJP o rizicima dovela je do zaključka da aplikant neće moći pronaći zaštitu u Somaliji. Slijedom toga, Sud je odbacio tvrdnju Austrije, kao tužene države, da bi mogao biti vraćen u Somaliju, bez obzira na rizike, jer je aplikanta smatrao prijetnjom javnom redu. Zapravo, tužena država nije osporila stav da je aplikant riskirao da bude podvrgnut postupanju suprotno članu 3 Konvencije ako se i sam želi vratiti. Čini se da je ovo tumačenje Suda u skladu s apsolutnom prirodom zabrane i obvezom države da zaštiti pojedince od izlaganja mučenju i zlostavljanju, posebno u kombinaciji s odsutnošću bilo koje javne vlasti koja bi mogla zaštititi pojedince. U ovome slučaju, obrazloženje Suda dotaklo se pitanja zabrane izlaganja pojedinaca mučenju i zlostavljanju u uslovima povratka u zemlju u kojoj je oružani sukob.

52 *Ibid.*, par. 98. i 99, 111. Radi se o jednoj od poznatijih odluka ESLJP koji je ustanovio da izručenje mladog njemačkog državljanina Sjedinjenim Američkim Državama gdje se suočava s optužbama za djela za koja se može izreći smrtna kazna predstavlja povredu člana 3 EKLJP.

53 European Court of Human Rights, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, Application Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30 October 1991.

54 European Court of Human Rights, *H.L.R. v France*, Application No. 24573/94, 29 April 1997. Usp. odluku u predmetu European Court of Human Rights, *T. I. v. The United Kingdom*, Application No. 43844/98, 7 March 2000, u kojoj je Sud bio na stanovištu da je jasno prepoznato da protjerivanje u zemlju u kojoj postoji rizik od zlostavljanja od strane nedržavnih agenata predstavlja kršenje EKLJP.

Čini se da to samo po sebi implicira da se pojedinci suočavaju s rizicima bez da ih se osobno cilja.⁵⁵

Obzirom da EKLJP nije akt kojim se prevashodno obezbjeđuju ekonomsko-socijalna prava građana država potpisnica (tu ulogu ima Evropska socijalna povelja (revidirana)), tim je skoro pa u potpunosti onemogućeno govoriti o socijalnim beneficijama garantovanim licima koja imaju status izbjeglica. Samom Konvencijom nisu predviđena prava iz oblasti socijalne sigurnosti, ali član 1 Protokola 1 (pravo na imovinu) odnosi se i na socijalna prava koja se temelje na uplati socijalnih doprinosa, kako je tumačeno kroz sudsku praksu ESLJP (*Müller v. Austria*⁵⁶, *Van Raalte v. the Netherlands*⁵⁷ te *Gaygusuz v. Austria*⁵⁸).⁵⁹ Stoga, u ovom slučaju ne možemo govoriti o garancijama socijalnih beneficija obuhvaćenim sistemom socijalne zaštite finansiranih isključivo od strane države a usmjerenih ka posebno ugroženim grupama poput izbjeglica. Ipak, o potencijalnoj primjeni odredbi EKLJP u svrhu obezbjeđenja, odnosno zaštite socijalnih beneficija usmjerenih ka licima sa statusom izbjeglica možemo govoriti u kontekstu tzv. efekta preljevanja (eng. *spillover effect*) primjene određenog člana Konvencije kojim se garantuju građanska prava, a koja imaju posljedice i na socijalni status lica. Ilustrativan primjer pruža primjena člana 3 EKLJP, a koji se odnosi na zabranu torture, neljudskog ili ponižavajućeg postupka ili kažnjavanja, u slučaju *M.S.S. v. Greese and Belgium*⁶⁰. Radi se o licu koje je, dok je čekalo rješenje svog zahtjeva za azilom pred nadležnim organima, živjelo na ulici, bez osnovnih sredstava za život dostojan čovjeka, a što se moglo prevazići bržim odgovorom nadležnih vlasti na zahtjev lica kao tražitelja azila.⁶¹ ESLJP je u ovom slučaju istakao obavezu države da izbjeglicama i tražiteljima azila obezbijede odgovarajuće standarde života a u skladu sa međunarodnim i EU standardima, referirajući također i na standarde uspostavljene Evropskom socijalnom poveljom. Drugi vid referiranja na socijalne standarde moguć je putem pozivanja na primjenu člana 14 EKLJP i Protokola 12 a koji se odnose na zabranu diskriminacije, odnosno, zabranu diskriminatornog

55 Prema odluci u predmetu European Court of Human Rights, *Ahmed v. Austria*, Application No. 71/1995/577/663, 17 December 1996.

56 European Court of Human Rights, *Müller v. Austria*, Application No. 12555/03, 14 March 2012.

57 European Court of Human Rights, *Van Raalte v. the Netherlands*, Application No. 20060/92, 21 February 1997.

58 European Court of Human Rights, *Gaygusuz v. Austria*, Application No. 17371/90, 16 September 1996.

59 Detaljnije v. u: Ana Gómez Heredero, *Social security as a human right*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007, str. 24.

60 European Court of Human Rights, *M.S.S. v. Greese and Belgium*, Application No. 30696/09, 21 January 2011.

61 Detaljnije v. u: Yannis Ktistakis, *Protecting migrants under the European Convention on human rights and the European Social Charter – a handbook for legal practitioners*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2013, str. 47.

tretmana u pogledu pristupa određenoj socijalnoj beneficiji koja se garantuje nacionalnim zakonodavstvom.⁶²

Iako je Evropska socijalna povelja (revidirana), usvojena 1961. godine⁶³ a revidirana 1996. godine (Revidirana Evropska socijalna povelja – u nastavku: RESP)⁶⁴, je prvi evropski pravni akt kojim se na sveobuhvatan način uređuju minimalni standardi iz oblasti socijalnih prava, ipak njena prvotna namjena nije bila i pružanje određenih socijalnih beneficija licima sa statusom izbjeglica, tražitelja azila i azilantata. Naime, njeno personalno područje primjene je ograničeno, odnosno, „*ne primjenjuje se a priori na sva lica koja su u nadležnosti država potpisnica*“⁶⁵. Osnovni razlog ovakvog pristupa je nastojanje država potpisnica Povelje da obezbijede minimalne socijalne standarde svojim državljanima i državljanima drugih država potpisnica koji zakonito borave na njenom teritoriju, izbjegavajući time trend „*socijalnog turizma*“.⁶⁶

Do proširenja personalnog područja primjene ESP i na lica sa statusom izbjeglica došlo je na dva načina: usvajanjem Dodatka na (R)ESP, i putem usvojenih tumačenja od strane Evropskog Komiteta za socijalna prava.⁶⁷ Dodatak na Povelju ukazuje na stav da se i dalje prvenstveno štite osobe koje imaju zakoniti status na teritoriji države potpisnice (zakoniti boravak ili redovan rad na tlu države potpisnice), ukoliko su državljani treće države.⁶⁸ Dodatna garancija koja se očekuje od strane država potpisnica je da će osobe sa zakonito priznatim statusom izbjeglice uživati najpogodniji mogući tretman, a u svakom slučaju ne lošiji od onog predviđenog obavezama koje je zemlja potpisnica preuzela u okviru navedene Konvencije o statusu izbjeglica iz 1951. godine.⁶⁹ U svojoj praksi Evropski Komitet za socijalna pitanja (u nastavku: EKSP) je ekstenzivno tumačio područje primjene određenih članova ESP-a, i to područje personalne

62 Potvrđeno u slučaju *Weller v. Hungary*, No. 44399/05, 31 March 2009., gdje je utvrđeno kršenje člana 14 (zabrana diskriminacije) a u vezi sa članom 8 Konvencije – pravom na poštovanje privatnog i porodičnog života.

63 Council of Europe, European Social Charter, Treaty No. 35., 18.10.1961.

64 Council of Europe, European Social Charter (revised), Treaty No. 163, 03.05.1996.

65 Marie-Françoise Valette (prevod: Alexandra Pomeon), “Protection and Promotion of Migrants’ Social Rights by the European Committee of Social Rights”, *Revue Européenne des migrations internationales* [Online], vol. 32 - n°3 et 4 | 2016, Online since 20 April 2019, connection on 13 October 2020. URL: <http://journals.openedition.org/remi/10420>; DOI: <https://doi.org/10.4000/remi.10420>, str. 3.

66 Claudio Panzera, “The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales · segundo semestre* 2014: 24, str. 55.

67 Polonca Končar, “The European Social Charter: protecting the social rights of persons of concern to UNHCR”, Round Table on the Social Rights of Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons: A Comparative Perspective, UNHCR and the Council of Europe’s Department of the European Social Charter, str. 7.

68 Tačka 1, European Social Charter (Revised), Appendix - Scope of the Revised European Social Charter in terms of persons protected, European Treaty Series, No. 163, 03.05.1996.

69 Tačka 2 Dodatka.

primjene članova 12(4) Povelje (pravo na socijalnu zaštitu) i 13(4) (pravo na socijalnu i medicinsku pomoć) prošireno i na izbjeglice, a u skladu sa Dodatkom na Povelju.⁷⁰ U ovom pogledu, najpraktičniji način za zaštitu izbjeglica i obezbjeđenje socijalnog minimuma putem tumačenja Povelje od strane EKSP-a je pokretanjem postupka kolektivne žalbe od strane ovlaštene organizacije koja djeluje u interesu određene ugrožene grupe lica. Tako je u postupku kolektivne žalbe povodom primjene člana 31 (pravo na stanovanje), EKSP zauzeo stav da isti predviđa pravo na zaklon (utočište) prema članu 31(2) koje se mora garantovati svim licima uključujući i migrante bez obzira na njihov (zakoniti) status, sve dok ne budu u mogućnosti samostalno obezbijediti sebi pravo na stanovanje.⁷¹ EKSP ističe da pravo na zaklon ne predviđa jednak stepen standarda života kao pravo na stanovanje u smislu privatnosti, porodičnog života ili prihvatljivosti, ali mora ispunjavati osnovne uslove koji se odnose na sigurnost, zdravlje i higijenu.⁷² Ipak, po pitanju prava na socijalnu i medicinsku pomoć (član 13) EKSP nije proširio područje primjene i na osobe bez zakonitog osnova za boravak, već se isti primjeljuje u okviru predviđenog područja primjene Dodatka na Povelju (migranti koji zakonito borave na području država potpisnica), a jednak stav zauzet je i po pitanju prava na socijalnu sigurnost (član 12 Povelje).⁷³ Međutim, kao izuzetak mogao bi se navesti stav EKSP-a u postupku kolektivne žalbe u slučaju *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, gdje se razmatralo pravo maloljetnih neregularnih izbjeglica na pristup medicinskoj pomoći. U konkretnom slučaju, razmatrajući specifične okolnosti slučaja, pravo na zdravstvenu njegu u kontekstu prava na život i ljudsko dostojanstvo, EKSP zauzima stav da „*zakonodavstvo ili praksa koja osporava pravo na medicinsku pomoć stranim državljanima, unutar teritorije države članice, čak i ukoliko su isti tamo nezakonito, protivno je Povelji*“.⁷⁴ Dakle, kada se pravo na zdravstvenu pomoć neodvojivo posmatra u odnosu na ljudsko dostojanstvo i kao potreba pojedinca nužna za preživljavanje, tada se opseg primjene Dodatka Povelje proširivao i na osobe sa nelegalnim boravištem na tlu države članice.

4. Statusna i socijalna zaštita izbjeglica u Evropskoj uniji

Čini se da EU ima najsveobuhvatniji i najefikasniji sistem zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilanata. Taj se sistem godinama razvijao, od Ugovora iz Maastrichta iz 1992. (član K), Ugovora iz Amsterdama iz 1997. (članovi 61-69), Zaključaka Evropskog vijeća iz Tamperea iz 1999. (13-17). Njezine su države

70 Polonca Končar, *op.cit.*, str. 8.

71 ECSR, *Defence for Children International (DCI) v. The Netherlands*, Complaint No. 47/2008, merits 20.10.2009., par. 46 – 48.

72 Detaljniju analizu v. u: Yannis Ktistakis, *op.cit.*, str. 51.

73 Yannis Ktistakis, *op.cit.*, str. 58.

74 Claudio Panzera, *op.cit.*, str. 60.

članice već odavno usmjerene na razvoj Zajedničkog evropskog sistema azila (eng. *Common European Asylum System (CEAS)*). Pravni osnov valja pronaći u članovima 67(2) te članovima 78 i 80 Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU) te članu 18 Povelje o osnovnim pravima EU iz 2000⁷⁵. Ovaj zajednički sistem, koji obuhvata jedinstveni status i postupke, stvoren je Ugovorom iz Lisabona.

Prije analize unijskog pravnog sistema u ovoj oblasti kratko ćemo se referirati na odnos Unije s drugim međunarodnim organizacijama i državama nečlanicama. U martu 2016. Evropsko vijeće i Republika Turska sklopili su međunarodni ugovor čiji je cilj smanjenje priliva ilegalnih migranata u Evropu preko Turske. U skladu s Izjavom EU-a i Turske⁷⁶, sve nove ilegalne migrante i tražitelje azila koji iz Turske stignu na grčke otoke, a čiji su zahtjevi za azil proglašeni neprihvatljivima, trebalo je vratiti u Tursku, uz obavezu finansijske podrške i pomoći izbjeglicama u Turskoj u iznosu od 6 milijardi EUR do kraja 2018. U pogledu odnosa EU i UN, ističemo u radu već navedenu Njujoršku deklaraciju za izbjeglice i migrante iz 2016., u kojem međunarodnom odnosu bi države članice Unije trebale imati važnu i ključnu ulogu u postizanju dva globalna sporazuma o zaštiti izbjeglica i ostalih migranata.

Procjenjuje se da je oko 3,2 miliona tražilaca azila uputilo zahtjev nekoj od država članica EU u posljednjih pet godina.⁷⁷ Migrantska kriza sa kojom se susreću države članice EU u posljednjih nekoliko godina navela je na preispitivanje i zauzimanje zajedničkih stavova u pogledu pristupa teritoriju EU, postupaka traženja azila, uključivanja na tržište rada, i općenito, garantovanja određenih prava licima sa statusom regularnih migranata i azilanata. U tom kontekstu, u septembru 2020. usvojen je novi Pakt o migracijama i azilu na nivou EU, a kojim se nastoji, kroz prijedlog seta propisa, uspostaviti novi pristup kontroli nad migracijama na vanjskim granicama EU, vođenju postupaka, i usklađivanju svih dimenzija politika migracija i azila.⁷⁸ Uspostavljanje zajedničke politike u kontekstu migracija izazov je za svaku državu članicu obzirom na odgovornosti država članica u pogledu provođenja zajedničke EU politike u pogledu migracija i azila, a u skladu s članom 78 Ugovora o funkcionisanju EU.⁷⁹ U kontekstu ljudskih prava garantovanih od strane EU, Poveljom o osnovnim pravima EU zagarantovano je pravo na azil (član 18), a u skladu sa Konvencijom o statusu

75 Povelja o osnovnim pravima EU, Sl. list EU, 2016/C 202/02, 07.06.2016.

76 <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-eu-turkey-statement-action-plan> (24.11.2020).

77 European Commission, *Migration and Asylum (newsletter)*, DOI: 10.2775/55403 (20.11.2020.).

78 EU Agency for Fundamental Rights, *Migration: Key Fundamental Rights Concerns* (period: 01.07.2020. – 30.09.2020.), dost. na: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/53235b79-1fe5-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-en?WT.mc_id=Selectedpublications&WT.ria_c=41957&WT.ria_f=5706&WT.ria_ev=search (20.11.2020.), str. 12.

79 European Union, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 December 2007, 2008/C 115/01.

izbjeglica iz 1951. godine. Tako se svakoj osobi, koja zakonito boravi na tlu Unije (dakle i osobama sa priznatim statusom izbjeglica i azilanata), garantuju prava iz socijalne sigurnosti i socijalne povlastice u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom (član 34(2) Povelje), a članom 35 i pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa politikama EU i zakonodavstvom država članica.⁸⁰

U pogledu priznavanja statusa izbjeglica i azilanata, od značaja su standardi predviđeni u tzv. Kvalifikacijskoj Direktivi o priznavanju statusa izbjeglica⁸¹ i Recepcijskoj Direktivi o priznavanju statusa tražitelja azila.⁸² Pored navedenih, za tzv. Zajednički evropski sistem azila relevantni su i Direktiva br. 2013/32/EU o postupcima za priznavanje azila, Uredba Dublin III⁸³ i EUODAC Uredba.⁸⁴

Značaj Kvalifikacijske Direktive ogleda se ne samo u utvrđenim preduslovima za sticanje statusa izbjeglica⁸⁵ i korisnika međunarodne zaštite⁸⁶, nego i minimalnim pravima koja se istima moraju obezbijediti po priznavanju statusa. Značajno je prethodno napomenuti da se neka prava moraju obezbijediti na onom nivou koji se garantuje i državljanima država članica, a ukoliko ovaj kriterij nije predviđen, tada ista moraju biti na nivou prava koja se obezbjeđuju državljanima trećih država koja imaju status radnika u EU. Tako se pravo na socijalnu pomoć

80 "Svatko ima pravo na pristup preventivnoj zdravstvenoj zaštiti i pravo na liječenje pod uvjetima utvrđenima nacionalnim zakonodavstvima i praksom. Pri utvrđivanju i provedbi svih politika i aktivnosti Unije osigurava se visok stupanj zaštite zdravlja ljudi".

81 Direktiva 2011/95/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 13.12.2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite, Sl. list EU, L337/9, 20.12.2011.

82 Direktiva 2013/33/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o utvrđivanju standarda za prihvat podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka), Sl. list EU, L180/96, 29.06.2013.

83 Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog Parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), Sl. list EU, L180/31, 29.06.2013.

84 Uredba (EU) br. 603/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o uspostavi sustava „Eurodac” za usporedbu otisaka prstiju za učinkovitu primjenu Uredbe (EU) br. 604/2013, Sl. list EU, L 180/1, 29.06.2013.

85 Član 2(1)(d) Kvalifikacijske Direktive: „Izbjeglica” znači državljanin treće zemlje koji je, zbog osnovanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, političkog mišljenja ili pripadnosti određenoj društvenoj skupini, izbjegao iz svoje nacionalne države te nije u mogućnosti ili, zbog takvog straha, ne želi staviti se pod zaštitu te države, kao i osoba bez državljanstva koja se nalazi izvan države prethodnog uobičajenog boravišta, a koja se zbog istih gore navedenih razloga, ili zbog takvog straha, ne želi vratiti u tu državu, te na koju se ne primjenjuje članak 12.”

86 Član 2(1)(f): „osoba koja ispunjava uvjete za supsidijarnu zaštitu” znači državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva koja ne ispunjava uvjete za dobivanje statusa izbjeglice ali za koju se opravdano vjeruje da bi se dotična osoba, ako bi se vratila u svoju državu porijekla ili, ako se radi o osobi bez državljanstva, u državu prethodnog uobičajenog boravišta, bila izložena trpljenju ozbiljne nepravde kako je definirano člankom 15., i na koju se ne primjenjuje članak 17. stavci 1. i 2., te koja nije u mogućnosti ili, zbog takve opasnosti, ne želi staviti se pod zaštitu te države“.

mora odobriti korisnicima međunarodne zaštite pod istim uslovima i na istom nivou kao državljanima države u kojoj te osobe imaju boravište.⁸⁷ Izuzetno, socijalna pomoć se može ograničiti na osnovne povlastice pod istim uslovima dostupnosti kao i domaćim državljanima. Pod osnovnim povlasticama podrazumijevaju se minimalni socijalni prihod, pomoć u slučaju bolesti ili trudnoće i roditeljska pomoć.⁸⁸ Pod jednakim uslovima predviđa se i pravo na zdravstvenu pomoć, gdje se članom 30(2) konkretizuju i oblici zdravstvene zaštite u državi članici boravišta korisnika međunarodne zaštite. S druge strane, pravo na smještaj i pravo na slobodno kretanje između država članica se korisnicima međunarodne zaštite omogućava pod jednakim uslovima kao i državljanima trećih država koji zakonito borave na tlu EU.⁸⁹

Recepcijskom Direktivom se utvrđuju osnovni preduslovi u pogledu priznavanja zahtjeva lica koja traže azil ili dodatnu zaštitu na tlu EU. Ova Direktiva nema za cilj unifikaciju materijalnih i procesnih uslova u pogledu postupka dodjele azila, obzirom da države članice „*mogu uvesti ili zadržati povoljnije odredbe u području uvjeta prihvata za podnositelje zahtjeva i druge bliske srodnike podnositelja zahtjeva koji su prisutni u istoj državi članici kada ovise o podnositelju zahtjeva, ili iz humanitarnih razloga u onoj mjeri u kojoj su te odredbe u skladu s ovom Direktivom*“.⁹⁰ Direktiva se primjenjuje na sve državljane trećih država koja su uputila zahtjeve za odobrenje azila na državnom području država članica (bez obzira da li je isti podnesen na granici, teritorijalnim vodama ili područjima tranzita država), sve dok im je dopušteno ostanak na tlu te države, kao i na članove njihovih porodica.⁹¹ Svrha Direktive je obezbjeđenje minimalnih standarda života tokom prelaznog razdoblja ali i olakšavanje integracije zaštićenih osoba u društvo (prvenstveno putem uključivanja u tržište rada). Kao osnovne beneficije koje se predviđaju za tražioce azila su tzv. materijalni uslovi prihvata i zdravstvena pomoć.

Osnovna svrha materijalnih uslova prihvata je obezbjeđenje određenog životnog standarda tražitelja azila koji osigurava njihovu egzistenciju i štiti njihovo fizičko i duševno zdravlje.⁹² Radi se o uslovima prihvata koji uključuju smještaj, hranu i odjeću date u naravi ili u obliku novčane naknade ili u vaučerima ili u kombinaciji svih triju kao i novčanu naknadu za svakodnevne troškove.⁹³ Ipak, ovakva davanja mogu biti ograničena na način da se postavlja preduslov da korisnici nemaju dovoljno sredstava za životni standard koji je primjeren njihovu zdravlju i koji omogućuje njihovu egzistenciju. U suprotnom, može se tražiti

87 Član 29(1) Kvalifikacijske Direktive.

88 Eva-Maria Poptcheva, Andrej Stuchlik, *Work and social welfare for asylum seekers and refugees*, European Parliamentary Research Service, 2015, doi: 10.2861/516230, str. 9.

89 Članovi 32 i 33 Kvalifikacijske Direktive.

90 Član 4 Recepcijske Direktive.

91 Član 3 Recepcijske Direktive.

92 Član 17(2) Recepcijske Direktive.

93 Član 2(1)(g) Recepcijske Direktive.

snošenje dijela troškova za materijalne uslove prihvata i zdravstvenu pomoć (npr. korisnik već radi i zarađuje za život). Direktivom se navode i modaliteti prava na smještaj kao jedan od materijalnih uslova prihvata⁹⁴ uz jamčenje njihovog porodičnog života i uspostavljanja komunikacije sa članovima porodice, bliskim kontaktima, nadležnim tijelima i sl. U skorijem slučaju pred Sudom pravde EU *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v Saciri*⁹⁵ potvrđeno je da finansijska pomoć pri osiguranju prava na stanovanje mora biti u dovoljnom iznosu da obezbijedi stanovanje cijele porodice.⁹⁶ I u pogledu obezbjeđenja prava na zdravstvenu pomoć, države članice su obavezne osigurati osnovnu zdravstvenu pomoć, kao i osnovno liječenje bolesti i duševnih poremećaja (član 19 Receptijske Direktive), uz mogućnost refundiranja ukoliko korisnik ima dovoljno sredstava za život.

Čini se da je pitanje pristupa statusu izbjeglica sa nezakonitim statusom u kontekstu poštovanja minimalnih prava u najvećoj mjeri prepušteno državama članicama. Na pristup značajno utječe i Direktiva Vijeća 2002/90/EZ od 28.11.2002. o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka⁹⁷ a kojom se uvrđuje odgovornost pojedinaca koji pomažu ilegalnim migrantima u pogledu ulaska i boravka na tlu EU. Obzirom da se na države članice prebacuje odgovornost u utvrđivanju kazni i postupanja prema istim, rezultat je raznolik pristup u državama članicama. Tako pravo pristupa skloništima za beskućnike u najvećoj mjeri ne isključuje pristup ilegalnih migranata, sa naglaskom na ona skloništa vođena od strane nevladinih organizacija, koja u tom slučaju nisu sankcionisana⁹⁸, dok se pristup skloništima vođenim od strane nadležnih vlasti u najvećoj mjeri uslovljava pokretanjem postupka za legalizacijom statusa te osobe. Raznolik pristup postoji i u obezbjeđenju različitih vidova socijalnih pomoći, počev od država u kojima se odobravaju socijalne pomoći ilegalnim migrantima kojima je odgođen povratak u državu podrijetla, one koje obezbjeđuju pomoć samo za osobe koje su u prihvatnim centrima, do država koje ne obezbjeđuju nikakve vidove socijalne pomoći.⁹⁹ Obzirom da je i zdravstvena zaštita u nadležnosti država članica, različit pristup se uočava počev od država (poput Austrije, Bugarske itd.) koje pružaju samo hitnu medicinsku pomoć ilegalnim migrantima, one koje obezbjeđuju i primarnu zdravstvenu zaštitu (poput Velike

94 To su (član 18 Receptijske Direktive): (a) prostorije koje se upotrebljavaju za smještaj podnositelja zahtjeva tijekom razmatranja zahtjeva za međunarodnu zaštitu sastavljenog na granici ili područjima tranzita;

(b) centar za smještaj koji osigurava odgovarajući životni standard;

(c) privatne kuće, stanovi, hoteli ili druge prostorije prilagođene za smještaj podnositelja zahtjeva.

95 *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v. Selver Saciri and others*, C-79/13, European Union: Court of Justice of the European Union, 27 February 2014.

96 Eva-Maria Poptcheva, Andrej Stuchlik, *op.cit.*, str. 9.

97 Sl. list EU, L 328/17, 05.12.2002.

98 European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, 2011, doi:10.2811/31559, str. 64.

99 *Ibid.*, str. 68 – 70.

Britanije), dok najmanji broj država obezbjeđuje i sekundarnu i druge vidove zdravstvene zaštite.¹⁰⁰ Bez obzira kakav pristup zauzele, činjenica je da su sve države članice EU potpisnice međunarodnih akata kao i akata Vijeća Evrope, te su preuzele na sebe obaveze u kontekstu zaštite ljudskih prava izbjeglica, a koje obuhvataju pod određenim uslovima i odgovarajući stepen zaštite i izbjeglica sa nelegalnim statusom, te bi u tom svjetlu trebalo posmatrati i njihove obaveze i implementaciju standarda unijskog zakonodavstva u ovoj oblasti.

5. Zaključak

Čini se da smo potvrdili polaznu tvrdnju u smislu da smo dokazali da je regionalni sistem zaštite izbjeglica, tražitelja azila i azilantata na razini EU, uz sve poteškoće i primjetne nedostatke u praksi, jedan od najefikasnijih i najsveobuhvatnijih sistema zaštite odnosnih kategorija osoba uz priznavanje osnovnog međunarodnog pravnog okvira. Države članice EU, Lisabonskim ugovorom, koji je stupio na snagu 2009., razvile su Zajednički evropski sistem azila (CEAS) koji podrazumijeva jedinstveni status, postupke i minimalne standarde u pogledu njihove socijalne zaštite. S druge strane, međunarodni pravni okvir zaštite izbjeglica i drugih migranata, koji je uspostavljen UN Konvencijom o statusu izbjeglica 1951. i dodatno razrađen Protokolom iz 1967., čini se da je u ovome vremenu poprilično zastario. Kao da su međunarodni učesnici od ovoga sistema očekivali nešto više. Vjerovatno su ovi razlozi utjecali da Opća skupština UN 2016. usvoji Njujoršku deklaraciju za izbjeglice i migrante, i da se na temelju ovoga političkoga akta, usvoje dva pravno neobavezujuća sporazuma na globalnoj razini. Radi se o izrazima želja, o posvećenosti država, o njihovoj opredijeljenosti jednom holističkom pristupu u postupanju s navedenim kategorijama osoba u vezi kojih smo u radu ispitali mjere za njihovu zaštitu na međunarodnoj i regionalnoj evropskoj razini. Zapravo, radi se o sistemu koji na svojevrsan način nadograđuje već postojeći međunarodni okvir zaštite izbjeglica, a takvo što se čini preko političkih deklaracija i kroz kompakte ili sporazume koji nisu pravno obavezujući. Otuda se postavlja pitanje zašto je uopće potrebno putem *soft law-a* graditi rigidniji sistem globalne zaštite i efikasnijega međunarodnoga odgovora na odnosna, vanredna kretanja ljudi? Je li to neki novi trend ili tendencija u svijetu da se danas, posebno kada je praksa država takva da zbog ogromnoga priliva ekonomskih imigranata iz siromašnijega svijeta koji tvrde da su politički bjegunci – države (Evrope) od 2015. restriktivnije tumače svoje propise o davanju azila – da države upravo političkim deklaracijama i džentlmenskim sporazumima žele raditi na učvršćivanju ili stvaranju jednog potpuno novog pristupa starom sistemu ili izgradnji potpuno novog sistema zaštite na globalnoj razini. Ne čini li se, možda, da je UNHCR neefikasan i da ne pruža dovoljno ranjivim kategorijama ljudi, što opet ovisi o državama.

100 *Ibid.*, str. 73 – 78.

U tom kontekstu, prava izbjeglica na socijalnu zaštitu na regionalnom evropskom nivou još uvijek nemaju onu potporu poput drugih prava političkog i građanskog karaktera, u smislu njihove garancije i zaštite, ali, posljednjih nekoliko godina zamjećuju se koraci usmjereni ka jačanju njihovog statusa kao jednog od osnovnih ljudskih prava. To je vidljivo u praksi ESLJP-a koji, zauzimajući integrisani pristup prilikom interpretacije odredbi EKLJP, priznaje efekte njihovog djelovanja i na određena socijalna prava, između ostalog, i u pogledu statusa i prava izbjeglica (pravo na život – pravo na zdravlje). Položaj prava na socijalnu zaštitu osnažen je 1990-tih kada se uvodi i sistem kolektivnih žalbi radi neprimjene odredbi (R)ESP, gdje, odluke Evropskog komiteta za socijalna prava nisu pravno obavezujuće ali imaju utjecaj na tumačenje odredbi Povelje i njihove primjene pred nacionalnim sudovima. Usvajanjem Dodatka na Povelju proširena je primjena iste i na izbjeglice sa priznatim pravnim statusom, čime se pravi izuzetak po pitanju personalnog područja primjene Povelje, a što direktno ima utjecaj i na priznavanje socijalnih beneficija izbjeglica u državama članicama Vijeća Evrope. Minimalne socijalne beneficije su utvrđene i relevantnim sekundarnim aktima Evropske unije, uzimajući u obzir i činjenicu da je pitanje socijalne zaštite u nadležnosti država članica. U tom pogledu EU nameće obavezu ravnopravnog tretmana izbjeglica i tražitelja azila sa građanima EU, odnosno, državljanima trećih država, zavisno o kojoj socijalnoj beneficiji je riječ. Dodatni značaj relevantnih direktiva ogleda se i u činjenici da se putem supsidijarnih oblika zaštite pruža pomoć i licima koja nemaju status izbjeglica već su tzv. „korisnici međunarodne zaštite“, i koji se u pogledu socijalnih beneficija tretiraju na jednak način kao i osobe sa statusom izbjeglica, a koji kao takvi nisu prepoznati Ženevskom konvencijom iz 1951. Zaštita ove ranjive grupacije ograničava se isključivo na osobe koje imaju legalan status, dok je potencijalno obezbjeđenje socijalnih beneficija i ilegalnim migrantima prepušteno u nadležnost država članica. U tom pogledu već uspostavljena mreža ljudskih prava na međunarodnom nivou, prije svega putem Ženevske konvencije, a na koju referiraju i relevantne unijske direktive iz oblasti, osnova su za obezbjeđenje minimalnih socijalnih beneficija izbjeglica, tražitelja azila, azilanata ali i ilegalnih migranata, čime se dodatno podvlači značaj ispitivanja aktuelnosti postojećeg međunarodnog okvira.

Nastavno na opseg i učinke sadašnjeg međunarodnog okvira, pitanje je zbog čega je nužno stvarati nova, paralelna međunarodna tijela i nove okvire ili sporazume, u uvjetima kada već postoji izgrađen sistem zaštite i djelovanja s ovim u vezi? Zar nije bilo smislenije i razboritije, u odnosu na ciljeve i obaveze, raditi preinaku odnosno dopunu Ženevske konvencije iz 1951. i njezina Protokola iz 1967., ili optirati za novu međunarodnu konvenciju? Ne čini li se da su ovo izrazi nekoordinirajućeg djelovanja, koje se ogleda u dodatnom fragmentiranju i stvaranju preklapajućih mehanizama i instrumentarija, koji u svojoj konačnici neće biti efikasni, posebno u traženju međunarodne odgovornosti država i međunarodnih organizacija u uvjetima i okolnostima njihove povrede svojih međunarodnih obaveza, ili, pak, svoje međunarodne „posvećenosti“ i „opredijeljenosti“? Ova

diskusija usložnjava se ukoliko istu razmatramo sa aspekta evropskih država stranaka navedenih međunarodnih akata, i regionalnog sistema ljudskih prava uspostavljenog kroz akte Vijeća Evrope i Evropske unije.

Literatura:

Literatura (uključujući i izvještaje, zaključke i komentare)

1. Ana Gómez Heredero, *Social security as a human right*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007.
2. Claudio Panzera, "The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality", *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · segundo semestre 2014: 24.
3. Council of Europe Action Plan on Protecting Refugee and Migrant Children in Europe (2017-2019), 2017.
4. Council of Europe, Ambassador Tomáš Boček, *First report on the activities of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees*, 1 February 2016 to 31 January 2018, Presented to the Secretary General and the Committee of Ministers, 2018.
5. Council of Europe, Information Documents SG/Inf(2020)4 "*Refugee and migrant children in Europe*" – *Final report on the implementation of the Action Plan (2017-2019)*, 14 February 2020.
6. Enis Omerović *et al.*, „Human Rights of Asylum Seekers in Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *Ročenka Uprchlického a Cizineckého Práva 2018*, Kancelář veřejného ochránce práv, Praha, 2019.
7. European Commission, *Migration and Asylum (newsletter)*, DOI: 10.2775/55403.
8. European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, 2011, doi:10.2811/31559.
9. Eva-Maria Poptcheva, Andrej Stuchlik, *Work and social welfare for asylum seekers and refugees*, European Parliamentary Research Service, doi: 10.2861/516230, 2015.
10. General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Twenty-second session, Geneva, 25 April-12 May 2000, E/C.12/2000/4, 11 August 2000.
11. General Comment No. 191 - The right to social security (art. 9), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Thirty-ninth session, 5-23 November 2007, E/C.12/GC/19, 4 February 2008.

12. General Comment No. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Sixth Session (1991), E/1992/23.
13. Karen Parker, „Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights“, 12 *Hastings International & Comparative Law Review* 411, 1989.
14. Mahmoud Abdelrahim Suliman Alshreifat, „The Causes for Asylum, the Rights and Obligations of Refugees in International Law“, 52 *Journal of Law, Policy and Globalization* 126, 2016.
15. Marie-Françoise Valette (prevod: Alexandra Pomeon), „Protection and Promotion of Migrants' Social Rights by the European Committee of Social Rights“, *Revue Européenne des migrations internationales* [Online], vol. 32 - n°3 et 4 | 2016.
16. Mathias G. Sahinkuye, „A Theoretical Framework for the Protection of Environmental Refugees in International Law“, 6 *Transnational Human Rights Review* 1, 2019.
17. Moussaoud Chrisna Constalain, Dagadu Palmer Prince, „Reconsider Refugees Status in the Eyes of International Law“, 63 *Journal of Law, Policy and Globalization* 156, 2017.
18. Polonca Končar, „*The European Social Charter: protecting the social rights of persons of concern to UNHCR*“, Round Table on the Social Rights of Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons: A Comparative Perspective, UNHCR and the Council of Europe's Department of the European Social Charter.
19. Rosa da Costa, Prava izbjeglica u kontekstu integracije: pravni standardi i preporuke, UNHCR, POLAS/2006/02.
20. UNHCR, Detention of Refugees and Asylum-Seekers, 13 October 1986. No. 44 (XXXVII) - 1986. Executive Committee 37th session.
21. UNHCR, Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems, 4 September 2001, EC/GC/01/17.
22. Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2011.
23. Yannis Ktistakis, *Protecting migrants under the European Convention on human rights and the European Social Charter – a handbook for legal practitioners*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2013.
24. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 15 (XXX) o izbjeglicama bez zemlje azila, 16.10.1979.
25. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 22 (XXXII) o zaštiti tražitelja azila u situacijama masovnog priliva, 21.10.1981.
26. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 5 (XXVIII) o azilu, 12.10.1977.
27. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 56 (XL) o trajnim rješenjima i zaštiti izbjeglica, 13.10.1989.

28. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 57 (XL) o provedbi Konvencije iz 1951. i Protokola iz 1967. o statusu izbjeglica, 13.10.1989.
29. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 6 (XXVIII) o *non-refoulement*, 12.10.1977.
30. Zaključak Izvršnog odbora UNHCR-a br. 82 (XLVIII) o zaštiti azila, 17.10.1997.

Pravni akti

1. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 December 2007.
2. Deklaracija Opće skupštine UN o teritorijalnom azilu iz 1967.
3. Direktiva 2011/95/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 13.12.2011. o standardima za kvalifikaciju državljana trećih zemalja ili osoba bez državljanstva za ostvarivanje međunarodne zaštite, za jedinstveni statusa izbjeglica ili osoba koje ispunjavaju uvjete za supsidijarnu zaštitu te sadržaj odobrene zaštite.
4. Direktiva 2013/33/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o utvrđivanju standarda za prihvrat podnositelja zahtjeva za međunarodnu zaštitu (preinaka).
5. Direktiva Vijeća 2002/90/EZ od 28.11.2002. o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka.
6. Evropska konvencija o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1987.
7. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950.
8. Evropska socijalna povelja iz 1961.
9. Globalni sporazum za sigurnu, urednu i regularnu migraciju iz 2018.
10. Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 118 o jednakosti tretmana u pitanjima socijalne sigurnosti iz 1962.
11. Konvencija o diplomatskom azilu iz 1954.
12. Konvencija o pravima djeteta iz 1989.
13. Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951.
14. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979.
15. Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja iz 1984.
16. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica iz 1990.
17. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966.
18. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966.
19. Njujorška deklaracija za izbjeglice i migrante iz 2016.
20. Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948.
21. Povelja o osnovnim pravima EU iz 2000.
22. Povelja UN iz 1945.

23. Protokol o statusu izbjeglica iz 1967.
24. Revidirana Evropska socijalna povelja iz 1996.
25. Uredba (EU) br. 603/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o uspostavi sustava „Eurodac” za usporedbu otisaka prstiju za učinkovitu primjenu Uredbe (EU) br. 604/2013.
26. Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog Parlamenta i Vijeća od 26.06.2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljaniin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka).

Sudska praksa

1. *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.*
2. ECSR, *Defence for Children International (DCI) v. The Netherlands*, Complaint No. 47/2008, merits 20.10.2009.
3. European Court of Human Rights, *Ahmed v. Austria*, Application No. 71/1995/577/663, 17 December 1996.
4. European Court of Human Rights, *Gaygusuz v. Austria*, Application No. 17371/90, 16 September 1996.
5. European Court of Human Rights, *H.L.R. v. France*, Application No. 24573/94, 29 April 1997.
6. European Court of Human Rights, *M.S.S. v. Greese and Belgium*, Application No. 30696/09, 21 January 2011.
7. European Court of Human Rights, *Müller v. Austria*, Application No. 12555/03, 14 March 2012.
8. European Court of Human Rights, *Soering v. The United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989.
9. European Court of Human Rights, *Van Raalte v. the Netherlands*, Application No. 20060/92, 21 February 1997.
10. European Court of Human Rights, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, Application Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30 October 1991.
11. European Court of Human Rights, *Weller v. Hungary*, Application No. 44399/05, 31 March 2009.
12. *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v. Selver Saciri and others*, C-79/13, European Union: Court of Justice of the European Union, 27 February 2014.
13. The Committee against Torture, *Ismail Alan v. Switzerland*, Communication No. 21/1995, U.N. Doc. CAT/C/16/D/21/1995 (1996).
14. The Committee against Torture, *Mutombo v. Switzerland*, Communication No. 13/1993, U.N. Doc. A/49/44 at 45 (1994).

15. The Committee against Torture, *Tahir Hussain Khan v. Canada*, CAT/C/13/D/15/1994, 18 November 1994.

Internet izvori

1. <http://journals.openedition.org/remi/10420>
2. <https://globalcompactrefugees.org/article/global-compact-refugees>
3. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/53235b79-1fe5-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-en?WT.mc_id=Selectedpublications&WT.ria_c=41957&WT.ria_f=5706&WT.ria_ev=search
4. <https://refugeesmigrants.un.org>
5. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-eu-turkey-statement-action-plan>
6. <https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf>
7. <https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>
8. <https://www.unhcr.org/globalreport2019/>
9. <https://www.unhcr.org/new-york-declaration-for-refugees-and-migrants.html#compactonrefugees>
10. <https://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html>

Dr Ivana Grubešić, Assistant Professor

Faculty of Law, University of Zenica

Dr Enis Omerović, Assistant Professor

Faculty of Law, University of Zenica

INTERNATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVES OF THE RIGHT TO SOCIAL PROTECTION OF REFUGEES AS A HUMAN RIGHT

Summary: The right to social protection is one of the basic human rights, within which the minimum standards are the right to health care, social security, housing. Given that this is a social minimum that should be enjoyed by all people without discrimination on any grounds, the challenge for the European countries facing a large influx of refugees in recent years is primarily to recognize their status as people enjoying specific international protection, and on which basis would refugees and asylum seekers enjoy certain social benefits guaranteed by acts of the Council of Europe (Revised European Social Charter of 1996 and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950), as well as the European Union directives (such as so-called “Qualification Directive” from 2011 and the “Directive on enrollment conditions” from 2013). Therefore, the research will point out the most important problems and challenges in defining the status of refugees and asylum seekers in the context of international law (primarily through the prism of the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees) and the 1967 Protocol to the Convention, and in the context of the European system of human rights, particularly in the acts of the Council of Europe and the European Union, and the minimum social benefits enjoyed by this vulnerable group in society, in order to ensure a minimum standard of living.

Key words: health care, social security, refugees, asylum seekers, Revised European Social Charter, Convention relating to the Status of Refugees.

SOCIAL RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION AFTER THE LISBON TREATY

Summary: The author in this paper analyzes development of social rights within the European Union, with special reference to the changes in this area after the entry into force of the Lisbon Treaty. At the beginning of the process of European integration, social policy and thus social rights were marginalized, in such a way that the basic motives for the creation of the European Union were economic and political, while social rights were only slightly covered by the founding treaties, and almost predominantly remained within the competence of Member States. The situation, with the later development of integration processes, gradually changed, in the direction of wider regulation of social rights at the level of the European Union. In the context of social rights, social policy is very important, and it is only in the last two decades of the development of European integration processes that social policy become public policy. Social policy is one of the national public policies under the influence of the European legislator, in a way that the European Union by adopting regulations (hard law and soft law) in the field of social policy influences on the creation of national social policies of Member States, because their policies must be adjusted to the regulations, that is to the standards and principles of the European Union. Social policy is in the shared competence of the European Union and Member States, for the aspects set out in the Treaty on the Functioning of the European Union. Some important areas of social policy are excluded from the competences of the European Union. The Lisbon Treaty has made a great contribution to the development of social policy and social rights at the level of the European Union, by regulating some important aspects of establishment and development of social rights.

Keywords: European Union, public policies, social rights, social policy, Lisbon Treaty.

1. Introduction

At the beginning of the process of european integration, social policy and thus social rights were marginalized, in a way that the basic motives for the creation of the European Union (hereinafter EU, Union) were economic and political, while social rights were only slightly covered by the founding treaties, and almost predominantly remained within the competence of Member States. „The common internal market was the basis for the emergence and strengthening

of the integration of the Economic Community and the foundation on which today's European Union rests.¹

Jurisdiction over "social issues" is typically exercised at the national or sub-national level.² Social rights make an important component in the EU, and the member states enjoy autonomy in the application of those rights.³

The situation, with the subsequent development of integration processes, gradually changed, in the direction of wider regulation of social rights at the EU level. With the gradual development of relations within the EU, the scope of regulation of social policy is expanding, that is the normative and institutional framework is being strengthened. Social policy is included in the shared competence of the European Union and the Member States, for the aspects set out in the Treaty on the Functioning of the EU (hereinafter TFEU). Some important areas of social policy thus social rights are excluded from EU competences in accordance with Article 153 para. 5. TFEU, where it states that the provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs. In addition, there are some other social rights that in accordance with Art. 153 st. 2. TFEU encompass social security and social protection of workers; protection of workers where their employment contract is terminated; representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5; conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory; in which fields the Council shall act unanimously, in accordance with a special legislative procedure, after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. For other social issues referred to in Article 153 TFEU, it is envisaged that the European Parliament and the Council shall act in accordance with the ordinary legislative procedure after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Also the author Ross points out that EU today, although very important for the daily life of Europeans, has few strong prerogatives of social policy, and it is partly because the founders did not prioritize social policy in their strategies for European integration.⁴

1 Edin Rizvanović, Željko Batinović, Bosanskohercegovački integracijski put: izazovi u ispunjenju pravnog i ekonomskog kriterija, Mostar: Print Team, 2020., p. 15.

2 Barbier Jean-Claude, Tracing the fate of EU "social policy": Changes in political discourse from the "Lisbon Strategy" to "Europe 2020", International Labour Review, Vol. 151 No. 4, 2012., p. 377, (377-400).

3 See: Rentea Georgiana-Cristina, Mobility within the European Union and the Access to Social Benefits: Challenges of Social Policies, Revista de Asistentă Socială, anul XIV, 2015, nr. 3, p. 100, (99-107).

4 See: Ross G, The Revenge of Neglected Issues: EU Founders and Social Policy, French Politics, Culture & Society, Vol. 29, 2011., No. 2, (90-102), p. 90. Available at: <http://www.berghahnjournals.com/view/journals/fpcs/29/2/fpcs290207.xml?pdfVersion=true> [31. januar 2019].

Policies created in the European Union are considered public policies and they affect the legal systems of the Member States. Only in the last two decades of the development of European integration processes has social policy become public policy. In the field of social policy, the EU is generally responsible for supporting and complementing the activities of the member states in certain areas, coordination of national policies and for the encouraging the exchange of Member States' practices and experiences. Therefore, the EU now has a more important place in the development of social policy than at the beginning of the European integration processes, because significant instruments of coordination of national policies are introduced and applied, leading to joint cooperation and approaching, and exchange of good practice between Member States.

The Lisbon Treaty has made a significant contribution to the further development of social rights and social policy at the EU level. With its provisions, it has expanded and strengthened the European social model, first through the introduction of new values of the Union, thus expanding the existing list of goals in the field of social policy.

The Lisbon Treaty gave the EU Charter of Fundamental Rights of the European Union⁵ the same legal force as the Treaty has, then formally recognized the role of the social partners, incorporated an open method of coordination into the Treaty's provisions, and recognized public services of general interest (Protocol No. 9). Also, the previous Title XI on social policy was renamed, so that instead of the title "Social policy, education, vocational training and youth" a new Title X was introduced in the TFEU marked as "Social policy". It is also important, in the context of emphasizing the importance of the social dimension of the EU in the provisions of the Lisbon Treaty, that Chapter II, entitled "Provisions having general application" in the TFEU, inter alia, state in the Article 8. that in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women, and according to the Article 9. in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health. In this paper will be presented in more detail the provisions of the Lisbon Treaty that represent an important contribution to the development of social rights and social policy in general at the Union level.

2. European Union policies - general overview

The EU policies and European integration processes are seen as public policies and they influence the institutional and legal systems of the Member States. In order to understand EU public policies, it is first necessary to clarify the

⁵ Charter of Fundamental rights of the European Union, OJ C 364, 18.12.2000.

concept of public policies in general, that is to determine what are the essential elements that define certain policies as public. It is obvious why are public policies necessary and important in social communities, but their definition is not unambiguous, and depends on the aspect from which the concept is defined, whether by determining the content of issues covered by public policies, or with regard to the procedure of formulating and adopting public policies or through their actors.⁶

“Most definitions emphasize a network of decisions and actions that address some issues that are important to all citizens, society as a whole, or to particular groups of citizens.”⁷

Policy making is a special process that implies meeting certain conditions and implementing the appropriate stages in the process, which involves the action of several different main actors. Traditionally, the main actors in the process of making public policies are considered to be state authorities or state institutions. However, they are no longer the only or dominant actors in policy making, because it is now strengthened the participation of various social actors who are not formal holders of power but have strong support from citizens and act as various NGOs, associations, research centers, think tank organizations, but also citizens as individuals can be actors, then various entrepreneurs and stakeholders. In addition, the role of actors in policy-making has recently been given to various special regional and international communities and organizations such as the European Union. It is through its main institutions that the EU acts in the field of policy creation and implementation.⁸

“Who participates in public policies?” First of all, state actors participate: holders of executive, legislative and judicial power. It is sometimes forgotten that litigation can also have a strong influence in defining public policies. A special group are the european institutions. Since the EU is a political creation of its kind, we single them out because they are not a classic state actor, but they also differ from other international organizations. These are the basic european institutions: the European Parliament, the Council of the EU, the European Commission, the European Council, the European Court of Justice. Here must be added a number of agencies and committees, as well as directorate - generals, which are often crucial for policy-making.”⁹

“It is precisely in the transition countries and the countries entering the European Union that the structural difficulties and the difficulties related to the actors operating within these structures are clearly seen. This ranges from

6 For more on defining public policies see: Žiljak T., *Javne politike*, Zbornik Javne politike, Institut alternativa, Podgorica, 2014., p. 9.

7 Hill (2014), in: Žiljak, *ibid.*

8 For more about the public policy process see: Žiljak, *op.cit.*, pp. 12-16. For more about public policy actors see: Žiljak, *op.cit.*, pp. 16-17., Marović J., *Civilno društvo i javne politike*. Zbornik Javne politike, Institut alternativa, Podgorica, 2014., pp. 40-44.

9 Žiljak, *op.cit.*, p. 16.

inconsistencies in institutional arrangements to a lack of administrative capacity to implement changes or difficulties for actors to align their beliefs and habits with new patterns of behavior and action. This is why the beliefs of actors are important in public policies. Beliefs are ideas that are generally accepted as unquestionable truths, thus enabling actors to navigate and make decisions at all stages of the policy-making process. The time dimensions that actors need to recognize are also important. This applies in particular to determining the right time when it is possible to implement a particular policy (timing) and the speed of policy implementation (pace)."¹⁰

Within the EU public policies have also been created and implemented, under the auspices of European institutions that operate within established competencies. It turned out that the actors of public policies of the EU are its central institutions, as the main carriers of creative legislative activity and implementation of EU legislation, but also its other institutions, various committees and the like. Therefore, it should be reminded that the process of creating public policies is not only reserved for the domain of nation states, but is also realized at the level of various organizations such as the EU or the OECD.

"The European policy process has a multinational or multilateral character, consisting of a series of forms arising from the different traditions of the member states. Not only because the participants are numerous, but also because they bring different languages, cultures and different work habits to the forum. Therefore, the dominant style of behavior stems from a mixture of these different forms."¹¹

"In the European Union, 80% of public policies are adopted at the level of the central government. The governments of the Member States control those public policies that make up a large part of public spending (education, health, social policy and defense), with exclusive national competences over tax policy."¹²

"Most of the regulation is carried out today at the level of the Union. (...) The European level is therefore primarily a level of regulation, while the actual decision-making of the basic policies, especially those that are the pillar of the welfare state, belongs to other levels of government."¹³

Social policy is one of the examples of public policy of the European Union that is created in the process of action of the institutions of the European Union.

"Union legal initiatives in social policy are broadly supported by economic factors or the implementation at Union level of global social norms agreed by the Member States."¹⁴

10 Ibid., p. 10.

11 Babić Krešić I., Javne politike u procesu globalizacije i europeizacije i politika zapošljavanja. Nova prisutnost 12, 2014., p. 417.

12 Grubiša (2012), in: Babić Krešić, op.cit., p. 417.

13 Petak Z., Europeizacija javnih politika u Hrvatskoj. In: Puljiz V, Ravlić S, Visković V (eds) Hrvatska u Europskoj uniji. Kako dalje? Centar za demokraciju i pravo »Miko Tripalo«, Zagreb, 2012., p. 27.

14 Watson (2009), in: Babić Krešić, op.cit., p. 424.

The creation of the EU public policies is related to the processes of globalization and europeanization, where the EU through these processes influences the creation and adjustment of national public policies of Member States to european standards and norms.¹⁵

Based on the review of the literature in the field of public policy, it can be concluded that social policy is one of the national public policies under the influence of the European legislator, in a way that the EU by adopting regulations (hard law and soft law) in the field of social policy also affects the creation of national social policies of the Member States, because their policies must be adjusted to the regulations, that is to the standards and principles of the EU.

3. Development of the EU social rights and social policy before the Lisbon Treaty

Over the time, social policy has developed and strengthened within the EU, and has moved from a marginalized position to a more significant place in the process of European integration. In the beginnings of the European integration processes, economic issues had priority, while the social dimension of the EU did not have a significant place in that process. It was considered that the development of economic aspects of integration would simultaneously address social issues that would arise in the EU.

The economic identity of the EU has always had a priority over social identity, so the social rights that developed at the EU level were in the service of realizing its economic aspects, that is they were subordinated to them.¹⁶ Social policy was not left out even within the initial phase of the creation of the EU, however, the Treaty of Rome essentially provided for the social area to be left under national jurisdiction. Social policy was important, but other issues were given priority, such as the internal market and free trade, the customs union and the like.¹⁷

Although the Community was said to be giving priority to the economic and monetary aspects of European integration over the social aspects, or even to their detriment, still it is enough to look at the first of the European Treaties establishing the European Coal and Steel Community¹⁸, to understand that from

15 More on Europeanization and globalization of public policies see: Babić Krešić, *ibid.*, pp. 416-422.

16 For more see: Hadžić M., *Evropski stup socijalnih prava*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2017., LX: 199-225., p. 220.

17 See: Rutkauskienė L., *Social Policy in the European Union: Variety and Challenges*. Public Administration, Vol. 1/2, 2010., Issue 25/26., pp. 26., 30. and 31.

18 Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC), also known as the Treaty of Paris, was signed on 18 April 1951 by six founding states: Germany, France, Italy and the Benelux countries (Belgium, the Netherlands and Luxembourg). It entered into force on July 24, 1952. It was concluded for 50 years and expired on July 23, 2002.

the beginning social preoccupations were present in the Treaty.¹⁹

Even the first Founding Treaty regulated certain aspects of social policy in the EU, but only in fragments and without significant interventions in the social aspects of integration.

In the context of the EU's social dimension, the objectives of the ECSC included the creation of employment, the financing of employment and education programs, and improvement of living standards and working conditions of nationals of the Member States.²⁰

However, the social policies were less important than the social policies and rights adopted at the national level and in the comparison with the economic policy in the ECSC.²¹

The main objectives of the Treaty establishing the European (Economic) Community (Treaty of Rome)²² were primarily economic, and although it contained a special title 'Social Policy', these provisions did not have a significant impact on regulating this area, that is they had a limited scope. However, social goals were not completely left out, for example the Treaty of Rome contained provisions on improving working and living conditions, but this was not enough, as the social components in the development of the EU remained behind the integration processes.

There was little attention initially paid to social issues, and although worker mobility and the expansion of skilled labour force were important for creating a common market, the Treaty of Rome was based on the assumption that the benefits of the common market would improve the lives of all European workers.²³

The primary objectives of the Treaty were to establish a common market, approximate the economic policies of the Member States, promote the harmonized development of economic activities within the Community, increase stability and raise living standards, and promote closer relations between the Member States.²⁴

In the preamble of the EEC/EC Treaty it is stated that the signatories of the Treaty are determined to ensure the economic and social progress of their countries through joint action aimed at removing the borders that divide Europe. At the same time, this is the basis of the content of the common social policy of

19 Mathijsen P.S.R.F., *A Guide to European Union Law*, 7th edn, Sweet & Maxwell, London, 1999., p. 379.

20 See: Hadžiahmetović A., *Ekonomija Evropske unije*. University Press: Magistrat, Sarajevo, 2011., p. 265.

21 Geyer R. R., *Exploring European Social Policy*. Polity Press, London, 2000., p. 1797.

22 It was signed in Rome on March 25, 1957, and entered into force on January 1, 1958. This Treaty was signed under the title Treaty establishing the European Economic Community, which was amended by the Maastricht Treaty in 1992 into the Treaty establishing the European Community.

23 McCormick J., *The European Union: Politics and policies*. 2nd edn, Westview Press, 1999., p. 252.

24 Craig P., Gráinne d. B., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5th edn. Oxford University Press, 2011., p. 6.

the EU, which is considered a necessary factor for the realization of the European project and the overall improvement of the living standard of EU citizens.²⁵

During the 1960s, there was no significant shift in the development of the EU social rights and social policy, it was a period of stagnation, except for a few important moments, such as the Hague Summit held in December 1969, which returned the focus to social policy in the context of the process of creating a European Monetary Union. Subsequently, summits were held in 1972 and 1974, but without major results in the field of social policy.

Overall, the period from the signing of the Treaty of Rome until the early 1970s was marked by the Community's indifferent attitude towards social policy. However, during the 1970s, the Community's approach to social issues changed, giving these issues more importance.²⁶

The Council Resolution of 21 January 1974 adopted the Social Action Program, and the following basic goals have been set: achieving full and better employment, improvement of working and living conditions, increased involvement of workers and employers in the Community decision making process on economic and social development issues, as well as on the issues of workers.

The 1990s marked the beginning of the reform of the Community as a whole, including the field of social policy. The Treaty on European Union, often referred to as the Maastricht Treaty²⁷ was adopted, and in Article 2 (now amended Article 3 TEU) it stipulated that the Union's task will be to promote sustainable and non-inflationary growth within the Union while respecting ... high levels of employment and social protection, raising the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among the Member States. In order to achieve these objectives, the Union has also been given new activities referred to in Article 3 i, j, k, q, p EC, supplemented by the Maastricht Treaty, which referred to 'policy in social sphere involving the European Social Fund', 'strengthening economic and social cohesion', and 'contribution to education and quality training'. These additional activities enshrined in the Treaty are contained in Part Three concerning Common Policies in a specific chapter/Title VIII entitled "Social policy, education, vocational training and youth" in respect of which the Union is given new competence (Articles 117 -127, and now Articles 151-166 TFEU). The Treaty included Article 3b EEC (later Article 5 EC - now Article 5 TEU), which for the first time introduced the concept of conferred competences, and the principles of subsidiarity and proportionality.²⁸ The most important amendments to the Treaty concern the expansion of EU competencies extending to the field of labour law and social security law, then the number of areas in

25 See: Hadžiahmetović, op.cit., p. 264.

26 See: Vuković D., *Socijalna politika Evropske unije*. Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011., pp. 310-311.

27 Treaty on European Union (Treaty on Maastricht), from 7.2.1992., OJ C 191 of 29.7.1992. It entered into force on 1 November 1993.

28 See: Barnard C, *EU Employment Law*. Fourth Edition, Oxford University Press, 2012., p. 15.

which decisions can be made by a qualified majority has been increased, and the provisions on European social partners have been reformulated.²⁹ Based on the provisions of the Treaty, various directives were adopted, which expanded the area of common social policy. Interestingly, in an effort to agree on new social provisions in the Treaty, due to resistance from the government of the United Kingdom (hereinafter UK), it was given an opt out position to the UK. Namely, in order to ensure that the UK does not refuse to agree to the adoption of the EU Treaty, a special exception was made, by waiving these changes in the Treaty itself, and they were separated into the Agreement on Social Policy (hereinafter the Agreement) and the Protocol on Social Policy (hereinafter the Protocol) which represented the so-called social chapter. The new provisions were incorporated into the Agreement signed by 11 Member States, meaning all Member States except the UK, and the Agreement was annexed to the Treaty on the basis of the Protocol. With the Protocol on Social Policy all Member States agreed that the new social provisions of the Agreement will be binding for only 11 Member States. Thus, the Agreement was binding only for its signatories, and not for the UK, which remained bound only by the earlier provisions on social policy (before Maastricht). The UK has thus secured an opt out position, that is it secured an exemption from the application of the above mentioned provisions, as well as from the provisions on economic and monetary union. This Agreement was based on the Protocol on Social Policy of 1992, which was adopted with the EEC Treaty, and gave the power to adopt secondary legislation in the field of labour rights.³⁰

“In this way, the provisions on social policy began to formally develop on two tracks, until the United Kingdom signed the Charter of Fundamental Social Rights of Workers, after the Labour Party came to power in 1997.”³¹

The principles expressed in the Charter have been transposed into the Agreement on Social Policy, which further establishes the division into two decision-making systems within social issues. In this way there were indicated the areas of social policy in which decisions are made by qualified majority without the participation of the UK, and the areas where decisions are made unanimously. The situation changed when Labour Party replaced the previous government in the UK in May 1997, and among their first activities was the adoption of the Social Chapter from the EU Treaty. The Agreement on Social Policy was also introduced in the Treaty, so those provisions were now binding on the UK as well. The UK's agreement to commit to the social chapter came after five years, during which time certain measures of secondary legislation were adopted, which included only four directives: on European works councils, parental leave, part-time work and the burden of proof. The UK has now acceded to these directives by re-adopting them by reference to the legal basis contained in the provisions of the Treaty itself. It is noted that no high legislative activity was recorded in

29 See: Vuković, *op.cit.*, p. 288.

30 See: Barnard, *op.cit.*, pp. 15-16., Vuković, *op.cit.*, pp. 288-289.

31 Vuković, *ibid.*, p. 318.

11 Member States until the UK adopted the Social Chapter, and its subsequent inclusion did not create a problem in the implementation of the adopted measures. Given the number of directives adopted over a period of five years, however, this is a negligible legislative activity of the Member States in this field during the opt-out position of the UK.³²

Further progress in the development of social policy was expressed through the adoption by the Commission of the White Papers and Green Paper on EU Social Policy: the 1993 White Paper on Growth, Competitiveness and Employment³³, the EU Green Paper on Social Policy ('Options for the Union')³⁴, and the White Paper on Social Policy³⁵.

Significant changes in the field of social policy have occurred with the Treaty of Amsterdam³⁶, when the attitude towards EU social policy is changing. With the Treaty of Amsterdam it was agreed to amend the chapter on social policy and renumber the articles, now including the Agreement on Social Policy in the EU Treaty. Articles 117-128 of the Treaty of Rome on social provisions and the European Social Fund have been replaced by Articles 136-150 and incorporated into the Treaty together with the provisions of the Agreement on Social Policy.

"The Treaty of Amsterdam devotes a special section in Chapter XI to social policy (Art. 136 et seq. TEU). The provision of Article 136 para. 1. of the Treaty contains the recognition of fundamental socio-political rights and sets out the socio-political objectives of the Community. The scope of Community action in social matters extends, according to Art. 137 para. 1. UEZ, on:

- improvement, especially of the working environment, in order to protect the health and safety of workers;
- working conditions;
- informing and consulting workers;
- integration of persons excluded from the labour market, without prejudice to the application of Art. 150 .;
- equal opportunities for women and men in the labour market and equal treatment in the workplace."³⁷

32 See: Shaw J., *Law of the European Union*. 3rd edn, Palgrave Law Masters, 2000., p. 77., Barnard, *op.cit.*, p. 20.

33 Commission of the European Communities, *Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century - White Paper*. COM (93) 700, 5. December 1993.

34 Commission of the European Communities, *European Social Policy: Options for the Union - Green Paper*, COM (93) 551, 17. November 1993.

35 *European Social Policy - A Way Forward for the Union - A White Paper*. COM (94) 333, 27. July 1994.

36 Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts - Final Act, Official Journal C 340, 10/11/1997. The Amsterdam Treaty was signed on October 2, 1997, and entered into force on May 1, 1999.

37 Herdegen M., *Europarecht*. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Europsko pravo. (trans: Edita Čulinović Herc ... et al.) Rijeka, 2002., p. 281.

The Treaty of Nice³⁸ did not substantially change the provisions relating to social policy. A significant contribution of this Treaty is the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union³⁹, which was signed on 7 December 2000 and entered into force on 1 December 2009. Within the provisions of the Charter regulation of social rights is included as well. In the Title IV: „Solidarity“, from the Article 27 to 35 the social rights have been recognised. Different rights have been regulated, such as the rights of workers, children, families, elderly. In this paper we will emphasize the Article 34 which regulates the social security and social assistance. In Paragraph 1 of the Article 34 it is said that the Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices. In Paragraph 2 it is declared that everyone residing and moving legally within the European Union is entitled to social security benefits and social advantages in accordance with Union law and national laws and practices. In the Paragraph 3 it is said that in order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices.

On the one hand, there is a clear agreement on the content and scope of the EU's economic identity, while on the other hand, European social identity implies the development of individual social dimensions that are not strong enough or complementary to represent the hard core of that identity.⁴⁰

Despite the strengthening of the EU social policy, this is still an area that is a protected zone of the Member States, although it is included in the shared competence between the EU institutions and the Member States. Thus, the Strategy Europe 2020⁴¹ also promotes the “european social model”, but primarily focused on the use of soft law instruments. Consequently, the instruments of coordination of national policies of the Member States, cooperation and development of good practices between the member states are in use in the EU legal system.

38 Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Official Journal C 080, 10/03/2001. The Treaty of Nice was signed on February 26, 2001, and entered into force on February 1, 2003.

39 See: Barnard, op.cit., p. 26.

“With the Treaty of Nice as the further valid basis of the EU legal order, the EU Charter of Fundamental Rights was solemnly proclaimed as a catalog of fundamental rights of this legal order.” Gradašćević-Sijerčić J., Radno zakonodavstvo BiH u svjetlu načela komunitarnog radnog prava. Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj XLIX, Sarajevo, 2006., p. 129.

40 Hadžić, op.cit., p. 201.

41 European Commission (2010) Communication from the Commission: Europa 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth. Brussels, COM(2010)2020 final.

The social dimension of the EU was not significantly developed until the mid-1980s, and a major shift in its recent development occurred with the adoption of the Strategy Europe 2020, in response to the 2008 economic crisis which had negative consequences for the EU labour market as well. The Strategy 2020 aims to create the conditions for smart, sustainable and inclusive (comprehensive) growth, and this is sought to be achieved by setting five main targets⁴². Although there are limitations on the EU's competence to adopt hard law acts in the field of social policy, soft law mechanisms and instruments are used to achieve harmonization in social issues, such as the open method of coordination, that is coordinating strategies and European social dialogue.

“In parallel with EU hard law, which includes legislation such as directives or regulations, the EU also coordinates the social and employment policies of the Member States through soft law, such as legally non-binding guidelines and recommendations.”⁴³

It can be said that the development of social rights is one of the expected results of the existing promotion and commitment to the improvement of social welfare characteristic for the developed countries of Western Europe and at the same time part of the activities towards the creation of the internal market.

With the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, there was a major turning point in development of the EU social rights and social policy, which will be analyzed in more detail below.

4. The Lisbon Treaty - a significant shift in the EU social rights and social policy

The Lisbon Treaty⁴⁴ from 2009. amends the Treaty on European Union (hereinafter TEU) and the Treaty establishing the European Community

42 The Commission proposes the following EU headline targets in the Strategy: – 75 % of the population aged 20-64 should be employed. – 3% of the EU's GDP should be invested in R&D. – The “20/20/20” climate/energy targets should be met (including an increase to 30% of emissions reduction if the conditions are right). – The share of early school leavers should be under 10% and at least 40% of the younger generation should have a tertiary degree. – 20 million less people should be at risk of poverty. European Commission (2010) Communication from the Commission: Europa 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth. Brussels, COM(2010) 2020 final, p. 5.

43 Butković H et al., Hrvatska i Europska unija – prednosti i izazovi članstva. In: Tišma S, Samardžija V, Jurlin K (eds) Hrvatska i Europska unija – prednosti i izazovi članstva. Institut za međunarodne odnose – IMO, Zagreb, 2012., p. 108.

44 The Lisbon Treaty was signed in Lisbon on 13 December 2007 and entered into force on 1 December 2009; Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, Official Journal C 326, 26/10/2012, or Consolidated version of the Treaty on European Union OJ C 202, Volume 59, 7.6.2016; Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 202, Volume 59, 7.6.2016.

(hereinafter TEC). The Lisbon Treaty has renamed the Treaty establishing the European Community into the Treaty on the Functioning of the European Union. In regard to social policy it is important to mention that the Agreement on Social Policy is an integral part of the Lisbon Treaty.⁴⁵ The Treaty seeks to reform and modernize the legal bases, instruments and institutions of the EU in the context of enlarged membership, because the stated goal failed to be achieved by the Constitution of the European Union, ie the Treaty establishing a Constitution for Europe.⁴⁶

Social policy is included in the shared competence of the European Union and the Member States, for the aspects set out in the Treaty on the Functioning of the EU. Some important areas of social policy thus social rights are excluded from EU competences in accordance with Article 153 para. 5. TFEU, where it states that the provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs. In addition, there are some other social rights that in accordance with Article 153 para. 2. TFEU encompass social security and social protection of workers; protection of workers where their employment contract is terminated; representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5; conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory; in which fields the Council shall act unanimously, in accordance with a special legislative procedure, after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. For other social issues referred to in Article 153 TFEU it is envisaged that the European Parliament and the Council shall act in accordance with the ordinary legislative procedure after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, and here is used qualified majority voting.

Several points which represent the contribution of the Lisbon Treaty to the further development of social rights and social policy at the level of the Union stand out.

With its provisions, the Lisbon Treaty has expanded and strengthened European social model, first by introducing new values of the Union, thus expanding the existing list of objectives in the field of social policy. First of all, the TEU has expanded the list of values in Article 6 (now Article 2) according to which the Union is based on values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the

45 The Agreement on Social Policy states the following socio-political objectives:

- Improving employment,
- Improving living and working conditions,
- Providing adequate social protection,
- Social dialogue,
- Human resources development,
- Fight against social exclusion.

46 This legal act was signed on October 29, 2004, but did not enter into force because it was not ratified by two Member States, France and the Netherlands, which refused to ratify it in referendums.

rights of persons belonging to minorities (values of respect for human dignity and equality were additionally introduced). Then in the same Article 2 it is stated that these values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail. The greater significance of the social dimension of the EU thus confirmed is also visible in the next Article 3 para. 3. TEU according to which the Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance. It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child. It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among member states. It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced. It can be clearly concluded from these provisions that the Union refers to a greater connection between economic and social issues, especially bearing in mind that the interdependence of economic and social policy has come to the fore through the Union's previous activities.⁴⁷ In order to find the right answers to the crisis in the labour market, the EU has recognized the need to adapt legislation in the field of labour and social policy to economic changes, given the identification of the EU as a social market economy.

In addition to the already mentioned changes related to the values and goals of the Union, there are other significant innovations. The Lisbon Treaty gave the EU Charter of Fundamental Rights of the European Union the same legal force as the Treaty has, formally recognized the role of the social partners, incorporated an open method of coordination into the Treaty's provisions, and recognized public services of general interest (Protocol No. 9). Also, the previous Title XI on social policy was renamed, so instead of the Title "Social policy, education, vocational training and youth" a new Title X was introduced in the TFEU marked as "Social policy".⁴⁸ It is also important, in the context of emphasizing the importance of the social dimension of the EU in the provisions of the Lisbon Treaty, that under the Title II, entitled „Provisions having general application“ in the TFEU, it is stated that, *inter alia*, in Article 8. in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women. Also according to the Article 9. in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health, and in the Article 10. it states that in defining and implementing its policies and

⁴⁷ See: Barnard, *op.cit.*, p. 27.

⁴⁸ See: Vuković, *op.cit.*, pp. 277-279.

activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. In Article 4, para. 2. of the TFEU shared competence between the Union and the Member States shall apply, inter alia, in the field of social policy for the aspects set out in that Treaty. In accordance with Article 2, para. 2. TFEU when the Treaties confer on the Union a competence shared with the Member States in a specific area, the Union and the Member States may legislate and adopt legally binding acts in that area. The Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence. The Member States shall again exercise their competence to the extent that the Union has decided to cease exercising its competence. These provisions represent progress in regulating social policy at the EU level.

Furthermore, Article 5 (1) of the TEU (former Article 5 TEC) states that the limits of the Union competences are governed by the principle of conferral. The use of the Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. In the paragraph 2. of the same Article it is stated that under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States. Paragraph 3. states that under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level. The institutions of the Union shall apply the principle of subsidiarity as laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality. National Parliaments ensure compliance with the principle of subsidiarity in accordance with the procedure set out in that Protocol. According to the paragraph 4. under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties. The institutions of the Union shall apply the principle of proportionality also in accordance with the above mentioned Protocol. Further application of the principles of subsidiarity and proportionality, which is even more stressed with the Lisbon Treaty, could only hinder the adoption of legislation at EU level, given that the Protocol on the Application of These Principles provides for a complex procedure for its application, weakening the role of the Commission and strengthening control over their implementation. This could also have a negative impact on the regulation of social policy at the EU level, which has long resisted the effort to regulate at the Union level with legally binding force.⁴⁹

“However, these provisions do not in themselves give the Union the right

49 See closer: Weiss M., Introduction to European Labour Law: European Legal Framework, EU Treaty Provisions and Charter of Fundamental Rights. In: Schlachter M (ed) EU Labour Law: A Commentary. Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015., pp. 7-8.

to adopt regulations in the social sphere that would be binding on the Member States and harmonize national social legislation. The general provisions of the Treaty can only serve as a means of interpreting existing EU secondary legislation concerning social issues.”⁵⁰

A Protocol on the exercise of shared competence (Protocol No 25) was added to the Treaties, and contains only one article, which states that with reference to Article 2(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union on shared competence, when the Union has taken action in a certain area, the scope of this exercise of competence only covers those elements governed by the Union act in question and therefore does not cover the whole area.

The area of social policy as previously mentioned is now covered by a special title in Chapter X TFEU, named “Social policy”. Accordingly, the Article 151 (formerly Article 136 TEC) states that The Union and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion. To this end the Union and the Member States shall implement measures which take account of the diverse forms of national practices, in particular in the field of contractual relations, and the need to maintain the competitiveness of the Union economy. They believe that such a development will ensue not only from the functioning of the internal market, which will favour the harmonisation of social systems, but also from the procedures provided for in the Treaties and from the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action. The Lisbon Treaty did not make major changes to the provisions on European social dialogue. Formal recognition of the role of the social partners is established in accordance with Articles 152, 154 and 155 TFEU. According to Article 152. the Union recognises and promotes the role of the social partners at its level, taking into account the diversity of national systems. It shall facilitate dialogue between the social partners, respecting their autonomy. The Tripartite Social Summit for Growth and Employment shall contribute to social dialogue.⁵¹

Article 153 para. 1. TFEU (formerly Article 137 TEC) clearly defines the EU’s competences in the field of social affairs, by emphasizing that with a view to achieving the objectives of Article 151, the Union shall support and complement the activities of the member states in the following fields:

(a) improvement in particular of the working environment to protect workers’ health and safety;

50 Sokol T., *Europska socijalna politika*. In: Mintas H. Lj (ed) *Europska unija*. Mate d.o.o., Zagreb, 2010., p. 486.

51 See: Vuković, op.cit., p. 279.

- (b) working conditions;
- (c) social security and social protection of workers;
- (d) protection of workers where their employment contract is terminated;
- (e) the information and consultation of workers;
- (f) representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5;
- (g) conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory;
- (h) the integration of persons excluded from the labour market, without prejudice to Article 166;
- (i) equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work;
- (j) the combating of social exclusion;
- (k) the modernisation of social protection systems without prejudice to point (c).

In accordance with Article 153 para. 2. the European Parliament and the Council have two options:

- they may adopt measures designed to encourage cooperation between Member States through initiatives aimed at improving knowledge, developing exchanges of information and best practices, promoting innovative approaches and evaluating experiences, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States;

- they may adopt, in the fields referred to in paragraph 1(a) to (i), by means of directives, minimum requirements for gradual implementation, having regard to the conditions and technical rules obtaining in each of the Member States. Such directives shall avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings.

The European Parliament and the Council shall act in accordance with the ordinary legislative procedure after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. In the fields referred to in paragraph 1(c), (d), (f) and (g), the Council shall act unanimously, in accordance with a special legislative procedure, after consulting the European Parliament and the said Committees. The Council, acting unanimously on a proposal from the Commission, after consulting the European Parliament, may decide to render the ordinary legislative procedure applicable to paragraph 1(d), (f) and (g).

In accordance with Article 153 para. 3. a Member State may entrust management and labour, at their joint request, with the implementation of directives adopted pursuant to paragraph 2, or, where appropriate, with the implementation of a Council decision adopted in accordance with Article 155. In this case, it shall ensure that, no later than the date on which a directive or a decision must be transposed or implemented, management and labour have introduced the necessary measures by agreement, the Member State concerned being required to

take any necessary measure enabling it at any time to be in a position to guarantee the results imposed by that directive or that decision.

In accordance with Article 153 para. 4. the provisions adopted pursuant to this Article: — shall not affect the right of Member States to define the fundamental principles of their social security systems and must not significantly affect the financial equilibrium thereof, — shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures compatible with the Treaties.

In accordance with Article 153 para. 5. the provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs.

This exclusion we can explain by the genesis of the Social Protocol to the Maastricht Treaty, because the European social partners did not want the European legislator to interfere in their affairs.⁵²

According to Article 154 TFEU (formerly Article 138 TEC) in para. 1. the Commission shall have the task of promoting the consultation of management and labour at Union level and shall take any relevant measure to facilitate their dialogue by ensuring balanced support for the parties. According to paragraph 2. to this end, before submitting proposals in the social policy field, the Commission shall consult management and labour on the possible direction of Union action. In accordance with paragraph 3. if, after such consultation, the Commission considers Union action advisable, it shall consult management and labour on the content of the envisaged proposal. Management and labour shall forward to the Commission an opinion or, where appropriate, a recommendation. According to paragraph 4. on the occasion of the consultation referred to in paragraphs 2 and 3, management and labour may inform the Commission of their wish to initiate the process provided for in Article 155. The duration of this process shall not exceed nine months, unless the management and labour concerned and the Commission decide jointly to extend it.

According to Article 155 TFEU (formerly Article 139 TEC) in paragraph 1. should management and labour so desire, the dialogue between them at Union level may lead to contractual relations, including agreements. According to same article, paragraph 2. Agreements concluded at Union level shall be implemented either in accordance with the procedures and practices specific to management and labour and the Member States or, in matters covered by Article 153, at the joint request of the signatory parties, by a Council decision on a proposal from the Commission. The European Parliament shall be informed. The Council shall act unanimously where the agreement in question contains one or more provisions relating to one of the areas for which unanimity is required pursuant to Article 153(2).

In conformity with Article 156 TFEU (ex Article 140 TEC) with a view to achieving the objectives of Article 151 and without prejudice to the other provisions

⁵² Weiss, op.cit., p. 7.

of the Treaties, the Commission shall encourage cooperation between the Member States and facilitate the coordination of their action in all social policy fields under this Chapter, particularly in matters relating to: — employment, — labour law and working conditions, — basic and advanced vocational training, — social security, — prevention of occupational accidents and diseases, — occupational hygiene, — the right of association and collective bargaining between employers and workers. To this end, the Commission shall act in close contact with Member States by making studies, delivering opinions and arranging consultations both on problems arising at national level and on those of concern to international organisations, in particular initiatives aiming at the establishment of guidelines and indicators, the organisation of exchange of best practice, and the preparation of the necessary elements for periodic monitoring and evaluation. The European Parliament shall be kept fully informed. Before delivering the opinions provided for in this Article, the Commission shall consult the Economic and Social Committee.

According to Article 157 para. 1. TFEU (former Article 141 TEC) each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied. In paragraph 2. it is stated that for the purpose of this Article, ‘pay’ means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer. Equal pay without discrimination based on sex means: (a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement; (b) that pay for work at time rates shall be the same for the same job. According to para. 3. the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to ensure the application of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the principle of equal pay for equal work or work of equal value. According to para. 4. with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any member state from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

According to Article 158 TFEU (ex Article 142 TEC) Member States shall endeavour to maintain the existing equivalence between paid holiday schemes. According to Article 159 TFEU (ex Article 143 TEC) the Commission shall draw up a report each year on progress in achieving the objectives of Article 151, including the demographic situation in the Union. It shall forward the report to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee. According to Article 160 TFEU (ex Article 144 TEC) the Council, acting by a simple majority after consulting the European Parliament, shall establish a Social Protection Committee with advisory status to promote cooperation on social

protection policies between Member States and with the Commission. The tasks of the Committee shall be: — to monitor the social situation and the development of social protection policies in the Member States and the Union, — to promote exchanges of information, experience and good practice between Member States and with the Commission, — without prejudice to Article 240, to prepare reports, formulate opinions or undertake other work within its fields of competence, at the request of either the Council or the Commission or on its own initiative. In fulfilling its mandate, the Committee shall establish appropriate contacts with management and labour. Each member state and the Commission shall appoint two members of the Committee.

According to Article 161 TFEU (ex Article 145 TEC) the Commission shall include a separate chapter on social developments within the Union in its annual report to the European Parliament. The European Parliament may invite the Commission to draw up reports on any particular problems concerning social conditions.⁵³

In the provisions 162–164 TFEU (ex Article 146–148 TEC) European Social Fund has been regulated. This Fund is very important for making the employment of workers easier and increasing their geographical and occupational mobility within the Union.

The Treaty of Rome already established the European Social Fund, with the task of creating opportunities for improving employment and easier territorial and professional mobility of the labour force.⁵⁴

In comparison with the beginning of the European project when social policy was not on the agenda of the Community, we can say that a great progress has been made so far, because the legal framework has changed significantly, and the results of the European legislator are quite notable.⁵⁵

Despite some difficulties in making hard law in the area of social policy, the EU's role in this area is much stronger than it was in the EEC.⁵⁶

53 More about the various aspects of setting up a Social Constitutionalism, as well as promoting labour force participation after Lisbon see: Dagmar S, Ulrike L, Hildegard S (eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*. Cambridge University Press, 2011.; Christian v. S. et al., *Life After Lisbon, Europe's Challenges to Promote Labour Force Participation and Reduce Income Inequality*. RAND Europe, 2011.

54 See: Rizvanović Edin, *Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu*, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005, pp. 31-32.

55 Weiss, op.cit., p. 26.

56 Weiss, op.cit., p. 26.

5. The future of social development in the EU27

In early 2017, the European Commission adopted a White Paper on the Future of Europe - Considerations and Scenarios for the EU27 to 2025.⁵⁷ This document was adopted at a time when growing insecurity and distrust of EU citizens in its successful operation, as a result of economic, financial and social crisis has also hit the EU in recent years. This document presents five possible scenarios for Europe 2025⁵⁸, with the aim of leading a debate among Member States on the future of Europe, and encouraging them to think about them and decide together which combination of characteristics of these five scenarios they believe would be the best solution in the interest of the citizens of the Union.⁵⁹

Also, a little later in the field of employment and social security, a document called the Review Paper on the Social Dimension of Europe⁶⁰ was adopted. In this document, three options for Europe's social future are presented, as follows: - limiting the "social dimension" to free movement; on the contrary, those who want more do more in terms of social issues; or the EU-27 could work together to strengthen the social dimension. The document states that the chosen political option will have consequences that go beyond social issues, including Europe's competitiveness, its ability to take advantage of and shape globalization, the stability of economic and monetary union, cohesion within the Union and solidarity among its inhabitants. It was also indicated that each policy option should also be considered in the light of the challenges identified, questioning where action at EU level can provide added value. It was also explained that since each of the three options offers many concrete proposals for action, challenges must be taken into account in selecting possible instruments, and that most examples from the second option apply to the third option and vice versa.⁶¹

Then, the next step towards strengthening social Europe was the adoption of the document European Pillar of Social Rights⁶². The European Pillar of Social Rights was first announced in 2015. The European Pillar of Social Rights was

57 White Paper on the future of Europe - reflections and scenarios for the EU27 by 2025, European Commission COM(2017) 2025 of 1 March 2017.

58 Scenario 1: Carrying On, Scenario 2: Nothing but the Single Market, Scenario 3: Those Who Want More Do More, Scenario 4: Doing Less More Efficiently, Scenario 5: Doing Much More Together. See: White Paper on the future of Europe - reflections and scenarios for the EU27 by 2025, op.cit., pp. 15-25.

59 Ibid., p. 15.

60 Reflection paper on the Social Dimension of Europe, European Commission COM(2017) 206 of 26 April 2017.

61 Ibid., p. 25.

62 The European Parliament, the Council and the Commission, European Pillar Of Social Rights, available at: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf [17. april 2019].

first announced by President Juncker in a speech he gave on the state of the Union in 2015, and the Commission then presented it in April 2017. On 17 November 2017, European Union leaders solemnly proclaimed the European Pillar of Social Rights at the Fair Employment and Growth Summit in Gothenburg, Sweden. This document sets out 20 principles and rights that are key to achieving fair and functional labour markets and social systems in 21st century Europe. This is the first set of rights proclaimed by the EU institutions since the adoption of the Charter of Fundamental Rights. It is said that the pillar will help make the Union as ambitious as possible for the benefit of all citizens across the EU.⁶³ This document derives the principles of law in three main areas, as follows: equal opportunities and access to the labour market, fair working conditions, social protection and inclusion.⁶⁴ Fulfillment of the principles and rights of this Pillar is a shared responsibility of the institutions of the European Union, the Member States, the social partners and other stakeholders.⁶⁵

However, this Pillar does not bring major changes in terms of recognition of social rights in the EU, as it is a document that establishes a set of principles and is a soft law that is not legally binding on Member States. These principles should be respected and applied by states, but they do not legally bind them, as would be the case with a directive or regulation.⁶⁶ Due to this fact, the main bearer of this Pillar should be the social dialogue of the social partners. But it will not be easy because there is already disagreement between the social partners, since the representatives of the employers accept the Pillar as a good solution, while the trade union associations have a negative critical attitude, and it is unlikely that an agreement will be reached.⁶⁷

“There is a need for greater integration of the different social models of the Member States based on values that are considered to be common European values⁶⁸, as a way of creating and maintaining a European social model.”⁶⁹

Common European values are reflected through action as well as EU legislation, and in particular through new aspects of the partnership between the

63 See: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-6390_en.htm [16. april 2019].

64 See: European Commission, European Pillar of Social rights, op.cit., p.1.

65 Ibid., p. 2.

66 See: Hadžić, op.cit., pp. 220-221.

67 Ibid., p. 222.

This part of the paper where is analyzed the future of social development of the EU27 is presented according to: Hasanagić E., Uspostavljanje evropskog socijalnog modela, Sui Generis – naučno-stručni časopis o evropskim integracijama, Godina IV, Broj 6, Direkcija za evropske integracije, Sarajevo, 2019., pp. 97-99.

68 Common European values include: solidarity and cohesion, equal opportunities and the fight against all forms of discrimination, protection of health and safety at work, sustainable development and involvement in civil society. See: Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, Sarajevo, 2011., p. 127.

69 Hasanagić, op.cit., p. 101.

EU and the Member States. These aspects are also visible in the efforts to make the modernization of the labour market and the adjustment of social systems, the main components aimed at creating an environment full of employment, growth and new jobs. Through integrated guidelines for growth and employment, as well as their link with social security coordination at EU level, cooperation between Member States in finding appropriate solutions to share risks and responsibilities between the state and citizens is increasing.⁷⁰

6. Conclusion

Policy making is a special process that involves meeting certain conditions and implementing the appropriate stages in the process, which involves the action of several different actors. In the EU, public policies are also created and implemented, under the auspices of European institutions that operate within established competencies. It turned out that the actors of public policies of the EU are its central institutions, as the main carriers of creative legislative activity and implementation of EU legislation, but also its other institutions, various committees and the like. Therefore, the process of creating public policies is not reserved only for the domain of nation states, but is also realized at the level of various organizations such as the EU.

Social policy is one of the national public policies under the influence of the European legislator, because the EU by adopting regulations (hard law and soft law) in the field of social policy also affects the creation of national social policies of the Member States, because their policies must be adjusted to the regulations, that is the standards and principles of the EU. Over time, social policy has developed and strengthened within the EU, and has moved from a marginalized position to a more significant place in the process of European integration especially after the entry into force of the Lisbon Treaty. In the beginnings of the European integration processes, economic issues had priority, while the social rights in the EU did not have a significant place in that process. It was considered that the development of economic aspects of integration would simultaneously address social rights that would arise in the EU. Despite the strengthening of the EU social policy, this is still an area that is a protected zone of the member states, although it is included in the shared competence between the EU institutions and the Member States. Certain important areas of social policy remain excluded from the EU competences. Thus, the Strategy Europe 2020 promotes the “European social model”, but primarily focused on the use of soft law instruments. Consequently, the instruments of coordination of national policies of the Member States, cooperation and development of good practices between the Member States are in use in the EU legal system.

The Lisbon Treaty has made a significant contribution to the further

70 See: Gradašević-Sijerčić, 2011., op.cit., p. 127.

development of social rights and social policy at the EU level. With its provisions, it has expanded and strengthened the European social model, first through the introduction of new values of the Union, thus expanding the existing list of goals in the field of social policy. The Lisbon Treaty gave the EU Charter of Fundamental Rights of the European Union the same legal force as the Treaty has, then formally recognized the role of the social partners, incorporated an open method of coordination into the Treaty's provisions, and recognized public services of general interest (Protocol No. 9). Also, the previous Title XI on social policy was renamed, so that instead of the title "Social policy, education, vocational training and youth" a new Title X was introduced in the TFEU marked as "Social policy". It is also important, in the context of emphasizing the importance of the social dimension of the EU in the provisions of the Lisbon Treaty that Chapter II, entitled "Provisions having general application" in the TFEU, inter alia, states in the Article 8. that in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women, and according to the Article 9. in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health.

After having analyzed in this paper in more detail the relevant provisions of the Lisbon Treaty, it can be concluded that after its entry into force there has been a significant shift in the regulation of social rights at the Union level towards its greater and stronger regulation.

References

1. Babić Krešić I., Javne politike u procesu globalizacije i europeizacije i politika zapošljavanja. *Nova prisutnost* 12, 2014., 3: 413-430
2. Barbier Jean-Claude, Tracing the fate of EU "social policy": Changes in political discourse from the "Lisbon Strategy" to "Europe 2020", *International Labour Review*, Vol. 151 No. 4, (377-400), 2012.
3. Barnard C, *EU Employment Law*. Fourth Edition, Oxford University Press, 2012.
4. Butković H et al., Hrvatska i Europska unija – prednosti i izazovi članstva. In: Tišma S, Samardžija V, Jurlin K (eds) *Hrvatska i Europska unija – prednosti i izazovi članstva*. Institut za međunarodne odnose – IMO, Zagreb, 2012., p 107-113
5. Christian v. S. et al., *Life After Lisbon, Europe's Challenges to Promote Labour Force Participation and Reduce Income Inequality*. RAND Europe, 2011.

6. Craig P., Gráinne d. B., EU Law: Text, Cases, and Materials, 5th edn. Oxford University Press, 2011.
7. Dagmar S, Ulrike L, Hildegard S (eds), European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon. Cambridge University Press, 2011.
8. Geyer R. R, Exploring European Social Policy. Polity Press, London, 2000.
9. Gradašćević-Sijerčić J., Radno zakonodavstvo BiH u svjetlu načela komunitarnog radnog prava. Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, broj XLIX, Sarajevo, 2006., 123-148
10. Gradašćević-Sijerčić J., Pravo socijalne sigurnosti u Evropskoj uniji, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIV, Sarajevo, 2011., (113-144)
11. Hadžiahmetović A., Ekonomija Evropske unije. University Press: Magistrat, Sarajevo, 2011.
12. Hadžić M., Evropski stup socijalnih prava. Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 2017., LX: 199-225
13. Hasanagić E., Uspostavljanje evropskog socijalnog modela, Sui Generis – naučno-stručni časopis o evropskim integracijama, Godina IV, Broj 6, Direkcija za evropske integracije, Sarajevo, 2019., (85-105)
14. Herdegen M., Europarecht. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Europsko pravo. (trans: Edita Čulinović Herc ... et al.) Rijeka, 2002.
15. Marović J., Civilno društvo i javne politike. Zbornik Javne politike, Institut alternativa, Podgorica, 2014., 36-47
16. Mathijsen P.S.R.F., A Guide to European Union Law. 7th edn, Sweet & Maxwell, London, 1999.
17. McCormick J., The European Union: Politics and policies. 2nd edn, Westview Press, 1999.
18. Petak Z, Europeizacija javnih politika u Hrvatskoj. In: Puljiz V, Ravlić S, Visković V (eds) Hrvatska u Evropskoj uniji. Kako dalje? Centar za demokraciju i pravo »Miko Tripalo«, Zagreb, 2012., 17-41
19. Rentea Georgiana-Cristina, Mobility within the European Union and the Access to Social Benefits: Challenges of Social Policies, Revista de Asistenta Sociala, anul XIV, 2015., nr. 3, (99-107)
20. Rizvanović Edin, Državna pomoć u zemljama Evropske unije: iskustva za Bosnu i Hercegovinu, Fojnica: Štamparija „Fojnica“, 2005.

21. Rizvanović Edin, Željko Batinović, Bosanskohercegovački integracijski put: izazovi u ispunjenju pravnog i ekonomskog kriterija, Mostar: Print Team, 2020.
22. Ross G, The Revenge of Neglected Issues: EU Founders and Social Policy, French Politics, Culture & Society, Vol. 29, 2011., No. 2, (90-102) p. 90. Available at: <http://www.berghahnjournals.com/view/journals/fpcs/29/2/fpcs290207.xml?pdfVersion=true> [31. januar 2019].
23. Rutkauskiene L., Social Policy in the European Union: Variety and Challenges. Public Administration, Vol. 1/2, 2010., Issue 25/26: 26-33
24. Shaw J., Law of the European Union. 3rd edn, Palgrave Law Masters, 2000.
25. Sokol T., Europska socijalna politika. In: Mintas H. Lj (ed) Europska unija. Mate d.o.o., Zagreb, 2010., p 477-506
26. Vuković D., Socijalna politika Evropske unije. Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2011.
27. Weiss M., Introduction to European Labour Law: European Legal Framework, EU Treaty Provisions and Charter of Fundamental Rights. In: Schlachter M (ed) EU Labour Law: A Commentary. Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015., p 3-27
28. Žiljak T., Javne politike, Zbornik Javne politike, Institut alternativa, Podgorica, 2014., p 7-19
29. Commission of the European Communities, Growth, Competitiveness, Employment: The Challenges and Ways Forward into the 21st Century - White Paper. COM (93) 700, 5. December 1993.
30. Commission of the European Communities, European Social Policy: Options for the Union - Green Paper, COM (93) 551, 17. November 1993.
31. Commission of the European Communities, European Social Policy - A Way Forward for the Union - A White Paper. COM (94) 333, 27. July 1994.
32. European Commission (2010) Communication from the Commission: Europa 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth. Brussels, COM(2010)2020 final.
33. European Commission (2010) Communication from the Commission: Europa 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth. Brussels, COM(2010) 2020 final.
34. Charter of Fundamental rights of the European Union, OJ C 364, 18.12.2000.

35. Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC)
36. Treaty establishing the European Economic Community
37. Treaty on European Union (Treaty on Maastricht), from 7.2.1992., OJ C 191 of 29.7.1992.
38. Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts - Final Act, Official Journal C 340, 10/11/1997.
39. Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, Official Journal C 080, 10/03/2001.
40. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007, Official Journal C 326, 26/10/2012; or Consolidated version of the Treaty on European Union OJ C 202, Volume 59, 7.6.2016; Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 202, Volume 59, 7.6.2016.
41. White Paper on the future of Europe - reflections and scenarios for the EU27 by 2025, European Commission COM(2017) 2025 of 1 March 2017.
42. Reflection paper on the Social Dimension of Europe, European Commission COM(2017) 206 of 26 April 2017.
43. The European Parliament, the Council and the Commission, European Pillar Of Social Rights, available at: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf [17. april 2019].
44. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-6390_en.htm [16. april 2019].

SOCIJALNA PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI NAKON LISABONSKOG UGOVORA

Sažetak: Autorica u ovom radu analizira razvoj socijalnih prava u okviru Evropske unije, s posebnim osvrtom na promjene u ovoj oblasti nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. Na početku procesa evropskih integracija socijalna politika odnosno socijalna prava su bila marginalizirana, na način da su osnovni motivi nastanka Evropske unije bili ekonomske i političke prirode, dok su socijalna prava samo neznatno bila obuhvaćena osnivačkim ugovorima, te gotovo dominantno ostala u nadležnosti država članica. Situacija se, kasnijim razvojem integracijskih procesa, postepeno mijenjala, u pravcu šireg reguliranja socijalnih prava na nivou Evropske unije. U kontekstu socijalnih prava, socijalna politika je veoma važna, a tek u posljednje dvije decenije razvoja evropskih integracionih procesa socijalna politika postaje javna politika. Socijalna politika jedna je od nacionalnih javnih politika pod uticajem evropskog zakonodavca, jer Evropska unija usvajanjem propisa (tzv. čvrstog prava – *hard law* i mehkog prava – *soft law*) u oblasti socijalne politike djeluje i na stvaranje nacionalnih socijalnih politika država članica, jer njihove politike moraju biti prilagođene propisima, odnosno standardima i principima Evropske unije. Socijalna politika uvrštena je u podijeljenu nadležnost Evropske unije i država članica, za aspekte utvrđene u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Određene značajne oblasti socijalne politike isključene su iz nadležnosti Evropske unije. Lisabonski ugovor dao je veliki doprinos razvoju socijalne politike i socijalnih prava na nivou Evropske unije, regulirajući pojedine značajne aspekte uspostavljanja i razvoja socijalnih prava.

Ključne riječi: Evropska unija, javne politike, socijalna prava, socijalna politika, Lisabonski ugovor.

NEKI ASPEKTI PRAVA NA PRISTUP SUDU, KROZ PRIZMU PRAVA NA ZASTUPANJE U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

Sažetak: Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: Evropska konvencija) u članu 6. daje garanciju prava na pravično suđenje. Ovim članom utvrđeno je načelo vladavine prava na kome se temelji demokratsko društvo, te je istovremeno ukazano i na nezaobilaznu ulogu koju imaju sudovi u sprovođenju pravde. Članom 6. Evropske konvencije se garantuju procesna prava stranaka u građanskom parničnom postupku, kao i prava optuženog u krivičnom postupku.

Iako član 6. stav 1. Evropske konvencije garantuje “pravo na sud”, ovom odredbom nije direktno zajemčeno i pravo na pristup sudu. Stoga je pravo na pristup sudu izvedeno, implicirano pravo, utemeljeno u bogatoj praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud). Prema stavovima Evropskog suda nezamislivo je da se Evropskom konvencijom daju procesne garancije, a da najprije nije data garancija onoga što omogućava korištenje tih garancija. Pravo na pristup sudu je najznačajniji aspekt prava na pravično suđenje i ono je pretpostavka svih drugih garancija propisanih članom 6. st. 1. Evropske konvencije.

Pravo na pristup sudu iako nesporno, nije apsolutno pravo, što znači da je državama potpisnicama Konvencije ostavljeno na slobodno određivanje modela po pitanju ograničavanja tog prava. Ovo svakako ne znači da je nacionalnim zakonodavstvima ostavljena potpuna sloboda u pogledu ograničavanja tog prava.

Kako bi se član 6. Evropske konvencije primijenio u građanskom postupku, odnosno kako bi se Evropski sud upustio u razmatranje navoda podnosioca predstavke i izraženim stavovima po pitanju eventualnog kršenja konvencijskih prava, neophodno je utvrditi postojanje određenih pretpostavki. Najprije je nužno utvrditi postojanje spora oko nekog prava ili obaveze, prava ili obaveze moraju imati osnov u nacionalnom zakonodavstvu i u konačnici takvo pravo ili obaveza moraju biti građanske prirode.

S obzirom da pravo na pristup sudu predstavlja složen korpus prava, ovaj rad je fokusiran na neke aspekte prava na pristup sudu kroz prizmu prava na savjetovanje, odbranu i zastupanje u građanskim predmetima Evropskog prava, te će se u tom smislu analizirati savremeni pozitivnopravni akati, prvenstveno član 6., stav 1., te stav 3. tačke (b) i (c) Evropske konvencije i načinu poštivanja, odnosno kršenja ovog člana u nacionalnim pravnim sistemima država potpisnica Evropske konvencije sadržanoj u praksi Evropskog suda.

Ključne riječi: Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, pravo na pristup sudu, pravo na pravično suđenje, pravo na savjetovanje, odbranu i zastupanje

1. Uvod

O pravdi se u svakodnevnom životu, ali i literaturi često govori kao o idealu. Ideja pravde je stara koliko i čovječanstvo. Predmet je velikog broja filozofskih teza, a jedno od najstarijih filozofskih poimanja pravičnosti (equity) može se pronaći još u radovima Aristotela,¹ koji je pravičnost poimao kao "pravdu koja nadilazi pisani zakon". Jedna od osnovnih karakteristika zakona je njegova općenitost, te je upravo pravičnost ta koja inicira i omogućava uzimanje u obzir posebne okolnosti određene situacije. U pravno uređenim sistemima ideja pravde se implicira kroz propisivanje pravnih normi.

Ideal i ideja pravde se dostižu putem pravičnosti kroz koju se održava ostvarivanje ljudskih prava, koja kada govorimo o građanskom postupku pred sudom, svoje najdirektnije ostvarenje doživljava kroz ljudsko pravo na pravično suđenje. Propisana norma kojom se garantuje pravo na pravično suđenje nije dovoljna za dostizanje ovog cilja, bez njegovog podjednako bitnog elementa, njegove primjenljivosti, odnosno djelotvornosti. Bez mogućnosti da se primjeni, pravna norma postaje sama sebi svrha, odnosno "mrtvo slovo na papiru". Budući da je pravo na pravično suđenje kompleksno pravo, to se njegova primjenljivost ili djelotvornost manifestuje kroz više prava, koja objedinjuje.

Glavnu ulogu u dostizanju ideala i ideje pravičnosti, odnosno u zaštiti prava pojedinaca imaju sudovi. Kada je riječ o pravnim normama koje garantuju pravo na savjetovanje, odbranu i zastupanje u građanskim predmetima, ona su sadržana u pravu na pravično suđenje, koje svoje utemeljenje nalazi u velikom broju dokumenata, među kojima se nalazi i Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama,² i njen član 6. stav 1., kao i u praksi Evropskog suda za ljudska prava, pred kojim se štite garantovana prava i slobode, koje daje Evropska konvencija. Pravo na pravično suđenje sadržano u članu 6. Evropske konvencije sa pravnoteorijskog i praktičnog aspekta može biti rasčlanjeno na nekoliko konstitutivnih elemenata, iz kojih proizilazi više garantovanih prava.

1 Aristotel, "Nikomahova etika", Zagreb, Globus: Sveučilišna naklada liber, 1988., 5. poglavlje

2 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 Saveta Evrope (1949) o zaštiti sloboda i prava, donet 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.

2. Pozitivnopravni aspekt prava na pravično suđenje

Primjena ljudskih prava, odnosno garancija njihovog uživanja, zavisi od odgovarajućeg vršenja sudske funkcije, te je stoga uloga suda u ostvarivanju prava na pravično suđenje velika i široka. Pravičnost sudskog postupka, koje ima direktan uticaj na ostvarivanje prava na pravično suđenje, a samim time jednog od garantovanih prava na savjetovanje, odbranu i zastupanje, ima svoje značajno mjesto u međunarodnim dokumentima koji regulišu pitanja zaštite ljudskih prava.

Član 6. Evropske konvencije svoj osnov nalazi prvenstveno u odredbama Povelje o pravima, koji su amandmani na Ustav SAD iz XVIII³ koja reguliše isključivo pravo na pravično suđenje u krivičnim postupcima, za razliku od Evropske konvencije, koja u ovu garanciju pored krivičnih postupaka uključuje i odlučivanje o građanskim pravima i obavezama, ali su garancije kojima se štiti pravičnost postupka istovjetne.⁴

Za konstitucionalizaciju osnovnih ljudskih prava i sloboda jednako bitno je i usvajanje francuske Deklaracije o pravima čovjeka i građanina,⁵ koja je u članovima 7., 8. i 9. sadržavala elemente prava na poštenu, pravični postupak.

Internacionalizacija i proklamovanje ljudskih prava se vezuje za Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima⁶ koja ističe da „svako ima jednako pravo na pravično i javno suđenje od strane nezavisnog i nepristrasnog suda, u odlučivanju o njegovim pravima i obavezama i o svakom krivičnom postupku protiv njega”.⁷ Evropska konvencija jasno spominje i načelo javnosti, a u vezi sa pravom na pravično suđenje. Ovo načelo je opšteg karaktera, sa određenim izuzecima, propisujući da se javnost može isključiti „u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbjednosti u demokratskom društvu ili kada to nalažu zaštita

3 Prava čovjeka su detaljno obuhvaćena amandmanima na Ustav SAD iz 1787. godine, ratifikovanim 1791. godine, u Povelji o pravima

4 Čl. 6. st. 1. Evropske konvencija glasi: “Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s cijelog ili s dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbjednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde”.

5 Francuska deklaracija o pravima čovjeka i građanina najznačajniji je akt Francuske buržoaske revolucije kojeg je 26. avgusta 1789. godine usvojila narodna ustavotvorna skupština kao preteču prvog francuskog ustava. Huseinspahić, E:”Pravni značaj francuske deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789.godine”, Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija 2009. godine, Univerzitet Sinergija, Bijeljina, 2009., str.240. www.singipedia.singidunum.ac.rs, pristup 20.09.2020.

6 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima usvojena je 10. decembra 1948.godine, na Opštoj skupštini Ujedinjenih naroda na svom trećem zasjedanju u Parizu. Od tada se 10. decembar obilježava svake godine kao Dan prava čovjeka.

7 Čl. 10. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

privatnosti stranaka i u interesu maloljetnika, ili kada tako sud smatra za potrebno u posebnim okolnostima.⁸

Član 6. Evropske konvencije predstavlja najznačajniju odredbu međunarodnog prava kojom se garantuje pravo na pošteno suđenje ključno za ostvarenje vladavine prava.

Međutim, ovaj član je od prvobitne verzije do konačnog usvajanja doživio značajne promjene, jer je bio izražen u jednoj opštoj odredbi koja je sadržavala ograničeni broj prava koja se i danas garantuju tim članom. U prvobitnoj verziji je bilo definisano da član 6. obuhvata odredbe člana 10. i 11. Univerzalne deklaracije. Osnovna primjedba se odnosila na razliku u tumačenju pojma “građanska prava i obaveze” između zemalja common law i civil law sistema, obzirom da se u zemljama common law sistema pojam građanskih prava i obaveza ne može podvesti pod upravno pravo, pa je predložen izraz građanska prava i obaveze u skladu s pravom. Nakon unesenih daljnjih izmjena i prijedloga tzv. Alternativa B i B/2 sadržavala je precizne definicije prava i sloboda koje se štite članom 6. i velikim je dijelom odgovarala današnjem tekstu toga člana. Ova Alternativa je i prihvaćena, te je nakon određenih izmjena 3. novembra 1950.godine, Odbor pravnih stručnjaka proučio tekst Nacrta Evropske konvencije i izvršio pet promjena navedenoga teksta. Jedna od navedenih promjena bila je i vraćanje u engleski tekst člana 6. Evropske konvencije pojma “građanska prava i obaveze”. Evropska konvencija je nakon toga potpisana 4. novembra 1950.godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1953.godine nakon što ju je ratificiralo deset prvobitnih država članica, a član 6. dobio je današnji sadržaj.⁹ Međunarodni dokumenti ratifikacijom pred zakonodavnim organom vlasti postaju dio nacionalnog, odnosno domaćeg pravnog sistema, tako da je to slučaj, između ostalih, i sa Evropskom konvencijom u bosanskohercegovačkim pravnom sistemu.

Ovo posebno, jer se prema osnovnom načelu međunarodnog prava zaštita prava prvenstveno ostvaruje na nacionalnom nivou, odnosno pred domaćim sudskim organima. Danas skoro da ne postoji ustav koji ne reguliše zaštitu ljudskih prava, po čemu izuzetak nije niti Ustav Bosne i Hercegovine.¹⁰

Iako Evropa konvencija ne propisuje svoj status u nacionalnim pravnim sistemima zemalja potpisnica, ona propisuje obavezu usklađivanja pravnog sistema

8 Čl. 6. st. 1. Evropske konvencije (Evropska konvencija zahtijeva da se odluka javno proglasi)

9 U čl. 6. pripremljenih/radnih materijala uz Evropsku konvenciju zabilježeno je pozivanje na Opštu deklaraciju i Nacrt Međunarodnog pakta o ljudskim pravima koji je bio osnova za donošenje Međunarodnog pakta o političkim i građanskim pravima, usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. decembra 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), stupio na snagu 23. marta 1976. godine, te Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, usvojen rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A(XXI) od 16. decembra 1966. godine, a stupio na snagu 3. januara 1976. Godine.

10 Čl. 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.

u dijelu proklamovanja i garancija ljudskih prava. Iako je kod većine evropskih ustava, Evropskoj konvenciji dat status koji imaju međunarodni ugovori, Ustav Bosne i Hercegovine je značaj Evropske konvencije stavio ispred “svih ostalih zakona”, sa naglaskom na direktnu primjenu u Bosni i Hercegovini.¹¹

Što se tiče predmeta ovog rada, pravo na pristup sudu kroz prizmu prava na savjetovanje, odbranu i zastupanje, ona pripada konvencijskoj odredbi kojom se reguliše pravo na pravično suđenje, odnosno, procesnopravni aspekti pravičnosti iz člana 6. stav 1. Konvencije.

Uloga Evropskog suda je definisana u članu 19. Konvencije,¹² po kojoj je dužan da „obezbjedi poštovanje obaveza iz Konvencije”. Univerzalni karakter prava na pravično suđenje, koje obuhvata pravo na savjetovanje, odbranu i zastupanje je dobilo svoj nacionalni karakter u Ustavu Bosne i Hercegovine, kroz odredbu člana II tačka e.).¹³

3. Pojam rasprave (spora) o građanskim pravima i obavezama zaštićenih članom 6. stav 1. Evropske konvencije

Evropska konvencija izričito spominje da se njom štite građanska prava i obaveza. Garancije predviđene članom 6. stav 1. Evropske konvencije se odnose na raspravu, odnosno spor o građanskim pravima i obavezama, koji se sastoji iz više elemenata, odnosno više prava, koja se štite Konvencijom, a čije je značenje odredio Evropski sud u svojoj praksi, u skladu sa svojim nadležnostima da “obezbjedi poštovanje obaveza iz Konvencije”.

Ključni element, koji se spominje u okviru pojma „spor o građanskim pravima i obavezama” iz garancije člana 6. stav 1 Evropske konvencije, jeste neophodnost postojanja spora, čiji je predmet građansko pravo ili obaveza, nastao pred domaćim sudovima.

11 Čl. II, tač. 2. Ustava BiH: “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”. Član 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 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 s drugima, pravo na brak i zasnivanje porodice, pravo na imovinu, pravo na obrazovanje, pravo na slobodu kretanja i pribivališta.

12 Čl 19. Evropske konvencije glasi: “Da bi se obezbijedilo poštovanje obaveza iz ove Konvencije koje su prihvatile Visoke strane ugovornice obrazuju se: a) Evropska komisija za ljudska prava, b) Evropski sud za ljudska prava.

13 Katalog prava - Član II Ljudska prava i osnovne slobode tačka e) Pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom

Pojam "građanska prava i obaveze" odnosi se na običnu građansku parnicu sa dominantnim odlikama privatnog prava, kao što su sporovi između pojedinaca koji se tiču obligacionog prava, ugovora, porodičnog prava. Isto tako, član 6. stav 1. Evropske konvencije se može primjeniti i na sporove između pojedinaca i države u vezi sa pravima koja, u nekim pravnim sistemima, spadaju u javni, a ne u privatni domen prava, iako je to teže utvrditi.

Od samog početka Evropski sud je zauzeo stav da se na pitanje da li se spor odnosi na „građanska prava i obaveze“ ne može odgovoriti samo pozivajući se na ono što kaže zakon tužene države, tako da ovaj koncept u skladu sa Konvencijom ima autonomno značenje.¹⁴ Jasno je da bi svaki drugi pristup omogućio državama ugovornicama da osujete garancije pravičnog suđenja iz člana 6. stav 1., tako što bi jednostavno mogle da proglase određene dijelove prava "javnim" ili "administrativnim" čime bi se stvorila pravna nesigurnost u zaštiti prava na pravično suđenje garantovano Konvencijom. Klasifikacija spora prema nacionalnom zakonu je važna, ali nije odlučujuća za Sud kada odlučuje da li se član 6. može primijeniti u konkretnom slučaju. To znači, da neki sudski postupci za koje su nadležni redovni sudovi, neće potpadati pod član 6., i obrnuto, neki postupci koji su prema nacionalnom zakonu klasifikovani kao upravni ili disciplinski se mogu od strane Suda smatrati da spadaju u okvir člana 6. Evropske konvencije.

U bosanskohercegovačkoj pravnoj teoriji, spor se smatra stanjem u materijalno-pravnim odnosima do koga dolazi zbog neizvjesnosti u sadržaju prava i obaveza koje proizilaze za subjekte tog odnosa ili usljed povrede prava i obaveza.¹⁵ Spor nastao povodom građanskih prava i obaveza se može rješavati mirnim putem, a kada jedan od suprotstavljenih subjekata zatraži sudsku zaštitu, tada dolazi do parnice, odnosno procesno-pravnog odnosa koji se rješava u parničnom postupku pred nadležnim sudom.

S druge strane, postoje građanskopravna pitanja koja se rješavaju u parničnom postupku iako nisu sporna, kao što je slučaj kod sporazumnog razvoda braka. U svakom slučaju, postojanje parnice određuje "oprečnost interesa parničnih stranaka, koja rađa nov kvalitet: generiranje postupka i donošenje sudske odluke u sporu".¹⁶ Ukoliko po pitanju određenja pojma spora o građanskim pravima i obavezama postoje razlike između nacionalnog prava i stavova prakse Evropskog suda, tada bi država potpisnica Evropske konvencije, eventualno

14 Prema praksi Evropskog suda pitanje da li se u konkretnom slučaju spor odnosi na građanska prava i obaveze predstavlja "autonoman pojam koji treba odrediti u skladu sa općim i objektivnim načelima, pri čemu je moguće uzeti u obzir i pravne sustave drugih država članica." Uzelac, A.: "Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog postupka" iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, v.19 Supplement, str.12. <http://www.alanuzelac.from.hr.pdf>

15 Čalić, B., Omanović, S.: "Građansko procesno pravo", Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000.str.28.

16 Omanović, S.: "Civil procedure –radovi", University Press Sarajevo 2003./04.str.26.

trebalo da rješenja svog nacionalnog zakonodavstva uskladi sa rešenjima koje sadrži Konvencija.

4. Neki aspekti prava na pošteno suđenje iz člana 6. Evropske konvencije u praksi Evropskog suda

4.1. Općenito o pravu na pošteno suđenje

Pravo na pravično (pošteno, fair) suđenje najvažnije je procesno ljudsko pravo. O značaju ovog procesnog prava, pored velikog broja presuda pred evropskim sudom, donesenim upravo po pitanju kršenja prava govori i činjenica da je član 6. Evropske konvencije nazvan upravo "Pravo na pošteno suđenje". Pravo na pošteno suđenje u praksi Evropskog suda za ljudska prava razvijalo se i širilo postepeno, tako da se danas u literaturi često svrstava pod pojam autonomnog tumačenja suda.¹⁷ Prema današnjem stanju prakse Evropskog suda u Strasbourgu, a uzimajući u obzir sistematiku iz savremenih 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)."¹⁸

Tumačeći konvencijske odredbe, Evropski sud utvrđuje postojeće, te stvara nove temeljne standarde za države potpisnice Evropske konvencije. U metodi autonomnog tumačenja odražava se „gotovo ustavna priroda Evropske konvencije“.¹⁹

To je posebno značajno za član 6. Evropske konvencije, odnosno pravo na pošteno suđenje koje ono garantuje.

Kako je to jedno od prava na koje su se podnositelji najviše pozivali pred Evropskim sudom, stvorena je vrlo obimna i šarolika praksa u pogledu njegovog

17 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., str. 12.(dalje: UZELAC, op.cit.)

18 Uzelac, A.: "Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010. str.2.

19 Grbić, S., Bodul, D: "O ustavnim i konvencijskim dvojabama uz Zakon o stečaju... " Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 4/2016., str. 1011. (dalje: GRBIĆ-BODUL, op.cit.)

tumačenja. Tako su se u sudskoj praksi Evropskog suda razvili opći elementi poštenog suđenja, koji nisu direktno garantovani u odredbama člana 6. Evropske konvencije

Ta prava i načela nazivaju se inherentnim, neartikuliranim²⁰, odnosno “prešutnim” pravima i načelima iz člana 6.²¹

4.2. Pravo na praktičan i učinkovit pristup sudu

Pravo na pristup sudu ne proističe direktno iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije, već je razvijeno u praksi Evropskog suda, te je ono jedno od prešutnih prava i radi se o pravu koje se odnosi na stranke. Pod njim se podrazumijeva pravo pojedinca da svoju pravnu stvar iznese pred sud bez bilo kakvih zakonskih i faktičkih ograničenja. Od prava na pristup sudu zavisi ostvarenje svih ostalih prava garantovanih odredbama člana 6. stav. 1. Evropske konvencije, jer ukoliko nema praktičnog i djelotvornog pristupa sudu, ovaj član postaje besmislen. Pravo na pristup sudu “osnov je slobode i vladavine prava” što je i navedeno u Preambuli Evropske konvencije kao dio “zajedničkog nasljeđa” država članica Vijeća Evrope. Drugačije tumačenje ovog prava bilo bi u suprotnosti s opšte priznatim načelom zakonitosti.

U pogledu prava na pristup sudu osnovni presedan donio je slučaj ***Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva***²² u kojem se radilo o tome da je jedan zatvorenik namjeravao da tuži zatvorskog čuvara zato što ga je ovaj optuživao za navodno učešće u pobuni zatvorenika. Uprava zatvora nije dozvolila susret tom zatvoreniku sa njegovim advokatom u svrhu podnošenja takve tužbe, te je podnošenje tužbe izostalo.

Razmatrajući predstavku podnosioca, Evropski sud je najprije zaključio da se u konkretnom slučaju radilo o građanskom pravu, budući da je riječ o namjeri da se podnese građanska tužba za klevetu. Ključni dio obrazloženja je sadržan u stavu Evropskog suda u kojem je utvrdio: “Kada bi član 6. stav 1. bio shvaćen kao nešto što se isključivo odnosi na vođenje postupka koji je već pokrenut pred sudom, države ugovornice bi mogle bez povrede odredaba ovog člana eliminisati svoje sudove, ili im oduzeti njihovu nadležnost rješavanja sporova u građanskim predmetima i tu nadležnost povjeriti tijelima ovisnima o vladi... Prema mišljenju Evropskog suda, bilo bi neshvatljivo da član 6. stav 1. detaljno opisuje procesna prava koja stranke imaju u parnici u toku, a da prvo ne zaštititi ono što samo po sebi omogućava korist od takvih garancija, tj. pristup sudu.” Potom je, kao ključnu tačku tumačenja, Evropski sud uzeo činjenicu da, iako jezičkim tumačenjem član 6 Evropske konvencije ne predviđa pravo na pristup sudu, ta norma štiti ona prava

20 Mihelčić, G: “Neujednačenost sudske prakse kao uzrok povrjeđivanja prava na pošteno suđenje (s dvije crtice o zastari)” *Evropska revija za pravo osiguranja*, Zagreb, br. 2.2018., str. 33.

21 GRBIĆ-BODUL op.cit., str. 1011.

22 Presuda ESLJP *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 4451/70, 1975.

koja su proistekla iz iste zamisli i stoga, uzeta zajedno, čine jedno pravo, koje u tekstu nije posebno određeno u uskom smislu te riječi.

Između ostalog Evropski sud je utvrdio da član 6. st. 1. Evropske konvencije "obezbjeduje svakom pravo da o zahtjevu u vezi sa svojim građanskim pravima i obavezama odlučuje sud, te je zaključio da "iako se pravo na pravično, javno i ekspeditivno suđenje primjenjuje samo na postupke koji su u toku, otud ipak ne proističe da je samo pokretanje postupka time isključeno". Evropski sud smatra "... da člana 6. osigurava svakome pravo na podnošenje tužbe sudu zbog povrede njegovih građanskih prava i obaveza, tako da on obuhvata pravo na sud, a pravo pristupa sudu, tj. pokretanje postupka pred sudom, predstavlja samo jedan njegov dio."

Stoga je Evropski sud utvrdio povredu prava iz člana 6 Evropske konvencije u navedenom predmetu, koji je postao presedan sa načelnim pravnim stanovištima o pravu na pristup sudu koja primjenjuje u presudama. Dakle, karakteristike kao što su pravičnost, javnost i ekspeditivnost sudskog postupka ne bi imali nikakve vrijednosti ukoliko sudski postupak ne bi mogao da se pokrene. Stoga, iako pravo pristupa sudu nije eksplicitno navedeno u članu 6. Evropske konvencije, ono predstavlja proizvod sudske prakse Evropskog suda, bez kojeg ne bi bilo moguće uživanje u drugim garancijama propisanim ovom odredbom.

Pravo na pristup sudu je regulisano i na međunarodnom, i na nacionalnom nivou, prvenstveno kao jedan od najvažnijih aspekata prava na pravično suđenje, koje se ugrađuje u temelj demokratski uređenog društva i vladavine prava.²³ Pravo na sud garantuje se u svim slučajevima u kojima se radi o odlučivanju o spornim pravima i obavezama građanske prirode, bez obzira da li se radi o privatnopravnim ili javnopravnim odnosima.²⁴

Iako Evropska konvencija izričito nije predviđjela da li se pravo na pristup sudu odnosi na redovni postupak i/ili postupak po vanrednim pravnim lijekovima, prema mišljenju pravnih stručnjaka, na određeni način član 6. Evropske konvencije preuzima funkciju čl. 13. Konvencije - pravo na djelotvoran pravni lijek, tako da u slučajevima ako domaće pravo ne pruža mogućnost sudske revizije, pri čemu se misli na pravo suda da ispita svaki zahtjev, da se zaključiti da postoji kršenje prava garantovanih čl. 6. Konvencije.²⁵

23 Preporuka R (81) 7 Komiteta ministara državama članicama o mjerama koje omogućavaju pristup sudu <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>, od dana 09.08.2015. godine;

24 Prema mišljenju nekih pravnih stručnjaka "privatno pravo ne može da postoji bez javnog prava, tačnije, prilikom zaštite privatnog interesa ne može se isključiti i zaštita javnog interesa, zaštita privatnog interesa se kreće uvek u granicama javnog prava. Zbog toga su kriterijumi razgraničenja privatnog od javnog prava nejasni." Pađen, I.: "Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, br. 3-4, 2007, str. 456.

25 Huseinbegović, A., Haubich, V., Rechner, E.: "Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtnom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka", Godišnjak Pravnog fakulteta, tematski broj sa naučne konferencije, "Zaštita ljudskih prava u BiH", god. II, br. 3., Mostar, 2019. str. 43.

Svako ima pravo da zakonom ustanovljen neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama.²⁶Ovo podrazumijeva zakonom uređeno građansko procesno pravo kako u organizacijskom tako i u funkcionalnom smislu.

4.3. Pravo na pristup sudu i pravna pomoć

U određenim okolnostima nužna je stručna pravna pomoć kojom se pojedincu osigurava uživanje prava na pristup sudu. Kada je riječ o osobama koje nemaju sredstava za plaćanje pravne pomoći taj je zahtjev moguće ispuniti tako da im se dodijeli besplatna pravna pomoć.

Pitanje prava na pravnu pomoć, koje je dio prava na pristup sudu, mora biti djelotvorno, te se može posmatrati sa aspekta lica kojima je omogućena besplatna pravna pomoć, kao i onih koji pružaju ovu vrstu pravne pomoći. Zbog važnosti pitanja pravne pomoći za pristup sudu treba naglasiti da pored Evropske konvencije i Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka reguliše da svako ima pravo bez ikakve razlike na podjednaku pravnu zaštitu, kao i jednako pravo na pravično suđenje, te u okviru ostvarivanja tog prava i pravo na pravnu pomoć.²⁷ Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, kao i Haška konvencija o građanskom postupku (1954.)²⁸, kao i Konvenciju o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (1980.)²⁹, se takođe bave pitanjem osiguranja pravne pomoći.³⁰

Međutim, hoće li ne pružanje, odnosno uskraćivanje pravne pomoći biti smatrano povredom člana 6. Evropske konvencije zavisi o okolnostima konkretnog slučaja. U predmetu *Airey protiv Irske*³¹ supruzi koja je bila bez pravnih sredstava

26 Triva, S., Dika, M.: "Građansko parnično procesno pravo", Zagreb, 2004. (dalje-TRIVA-DIKA), str. 211-213.

27 Član 10, Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka, usvojena i proklamovana rezolucijom Generalne skupštine UN 217 A (III) od 10. decembra 1948. god.

28 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);

29 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.

30 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.

31 Presuda ESLJP Airey protiv Irske br. 6289/73, 1979.

odbijena je pravna pomoć koja bi joj omogućila pokretanje postupka radi odvajanja od supruga. Evropski sud je ovdje utvrdio sledeće: “Član 6. st 1. može ponekad prisiliti državu da osigura pomoć advokata ako je takva pomoć neophodna za djelotvoran pristup sudu, jer je pravno zastupanje obavezno, jer je to predviđeno nacionalnim pravom nekih država ugovornica u određenim postupcima, bilo zbog složenosti postupka ili konkretnog predmeta.” Između ostalog, Sud je zaključio da je podnosilac predstavke u nepovoljnijem položaju ukoliko njega nije zastupao advokat, a suprotnu stranu jeste, sa pretpostavkom da podnosilac ne bi mogao voditi postupak djelotvorno samo uz pomoć koju je sudija obavezan da pruža stranama u postupku koje nemaju zastupnika. Načelno, u slučaju kada podnosilac predstavke zbog nedostatka finansijskih sredstava nije mogao da nađe advokata koji bi ga zastupao u predmetnom postupku, a nije mu ni dodijeljen od strane države, povrijeđeno je njegovo pravo na pravnu pomoć i uskraćen pristup sudu.

Pravo na pristup sudu po praksi Suda može biti povrijeđeno i uskraćivanjem prava na pristup sudu zbog praktične nemogućnosti da se pronađe advokat koji će u konkretnom slučaju prihvatiti da zastupa stranku npr. u predmetima u kojima bi trebalo zastupati stranku protiv advokata – člana iste advokatske komore)

U predmetu *Bertuzzi protiv Francuske, 2003*³² Evropski sud je odlučio da se podnosiocu predstavke dodijeli besplatna pravna pomoć u parničnom postupku u kome je tužena strana bio advokat po profesiji. Ta odluka je, međutim, ostala samo mrtvo slovo na papiru, pošto su se tri advokata po službenoj dužnosti povukla sa predmeta zbog odnosa koje su imali sa tuženom stranom.

Bez obzira koliko je pokušavao, podnosilac predstavke nije uspio da od Službe za besplatnu pravnu pomoć izdejstvuje imenovanje drugog advokata, tako da nije ni mogao da pokrene spor. Sud je u zaključku naveo da je za ispunjavanje garancija za pristup sudu bilo neophodno da nadležni organi, odnosno predsjednik advokatske komore, obezbijedi da se podnosiocu predstavke dodeli drugi advokat koji će mu pružiti potrebnu pravnu pomoć.³³

Pojam pravne pomoći sa aspekta uporednopravnih sistema nije jedinstven, ali se generalno može reći da se pod pravnom pomoći podrazumijeva sistem radnji koje služe uklanjanju prepreka na putu pojedinaca ka ostvarivanju svojih prava, kao što finansijske teškoće, nepostojanje saznanja o svom pravu, nerazumijevanje svog pravnog položaja.

Evropski sud za ljudska prava je u presudi u postupku Bertuzzi protiv Francuske zauzeo stav da se stvarni pristup sudu ne završava odlukom nadležnog organa kojom se dodjeljuje besplatna pravna pomoć podnosiocu predstavke.

U ovom konkretnom predmetu, stranci je odlukom suda dodijeljena

32 Presuda ESLJP Bertuzzi protiv Francuske, br. 36378/97, 2003.

33 Član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pravično suđenje - priručnik za advokate. Ovaj priručnik je pripremljen u okviru INTERIGHTS- ovog programa obuke u centralnoj i istočnoj Evropi i bivšem Sovjetskom Savezu. Priručnik je zasnovan na istraživanju Sian Lewis-Anthony i Dovydas Vitkauskas. Osnovna namena priručnika je da posluži potrebama advokata koji se bave Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Priručnik sadrži presude Evropskog suda za ljudska prava koje su objavljene do januara 2006 godine.

besplatna pravna pomoć u postupku u parnici u kojoj je na strani tuženog bio advokat. Iako je odluka o besplatnoj pravnoj pomoći donijeta, ista nije izvršena, jer su tri advokata po službenoj dužnosti odbila da postupaju u ovom predmetu zbog odnosa kojeg su imali sa kolegom advokatom – u ovom slučaju tuženom stranom u postupku.

Služba za besplatnu pravnu pomoć nije uspjela da imenuje advokata, zbog čega je tužilac bio onemogućen da vodi postupak. U ovom slučaju do izražaja su došle dvije različite dimenzije prava na pravnu pomoć. Jedna koja se odnosi na činjenicu da je sud omogućio stranci da realizuje svoje pravo na pravnu pomoć od strane nadležnost organa i drugu, koja se odnosi na faktičku, stvarnu zaštitu prava koju treba da pruži imenovani advokat u postupku. Iz ovog primjera, proizilazi da efektivni, odnosno stvarni pristup sudu, ne mora završiti odlukom suda da omogućiti stranci besplatnu pravnu pomoć. U ovakvim slučajevima je daleko važnije da se takva pomoć zaista i pruži.³⁴

Što se tiče faze postupka u kojoj se može uvažiti garancija za pravnom pomoći, potreba za njima može se pojaviti u bilo kojem trenutku postupka na koji se primjenjuje člana 6. Evropske konvencije, od pokretanja postupka pa do izvršenja sudske odluke. Iako se članom 6. ne garantuje pravo na žalbu, kada žalbeni postupci postoje, primjenjuje se na njih, što znači da se pravo na pravnu podršku može primjenjivati i na žalbene postupke.

Povodom kategorija korisnika pravne pomoći, može se govoriti o fizičkim i pravnim licima, kao i o domaćim i stranim državljanima. Najčešće rešenje u uporednom pravu jeste ograničavanje korisnika pravne pomoći na fizička lica. Evropska konvencija nije propisala jedinstven model obezbjeđenja prava na pravnu pomoć, u smislu šta obuhvata pravna pomoć i ko odlučuje, tako da su na nivou zemalja potpisnica Konvencije zastupljena različita rješenja.³⁵

Prema pravu EU-a, član 47. "Pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje" Povelje EU-a o osnovnim pravima glasi: "Svako čija su prava i slobode

34 "Prije svega je odgovornost države da osigura potrebnu ravnotežu između učinkovitog ostvarivanja prava na pristup pravosuđu s jedne strane i neovisnosti advokature s druge. Sud je jasno naglasio kako uvijek kad odbije djelovati advokat postavljen po službenoj dužnosti za pružanje besplatne pravne pomoći mora zadovoljiti određene zahtjeve kvalitete. Ti zahtjevi neće biti ispunjeni u slučaju kad nedostaci u sistemu besplatne pravne pomoći pojedincima uskrate „praktičani učinkovit“ pristup sudu na koji imaju pravo (Staroszczyk protiv Poljske 59519/00, st. 132-136, 22.03.2007. godine, stav 135.;" "Pravo na pravično suđenje, vodič za primenu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima- Pravo na pravično suđenje- građanski aspekt, Savjet Evrope, Evropski sud za ljudska prava Beograd, 2013, str. 19.-20. <https://www.pravosudje.ba> pristup 25.09.2020.

35 "Austrija – pravni savjet, zastupanje na sudu; Češka – pravni savjet, zastupanje na sudovima; Engleska i Wales – inicijalni pravni savjet, zastupanje na sudovima; Francuska – pravni savjet, zastupanje na sudovima; Irska – pravni savjet, zastupanje na sudovima; Italija – pravni savjet, zastupanje na sudovima; Mađarska – pravni savjet, zastupanje na sudovima;" "Austrija – sud pred kojim se postupak vodi ili će se tek voditi postupak; Belgija – za primarnu pravna pomoć posebno tijelo pri Okružnom sudu, za sekundarna pravna pomoć ured za besplatnu pravnu pomoć koji postoji pri svakoj lokalnoj odvjetničkoj komori; Češka – sudovi", Klasić, M.: "Pristup pravosuđu-besplatna pravna pomoć", Odvjetnik, glasilo Hrvatske odvjetničke komore, br.1-2, Zagreb,2017.str.27.

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.³⁶

Član 47. primjenjuje se na sva prava i slobode koja proizlaze iz prava Evropske unije, kojom se daje garancija za zaštitu koju člana 6. Evropske povelje nudi po pitanju svih prava i sloboda koja proizlaze iz prava Evropske unije. Ova izričita veza znači da će predmeti navedeni prema pravu Vijeća Evrope biti relevantni za pravo EU-a, osim ako nije drugačije navedeno. Međutim, Povelja EU-a o osnovnim pravima primjenjiva je na nacionalnom nivou samo kada države članice provode pravo EU-a (ili odstupaju od njega).

U Bosni i Hercegovini postoji usvojen Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći.³⁷ Do 2016. godine kada je usvojen novi Zakon, ranije doneseni Zakon o pružanju pravne pomoći³⁸ 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.³⁹ Takođe, na nivou entiteta Republika Srpska, Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i kantonima/županijama u Federaciji BiH⁴⁰ su doneseni zakoni i formirane institucije (zavodi i kancelarije) za pružanje besplatne pravne pomoći.⁴¹

36 Povelja o osnovnim pravima EU (Charter of Fundamental Rights of the European Union) 2007/C 303/01 (Službeni list Evropske unije C 202/389)

37 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.

38 Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine ("Sl. list SRBiH", br. 11/77)

39 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.

40 Samo u Srednjobosanskom kantonu još uvijek nije regulisana ova oblast. Prema Programu rada Skupštine Srednjobosanskog kantona za 2018. godinu planirana je izrada nacrt zakona o besplatnoj pravnoj pomoći sa rokom realizacije april 2018.godine. www.sbk-ksb.gov.ba>date

41 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); Zakon o kancelariji za pravnu pomoć Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine“, br. 18/07); 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);

Po pitanju prava na pristup sudu u kontekstu prava na pravnu pomoć, Ustavni sud BiH je zauzeo stav u predmetu⁴² u kojem je apelant tužbom kod nadležnog suda tražio da se utvrdi da mu je povrijeđeno pravo na obrazovanje u vezi sa pravom na nediskriminaciju, jer mu tuženi nije dozvolio da ponovo upiše prvu godinu na Agronomskom fakultetu, te da se tuženi obaveže da mu dozvoli ponovni upis, kao i da mu nadoknadi štetu. Između ostalog, apelant je istakao da mu je povrijeđeno pravo na pristup sudu jer u Bosni i Hercegovini ne postoji sistem besplatne pravne pomoći pa je „svoja prava izgubio zbog nemogućnosti obraćanja takvim službama“.

U odnosu na postavljeni zahtjev, Ustavni sud primjećuje da ne postoje odredbe koje propisuju da radnje u postupku mogu da se preuzimaju samo uz zastupanje od strane stručnog lica. „Naime, svako poslovno sposobno lice uživa i parničnu sposobnost, a što znači da radnje u postupku može da preduzima samostalno, odnosno čak i kada ima punomoćnika, uvijek može da dođe pred sud i daje izjave. Dalje, u ulozi punomoćnika fizičkog lica može da se pojavi advokat, advokatska kancelarija, zaposleni kod službe za besplatnu pravnu pomoć, kao i bračni, odnosno vanbračni drug, srodnik po krvi ili po tazbini. S obzirom na to, efektivan pristup sudu u predmetima koji se tiču utvrđivanja građanskih prava i obaveza lica koja imaju poslovnu sposobnost - nije uslovljen time da ga zastupa stručno lice, a što bi nametalo i obavezu da mora da se obezbijedi pravna pomoć. Dalje, iz dokumenata koji su predloženi Ustavnom sudu ne može da se zaključi da su u predmetnom slučaju relevantno pravo kao i sam postupak bili složeni. Naime, nadležni sudovi su, u skladu sa zakonskom obavezom koju imaju, utvrdili da nisu nadležni da odlučuju o dijelu apelantovog tužbenog zahtjeva koji se odnosio na povredu prava na obrazovanje.“ Iz obrazloženja osporenih odluka proizilazi da su apelantu data jasna i nedvosmislena uputstva u pogledu načina i postupka koji treba da slijedi - da bi mogao da uživa sudsku zaštitu prava na obrazovanje na čiju povredu se u tužbi pozivao. S obzirom na to da je apelant propustio da to i učini, sudovi nisu ni utvrđivali povredu prava na obrazovanje u vezi s pravom na nediskriminaciju. Pošto se zahtjev za naknadu materijalne i nematerijalne štete zasnivao na povredi prava na obrazovanje, apelant je, ignorisanjem uputstava sudova u odnosu na postupak koji treba da slijedi da bi ostvario njegovu zaštitu, lišio sebe i mogućnosti da ostvari efikasnu zaštitu prava koje je isticao u preostalom dijelu tužbenog zahtjeva (pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete). Ustavni sud je u navedenom predmetu zaključio da ne postoji povreda prava na pravično suđenje u odnosu na efektivan pristup sudu zbog nepostojanja sistema besplatne pravne pomoći u Bosni i Hercegovini.

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 22/2012), Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći („Službene novine BPK Goražde, broj 2/2013), Zakona o pružanju besplatne pravne pomoći („Službene novine HNK“, broj 7/13), Zakon o pružanju besplatne pravne pomoći („Narodne novine HNŽ”, br.9/16) .

42 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2944/08 od 21. jula 2011. godine, Pregled prakse Ustavnog suda BiH Sarajevo, 2016, str.73. www.ustavnisud.ba, pristup 22.09.2020.

4.4. Pravo na pristup sudu i djelotvorno i praktično zastupanje

Pravo pojedinca na pristup sudu, iako ga član 6. Evropske konvencije izričito ne navodi, sadržano je u širem aspektu prava na pošteno suđenje. Kao kompleksno i nedovoljno jasno pravo na praktičan i učinkovit pristup sudu, kako je prethodno rečeno implicirao je veliki broj povreda ovog prava ustanovljenih praksom Evropskog suda.

Pravo na pristup sudu može biti povrijeđeno i zbog nedostatka "praktičnog i djelotvornog zastupanja". Dakle, pored povrede prava na savjetovanje, odbranu i zastupanje, koje može nastati kao posljedica uskraćivanja prava na npr. besplatnu pravnu pomoć, praksa je ukazala i na važnost pitanja da li stranka u konkretnom slučaju ima praktično i djelotvorno zastupanje, dakle kada pravo na zastupanje stranke od strane advokata nije upitno.

U predmetu *Anghel protiv Italije (2013.)*⁴³ prema Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece⁴⁴, podnositelj pritužbe tražio je od rumunskog ministra pravosuđa da mu pomogne osigurati povratak sina kojeg je majka odvela u Italiju. Tužilac je pokrenuo postupak povratka na talijanskom sudu koji je zaključio da dijete nije nezakonito odvedeno. Podnositelj je pokušao podnijeti žalbu protiv ove sudske odluke, ali, zbog toga što su mu više puta davane nepotpune ili obmanjujuće informacije o žalbenom postupku, on to nije učinio unutar propisanog roka. U Odluci donesenoj u postupku pred Evropskim sudom, sud je smatrao da je došlo do povrede člana 6. Evropske konvencije, čime je narušava suština podnositeljeva prava na pristup sudu, jer je došlo do odgađanje talijanskih vlasti da tužiocu pruži relevantne i tačne smjernice, zajedno s nedostatkom praktičnog i djelotvornog zastupanja, što je dovelo do narušavanja same suštine podnositeljeva prava na pristup sudu.

Pravo na pristup sudu nije apsolutno⁴⁵ i određena su ograničenja dopuštena, pri čemu država uživa određenu slobodu procjene (margin of appreciation). Međutim, nikad, ne smije biti dovedena u pitanje sama suština prava, a ograničenja

43 Presuda ESLJP, *Anghel protiv Italije*, br. 5968/09, 25 juna 2013., st. 64.

44 Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece od 25. oktobra 1980. (Sl. list SFRJ-Međunarodni ugovori br. 7/1991). Bosna i Hercegovina je potpisnica Konvencije o građansko pravnim aspektima međunarodne otmice djece, /Hag 25.10.1980.godine/, koja je preuzeta notifikacijom o sukcesiji međunarodnih ugovora SFRJ.

45 "Većina predmeta podnesenih Sudu zbog povrede prava na pristup sudu, bila je povezana s nemogućnošću potencijalnog podnositelja zahtjeva da podnese odštetni zahtjev u građanskoj tužbi zbog zabrane pokretanja parničnog postupka ili zbog domaće pravne prakse. U presudi *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. svibnja 1985. godine, Sud je ustvrdio da pravo na pristup sudu nije apsolutno, jer je ostavljeno državama da uvedu ograničenja za one koji žele pokretati parnicu, pod uvjetom da ta ograničenja imaju legitiman cilj i nisu toliko širokog karaktera da se njima uništava bit prava. U konkretnom slučaju smatralo se da je legitimno ograničiti pristup sudu duševnim bolesnicima, kako bi se ustanove koje su za njih odgovorne zaštitile od nepravilnog progona parničnjem. *Drenški Lasan, V.*: "Pristup sudu u duhu odluka Evropskog suda za ljudska prava", *Odvjetnik*, časopis/glasilo Hrvatske odvjetničke komore, br. 5-6, Zagreb, 2016., str. 42.

moraju biti opravdana i razmjerna potrebama. Postupajući talijanski sud je bio obavezan da pored nacionalnog zakona u postupku po žalbi u konkretnom slučaju primjeni pravila Evropske konvencije, te da obezbijedi postupanje po članu 7. Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece.⁴⁶

Sud je u konkretnom slučaju morao voditi računa da se u ovom slučaju radi o razdvajanju djeteta od jednog roditelja, što samo po sebi remeti i uznemiruje dijete, a kod drugog roditelja izaziva velike psihološke i emotivne neugodnosti, kao i suočavanje sa kompleksnim pravnim pitanjima .

Dakle, riječ je o situaciji koju je potrebno što hitnije ispraviti, odnosno bez odlaganja poduzeti adekvatne radnje, sa jasnom porukom roditeljima da razdvajanje djece, odnosno odvođenje bez saglasnosti drugog roditelja ne donosi dobro ni djetetu ni njima. Svako drukčije postupanje predstavljalo bi nagradu roditelju „otmičaru“, a i poticalo bi na daljnje „otmice“ djece i uzimanje pravde u svoje ruke. Inače, sam zahtjev za povratkom može se smatrati tek privremenim, „pravnim lijekom“ jer se njime ne rješava pitanje merituma parničnog postupka, već o meritumu spora odlučuje sud u državi boravišta djeteta prije nezakonitog odvođenja, odnosno prije nezakonitog zadržavanja na teritoriji druge države. Konvencija se primjenjuje kad god bi došlo do nezakonitog odvođenja ili zadržavanja djeteta u drugoj državi ugovornici, bez saglasnosti drugog roditelja. Prema odredbama same Konvencije, odvođenje ili zadržavanje djeteta smatrat će se nezakonitim kad god je povrijeđeno „pravo na skrb“ što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo, kolektivno ili pojedinačno, prema pravu države djetetovog uobičajenog boravišta prije nezakonitog odvođenja ili zadržavanja.⁴⁷

S tim u vezi Evropski sud je utvrdio da je došlo do povrede prava na pristup sudu, jer su talijanske vlasti odgodile da tužitelju pruže relevantne i tačne smjernice u konkretnom slučaju. Pored toga, u konkretnom slučaju tužitelj je imao advokata, što znači da je pravo na odbranu bilo omogućeno, dakle nije mu bilo ograničeno ili uskraćeno.

Propuštanje propisanih rokova vezanih za žalbeni postupak, Evropski sud je okvalificirao kao nedostatak praktičnog i djelotvornog zastupanja, što je u direktnoj vezi sa onemogućavanjem tužitelja da ostvari pravo na pristup sudu, garantovano članom 6. Evropske konvencije. Propuštanje rokova za ulaganje

46 Čl. 7. Haške Konvencije o građansko pravnim aspektima međunarodne otmice djece tačke: e.) pružanja obavijesti općeg značaja o pravu u njihovoj državi u vezi s primjenom konvencije; f) pokretanja ili olakšavanja pokretanja sudske ili upravne postupke radi osiguravanja povratka djeteta i, ako je to moguće, za sklapanje sporazuma o organiziranju ili osiguravanju efikasnog vršenja prava na susrete i druženja; g) ako je potrebno, davanja ili olakšavanja pružanja pravne pomoći i savjeta, uključujući i sudjelovanje branitelja i pravnih savjetnika;

47 Član 3. Haške konvencije glasi: "Odvođenje ili zadržavanje djeteta smatra se nezakonitim: a) ako predstavlja povredu prava na skrb što ga je dobila osoba, institucija ili bilo koje drugo tijelo, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dijete imalo redovno boravište neposredno prije odvođenja ili zadržavanja; b) ako su se u vrijeme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala kolektivno ili pojedinačno, ili bi se bila ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja. Prava na skrb spomenuta u tački a) stava 1. mogu se steći, prije svega, ex lege ili na temelju sudske ili upravne odluke, ili na temelju sporazuma koji ima pravni učinak po zakonu dotične države.

žalbe pred talijanskim sudom od strane advokata tužioca, se može podvesti pod nepoznavanje procesnog prava druge države, s tim što svakako treba uzeti u obzir činjenicu da je tužilac istakao da žalbu nije podnio “unutar propisanog roka”, o čemu je trebao voditi računa pravni zastupnik.

Prema pravu EU-a, član 47. stav 2. Povelje EU-a o osnovnim pravima svako ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svako ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan. Stoga se opravdano postavlja pitanje nepristrasnosti talijanskog suda u pogledu kako je istaknuto u žalbi “nepotpune ili obmanjujuće informacije”, a u vezi sa poštivanjem žalbenih rokova.

U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, a u kontekstu prethodnog slučaja, porodični odnosi su dio građanskopravnih odnosa a procedura je regulisana Zakonom o parničnom postupku⁴⁸ i Zakonom o vanparničnom postupku, donesenim na novou BiH, entiteta i Brčko Distrikta BiH.⁴⁹ Izuzetak od pravila da se o građanskopravnim odnosima odlučuje u slučaju razvoda braka u parničnom postupku čini sporazumni razvod braka, koji spada u nesporne situacije.

5. Zaključna razmatranja

Pravo na pravično suđenje predstavlja ljudsko pravo, koje se u literaturi najčešće posmatra sa pozitivnopravnog stanovišta. Da bi se zaštitila univerzalnost ljudskih prava i obezbijedio jednoobrazan pristup, Evropski sud nastoji da stvori jedinstveno značenje pojmova garancija iz okvira pravičnog suđenja, nezavisno od onog koje imaju u nacionalnim pravnim sistemima. Iz prakse Evropskog suda u navedenim slučajevima se uočava da neke garancije nisu jasno razdvojene, već se prepliću, zbog direktne povezanosti.

Analizirano u svjetlu Evropske konvencije i njenog člana 6. kao i prakse Evropskog suda, pravo na pravično suđenje u ovim slučajevima su posmatrani sa stanovišta prava stranaka u postupku, iako se analiza može odnositi i sa stanovišta prava koja se odnose na postupajući sud⁵⁰ i samog sudskog postupka⁵¹.

48 Zakon o parničnom postupku pred sudom BiH (“Službeni glasnik BiH”, br. 26/04, 84/07, 58/13), Zakon o parničnom postupku (“Službene novine F BiH”, br. 53/03, 73/05, 19/06,98/15), Zakon o parničnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09,61/13), Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik BD BiH”, br. 28/18)

49 Zakon o vanparničnom postupku F BiH (“Službene novine F BiH”, br. 2/98, 39704,i 73/05), Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 36/09 i 91/169), Zakon o vanparničnom postupku Brčko dstrikta BiH (“Službeni glasnik BD BiH”, br.5/01)

50 Garancije iz čl. 6. Evropske konvencije koje se odnose na sam sud su nezavisnost i nepristrasnost suda

51 Garancije iz čl. 6. Evropske konvencije koje se odnose na sam sudski postupak posmatraju se sa stanovišta javnosti i usmenosti rasprave, uz objavljivanje sudske odluke, ravnopravnosti postupka, jednakosti oružja i kontradiktornosti raspravljanja, razumnog roka za završetak postupka te izvršenje sudskih odluka

Imajući u vidu da se Evropski sud ne vodi pravno-teorijskim kriterijima prilikom određivanja značenja garancija pravičnosti suđenja, dešava se da se njihovi konvencijski elementi razlikuju od onih koji se sreću u pravnoj teoriji. Taj postupak Suda je razumljiv, pošto je za Sud značajno samo utvrđivanje povrede konvencijske odredbe. Ono što se u pravnoj teoriji izvjesno smatra povredom nekog prava, u praksi Evropskog suda se može pokazati drugačije, jer će se svaka povreda prava posmatrati i sa aspekta okolnosti konkretnog slučaja.

Upravo kroz navedene slučajeve, pokazalo se da okolnosti slučaju mogu u cjelosti dovesti u pitanje pravo na pristup sudu, odnosno pravo na zastupanje pred sudom.

Bosna i Hercegovina je ratifikacijom Evropske konvencije 2002.godine, pristupila zajednici zemalja koje su zaštitile ljudska prava svojih građana, od kršenja na nivou domaćeg pravnog sistema. Od tada do danas učinjeni su brojni pokušaji da se izvrši usklađivanje zakonodavstva sa pravom Evropske unije, ali je činjenica da se uprkos velikim i značajnim iskoracima, u tome nije u potpunosti uspjelo. Potvrda ovome jeste veliki broj odluka Evropskog suda koje su donesene u predmetima protiv Bosne i Hercegovine, radi povrede člana 6. st. 1. Evropske konvencije.⁵²

Međutim, u kontekstu teme ovog rada u čijem središtu je pravo na savjetovanje, odbranu i zastupanje, vrlo je značajno naglasiti da je u okviru povredu prava iz člana 6. st. 1. Evropske konvencije, u predmetima protiv BiH, Sud donio manji broj presuda i odluka zbog povrede ovih prava, u odnosu npr. na povredu prava suđenja u razumnom roku, pri čemu se posebno naglašava problem sa neizvršavanjem domaćih sudskih odluka. Po pitanju povrede prava na suđenje u razumnom roku ni druge države nisu izuzetak.

Neophodno je istaći da je važnu ulogu u harmonizaciji domaćeg zakonodavstva imao Ustavni sud, pozivajući se u svom odlučivanju na praksu Evropskog suda. Pored toga, evidentna je praksa da se i pojedinci u svojim aplikacijama pozivaju na kršenje prava garantovanih Evropskom konvencijom, iako uglavnom u paušalnim i okvirnim formulacijama.

Isto tako, ako se uzme u obzirom veliki broj predmeta vođenim pred Evropskim sudom protiv BiH, a radi povrede prava na suđenje u razumnom roku, malo je vjerovatno da postoji ovako velika odstupanja u odnosu na povredu prava na pravnu pomoć, prava na djelotvorno i učinkovito zastupanje i sl.

Budući da se radi o izvedenom pravu iz prava na pristup sudu, odnosno prava na pravično suđenje i da svoje utemeljenje nalazi u presudama Evropskog suda, razlog ovome treba tražiti i u nedovoljnoj informiranosti građana, o tome da npr. uskraćena pravna pomoć, predstavlja povredu prava na pristup sudu u širem kontekstu.

Pored toga, razlog treba tražiti i u nedovoljno obrađenim informacijama

52 Na osnovu podataka Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice BiH, ESLJP je zbog povreda prava člana 6. st. 1. EKLJP donio 73 Odluke i presude protiv BiH, izvor Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice www.mhrr.gov.ba ured zastupnika, pristup 25.09.2020.

o kršenju ovog prava na nivou nadležnih ministarstava Bosne i Hercegovine, njihovoj dostupnosti istih društvenoj i naučnoj zajednici. U tom smislu neophodno je unaprijeđenje djelovanja pravosuđa i planiranja njegovog razvoja, najprije u pravcu harmoniziranja sa evropskim, kako bi se omogućila kvalitetnija usporedba i na osnovu toga kvalitetnije planiranje neophodnih reformi.

Deklatorno proklamovanje ljudskih prava, između ostalog i prava na pristup sudu, odnosno prava na pravično suđenje, koje u širem kontekstu podrazumijeva i pravo na savjetovanje, odbranu i zastupanje, 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.

Posebno osjetljivi su slučajevi u kojima su povrijeđena prava djece garantovana Konvencijom, kao i pravo ranjivih kategorija, osoba sa duševnim smetnjama, žrtve rata i sl. za koja proklamovano pravo na pristup sudu mora biti dostupno i djelotvorno.

Generalno posmatrano, da bi se došlo do pozitivnih rezultata i usklađivanja pravnog sistema u Bosni i Hercegovini sa Evropskom konvencijom i praksom Evropskog suda, najprije treba *de lege ferenda* poraditi na harmonizaciji zakonskih propisa unutar BiH, kao i određene zakonske promjene, kako bi se unaprijedilo njihovo poštovanje od strane nadležnih organa, pošto je loša praksa najčešće bila glavni razlog kršenja člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

Literatura:

1. Aristotel, "Nikomahova etika", Zagreb, Globus: Sveučilišna naklada liber, 1988
2. Čalića, B., Omanović, S: "Građansko procesno pravo" Pravni fakultet, Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000.
3. Čizmić, J., Huseinbegović, A: "Zastupanje u parničnom postupku", Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo, 2015.
4. Drenški Lasan, V.: "Pristup sudu u duhu odluka Evropskog suda za ljudska prava", Odvjetnik, časopis/glasilo Hrvatske odvjetničke komore, br. 5-6, Zagreb, 2016
5. Grbić, S., Bodul, D: "O ustavnim i konvencijskim dvojabama uz Zakon o stečaju..." Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 4/2016.,
6. Huseinbegović, A., Haubich, V., Rechner, E.: "Pravo na pravično suđenje u razumnom roku s osvrtnom na pravodobno i djelotvorno izvršenje sudskih odluka", Godišnjak Pravnog fakulteta, Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, Tematski broj sa naučne konferencije, "Zaštita ljudskih prava u BiH", god. II, br. 3. Mostar, 2019. str. 43.
7. Huseinspahić, E.: "Pravni značaj francuske deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine", Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija 2009. godine, Univerzitet Sinergija, Bijeljina

8. Klasić, M.: "Pristup pravosuđu-besplatna pravna pomoć", Odvjetnik, glasilo Hrvatske odvjetničke komore, br.1-2, Zagreb,2017
9. Mihelčić, G.: "Neujednačenost sudske prakse kao uzrok povrjeđivanja prava na pošteno suđenje (s dvije crtice o zastari)", Evropska revija za pravo osiguranja, br. 2, 2018.
10. Omanović, S.: "Civil procedure –radovi", University Press Sarajevo 2003./04.
11. Pađen, I.: "Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44,br. 3-4, 2007.
12. Priručnik - "Član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima Pravo na pravično suđenje- priručnik u okviru INTERIGHTS- ovog programa obuke u centralnoj i istočnoj Evropi i bivšem Sovjetskom Savezu" Priručnik sadrži presude Evropskog suda za ljudska prava koje su objavljene do januara 2006 godine.
13. Priručnik - "Pravo na pravično suđenje, vodič za primenu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima- Pravo na pravično suđenje- građanski aspekt, Savjet Evrope, Evropski sud za ljudska prava Beograd, 2013
14. Triva, S., Dika, M.: "Građansko parnično procesno pravo", Zagreb, 2004.
15. Uzelac, A.: "Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010.
16. 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.,

Domaći pravni izvori

1. Zakon o parničnom postupku pred sudom BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 26/04, 84/07, 58/13),
2. Zakon o parničnom postupku ("Službene novine F BiH", br. 53/03, 73/05, 19/06,98/15)
3. Zakon o parničnom postupku RS ("Službeni glasnik RS", br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09,61/13),
4. Zakon o parničnom postupku BD BiH ("Službeni glasnik BD BiH", br. 28/18)
5. Zakon o vanparničnom postupku F BiH ("Službene novine F BiH", br.2/98, 39/04 i 73/05)
6. Zakon o vanparničnom postupku RS ("Službeni glasnik RS", br. 36/09 i 91/169)
7. Zakon o vanparničnom postupku BD BiH ("Službeni glasnik BD BiH", br. br.5/01)

Međunarodni pravni izvori

1. Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama
2. Haška konvencija o građanskom postupku
3. Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima
4. Povelja o osnovnim pravima EU
5. Preporuka R (81) 7 Komiteta ministara država članicama o mjerama koje omogućavaju pristup sudu
6. Univerzalna deklaracije o ljudskim pravima.

Internetske stranice

<http://www.alanuzelac.from.hr.pdf>

www.singipedia.singidunum.ac.rs

www.mhrr.gov.ba

www.ustavnisud.ba

www.sbk-ksb.gov.ba>date

<https://pf.unmo.ba/>

<https://csd.pravosudje.ba>

<http://www.hrc.unsa.ba/>

SPECIFIC ASPECTS OF THE RIGHT TO ACCESS JUSTICE THROUGH THE PRISM OF THE RIGHT TO REPRESENTATION IN CIVIL COURT PROCEEDING

Summary: Article 6 of the European Convention on Human Rights and Freedoms (hereinafter: the European Convention) guarantees the right to a fair trial. This Article sets out the principle of rule of law, which represents the foundation of democratic society, while also highlighting the essential role of courts in implementing justice. Article 6 of the European Convention guarantees procedural rights of parties in civil proceedings, as well as the rights of the accused in criminal proceedings.

Although Article 6, Paragraph 1 of the European Convention guarantees “the right to trial”, this provision does not directly guarantee the right to access justice. Therefore, the right to access justice is a derived and implied right established in the extensive practice of the European Court of Human Rights (hereinafter: the European Court). In the opinion of the European Court, it is implausible for the European Convention to provide procedural guarantees, without first guaranteeing the matter that allows for the use of these guarantees. The right to access justice is the most significant aspect of the right to a fair trial and it is the prerequisite of all other guarantees defined by Article 6, Paragraph 1 of the European Convention.

The right to access justice, although undeniable, is not an absolute right, which means that the States Parties to the Convention have the freedom to define their own models with regard to limiting this right. At the same time, this does not imply that national legislatures have full freedom with regard to limiting this right.

In order to apply Article 6 of the European Convention in civil proceedings and in order for the European Court to address allegations by an applicant and opinions put forth with regard to possible violations of convention rights, it must be determined that certain conditions have been met. First and foremost, the Court must determine that there is a dispute regarding a right or obligation, the right or obligation must have basis in the national legislation, and, finally, such a right or obligation must be civil in nature.

Given that the right to access justice represents a complex body of law, this paper will focus on specific aspects of the right to access justice through the prism of the right to counsel, defense and representation in civil cases of European law, analyzing in that context contemporary legal regulation, primarily Article 6, Paragraph 1 and Paragraph 3, Points (b) and (c) of the European Convention and forms of compliance with and violation of this Article in national legal systems of the States Parties to the European Convention described in European Court case law.

Keywords: European Convention on Human Rights and Freedoms, right to access justice, right to a fair trial, right to counsel, defense and representation

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

Dr. sc. Jasmin Halebić, vanredni profesor

Ekonomski fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Nerma Čolaković-Prguda, docent

Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Sedad Dedić, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

EKONOMSKA I SOCIJALNA PRAVA U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA

Sažetak: Od mnogih izazova sa kojima je suočena Bosna i Hercegovina oni u oblasti ekonomskih i socijalnih prava su među najbitnijim. Kako bi se pridružila zemljama koje se na odgovoran način suočavaju sa problemima u domenu ekonomskih i socijalnih prava BiH ima obavezu poštivati međunarodno priznate principe koje zagovara Međunarodna organizacija rada (MOR) u svojim dokumentima. U njima se navode vrste i definicije prava, a MOR prikuplja i objavljuje niz statističkih podataka koji omogućavaju uporedne analize dostignutih razina poštivanja ekonomskih i socijalnih prava. Poštivanje ljudskih prava ujedno znači i postojanje rodne ravnopravnosti, kao važne pretpostavke za optimalno funkcioniranje tržišta rada. Zbog toga je jako bitno osigurati pristojne poslove, odgovarajuće zarade radnicima, kao i dovoljno ali ne pretjerano radno vrijeme. Pored tržišta radne snage i prava koja se realizuju na istom, u radu ćemo se osvrnuti i na adekvatan životni standard koji se promatra iz ugla ekonomskih i socijalnih prava, ali i kao jedan od ciljeva ekonomskog razvoja. Pored pregleda ustavnopravnog okvira ekonomskih i socijalnih prava u BiH, Republici Hrvatskoj, Sjevernoj Makedoniji, Republici Srbiji u komparativnom pregledu u cilju prikazivanja važnih iskustava razvijenijih država napraviti ćemo i kratak pregled ustavnopravnog okvira ekonomskih i socijalnih prava u odredbama Vajmarskog ustava, ustava Poljske, Švicarske. U ovom radu se istražuju i kompariraju ekonomska i socijalna prava u određenim zemljama Zapadnog Balkana i važna iskustva određenih razvijenijih država, sa posebnim fokusom na BiH. Ispitana su ekonomska i socijalna prava za koja postoje uporedivi podaci na zvaničnoj stranici MOR-a. Nalazi istraživanja ukazuju na općeniti napredak BiH u oblasti ekonomskih i socijalnih prava posljednjih godina te mogućnosti i potrebe za iniciranjem dodatnih reformskih inicijativa u budućnosti.

Ključne riječi: ekonomska i socijalna prava, ljudska prava, tržište rada, životni standard, rodna ravnopravnost, stvarno radno vrijeme, stopa siromaštva zaposlenih.

1. Uvod

Aдекватno radno vrijeme dio je šireg koncepta pristojnog rada. Još od početka industrijalizacije od polovine 18. stoljeća dolazi do pojava na radnom mjestu nespojivih sa adekvatnim radnim vremenom kako se ono razumijeva u današnjim odrednicama Međunarodne organizacije rada (MOR). Historija bilježi drastične primjere prekomjernog rada uz nedostatak bilo kakve zaštite zdravlja i sigurnosti radnika, bez prikladnih razdoblja za odmor i obnavljanje radne snage radnika u obliku dnevnog, sedmičnog i plaćenog godišnjeg odmora.

Radno zakonodavstvo od samog nastanka je u svom fokusu imalo pitanja regulacije i propisivanja radnog vremena. Razlozi za to su sasvim očigledni, prekomjeran iscrpljujući rad je ozbiljno narušavao zdravlje i radnika i njegove porodice. U pogledu sektorske strukture, radno zakonodavstvo se najprije pojavilo u djelatnosti industrije. Tako je Generalna konferencije MOR održana u Washingtonu 1919. g. donijela Konvenciju o radnim satima na principima osmo časovnog radnog dana i 48 časovne radne sedmice za određene industrijske djelatnosti.¹ Konvencija je zagovarala ograničenje sati rada i prikladne vremenske periode odmora za radnike. Nešto kasnije, tačnije 1930. g., slična konvencija je donesena i za djelatnosti trgovine i javnih poslova na Generalnoj konferenciji u Ženevi.² Konvencije nisu ratificirane od strane Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, i kasnije Kraljevine Jugoslavije, tako da se nisu primjenjivale na našim prostorima niti su radnici mogli tražiti bilo kakvu zaštitu na temelju prava usvojenih tim konvencijama.

Na 19. sjednici Generalne konferencije MOR proglašena je Konvencija o 40 satnoj radnoj sedmici u kojoj je svaka zemlja članica MOR ratifikacijom Konvencije potvrdila: (i) princip 40 satne radne sedmice primijenjen na takav način da se, kao posljedica, ne smanjuje životni standard; (ii) poduzimanje i provedbu

1 Rudarstvo, vađenje kamena i ekstrakcija minerala iz tla, brodogradnja, električna energija, građevinarstvo, obnova, održavanje, popravka, uništavanje i gradnja željeznica, tramvaja, luka, pristaništa, nasipa, kanala, vodenih puteva, cesta, tunela, mostova, vijadukata, kanalizacije, odvodnje, izvorišta, telegrafskih i telefonskih instalacija, električnih poduhvata, gasovoda, vodovoda kao i priprema za polaganje temelja za bilo kakve radove ili konstrukcije u tim djelatnostima. Zatim transport putnika i roba cestom, željeznicom, morem ili riječnim putevima, itd. Za više detalja pogledati:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C001:NO

2 Obuhvatala je komercijalna i trgovinska preduzeća, uključujući usluge poštanskih, telegrafskih i telefonskih preduzeća i njihovih poslovnica; zatim preduzeća i administrativne usluge u kojima su osobe zaposlene uglavnom na uredskim poslovima; mješovita komercijalna i industrijska preduzeća, osim ako su klasificirana kao industrijska. Za više detalja vidjeti:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C030:NO

mjera koje će biti ocijenjene odgovarajućim za osiguranje tog cilja.³ Naša zemlja je članica MOR od 1993. g. Do sada je BiH ratificirala 83 konvencije i jedan protokol sa MOR.⁴

U prilog važnosti adekvatnog radnog vremena danas u svijetu govore istraživanja koja radnička prava svrstavaju na 'skupa' i 'jeftina' iz ugla posmatranja poslodavca. Naprosto, obezbjeđenje nekih prava radnika, poput adekvatnog radnog vremena, povećava troškove poslovanja i kao takvo biva predmetom ekonomiziranja od strane preduzeća. U sferi ekonomskih politika vlade zemalja se mogu odlučiti na provedbu 'jeftinijih' reformi kako bi na taj način, čineći radnu snagu manje 'skupom', postigle određene ciljeve, poput privlačenja stranih direktnih ulaganja.

Pored adekvatnog radnog vremena, kao jednog od osnovnih prava i odrednica životnog standarda, u radu ćemo dati i kratak prikaz stope siromaštva zaposlenih. Ono što vrijedi istaći je da je svijet postigao značajan napredak u posljednje dvije decenije u smanjenju stope siromaštva zaposlenih i da su poboljšanja vidljiva u svim regijama. Međutim, taj je napredak u posljednje vrijeme malo usporen, a sad pogotovo zbog svjetske pandemije uzrokovane koronavirusom (COVID-19). Potrebno je, dakle, uložiti izvjesne napore kako bi se osiguralo da svi radnici imaju pristojne uvjete za život i rad, za sebe i svoje porodice.

Kako navodi autor K. Trnka „Savremeni ustavi sadrže razvijene odredbe o ekonomskim i socijalnim pravima, kao ljudskim pravima druge generacije za koje nije dovoljno da budu u ustavu garantirana, nego je potrebno da država aktivno djeluje, da osigura materijalne i druge pretpostavke za njihovo ostvarivanje. Razvijenost ove grupe prava i realne garancije njihovog ostvarenja zavise od stepena ekonomskog i socijalnog razvoja svake zemlje, a državama se prepušta da, u skladu sa vlastitim mogućnostima, osiguraju i širi krug i veći nivo ostvarivanja ovih prava.“⁵ Ustavno-pravni osnov za ostvarenje ekonomskih i socijalnih prava kroz socijalno-osjetljivu ekonomsku politiku predstavlja izvor za uspostavljanje, opstanak i djelovanje socijalne uloge države.⁶ Socijalno-tržišni ekonomski sistemi ekonomskom politikom progresivnog oporezivanja nastoje obezbijediti sredstva za ostvarenje socijalne države koja u svom djelovanju poseban aspekt stavlja na socijalna i ekonomska prava. Ova tematika je posebno važna ako socijalnu državu baziranu na tržišnom ekonomskom sistemu savremenih demokratija posmatramo kao jedan od bitnih modela za život građana Zapadnog Balkana, a posebno Bosne i Hercegovine i kao jedan od Ustavom BiH i odlukama Ustavnog suda i Komisije

3 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C047:NO

4 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102704

5 K. Trnka, *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, Sarajevo 2006., str. 148.

6 S. Moeckli, O „socijalnoj državi“ govoremo kada se država korektivno i upravljački upliće u relacije ekonomskih i društvenih snaga.“, *Politički sistem Švajcarske – Kako funkcioniše, ko učestvuje, čime rezultira*, University Press-Magistrat izdanja-Politička kultura, Sarajevo-Zagreb 2010., str. 32.

za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine definisanih zadataka i ciljeva nosioca ekonomske politike u Bosni i Hercegovini. Kvalitetna provedba ekonomskih i socijalnih prava donosi važan socijalni kapital i socijalnu stabilnost što čini važan rezultat koji takve države čini atraktivnijim za domaće i strane investitore.⁷

Tema ovog rada jest ispitivanje adekvatnosti radnog vremena i stope siromaštva zaposlenih u zemljama Zapadnog Balkana, kao i ustavnopravna pozicija ekonomskih i socijalnih prava. Nakon uvoda, u drugom odjeljku je predstavljen komparativni pregled ustavnog okvira ekonomskih i socijalnih prava sa posebnim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu. U trećem odjeljku su izneseni metod istraživanja i prikupljeni podaci na temelju kojih je provedena i analiza. Završni, četvrti odjeljak donosi zaključna razmatranja.

2. Komparativni pregled ustavnog okvira ekonomskih i socijalnih prava

Kada govorimo o ulozi ustavnog okvira ekonomskih i socijalnih prava zanimljivo je navesti da provedeno istraživanje “The world’s constitutions to read, search, and compare” u okviru dokumenata iz projekta komparacije 742 ustava i 2544 formalna amandmana pokazuje da se pravo na rad klasificira češće kao socijalno pravo, nego kao ekonomsko pravo. Sličan zaključak je i sa pravom na kulturu koje se češće klasificira kao pravo manjine nego kao socijalno pravo. Time se donekle narušava tradicionalno kategoriziranje prava koje se obično navodi u tri velike kategorije prava: civilno i političko, socioekonomsko i grupno. Baza podataka na osnovu kojih su autori zaključili pogrešno kategoriziranje prava na rad se sastojala iz 742 ustava i 2544 formalna amandmana usvojena u nezavisnim državama u periodu od 1789. do 2013. godine.⁸

„Ustav Republike Hrvatske insistira na osnovnim principima tržišne ekonomije s značajnim garancijama socijalnih prava. Među ovim principima su sloboda privatnog vlasništva, nepovredivost privatnog vlasništva, slobodan izbor zanimanja, pravo poslovnog udruživanja, pravo radnika na slobodno udruživanje, zabrana zloupotrebe monopolskog položaja. Tu su i drugi principi koji podržavaju i imaju za cilj razvoj tržišta. Također Ustav Hrvatske štiti investirani kapital i zabranjuje oduzimanje ili smanjivanje istog zakonima ili bilo kojim drugim aktima. Stranim investitorima se garantuje slobodan transfer kapitala i pravo na neovisno raspolaganje profitom i investiranim kapitalom. Specifična socijalna prava, kao što je pravo na pravednu nadoknadu za rad su takođe uključena u

7 S. Dedić, „Ustavnopravna garancija socijalne države kao jedna od ustavnih obaveza ekonomske politike tržišno-socijalnih ekonomskih sistema“, Revija za ekonomiju i pravo, godina 18. Br. 1., Pravni fakultet, Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2017. str. 444.

8 Z. Elkins et al., “Constitute: The world’s constitutions to read, search, and compare”, Web Semantics: Science, Services and Agents on the World Wide Web, 2014., 27, str. 10-18.

hrvatsko pravo putem potpisivanja European Social Charter. Ustav Hrvatske zahtijeva da socijalna odgovornost funkcionira u korelaciji sa tržišnim slobodama. Generalno ekonomski sistem Hrvatske može se opisati kao tranzicijska ekonomija sa ubrzanim razvojem i prelaskom u tržišnu ekonomiju, ali uz naglašenu potrebu razvoja odgovarajućih instrumenata socijalne odgovornosti koja korespondira sa slobodnom tržišnom ekonomijom i koja se zahtijeva Ustavom Hrvatske uz sva potrebna usklađivanja sa pravom EU u procesu kojim je Hrvatska pritupila u Evropsku uniju.⁹ U članu 49. Ustava Republike Hrvatske, koji u okviru poglavlja o Ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima kroz šest stavova koji čine navedeni član 49. temeljnog i najvišeg pravnog akta jedne država garantira se tržišna sloboda kao temelj ekonomskog uređenja Republike Hrvatske, obavezuje se država da osigura svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu, zabranjuje se zloupotreba monopolskog položaja definisanog nadležnim zakonom, obavezuje se država da potiče ekonomski napredak i socijalno blagostanje građana i brine se za ekonomski razvitak svih svojih krajeva, zabranjuje se državi da zakonom ili drugim pravnim aktom umanjuje prava stečena ulaganjem kapitala, stranom investitoru se garantira slobodno iznošenje dobiti i uloženog kapitala.¹⁰

Ustav Sjeverne Makedonije definira je kao demokratsku i socijalnu državu. Drugo poglavlje ustava govori o ekonomskim i socijalnim pravima. Jedna trećina cjelokupnog teksta, garantira socijalna, ekonomska, politička, građanska prava i slobode i kulturna prava. S obzirom na ustavni status ekonomskih i socijalnih prava, ta su prava obvezujuća za sve državne organe i Sjevernoj Makedoniji. Ustav garantuje slobodno tržište i poduzetništvo kao osnovne vrijednosti ustavna Sjeverne Makedonije i kao temelj ekonomskih odnosa. Jednak pravni položaj svih učesnika na tržištu je garantovan. Imovina vlasnika i prava radnika čine osnovu za upravljanje, a radnici imaju pravo na sudjelovanje u donošenju odluka. Besplatan prijenos kapitala i dobit stranih ulagača također je garantovano. Također u kontekstu socijalnih prava postoji ustavna obveza za republiku kako bi se osigurao ravnomjerniji regionalni razvoj i za brži razvoj ekonomski nerazvijenih regijama. Uz to, ustav definira Sjevernu Makedonije kao socijalnu državu.¹¹

Republika Srbija je ustavom definisala i garantirala vrlo značajna i ekonomska i socijalna prava. Među ključnim ciljevima Srbije kako je rečeno

9 O tome: B. Smerdel, „Croatia“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

10 Član 49. Ustava Republike Hrvatske Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su privrednog uređenja Republike Hrvatske. Država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu. Zabranjena je zloupotreba monopolskog položaja određenog zakonom. Država potiče privredni napredak i socijalno blagostanje građana i brine se za privredni razvoj svih svojih krajeva. Prava stečena ulaganjem kapitala ne mogu se umanjiti zakonom niti drugim pravnim aktom. Inozemnom ulagaču jamči se slobodno iznošenje dobiti i uloženog kapitala., Ustav Republike Hrvatske

<http://www.usud.hr/uploads/Redakcijski%20prociscen%20tekst%20Ustava%20Republike%20Hrvatske,%20Ustavni%20sud%20Republike%20Hrvatske,%2023.%20ozujka%202011.pdf> (24. 11. 2020.)

11 I. Spirovski, „Macedonia“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

u Ustavu, je razviti snažnu tržišnu ekonomiju zasnovanu na slobodnom poduzetništvu, konkurenciji i socijalnoj pravdi, kao i uspostaviti i osigurati nesmetan rad slobodnog tržišta na svom teritoriju. Ovo je i u cilju koordinacije i usklađivanja ekonomskih sistema država članica u skladu s načelima i standardima Europske unije. Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i temeljnim slobodama garantira pravo vlasništva i pravo nasljedstva. Pravo na rad je također garantovano, a Srbija je dužna stvoriti uslove u kojima svatko može živjeti od svog rada. Svatko ima pravo na slobodan izbor posla, na pošten i primjerene radne uslove, a posebno na pravičnu naknadu za svoj rad. Zaposlene osobe imaju pravo stupiti u štrajk u skladu sa zakonom. Svaka osoba s prebivalištem u Srbiji ima pravo na socijalnu skrb i socijalnu sigurnost.¹²

Teorija socijalne i pravne države koja je i danas, u razvijenijem obliku dominantna u savremenoj ustavnopravnoj teoriji i praksi utemeljuje se Vajmarskim ustavom iz 1919. godine. Početkom XX stoljeća dolazi do sve veće političke i sindikalne organizovanosti radnika i drugih socijalno ugroženih slojeva, dolazi do napuštanja liberalne države, odnosno pasivnog odnosa države prema socijalnim pravima koji je dominirao u XIX stoljeću i zahtijeva se aktivnija uloga države u cilju poboljšanja ekonomskih i socijalnih prava najširih slojeva stanovništva. Navedeno se može ilustrirati odredbama Vajmarskog ustava, Ustava Poljske i Ustava Švedske.¹³

Prema F. R. Tesón, ustavi bi trebali zaštititi tržišnu utakmicu radi blagostanja građana tako što će garantirati zaštitu prava vlasništva i slobode ugovaranja. Ovakva zaštita bi za posljedicu imala blagostanje građana. Ekonomska teorija zastupa mišljenje o neophodnosti zaštite konkurentne tržišne utakmice, pa prema tome za liberalne demokratije je neophodno ustavno regulisanje u oblasti ekonomske politike. Ustavi bi trebali biti sastavljeni u najboljem interesu građana u svim sferama, odnosno ustavi bi trebali štititi građane od potencijalnih političkih zloupotreba. Ovi argumenti se suprotstavljaju nekim mišljenjima da ustavi ne bi trebali uopće tretirati pitanja ekonomske politike.¹⁴

U članovima Vajmarskog ustava jasno se definiše aktivna uloga države u ekonomskoj politici kroz obezbjeđenje ekonomskih i socijalnih prava i slobodnog tržišnog ekonomskog sistema. Član 151.: "Regulacija privrednog života mora odgovarati principima pravde sa ciljem da se svima zajamči život u skladu sa ljudskim dostojanstvom. U ovim granicama mora se osigurati ekonomska sloboda pojedinca. Član 152.: Država je obavezna obezbijediti slobodu ugovaranja u skladu sa zakonom. Član 153.: Pravo privatnog vlasništva je garantovano Ustavom. Eksproprijacija imovine se može vršiti samo u skladu sa zakonom i po tačno propisanim zakonskim procedurama. Član 159.: Sloboda udruživanja

12 O. Vučić, „Serbia“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

13 K. Trnka, op.cit., str. 148.

14 F. R. Tesón, „*The Liberal Constitution and Foreign Affairs*“, u E. F. Paul, F.D. Miller, J. Paul (ed.), *What Should Constitution Do?*, Cambridge University Press, 2011., str. 128-129.

za očuvanje i promociju radničkih i ekonomskih prava i sloboda je garantovana svima bez obzira na zanimanje. Svi sporazumi i mjere koji pokušavaju ograničiti ili obuzdati tu slobodu su neustavni. Član 161.: Država je dužna osigurati sveobuhvatan sistem socijalnog osiguranja. Član 165.: Radnici i zaposlenici su pozvani na saradnju, ravnopravno, s poslodavcima u regulaciji plata i uslova rada, kao i u općem razvoju proizvodnih snaga.”¹⁵

U članu 71. Ustava Poljske iz 1997. godine se navodi slijedeće: „Država, u svojoj socijalnoj i ekonomskoj politici, će uzeti u obzir dobrobit porodice. Porodice koje se nađu u teškim materijalnim i socijalnim okolnostima – posebno one sa puno djece ili jednog roditelja – će imati pravo na specijalnu pomoć od javnih autoriteta.”¹⁶

Kapitalizam podržava otvorena tržišta, vlasnička prava i ugovore bazirane na pravu, ali u odsustvu osiguranja vladavine prava, te ostvarenja zaštite vlasničkih prava u praksi, mogu se pojaviti velike nejednakosti koje mogu dovesti do socijalnih nestabilnosti što direktno utiče na atraktivnost poslovanja i narušava privredni ambijent.¹⁷ Činjenica je da “privredni rast olakšava borbu protiv siromaštva, ali isto tako tržišna privreda ne može spriječiti razlike u dohotku i lošiji položaj nekih dijelova stanovništva. Zbog navedenog je u tržišnoj privredi neophodno imati sisteme socijalne sigurnosti koji će obuhvatiti široke slojeve stanovništva i istovremeno poštovati pravila tržišne privrede, zatim mehanizme ujednačavanja regionalnih razlika”, te ostvarivanje ekonomskih i socijalnih prava kroz “poreski sistem koji će funkcionisati po principu učinka, kako bi bilo moguće obezbijediti socijalnu stabilnost, te involviranost širokih slojeva stanovništva u privrednom i društvenom razvoju.”¹⁸

Analizirajući Ustav Švicarske¹⁹ možemo razumjeti da je švicarski privredni sistem definisan i kao socijalni privredni sistem sa garantovanim tržišnim slobodama. U stvari, radi se o kombinaciji socijalne odgovornosti i senzibilnosti sa garantovanim tržišnim slobodama. Treba napomenuti da Švicarska nije Ustavom eksplicitno definisana kao socijalna država, ali Ustav garantuje minimalne socijalne standarde svim građanima što kroz socijalnu osjetljivost povećava društvenu pravednost, odnosno solidarnost. Na ovaj način se direktno povećava socijalni

15 http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/ghi_wr_weimarconstitution_Eng.pdf (12. 11. 2020.)

16 D. P. Kommers/ J.E. Finn/ G.J. Jacobsohn, *American Constitutional Law: Essays, Cases and Comparative Notes, Volume 2*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2010., str. 703.

17 N. Schofield, *Architects of political Change - Constitutional quandaries and Social choice theory*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2006., str. 23-24.

18 Konrad Adenauer Stiftung, *Smjernice za blagostanje, socijalnu pravdu i održivi ekonomski razvoj*, http://www.kas.de/wf/doc/kas_21156-1522-15-30.pdf?101118154817 (19.11. 2020. godine)

19 Švicarska je Ustavom definisana kao federalna država i ustavna demokratija sa dvodomnim parlamentom. Ustav je donesen 1. januara 2000. godine, posljednji amandmani su od 27. novembra 2005. godine. O tome: A. Kley, “Switzerland”, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

kapital švicarskog društva.²⁰ Dakle, osim garancije tržišnih sloboda i slobodne konkurencije koje nalazimo i u mnogim drugim ustavima sa druge strane postoje garancije minimalnih socijalnih prava građana što vodi ka boljem ostvarivanju ekonomskih i socijalnih prava u praksi i snažnijoj socijalnoj sigurnosti, pravnoj sigurnosti i pozitivnom društvenom ambijentu i povjerenju kao važnim osnovama za uspješno djelovanje privrede.

Primjer država blagostanja je svakako Švedska sa velikom socijalnom dimenzijom. Socijalna politika u Švedskoj nije visoko centralizirana što je bilo značajno posebno kod procesa integracija jer su socijalna prava ostala na lokalnom nivou regulacije. U ovom slučaju finansiranje realizacije socijalnih prava se uglavnom vrši putem lokalno kontrolisanih taksi. Izvršenje socijalne politike i njeno finansiranje je nadležnost lokalnih nivoa vlasti, dok su na državnom nivou koncentrisane u malom obimu ostale socijalne usluge.²¹ Švedska je imala veliku implicitnu ustavnu reformu 1995. godine radi pridruživanja Evropskoj Uniji, pri čemu je ograničena moć države članice da određuje politike. Međutim politike koje su se odnosile na metod oporezivanja, kvalitet socijalnih prava, obrazovanje, obuhvat i metod javnih usluga su pripale državama članicama.²²

Dominacija socijalne politike u odnosu na ostale zadatke ekonomske politike je prisutna u primjeru Švedske. Karakteristike razvoja države blagostanja su: osiguranje ostvarenja ekonomskih i socijalnih prava bez obzira na radnu poziciju, politika aktivnog tržišta rada, te ponekad uz državno finansiranje zapošljavanja, smanjenja socijalnih beneficija radi povećanja atraktivnosti zapošljavanja, visok porez na dohodak koji čini zaposlenje svog aktivnog radno sposobnog stanovništva uključujući i žene visokooporezovanim, visoko organizovani sindikati.²³ Švedska kao socijalna tržišna demokratija je Ustavom definisana kao parlamentarna demokratija sa unitarnim uređenjem i jednodomnim parlamentom. Ustav Švedske je donesen 1. januara 1975. godine sa posljednjima amandmanima od 27. novembra 2002. godine. Prilično je teško naći državu sa tako slabom ustavnom tradicijom kao što je Švedska. Ustav ima vrlo malo važnosti za svakodnevni privredni život u Švedskoj, kao i poslovanje nosioca privrede. Odsustvo snažne ustavne tradicije također je rezultiralo činjenicom da nema mnogo interesa među ekonomistima i privrednicima za ustavne propise generalno, a taj interes je iz istog razloga izostao i na pitanju uticaja ustavne regulacije privrednog života. Međutim, Ustav sadrži propise koji tretiraju pravo vlasništva i socijalne zaštite, finansijskih nadležnosti i ovlasti, oporezivanja i budžetskih procedura. Prilično veliki porezi u Švedskoj

20 Ibid.

21 R.D. Congleton, *Improving Democracy Through Constitutional Reform: Some Swedish Lessons*, Springer Science + Business Media, New York 2003., str. 26.

22 Ibid., str. 31-32.

23 F. Kaufmann, "Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany Between Capitalism and Socialism" u F. Kaufmann (auth.)/L. Leisering (ur.), *Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany Between Capitalism and Socialism*, Springer-Verlag, Berlin, 2013., str. 140-142.

nemaju veze sa ustavnim sistemom i poretком nego su rezultat političkih odluka koje su usmjerene na preraspodjelu društvenog dohotka za kategorije stanovništva koje u procesu ekonomske aktivnosti proizvodnje, raspodjele, razmjene i potrošnje nisu uspjele obezbijediti dovoljno sredstava za dostojanstvene život u skladu sa švedskim standardima. Navedeno je bazirano na ekonomskoj politici Švedske da progresivnim oporezivanjem obezbijedi sredstva za vrlo detaljnu socijalnu politiku što donosi značajan socijalni kapital kao jedan od faktora stabilnosti i ekonomskog razvoja Kraljevine Švedske.²⁴ Činjenica da raspodjela nadležnosti države u oblasti ekonomske politike i uloga države u oblasti ekonomskih i socijalnih prava nisu detaljnije tretirani u ustavnim odredbama možemo reći da je donijela fleksibilnost i slobodu u ovoj složenoj i obimnoj oblasti ljudskih prava i ekonomske politike.

„Socijalna politika skandinavskih socijalnih sistema je sistematično usmjerena na vraćanje pasivnih korisnika u plaćeni radni odnos.“²⁵ Prema autoru R. Muratoviću: „Više izražena socijalna politika jednakosti i politika dohotka u Skandinaviji je stvorila relativno društva jednakosti i dovela do veće socijalne kohezije i političke stabilnosti što je ograničilo širenje kriminala i nasilja u navedenom području.“²⁶

2.1. Ekonomska i socijalna prava u Ustavnom uređenju u Bosni i Hercegovini

Ustav BiH u članu II stav 3 govori o osnovnim ljudskim pravima, a Aneks I Ustava BiH navodi dodatne sporazume o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini, a od kojih posebno navodimo Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima što opredjeljuje Bosnu i Hercegovinu i kao socijalnu državu.²⁷ Prema izvještaju o pravima na socijalnu zaštitu²⁸ Bosna i Hercegovina je jedna od zemalja koja ima najveća izdvajanja za socijalnu zaštitu ukoliko se isključe doprinosi, čak 4% BDP-a, u poređenju sa zemljama regiona i većinom evropskih zemalja. Od BiH veća izdvajanja u zemljama regiona ima jedino Hrvatska. Najveći dio izdvajanja za socijalnu zaštitu i u entitetu Federaciji BiH i u entitetu Republici Srpskoj predstavljaju izdvajanja vezana za boračku populaciju. Svjetska banka je izrazila stav o lošem rasporedu ovih izdvajanja za socijalnu zaštitu, a Međunarodni monetarni fond je insistirao

24 J. Nergelius, “Sweden”, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

25 R. Muratović, *Moć i nemoć države blagostanja*, Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008. str. 16., 21.

26 *Ibid.*, str. 22.

27 http://www.mpr.gov.ba/biblioteka/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (15. 10. 2016.)

28 Pravona socijalnu zaštitu u Bosni i Hercegovini, <http://www.osce.org/bs/bih/107169?download=true> (11.11.2020.)

na smanjenju izdvajanja za boračku populaciju.²⁹ “Specifičnost Ustava Bosne i Hercegovine u pogledu ustavne materije o ljudskim pravima, ekonomskim i socijalnim pitanjima ogleda se u tome što on nema autonomnih normi kojima se uređuje ova materija. Osim pobrojanih prava i sloboda u članu II. 3. Ustava, u istom članu II. se izričito poziva na odredbe evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao integralnog dijela Ustava. Ostale odredbe o ljudskim pravima i slobodama nalazimo u petnaest međunarodnih sporazuma u Aneksu I. Iako se izričito ne navodi (kao u Ustavu entiteta Federacije Bosne i Hercegovine) da ove odredbe imaju pravnu snagu ustavnog karaktera, njihov je rang isti. Kako se evropska Konvencija odnosi na zaštitu ličnih i političkih prava, odredbe o ekonomskim, socijalnim, kulturnim pravima nalazimo u međunarodnim sporazumima iz Aneksa I. Prije svega nalazimo ih u Međunarodnom ugovoru o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, ali i u međunarodnoj Konvenciji o pravima radnika u inozemstvu i članova njihovih porodica. Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda uključuje pravo vlasništva kao eminentno ekonomsko pravo, a i sama preambula Ustava Bosne i Hercegovine se poziva na opću dobrobit i ekonomski razvoj kroz zaštitu privatnog vlasništva i promociju tržišne ekonomije.”³⁰

“U 4. alineji Preambule Ustava BiH ustavotvorac konstituiše ustavnopravni princip opšteg blagostanja, a privredni rast proglašava ustavnim ciljem. Ta alineja ima odlučujući značaj. Ona daje okvirne koordinate za ekonomsku i socijalnu politiku u BiH. U svojoj sudskoj praksi Ustavni sud BiH i Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu BiH su više puta tumačili tu odredbu. Tako, KLJP pri USBiH iz 4. alineje izvodi zaključak da u BiH vrijedi princip socijalne države. U više odluka USBiH konstatuje da su ti principi obavezujući za državu. Prema tome, država nije samo obavezna da ne krši konkretna prava koja proizilaze iz ovog principa, već država ima i pozitivnu obavezu da, štiteći ekonomska i socijalna prava privatno vlasništvo i podstičući tržišnu privredu, djeluje na unapređenju i podupiranju opšteg blagostanja i privrednog rasta. Istovremeno, država ima prerogativ da procijeni na koji način opšte blagostanje i privredni rast najbolje mogu biti ostvareni.”³¹

“To znači da država ima obavezu da vodi politiku i poduzima neophodne mjere s ciljem stvaranja povoljne sredine za otvaranje novih radnih mjesta i

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Z. Miljko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada Zagreb, Zagreb 2006., 166., prema: S. Dedić, „Ustavnopravni položaj pojedinih ekonomskih prava u Bosni i Hercegovini sa naglaskom na ostvarivanje prava na privatno poduzetništvo“, *Zbornik radova Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“*, u M. Čokić/J. Alihodžić (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, Tuzla 2013., str. 233-234.

³¹ Više o tome: N. Ademović/J. Marko/G. Marković, 92 i dalje., prema: S. Dedić, str. 232.

očuvanje postojećih”, te da vodi brigu o socijalnim pravima radno sposobnih ljudi i ostalih kategorija stanovništva^{32, 33}

“U isto vrijeme alineja 4. ograničava zakonodavca da ostvari slobodnu (liberalnu) tržišnu ekonomiju sa kojom su usko vezana prava na privatnu imovinu i pravo na profit. Naime, država ima pravo i obavezu, u ime preovladavajućeg javnog interesa koji se zove ostvarivanje ciljeva socijalne države, da nametne takve zakone koji ograničavaju privatnopravne privredne aktivnosti putem poreza, nacionalizacije ili eksproprijacije imovine, planiranja privrednog razvoja, nametanja kontrole slobodnog tržišta itd.”³⁴ Je li neophodno?

“Mnogobrojna prava iz Ustava BiH su tzv. ekonomska, socijalna i kulturna prava! Njihovo postojanje je direktna potvrda da je BiH socijalna država kojoj Ustav BiH propisuje sasvim konkretne socijalne standarde. Tako, naprimjer, u Aneksu I na Ustav BiH naveden je Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, koji daje građanima sasvim konkretna prava. Neka od pomenutih prava su: pravo na rad (član 6) i povoljne uslove rada (član 7), pravo na socijalno obezbjeđenje, tj. osiguranje (član 9), pravo na što bolje osiguranje (član 10), itd.”³⁵

“Glava III Ustava entiteta RS posvećena je principima na kojima počiva ekonomsko-socijalno uređenje. Ustavnim normama sadržanim u ovom poglavlju vrši se razrada principa koji su već naznačeni u članu 5, kojima se garantuju socijalna pravda i tržišna privreda. Njihovom analizom zaključujemo da je ustavotvorac imao namjeru da definiše ekonomsko-socijalni sistem kao socijalnu tržišnu privredu, zasnovanu na svojinskom pluralizmu, ali uz isticanje prvenstva privatne svojine. Članom 61 utvrđena je obaveza entiteta RS da jamči minimum socijalne sigurnosti građana i obezbjeđuje funkcionisanje javnih službi. Socijalni položaj građana uređen je nizom socijalnih prava.”³⁶

“Ukratko Bosna i Hercegovina je u Aneksu I Ustava potvrdila privrženost Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, entitet Republika Srpska je ugradila ekonomska i socijalna prava u normativni dio svog ustava, a entitet Federacija Bosne i Hercegovine je ekonomskim i socijalnim

32 N. Ademović, „*Ekonomska i socijalna prava*“, S. Dizdarević (ur.), *Procjena razvoja demokratije u BiH*, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo 2006., 91., prema: S. Dedić, str. 232.

33 Kako navodi N. Ademović: “Država i entiteti preduzeli su korake s ciljem izrade jedne sveobuhvatne „Razvojne strategije BiH (PRSP)“, koje treba da odredi prioritete ekonomskog razvoja zemlje u narednom srednjoročju. Ovo je ujedno i strategija za borbu protiv siromaštva. Osnovni ciljevi ove strategije su, inter alia, povećanje brojazaposlenih jačanjem privatnog sektora, smanjenje javne potrošnje, uspostava stabilnog sistema socijalne zaštite, uključujući zdravstvo, obrazovanje i okoliš. Razvojnom strategijom vlada države i njene administrativnih jedinica definisale su probleme u pojedinačnim oblastima i predložile iscrpne mjere za njihovo prevazilaženje.” Više o tome: *Ibid.*, 113. prema: S. Dedić, str. 232.

34 Više o tome: N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2012., 91., prema: S. Dedić, str. 233.

35 Više o tome: N. Ademović/J. Marko/G. Marković, str. 90.

36 Više o tome: *Ibid.*, str. 392.

pravima priznala ustavnu snagu u aneksu svog ustava.³⁷ Ustavom entiteta RS „predviđena je intervencija države u ekonomskoj i socijalnoj politici, koja nije precizno definisana, već je utvrđena kao načelna obaveza entiteta (član 51).“³⁸

“Zbog činjenice da ekonomsko socijalno uređenje nije posebno normirano u Ustavu entiteta FBiH zakonodavna vlast ima veću slobodu u određivanju sadržaja i obima ekonomsko-socijalnih prava. Naime, jedino se u kratkoj preambuli Ustava ističe privrženost slobodnom tržištu.”³⁹ “Pojedina ekonomska i socijalna prava su u ustavima BiH, entiteta FBiH i entiteta RS normirana na najopštiji način, samo jednom normom, koja upućuje na zakon kojim će to pravo biti detaljnije uređeno. Stoga, zakoni treba da sadrže rješenja koja će omogućiti ostvarivanjem ekonomskih prava i svakako efikasnim provođenjem ekonomske politike sa što manje restrikcija, približavajući ih u najvećoj mogućoj mjeri idealu apsolutnih prava.”⁴⁰

Autor Ademović zaključuje da: “U materijalnopравnom smislu Ustav BiH jasno sadrži princip socijalne države. Obaveze koje proizlaze iz ovog principa su dalje razrađene kroz Ustav BiH. Neki elementi ovog principa su sasvim konkretni, kao što su konkretna ekonomska, socijalna i kulturna ljudska prava i osnovne slobode koji proizlaze iz Ustava BiH (prije svega, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i EKLJP). Druge obaveze iz ovog principa su dosta neodređene socijalne vrijednosti, kao što je uspostavljanje blagostanja (4. alineja Preambule) ili jednakosti (1. Alineja Preambule; član II/4. Ustava BiH i ostale odredbe o zabrani neopravdanog različitog postupanja), ili pravde (2. alineja Preambule). Te vrijednosti se mogu podijeliti na one koje nastoje da isprave socijalne nepravde u najširem smislu riječi (na primjer, uspostavljanje jednakih šansi za invalide) do mjere koja treba da podigne životni standard. Ipak, kada konkretizuje ove obaveze putem konkretnih mjera donesenih u procesu otvorenog demokratskog građenja političke volje, država ima određenu slobodu odlučivanja. Ona ima pravo da ocijeni šta su njene mogućnosti i potrebe, kako najbolje iskoristiti postojeće resurse, u okviru kojih procedura, u kojim vremenskim okvirima itd. Ukoliko država ne preduzima te mjere uopšte, ili ih usvaja na apsolutno neprihvatljiv način, ona krši ustavom definisanu aktivnu obavezu ostvarenja ekonomskih i socijalnih prava.”⁴¹

37 M. Tomić, “Ljudska prava i slobode – problemi i perspektive”, *Aktuelnosti i značaj ljudskih prava i sloboda*, u M. Tomić et al. (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2011., 7-8., prema: S. Dedić, str. 230.

38 N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2012., str. 392.

39 G. Marković, “Ustavnopravni osnov ostvarivanja ekonomskih prava u Bosni i Hercegovini”, *Aktuelnosti i značaj ljudskih prava i sloboda*, u M. Tomić et al. (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2011., 352., prema: S. Dedić, str. 235.

40 *Ibid.*, 364-365., prema: S. Dedić, str. 235.

41 N. Ademović/J. Marko/G. Marković, op.cit., str. 92-93.

3. Metod istraživanja i analiza podataka

U radu se koristi komparativna metoda što potvrđuje i podatak da se kompariraju određena ekonomska i socijalna prava u zemljama Zapadnog Balkana, sa posebnim fokusom na BiH. Upravo ova metoda omogućava uvid u sličnosti i razlike između zemalja Zapadnog Balkana u kontekstu ekonomskih i socijalnih prava. Pored komparativne metode, u radu je korištena i induktivna metoda kako bi se nakon određenih posmatranja i analize činjenica došlo do konkretnih zaključaka kad je u pitanju položaj, odnosno općeniti napredak BiH u oblasti ekonomskih i socijalnih prava posljednjih godina.

3.1. Stvarni broj radnih sati u zemljama Zapadnog Balkana

U ekonomskom smislu regija Zapadnog Balkana, sačinjena od pet zemalja⁴², u 2019. godini je ostvarila vrijednost BDP-a od 110,6 mlrd USD.⁴³ Podaci o veličini ekonomija posebnih država, stanovništvu i BDP po stanovniku dati su u sljedećoj tabeli.

Tabela 1: Zemlje Zapadnog Balkana - BDP i stanovništvo, 2019, USD (000)

	BDP	Stanovništvo	BDPpc
Albanija	14,868,520	2,854	5,209
Bosna i Hercegovina	20,585,140	3,301	6,236
Crna Gora	5,316,460	622	8,546
Kosovo	8,006,620	1,794	4,463
Makedonija	11,738,990	2,084	5,634
Srbija	50,095,370	6,945	7,213
Ukupno	110,611,100	17,600	6,285

Izvor: Svjetska banka.

Koncept stvarnih radnih sati⁴⁴ obuhvata: (i) *direktne sate rada*, odnosno vrijeme utrošeno na obavljanje radnih operacija i ispunjavanje radnih zadataka, (ii) *povezane sate rada*, tj. vrijeme utrošeno na održavanje i unapređenje radnih aktivnosti, (iii) *zastoje*, odnosno vrijeme u kojem radnik ne može raditi zbog prekida proizvodnog procesa uslijed kvara na sredstvima rada, nesreće na radu, nedostatka pogonskih goriva ili energije, pristupa Internetu, itd. (iv) *odmor*, kratke periode odmora, opuštanja ili osvježanja koji uključuju konzumaciju

42 Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Sjeverna Makedonija i Srbija (uz dodatak Kosova).

43 <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD> (pristup: 20.11.2020).

44 <https://ilostat.ilo.org/resources/concepts-and-definitions/description-hours-of-work/>

osvježavajućih napitaka ili obavljanje religijskih aktivnosti koje se običajno praktikuju ili su predviđene ugovorom o radu, a u skladu sa postojećim društvenim normama.

Sa druge strane, koncept stvarnih radnih sati ne obuhvata: (i) godišnje odmore, državne praznike, bolovanja, porodijsko odsustvo kao ni ostale vrste odsustva radi ličnih, porodičnih ili građanskih obaveza, (ii) putovanje između posla i mjesta stanovanja kada se ne obavljaju proizvodne aktivnosti koje se odnose na radno mjesto, (iii) vrijeme provedeno na edukaciji, (iv) duže prekide rada u kojima se ne obavlja proizvodna aktivnost, kao što su pauze za objed.

U analizi adekvatnog radnog vremena korišteni su podaci o prosječnoj dužini radnog vremena u zemljama Zapadnog Balkana razvrstani prema sektorima, rodnim karakteristikama.

Tabela 2: Stvarni broj radnih sati u zemljama Zapadnog Balkana, prema spolu, 2012-2018.

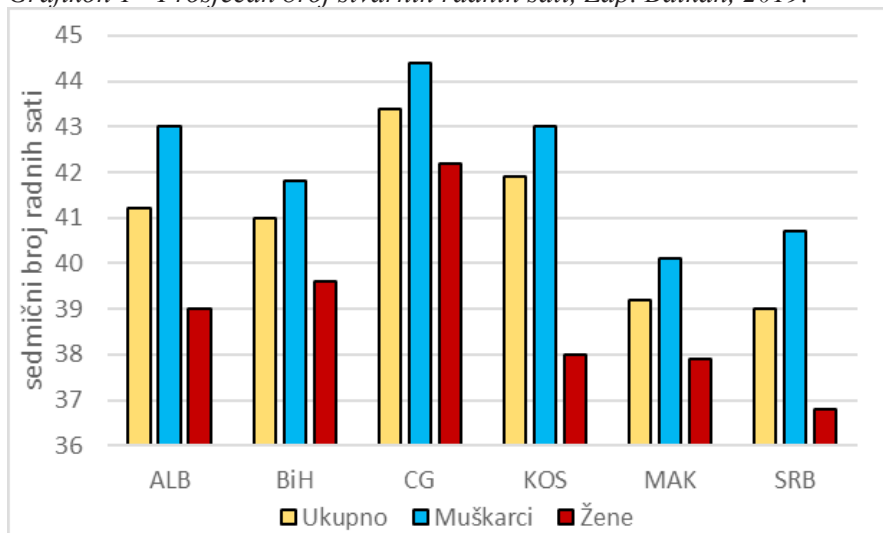
Država		2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
Albanija	Ukupno	42	43	42	41	43	42	43
	Muškarci	43	44	43	43	44	43	44
	Žene	41	42	40	40	42	41	41
Bosna i Hercegovina	Ukupno	42	42	41	41	42	42	42
	Muškarci	42	42	42	42	43	42	42
	Žene	41	41	40	40	41	41	40
Crna Gora	Ukupno	43	44	43	43	43	43	43
	Muškarci	44	44	44	44	43	43	44
	Žene	43	43	42	42	42	42	42
Sjeverna Makedonija	Ukupno	42	42	41	41	41	42	42
	Muškarci	42	42	42	41	42	43	42
	Žene	41	42	41	41	41	42	42
Kosovo*	Ukupno			42		42		44
	Muškarci			43		44		45
	Žene			39		38		41
Srbija	Ukupno	42	42	37	39	39	39	39
	Muškarci	43	43	39	41	41	40	41
	Žene	40	40	35	37	37	37	37

Izvor: Međunarodna organizacija rada.

* nedostaju podaci za Kosovo u određenim godinama.

U zemljama Zapadnog Balkana se ostvaruje sedmično radno vrijeme u u trajanju od 41 sata. Iz predočene tabele je vidljivo da najveće stvarno sedmično prosječno radno vrijeme ima Crna Gora, 43 sata, čak i 44 u 2013. godini, a od 2014. godine najmanje ima Srbija, 39 sati, s tim da je u 2014. godini bilo 37. Ono što je, također, evidentno je da u svim zemljama Zapadnog Balkana, tokom cijelog analiziranog perioda, muškarci imaju veće prosječno sedmično stvarno radno vrijeme nego žene. Najveća rodna razlika u sedmičnom radnom vremenu je u Srbiji, oko 4 sata. I u našoj zemlji muškarci u prosjeku rade više od žena, 42 sati naspram 41, odnosno 40 sati.

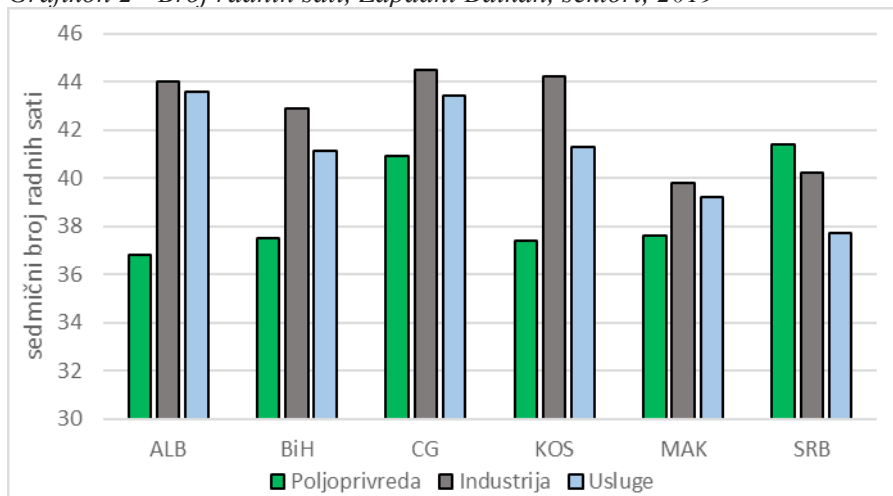
Grafikon 1 - Prosječan broj stvarnih radnih sati, Zap. Balkan, 2019.



Izvor: autori. Podaci: Međunarodna organizacija rada.

Sa gornjeg grafikona vidljivo je da najveće stvarno sedmično prosječno radno vrijeme ima Crna Gora, više od 43 sata, a najmanje Srbija, 39 sati. Također, u svim zemljama Zapadnog Balkana muškarci imaju veće prosječno sedmično stvarno radno vrijeme nego žene, što na razini regije iznosi 42,2 naspram 38,9 sati. Najveća rodna razlika u sedmičnom radnom vremenu je u Albaniji i Srbiji, oko 4 sata. U našoj zemlji sedmično radno vrijeme iznosi 41 sat, pri čemu muškarci u prosjeku rade više od žena, 41,8 sati naspram 39,6 sati. Zanimljivo je ispitati sektorsku distribuciju prosječnih sedmičnih stvarnih radnih sati u zemljama Zapadnog Balkana.

Grafikon 2 - Broj radnih sati, Zapadni Balkan, sektori, 2019

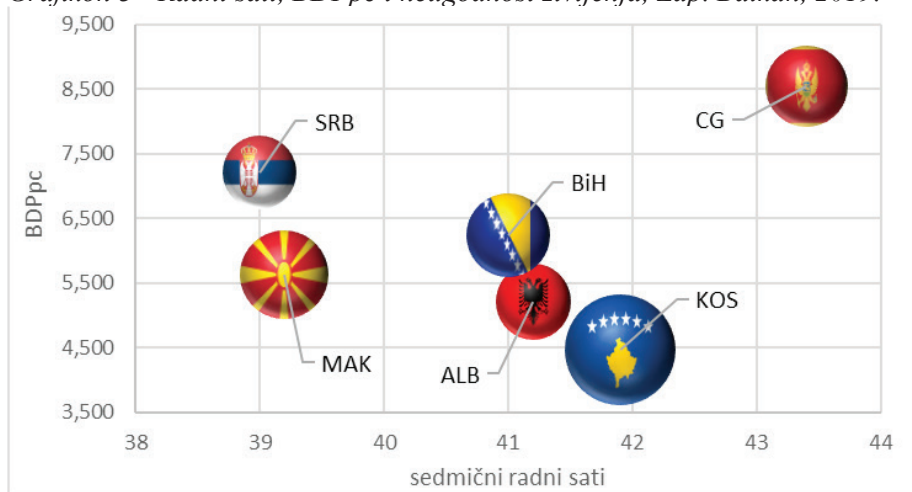


Izvor: autori. Podaci: Međunarodna organizacija rada.

Najveće prosječno sedmično stvarno radno vrijeme u zemljama Zapadnog Balkana se realizira u sektoru industrije, 42,6 sati, a najmanje u sektoru poljoprivrede, 38,6 sati. Na grafikonu br. 2 može se zapaziti gotovo jedinstven obrazac sektorskog rasporeda prosječnog sedmičnog radnog vremenaprema kojem se najmanji broj radnih sati ostvaruje u sektoru poljoprivrede, a najveći u sektoru industrije, dok se sektor usluga nalazi između. Od tog obrasca Zapadnog Balkana odstupa Srbija u kojoj se najveći broj prosječnih sedmičnih radnih sati bilježi u sektoru poljoprivrede, zatim industrije i potom sektoru usluga. Broj prosječnih sedmičnih stvarnih radnih sati kompariran sa BDP_{pc} i iskazan prema Indeksu neugodnosti života predstavljen je na narednom grafikonu. Najveći BDP_{pc} ima Crna Gora, a najmanji Kosovo, redom 8.550 i 4.450 USD/st.

Indeks neugodnosti života kao zbir stope nezaposlenosti i stope inflacije je najveći na Kosovu, približno jednak u Sjevernoj Makedoniji, Bosni i Hercegovini i Crnoj Gori, a najmanji u Albaniji i Srbiji. Na grafikonu je predstavljen obimom kruga za svaku zemlju.

Grafikon 3 - Radni sati, BDPpc i neugodnost življenja, Zap. Balkan, 2019.



Izvor: autori. Podaci: Svjetska banka.

3.2. Stopa siromaštva kod zaposlenih lica

U nastavku slijede podaci o siromaštvu kod zaposlenih lica kao, također, jedan od pokazatelja koji je u direktnoj sprezi sa tržištem rada i ekonomskim i socijalnim pravima. Siromašni koji rade su zaposleni ljudi koji žive u domaćinstvima u riziku od siromaštva. Iako je siromaštvo u razvijenim zemljama često povezano s nezaposlenošću, ekstremno siromaštvo koje postoji u većini zemalja u razvoju je u velikoj mjeri problem zaposlenih osoba u tim ekonomijama, a obično je povezano sa kvalitetom zaposlenja.

Podaci o zaposlenosti raščlanjeni po ekonomskoj klasi, a posebno učešćem siromašnih koji su zaposleni informišu nas o vezi između zaposlenosti i siromaštva, što je itekako važno za formulaciju efikasne politike. Zapošljavanje bi, prema logici stvari, trebalo izvući ljude iz siromaštva, ali ovo se uzima kao tačno samo ako je kvalitet posla dovoljan, uključujući odgovarajuću zaradu, sigurnost posla i sigurno radno okruženje. Odnos između zaposlenosti i siromaštva uveliko ovisi o mjeri u kojoj je osiguran dostojan rad na tržištu rada kao jedno od temeljnih socijalnih prava.

Tabela 3: Udio zaposlenosti po ekonomskim klasama⁴⁵

	BiH	Crna Gora	Srbija	Sj. Makedonija	Albanija
Ekstremno siromaštvo	1,0%	2,0%	3,0%	5,0%	14,0%

Izvor: Međunarodna organizacija rada.

*nedostaju podaci za Kosovo

⁴⁵ Udio zaposlenosti po ekonomskim klasama (u procentima), ILO je kreirao procjene za 2019. godinu, sa najnižom ekonomskom klasom na osnovu međunarodne linije siromaštva Svjetske banke od 1,90 dolara dnevno.

Prema zvaničnim podacima sa stranice ILO, unutar kategorija ekstremnog⁴⁶ i umjerenog⁴⁷ siromaštva sa izuzetkom Albanije u okviru umjerenog siromaštva (1,0%), stope iznose 0,0%, odnosno u tim kategoriji nemamo zaposlenih lica koja žive u siromaštvu. Međutim, stvari se značajno mijenjaju u kategoriji blizu siromaštva, odnosno na granici siromaštva i razlikuju od zemlje do zemlje što je i prikazano u tabeli 3. Najmanji procenat, tačnije 1,0% je u Bosni i Hercegovini, a najveći u Albaniji, čak 14,0%.

Stopa siromaštva kod zaposlenih lica pokazuje procenat zaposlenih osoba koje žive u siromaštvu unatoč zaposlenju. Siromaštvo se definira pomoću međunarodne linije siromaštva od 1,90 američkih dolara dnevno (ekstremno siromaštvo) u paritetu kupovne moći (PPP).

U Bosni i Hercegovini u periodu između 2012. i 2019. godine, prema dostupnim podacima ILO, nije bilo zaposlenih koji su živjeli u ekstremnom siromaštvu što pokazuje i stopa siromaštva kod zaposlenih (0,0). Srbija i Sjeverna Makedonija su samo u određenim periodima imale mali procenat zaposlenih koji žive u siromaštvu (0,1). U Crnoj Gori je, posebice kod žena u prve dvije godine, evidentna značajnija stopa siromaštva kod zaposlenih – 0,4 i nastavlja se i u sljedećim godinama ali u nižem procentu. Albanija, također, u svim godinama ima određeni procenat zaposlenih koji žive u siromaštvu (0,1) s tim da su žene, kao ranjivija skupina, više pogođene.

4. Zaključak

Postojanje ustavnih garancija ekonomskih i socijalnih prava predstavlja ključan pravni okvir za sva unapređenja i usavršavanja primjene ovih prava u praksi. Neophodni koraci u ostvarivanju ekonomskih i socijalnih prava čine pristupanje relevantnim međunarodnim dokumentima i konvencijama, njihovo prenošenje u domaće zakonodavstvo i provedba u ekonomskom i socijalnom sektoru. Većina sadašnjih zemalja Zapadnog Balkana nije pristupila međunarodnim konvencijama o ekonomskim i socijalnim pravima u vrijeme njihovog donošenja nego znatno kasnije. U poštivanju ekonomskih prava, makar kada je riječ o adekvatnom radnom vremenu, zemlje Zapadnog Balkana su gotovo podjednako uspješne. Opće zapažanje je da muškarci u svim zemljama posmatrane regije imaju duže radno vrijeme od žena.

U pogledu sektorske strukture i radnog vremena, u svim zemljama Zapadnog Balkana (izuzev u Srbiji) se najviše radnog vremena bilježi u sektoru industrije, zatim sektoru usluga te poljoprivredi.

Pored adekvatnog radnog vremena, kao jednog od osnovnih prava i odrednica životnog standarda, u radu je dat i i kratak prikaz stope siromaštva zaposlenih. U slučaju postojanja ove kategorije, odnosno zaposlenih koji žive u

⁴⁶ Ekstremno siromaštvo: manje od 1,90\$ dnevno

⁴⁷ Umjereno siromaštvo: od 1,90 do 3,20\$ dnevno.

siromaštvu, kao glavni „krivci“ navode se niske zarade i neadekvatni radni uvjeti što se po automatizmu reflektuje i na životni standard. Dostojanstven rad je i sredstvo i cilj: postizanje dostojanstvenog rada za sve, i muškarce i žene, je cilj sam po sebi, ali isto tako može djelovati i kao instrument za postizanje mnogih aspekata održivog razvoja kao i eliminiranje ekstremnog siromaštva u svijetu. Zanimljivo je da, prema posljednjim podacima ILO, unutar zemalja Zapadnog Balkana nema zaposlenih koji žive u ekstremnom siromaštvu ali svaka zemlja ima određeni procenat onih koji su zaposleni ali žive na rubu siromaštva. I u periodu koji slijedi, posebice tokom svjetske pandemije i poslije, neophodno je osigurati pristojne poslove, odgovarajuće zarade, dovoljno radno vrijeme i kvalitetno i sigurno radno okruženje kako ne bismo imali negativne trendove stope siromaštva zaposlenih te kako bismo osigurali odgovarajući životni standard.

Literatura:

a) Knjige:

1. Ademović, N./Marko, J./Marković, G., *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija Konrad Adenauer e.V. Predstavništvo u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2012.
2. Congleton, R.D., *Improving Democracy Through Constitutional Reform: Some Swedish Lessons*, Springer Science + Business Media, New York 2003.
3. Kommers D.P/ Finn J.E/ Jacobsohn, G.J., *American Constitutional Law: Essays, Cases and Comparative Notes*, Volume 2, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2010.
4. Miljko, Z., *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada Zagreb, Zagreb 2006.
5. Moeckli, S., *O „socijalnoj državi“ govorimo kada se država korektivno i upravljački upliće u relacije ekonomskih i društvenih snaga*, Politički sistem Švajcarske – Kako funkcioniše, ko učestvuje, čime rezultira, University Press-Magistrat izdanja-Politička kultura, Sarajevo-Zagreb 2010.
6. Muratović, R., *Moć i nemoć države blagostanja*, Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008.
7. Schofield, N., *Architects of political Change - Constitutional quandaries and Social choice theory*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, 2006.
8. Trnka, K., *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, Sarajevo 2006.
9. Vajić, I., (ur.), *Menadžment i poduzetništvo, 1000 programa ulaganja za mala i srednja poduzeća*, Centar za poduzetništvo, Mladost Zagreb, Zagreb 1994.

b) Članci:

1. Ademović, N., „*Ekonomska i socijalna prava*“, S. Dizdarević (ur.), Procjena razvoja demokratije u BiH, Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo 2006.
2. Dedić, S., „*Ustavnopravni položaj pojedinih ekonomskih prava u Bosni i Hercegovini sa naglaskom na ostvarivanje prava na privatno poduzetništvo*“, Zbornik radova Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH:Koliko daleko možemo ići?“, u M. Čokić/J. Alihodžić (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli i Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, Tuzla 2013.
3. Dedić, S., „*Ustavnopravna garancija socijalne države kao jedna od ustavnih obaveza ekonomske politike tržišno-socijalnih ekonomskih sistema*“, Revija za ekonomiju i pravo, godina 18. Br. 1., Pravni fakultet, Univerzitet Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2017.
4. Elkins, Z. et al., „*Constitute: The world's constitutions to read, search, and compare*“, Web Semantics: Science, Services and Agents on the World Wide Web, 2014.
5. Kaufmann, F., „*Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany Between Capitalism and Socialism*“ u F. Kaufmann (auth.)/L. Leisering (ur.), Variations of the Welfare State: Great Britain, Sweden, France and Germany Between Capitalism and Socialism, Springer-Verlag, Berlin, 2013.
6. Kley, A., „*Switzerland*“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.
7. Marković, G., „*Ustavnopravni osnov ostvarivanja ekonomskih prava u Bosni i Hercegovini*“, Aktuelnosti i značaj ljudskih prava i sloboda, u M. Tomić et al. (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2011.
8. Nergelius, J., „*Sweden*“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.
9. Smerdel, B., „*Croatia*“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.
10. Spirovski, I., „*Macedonia*“, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

11. Teson, F. R., *"The Liberal Constitution and Foreign Affairs"*, u E. F. Paul, F.D. Miller, J. Paul (ed.), *What Should Constitution Do?*, Cambridge University Press, 2011.
12. Tomić, M., *"Ljudska prava i slobode – problemi i perspektive"*, Aktualnosti i značaj ljudskih prava i sloboda, u M. Tomić et al. (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2011.
13. Vučić, O., *"Serbia"*, u G. Robbers (ur.), *Encyclopedia of World Constitutions*, Facts On File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, New York 2007.

c) Internet-izvori:

1. <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD> (pristup: 20.11.2020).
2. http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/ghi_wr_weimarconstitution_Eng.pdf (12. 11. 2020.)
3. <https://ilostat.ilo.org/resources/concepts-and-definitions/description-hours-of-work/>
4. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C047:NO
5. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102704
6. http://www.mpr.gov.ba/biblioteka/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (15. 11. 2020.)
7. <http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf> (12. 11. 2020.)
8. Konrad Adenauer Stiftung, *Smjernice za blagostanje, socijalnu pravdu i održivi ekonomski razvoj*, http://www.kas.de/wf/doc/kas_21156-1522-15-30.pdf?101118154817 (19. 11. 2020. godine)
9. Pravo na socijalnu zaštitu u Bosni i Hercegovini, <http://www.osce.org/bs/bih/107169?download=true> (11.11.2020.)

Jasmin Halebić, PhD., Associate Professor

Faculty of Economics of the University of Zenica

Nerma Čolaković-Prguda, PhD., Assistant Professor

Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

Sedad Dedić, PhD., Assistant Professor

Faculty of Law of the University of Zenica

ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Summary: Bosnia and Herzegovina faces many problems and those in the field of economic and social rights are among the most important. In order to join the countries that responsibly face problems in the field of economic and social rights, Bosnia and Herzegovina has an obligation to respect the internationally recognized principles advocated by the International Labor Organization (ILO) in its documents. They list the types and definitions of rights, and the ILO collects and publishes a series of statistics that allow comparative analyzes of achieved levels of respect for economic and social rights. Respect for human rights also means the existence of gender equality, as important assumption for the optimal functioning of the labor market. Therefore, it is very important to provide decent jobs, adequate wages, as well as sufficient but not excessive working hours. In addition to the labor market and the rights that are realized in it, we will also look at the adequate standard of living, which is viewed from the point of economic and social rights, but also as one of the goals of economic development. In addition to constitutional review of economic and social rights in Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia, Northern Macedonia, the Republic of Serbia in a comparative review in order to present important experiences of more developed countries, we will make a brief overview of the constitutional framework of economic and social rights in Weimar Constitution, Constitution of Poland and Switzerland. This paper explores and compares economic and social rights in certain countries of the Western Balkans and important experiences of certain more developed countries, with a special focus on Bosnia and Herzegovina. Economic and social rights for which there are comparable data on the official ILO website were examined. The research findings indicate the general progress of Bosnia and Herzegovina in the field of economic and social rights in recent years, as well as the possibilities and needs for initiating additional reforms in the future.

Key words: economic and social rights, human rights, labor market, standard of living, gender equality, real working hours, working poverty rate.

dr. sc. Jasmina Bešliagić, docentica

Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

Anita Mujkić, MA, saradnik

Islamski pedagoški fakultet Univerziteta u Bihaću

ODGOVORNOST ŠTETNIKA I PRAVNE POSLJEDICE OSUDE ZA KLEVETU PREMA RELEVANTNOM ZAKONODAVSTVU U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: Cilj ovoga rada je prikazati zakonske odrednice kojima se garantira sloboda izražavanja sa posebnim osvrtom na odgovornost štetnika i pravne posljedice osude za klevetu prema relevantnom zakonodavstvu u Federaciji Bosne i Hercegovine. U okvirima osnovnog cilja istraživanja posebna pažnja posvećena je ulozi dekriminalizacije klevete u kontekstu bosanskohercegovačkog pravnog sistema sa posebnim osvrtom na naknadu štete. Metode istraživanja koje su korištene u radu su uslovljene predmetom istraživanja, naučnim ciljevima, hipotezama i indikatorima. Provjera istinitosti postavljene hipoteze izvršena je pomoću metode analize i sinteze, pravno-normativne, induktivne i deduktivne metode, generalizacije i specijalizacije, metoda kompilacije, komparativne i statističke metode. U radu je obrađeno pitanje građanskopravne odgovornosti u domenu parničnog i izvršnog postupka, te je predstavljeno istraživanje na osnovu podataka dostavljenih od strane Institucije ombudsmena za ljudska Bosne i Hercegovine i Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: kleveta, dekriminalizacija klevete, odgovornost štetnika, naknada štete, parnični i izvršni postupak

1. Uvod

U uvodnoj kontekstualizaciji problema važno je istaknuti aktuelnost navedene teme upravo zbog činjenice da je dekriminalizacijom klevete u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (BiH) potpuno otklonjena mogućnost krivične sankcije za povredu časti i ugleda učinjenu u „javnom prostoru“¹. Ovaj napredak u zaštiti prava na slobodu izražavanja više je išao u prilog zaštiti javnih

¹ Javni prostor je prostor ili područje koje je dostupno svima, bez obzira na spol, rasu, dob ili socijalni status. Javni život odvija se u javnom prostoru, a tipični primjeri javnih prostora su trgovi i ulice. Pristup javnim prostorima je u principu besplatan i otvoren svima pod istim uslovima. Srodni koncept koji se čak i preklapa prema nekim definicijama je zajednički prostor. To je prostor ili područje u kolektivnom vlasništvu, npr. stanovnici određenog naselja ili lokalne zajednice. Savršeno prikladan prijevod na engleski jezik za javni prostor je „public space“, a termin „commons“ se obično koristi za zajednički prostor. Opširnije vidjeti na: <https://ipop.si/urejanje-prostora/izrazje/javni-prostor/> (posljedni put pregledano 20.10. 2020. g.).

službenika i javnih ličnosti od zaštite „običnih“ građana. Zbog toga će u ovom radu biti problematizirano pitanje klevete prema fizičkim licima.

Povreda časti može biti izvršena na različite načine: verbalno, mimikom ili drugim postupkom kojim se omalovažava drugo lice ili izražava nepoštovanje njegove ličnosti, kao i iznošenjem ili prenošenjem neistinitih navoda koja se tiču prošlosti, zvanja, sposobnosti ili nečeg drugog što je vezano za oštećenog, pod uslovom da štetnik zna ili mora znati da je riječ o neistini. Polazeći od zakonskog definiranja pojma naknade štete i utvrđivanja osnovnih aspekata iste, važno je konstatovati da pored naknade materijalne ili imovinske štete u slučaju klevete, najvažniji faktor je upravo naknada nematerijalne štete, odnosno utvrđivanje postojanja i visine iste. Ukoliko je određena osoba bila izložena kleveti što je na nju nesumnjivo ostavilo psihičke posljedice u toj mjeri da oklevetana osoba ne može normalno funkcionisati, Zakonom o obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine² (F BiH) određeno je utvrđivanje naknade štete. Naime, povreda časti i ugleda se otklanja upravo naknadom nematerijalne štete, međutim povreda časti i ugleda širenjem neistinitih navoda može izazvati i određenu materijanu štetu koju ne smijemo zanemariti. Zakon o zaštiti od klevete F BiH³ u tom kontekstu govori o mogućnosti naknade štete (materijalne i nematerijalne), ali mehanizme njenog utvrđivanja u slučajevima povrede prava ličnosti su definirani Zakonom o obligacionim odnosima F BiH. Zakonom o zaštiti od klevete F BiH također nisu predviđeni niti mehanizmi kojima se štetnik može „prisiliti“ na izvinjenje ili ispravku netačnih navoda učinjenih u javnom prostoru, pa se navedeno kao krajnja moralna satisfakcija oštećenom može ostvariti kroz primjenu relevantnih zakonskih propisa predviđenih parničnim i izvršnim postupcima u zakonodavstvu F BiH.

2. Prava, obaveze i odgovornost pojedinca u kontekstu ljudskih prava i sloboda

Ljudska prava i slobode predstavljaju fudamentalna i prirodna prava i slobode koja pripadaju svakom ljudskom biću. Uz pojam osnovnih ljudskih prava i sloboda često se koristi se termin neotuđiva prava, jer su usko vezana za pravo ličnosti, kao i pojam apsolutna prava što znači da pripadaju svakoj individui bez obzira na porijeklo, boju kože, religiju ili neko drugo obilježje, te su apsolutno zaštićena od ugrožavanja od strane države ili drugog pojedinca.

Usklađenost prava i obaveza jedna je od temeljnih pretpostavki dobrog funkcioniranja demokratskog društva u kojemu je interes građana i zajednice zakonima zaštićen od samovolje vlasti, moćnih grupa i drugih pojedinaca. Prava koja pripadaju pojedincu nameću određene obaveze i državi i drugim pojedincima.

² Zakon o obligacionim odnosima F BiH, „Službeni list SFRJ“, broj: 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Službene novine F BiH“, broj: 2/92, 13/93, 13/ 94 i 29/03.

³ Zakon o zaštiti od klevete F BiH, „Službene novine F BiH“, broj: 19/03 i 73/05.

Pri tome su i jedni i drugi obvezni ne miješati se u prava drugih pojedinca, ali država ima još i dodatnu obvezu da mu ta prava i osigura. U skladu s tim, od pojedinca se očekuje da ispuni svoje građanske obaveze prema društvu, što prvenstveno uključuje glasanje i plaćanje poreza, te u većini zemalja i neki oblik služenja vojnog roka i odbrane zemlje (javna sfera dužnosti), ali i da poštuje prava drugih (privatna sfera dužnosti).⁴

2.1. Sloboda izražavanja

Za razvoj ljudske civilizacije, demokratskih procesa i razvoj svakog ljudskog bića od suštinske važnosti je zaštita slobode izražavanja. Naime, zaštita koja je zagarantovana članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda odnosi se na svako izražavanje bez obzira na njegov sadržaj, koje distribuira neki pojedinac, grupa ili tip medija.⁵ U skladu sa članom 10. Evropske konvencije, miješanje u slobodu izražavanja nije legitimno ako to miješanje nije u skladu sa zakonom. Stoga, svako pravo na miješanje mora imati osnov u domaćem zakonodavstvu, a konkretan propis mora biti dostupan osobi čije je pravo povrijeđeno. Da bi ograničenje prava na slobodu izražavanja bilo opravdano, ono mora da teži ostvarenju nekog legitimnog cilja koji su navedeni u članu 10. stav 2. Evropske konvencije, a to su: interesi nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti; sprečavanje nereda ili kriminala; zaštita zdravlja ili morala; zaštita ugleda ili prava drugih; sprječavanje otkrivanja obavještenja dobijenih u povjerenju; i očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudova.

3. Kleveta

3.1. Definicija klevete

Kleveta (*engl. defamatio; njem. Verleumdung; franc. calomnie*) je radnja štetnika protiv časti i ugleda, a sastoji se u iznošenju ili prenošenju nečeg neistinitog što može škoditi časti i ugledu oklevetane osobe. Iznošenje podrazumijeva saopštavanje drugome izvjesnih činjenica, lično ili putem nekog medija. Sadržaj klevetničke izjave je činjenica, događaj, pojava ili stanje koja se osjetilima može spoznati i utvrditi. Kriterij vrijednosne ocjene klevetničke tvrdnje je objektivna i zasniva se na shvatanju određene sredine.⁶

4 Harland Christopher, Ralph Roche, Ekkehard Strauss, Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima: Prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strazburgu, Grafičar promet, Sarajevo, 2003., str. 220.

5 Opširnije o teorijskom pristupu slobodi izražavanja vidjeti u: Mehmed Halilović, Amer Džihana, Medijsko pravo u BiH, Internews u BiH, Sarajevo, 2012., str. 67.

6 Vladimir Pezo, Mihajlo Dika, Petar Novoselec, Silvija Petrić, Marino Jureković, Pravni leksikon, Leksikografski zavog Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 587.

Zakonska definicija klevete određena je kao radnja nanošenja štete ugledu fizičkog ili pravnog lica iznošenjem ili pronošenjem izražavanja neistinitih činjenica identifikovanjem tog fizičkog ili pravnog lica trećem licu.⁷

Sadržaj klevetničkih tvrdnji odnosi se na radnje iz prošlosti ili sadašnjosti, dok tvrdnje o eventualnim i budućim događajima ne mogu biti pravno relevantne. Tvrdnje koje predstavljaju klevetničko izražavanje treba da se odnose na tačno određenu osobu. Po pitanju određenosti osobe na koju se odnosi kleveta, ona može biti izričita, a može biti i takva da se osoba ne mora izričito imenovati, dovoljno je da se prema okolnostima iznesenim u izjavi zna na koga se izjava odnosi odnosno da se može naslutiti o kojoj se osobi radi.⁸

3.2. Zaštita časti i ugleda

Čast i ugled (*engl. honor and reputation; njem. Ehre und Ansehen; fran. honneur and réputation*) predstavljaju elementarne ljudske vrijednosti, vrijednosti nematerijalnog tipa koje pripadaju ljudskom biću u društvenoj zajednici i predstavljaju dio njegovog ljudskog i moralnog integriteta. U slučajevima ugrožavanja časti i ugleda nekog lica, bilo da se radi o omalovažavanju, izrugivanju, ismijavanju ili nekoj drugoj sličnoj radnji, prilikom ocjene navednih kategorija mora se voditi računa o običajima i kulturi, te shvatanjima date okoline, kako bi čast i ugled u odgovarajućem kapacitetu predstavljale pravno zaštićeno dobro.⁹

Čast i ugled predstavljaju vrijednosti čiju zaštitu ne treba dovoditi u pitanje. Historijski posmatrano ona je priznata u skoro svim zakonodavstvima, još prije nekoliko stotina godina, pa obilježja osnovnih krivičnih djela protiv časti preciznije su određena u krivičnim zakonodavstvima još početkom XIX stoljeća kada su utvrđene jasnije granice između klevete i uvrede.

Kada govorimo o časti i ugledu, važno je istaknuti da se o ugledu zapravo govori kao o drugoj strani časti i obratno, pa možemo reći da se radi o gotovo neodvojivim kategorijama. Upravo su povrede časti i ugleda kumulativno, kao najznačajnije pravno zaštićene kategorije u okviru zaštite dostojanstva ličnosti, upravo najčešća posljedica klevetanja.

3.3. Zakonodavstvo

Bosna i Hercegovina je jedina zemlja u Evropi u kojoj je kleveta u potpunosti dekriminalizirana, te stoga privlači veliku pažnju drugih zemalja koje se zanimaju za njena iskustva u tome. U BiH postoje dva zakona o zaštiti od klevete, na nivou dva entiteta, među kojima nema bitnijih razlika. Na samom početku ovog dijela

7 Član 4. tačka d. Zakona o zaštiti od klevete F BiH.

8 Opširnije vidjeti: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=32317> (posljednji put pregledano 15.10.2020.g.)

9 Vladimir Pezo, Mihajlo Dika, Petar Novoselec, Silvija Petrić, Marino Jureković, Pravni leksikon, Leksikografski zavog Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 177.

rada nužno je ukazati na najvažnije reference samog Zakona o zaštiti od klevete F BiH, koji će i biti predmet analize, a koji je po svojim karakteristikama netipičan za balkanske prostore i ne baš omiljen među praktičarima, prvenstveno među sudijama. S tim u vezi se opravdano nameće pitanje zašto je to tako? Naime, za razliku od većine zakona čije su odredbe definirane na način da je sudijama relativno lako odrediti potencijalnu mjeru ili sankciju, jer je ona jasno definisana, ovaj Zakon od sudija traži da ih oni sami određuju ili odmjeravaju, što vrlo često nije nimalo lak zadatak. Pri tome se od njih traže ili podrazumijevaju, osim pravničkih, još mnoga druga dodatna znanja i sposobnosti.

Zakon o zaštiti od klevete F BiH je utemeljen na preporukama Vijeća Evrope, kao i na najvišim standardima uspostavljenim presudama Evropskog suda za ljudska prava. Navedenim Zakonom se nastojalo uspostaviti balans između prava na slobodu izražavanja i zaštite časti, ugleda i dostojanstva ličnosti.¹⁰ Ovim Zakonom je zagarantovan imunitet za prenošenje informacija dobijenih u toku zakonodavnog, izvršnog ili upravnog postupka, zatim puna zaštita anonimnih izvora, te propisana eventualna obeštećenja u slučaju povrede prava ličnosti. Sloboda izražavanja, koja je zaštićena članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ustavom je zagarantovano pravo u BiH. Prema članu II/2. Ustava BiH, Evropska konvencija je nadređena svim drugim zakonima, dok prema članu II/6. Ustava BiH, „svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta“ moraju primijeniti ljudska prava garantovana članom II/2.¹¹ Konačni autoritet za ispitivanje eventualnog kršenja slobode izražavanja je Ustavni sud BiH, koji na osnovu člana VI/3.b. Ustava BiH „ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini”.¹²

3.4. Obeštećenje

Pored objavljivanja ispravke i opozivanja izražavanja neistinite činjenice ili izvinjenja, kao oblika moralne satisfakcije oštećenom licu, obeštećenje predstavlja određenu satisfakciju materijalnog karaktera koju štetnik izvršava u korist oštećenog u slučajevima povrede prava ličnosti klevetanjem. Prema članu 10. Zakona o zaštiti od klevete F BiH, obeštećenje treba da bude u srazmjeri sa nanesenom štetom ugledu oštećenog i određuje se isključivo radi naknade štete. Prilikom određivanja obeštećenja sud je dužan da cijeni sve okolnosti slučaja, a naročito sve mjere koje je poduzeo štetnik radi ublažavanja štete, kao što su: objavljivanje ispravke i opozivanje izražavanja neistinite činjenice ili izvinjenje;

10 Opširnije vidjeti na: <http://www.informator.co.yu> (posljednji put pregledano 15.09.2020.g.)

11 Mehmed Halilović, Amer Džihana, Medijsko pravo u BiH, Internews u BiH, Sarajevo, 2012., str. 63.

12 Mehmed Halilović, Amer Džihana, Medijsko pravo u BiH, Internews u BiH, Sarajevo, 2012., str. 64.

činjenicu da je štetnik stekao novčanu korist iznošenjem ili pronošanjem tog izražavanja, kao i činjenicu da li bi iznos dodjeljene štete mogao dovesti do velikih materijalnih poteškoća ili stečaja štetnika. Sudska mjera o zabrani ili ograničavanju iznošenja ili pronošanja izražavanja neistinite činjenice nije dozvoljena prije objavljivanja tog izražavanja.¹³ U navednoj zakonskoj odredbi decidno se navodi da se privremena sudska mjera zabrane „prenošenja“ izražavanja neistinitih činjenica može utvrditi samo pod uslovom da je neosporno utvrđeno da je izražavanje prouzrokovalo štetu ugledu oštećenog i da isti trpi nepopravljivu štetu.

Važno je istaknuti da su iznosi na ime naknade nematerijalne štete koji se dosuđuju u navedenim sporovima minorni iznosi, budući da se radi o povredi časti i ugleda određene osobe kao „neprocjenjivim“ kategorijama. Stoga je vrlo teško govoriti o novčanom ekvivalentu za pretrpljenu duševnu bol u pomenutoj situaciji. Naime, novčani iznos može pružiti samo privremenu satisfakciju, međutim šteta koju trpi oštećeni ima puno veće razmjere i refleksije kako u domenu privatnog života, tako i u profesionalnoj sferi života oklevetane osobe. Stoga posmatrajući kulturološki element i činjenicu da naše društvo nije bilo spremno za jedan takav revolucionaran preokret u zakonodavnom smislu dekriminalizacijom klevete, gdje se dosuđeni iznos tretira kao iznos na ime naknade štete, a ne sankcijom za štetnika i njegovo protivpravno ponašanje. Upravo iz navedenog razloga se vrlo često zahtjevi oštećenih lica za nadoknadom štete zbog klevetanja, tumače kao puki načini sticanja materijalne koristi, a ne kao oblici sankcije u svrhu generalne i specijalne prevencije prema štetniku, što je apsolutno neprimjeren pristup ovoj problematici.

4. Postupak za zaštitu od klevete

Postupak za zaštitu od klevete se pokreće, vodi i okončava prema pravilima parničnog postupka. Parnični postupak (*engl. litigation; njem. Zivilprozeßverfahren; fran.procedure civile contentieuse*) jeste građanski sudski postupak po pravilima kojega se rješavaju sporovi u tzv. građanskopravnim stvarima i predstavlja redovan put pravne zaštite u u građanskopravnim sporovima. Njegova funkcija ili svrha može biti represivna (kondemnatorna i konstitutivna pravna zaštita), preventivna (deklaratorna i u izvjesnom smislu konstitutivna pravna zaštita), te regulacijska (konstitutivna). Parnični postupak pred prvostepenim sudom započinje podnošenjem tužbe i traje do zaključenja sudske nagodbe ili do meritornog rješenja spora.¹⁴

¹³ Član 10. stav 1., 2. i 3. Zakona o zaštiti od klevete F BiH.

¹⁴ Vladimir Pezo, Mihajlo Dika, Petar Novoselec, Silvija Petrić, Marino Jureković, Pravni leksikon, Leksikografski zavog Miroslav Krleža, Zabreb, 2007., str. 1052-1053.

4.1. Cilj tužbe za zaštitu od klevete

Kako je u dijelu rada koji se odnosi na problematiku obeštećenja oštećenog lica pomenuto, vrlo često se postavlja pitanje šta je zapravo cilj podnošenja tužbe za zaštitu od klevete: da li je to naknada materijalne štete, naknada nematerijalne štete u određenom novčanom iznosu ili postizanje svojevrsne moralne satisfakcije? Budući da Zakon o zaštiti od klevete F BiH ne sadrži odredbe koje decidno regulišu ova pitanja, osim u dijelu kojim se definira pitanje odgovornosti štetnika zbog klevetanja,¹⁵ ovim Zakonom je regulisano da se u odnosu na pitanja koja nisu uređena ovim Zakonom¹⁶ shodno primjenjuju odgovarajuće odredbe zakona kojima su uređeni obligacioni odnosi, Zakona o parničnom postupku F BiH¹⁷ i zakona kojim je uređen izvršni postupak u F BiH.¹⁸ To znači da se u konkretnoj situaciji supsidijarno primjenjuje i Zakon o obligacionim odnosima F BiH, koji regulira pitanja naknade štete.¹⁹

Prema Zakonu o obligacionim odnosima F BiH decidno je navedeno da ko drugome prouzrokuje štetu, dužan mu je nadoknaditi istu.²⁰ Polazeći od zakonskog definiranja pojma naknade štete i utvrđivanja osnovnih aspekata iste, važno je konstatovati da pored naknade materijalne štete u kontekstu klevete, posebno je važno utvrditi prouzrokovanje nematerijalne štete i utvrditi visinu iste. U slučaju klevete materijalna šteta je obično određena kroz štetu zbog povrede časti i širenja neistinitih navoda²¹ ili izgubljenju zaradu i troškove liječenja,²² a nematerijalna šteta se posmatra kroz umanjene životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti.²³

Zakon o obligacionim odnosima F BiH sadrži odredbu koja obavezuje sud da prilikom odlučivanja o zahtjevu za nadoknadu nematerijalne štete vodi računa o značaju povrijeđenog dobra i cilju kojem služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom društvenom svrhom.²⁴ Nematerijalna štete se ne može eksplicitno izraziti u novcu za razliku od materijalne štete, a svrha naknade nematerijalne štete nije u prevalljivanju štete sa štetnika na oštećenog već pribavljanje oštećenom neke druge satisfakcije, u

15 Član 5. i 6. Zakona o zaštiti od klevete F BiH.

16 Član 15. Zakona o zaštiti od klevete F BiH.

17 Zakon o parničnom postupku F BiH, "Službene novine F BiH", broj 42/98, 3/99, 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.

18 Zakon o izvršnom postupku F BiH, "Službene novine F BiH", broj 32/03, 52/03 - ispr., 33/06, 39/06 - ispr., 39/09, 35/12 i 46/16 i "Službeni glasnik BiH", broj 42/18 - odluka Ustavnog Suda.

19 Opširnije vidjeti na: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=32317> (posljednji put pregledano 15.10.2020.g.)

20 Član 154. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

21 Član 198. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

22 Član 193. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

23 Član 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

24 Član 200. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

ovom slučaju materijalne prirode. Kod odlučivanja o naknadi nematerijalne štete sud će voditi računa o jačini bolova i u skladu s tim dosuditi pravičnu naknadu što ne zavisi od naknade materijalne štete, jednako kao što će je dosuditi i u njenom odsustvu.²⁵ Također, Zakon o obligacionim odnosima F BiH²⁶ propisuje da u slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti na trošak štetnika objavljivanje presude odnosno ispravke ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena.²⁷

Posebnu pažnju treba posvetiti odmjeravanju visine nematerijalne štete u parničnom postupku u slučajevima klevete. Naime, Zakonom o parničnom postupku F BiH predviđeno je da stranke predlažu dokazna sredstva, no u praksi se dešavalo da tužitelj ne predloži dokaze koji se odnose na okolnosti visine nematerijalne štete. Stoga su prvostepeni sudovi veoma često prinuđeni da po svojoj slobodnoj ocjeni utvrde visinu naknade nematerijalne štete.²⁸

Nadalje, opravdano se postavlja pitanje koja bi to uopšte dokazna sredstva bila svrsishodna radi dokazivanja postojanja nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda nekog lica. U navedenoj situaciji bi se moglo provesti vještačenje po vještaku neuropsihijatru na okolnost postojanja duševnih bolova,²⁹ međutim pojedini teoretičari smatraju da je samim saslušanjem parničnih stranka, te eventualno svjedoka, moguće ustanoviti postojanje i stepen nastale nematerijalne štete.³⁰ Ipak, Vrhovni sud F BiH je utvrdio Orijentacione kriterije i iznose za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, koji trebaju omogućiti ujednačenu primjenu člana 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.³¹ Orijentacioni kriteriji ne predstavljaju formulu koja automatizmom služi za izračunavanje pravične novčane naknade. U primjeni navedenog Zakona valja uvijek imati na umu sve okolnosti slučaja, pri čemu trajanje i jačina fizičkih i duševnih bolova i straha imaju tek značaj naročito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične novčane naknade. Ovi kriteriji primjenjuju se na sve parnične postupke za naknadu nematerijalne štete u svim stepenima suđenja. Uz ove orijentacione kriterije za pojedine oblike

25 Genc Trnavci, Obligaciono pravo (knjiga druga), Pravni fakultet u Bihaću, 2003., str. 38.

26 Član 199. Zakona o obligacionim odnosima F BiH.

27 Rosa Obradović, Modul 7 građanska oblast naknada štete, Visoko sudske i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u RS, Sarajevo, 2006., str. 39.

28 Član 127. Zakona o parničnom postupku F BiH.

29 Ukoliko bi se procjena postojanja i visine naknade nematerijalne utvrđivala vještačenjem, sudu bi morale biti predočene sve okolnosti slučaja, uključujući i trajanje i jačina duševnih bolova i straha. Stoga, obaveza vještaka bi bila da što potpunije opiše zdravstvene posljedice i štetu zdravstvene prirode koju je oštećenik pretprio, a na sudu bi opet bilo da dosudi pravičnu naknadu.

30 Opširnije vidjeti na: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=32317> (posljednji put pregledano 15.10.2020.g.)

31 Orijentacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete Vrhovnog suda F BiH od dana 27.01.2016. godine, raspoloživo na: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=60774> (posljednji put pregledano: 06.11.2020.g.).

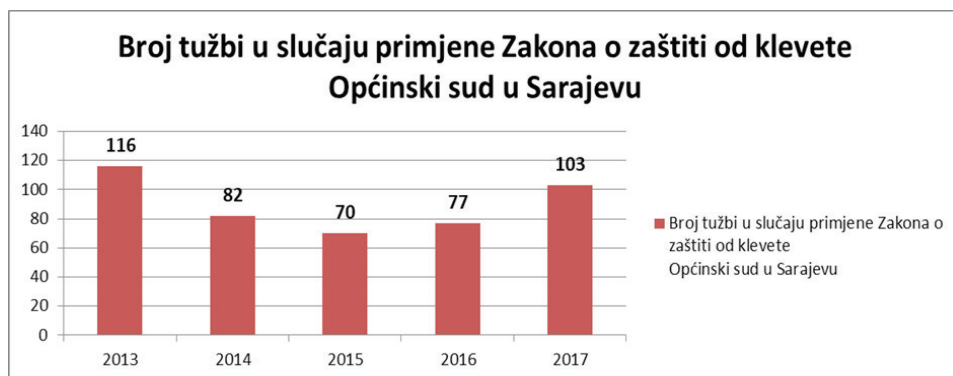
nematerijalne štete podsjeća se i na dugogodišnje pravne stavove sudske prakse. Time se nastojalo usmjeriti upravo na sve okolnosti slučaja koje sud mora imati u vidu kad primjenjuje odredbu člana 200. ZOO.³²

Vrhovni sud F BiH ipak upućuje da „orijentacioni kriteriji Vrhovnog suda F BiH nisu matematička formula koja pukim automatizmom služi za utvrđivanje i izračunavanje pravične novčane naknade, jer odlučivanje o iznosu nematerijalne štete jeste suđenje u kojem se primjenjuje pravni standard pravičnosti pri odmjeravanju novčane odštete.“³³

4.2. Presjek stanja u praksi

Na osnovu podataka dobijenih od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH i Institucije ombudsmena za ljudska prava u BiH, u nastavku ovoga rada se predstavljaju podaci iz sudske prakse o broju postupaka pokrenutih radi naknade štete zbog klevete pred izabranim sudovima u BiH sa posebnim osvrtom na visinu naknade štete i okolnostima hitnosti u postupanju nadležnih sudova.

Grafikon broj 1: Broj tužbi u slučaju primjene Zakona o zaštiti od klevete F BiH pred Općinskim sudom u Sarajevu



Izvor: Institucija ombudsmena za ljudska prava u BiH

Nadalje je važno konstatovati da se nije moglo doći do pouzdanih podataka koliko je tužbi odbačeno zbog neispunjavanja formalnih uslova ili su povučene na zahtjev tužitelja, odnosno koliko je sudskih postupaka vođeno i koliko ih je okončano i na koji način.³⁴

³² Orijentacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete Vrhovnog suda F BiH.

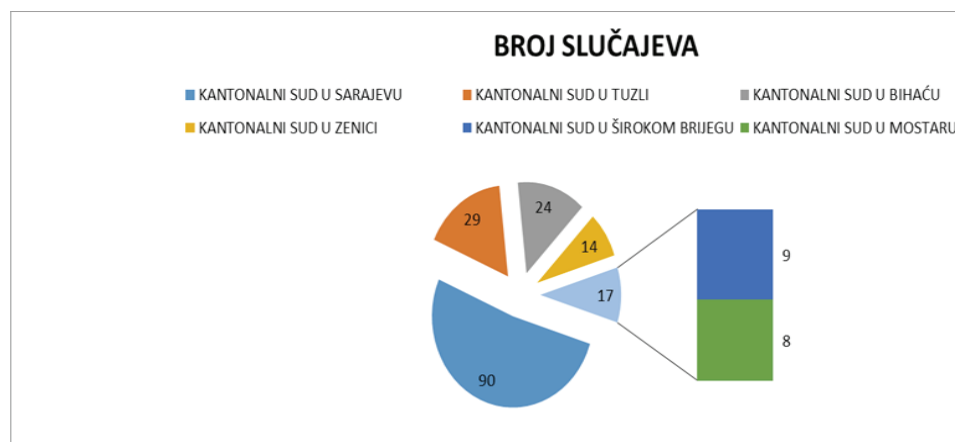
³³ Presuda Vrhovnog suda F BiH broj 36 0 P 005883 10 Rev od 08.09.2011.g. Iz sudske prakse Vrhovnog suda F BiH, raspoloživo na: <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=60774> (posljednji put pregledano: 06.11.2020.g.).

³⁴ Opširnije vidjeti u: Ombudsmeni za ljudska prava u BiH, Specijalni izvještaj o položaju i slučajevima prijetnje novinarima u Bosni i Hercegovini, Banja Luka, 2017., str. 24-60.

Sudska praksa, kao i brojna iskustva su pokazala da su sudovi nespremno dočekali primjenu novog Zakona o zaštiti od klevete F BiH, pa i novog parničnog propisa, tako da se vremenom povećavao broj tužbi, a suđenja se uglavnom prolongirala.³⁵ U tom smislu se konstatuje da je u 2003. godini doneseno tek desetak prvostepenih presuda u cijeloj zemlji, pri čemu se stanje drastično mijenja tokom narednih godine. Statistički podaci od strane Kantonalnog suda u Sarajevu jasno prikazuju da je tokom 2004. godine ovom Sudu podneseno 80 novih tužbi za zaštitu od klevete (2003. godine ih je bilo 192), prvostepenih presuda je doneseno u 67 predmeta, dok je 12 tužbi odbačeno, a 29 ih je povučeno.

Analizirajući dostavljene podatke od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH po pitanju broja slučajeva pred Kantonalnim sudovima u BiH u vremenskom period od 2007. godine do 2019. godine, utvrđuje se da je najveći broj zaprimljenih slučajeva pred Kantonalnim sudom u Sarajevu ukupno 90 dok je pred Kantonalnim sudom u Bihaću ukupno 25.

Grafikon broj 2: Broj slučajeva pred Kantonalnim sudovima u BiH u slučaju primjene Zakona o zaštiti od klevete F BiH

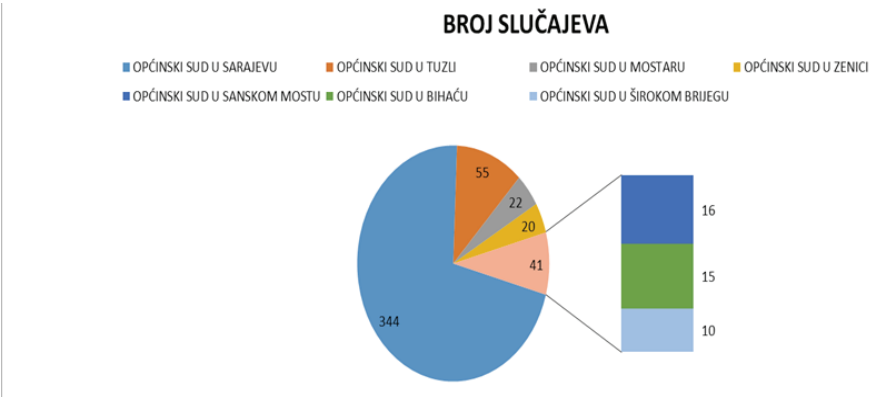


Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH

Analizirajući dostavljene podatke od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH po pitanju broja slučajeva pred Općinskim sudovima u BiH u vremenskom period od 2007. godine do 2019. Godine, utvrđuje se da je najveći broj zaprimljenih tužbi pred Općinskim sudom u Sarajevu, ukupno 344, dok je najmanji broj zaprimljenih tužbi u navedenom vremenskom period pred Općinskim sudom u Širokom Brijegu, ukupno 10.

³⁵ Opširnije vidjeti u: Ombudsmeni za ljudska prava u BiH, Specijalni izvještaj o položaju i slučajevima prijetnje novinarima u Bosni i Hercegovini, Banja Luka, 2017., str. 24-60.

Grafikon broj 3: Broj slučajeva pred Općinski sudovima u BiH u slučaju primjene Zakona o zaštiti od klevete F BiH



Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH

U grafikonu broj 4 predstavljeni su statistički podaci o broju donesenih presuda i rješenja pred sudovima u BiH u slučajevima klevete. Naime, na osnovu dostavljenih podataka od strane Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH, utvrđuje se da je u vremenskom periodu od 2007. godine do 2019. godine pred sudovima u BiH na svim nivoima doneseno ukupno 511 presuda, 137 presuda kojim je žalba odbijena i prvostepena presuda potvrđena, te ukupno 69 rješenja o povlačenju tužbe, od ukupno zaprimljenih 1123 slučaja.

Grafikon broj 4: Broj presuda i rješenja pred sudovima u BiH



Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH

U tabeli broj 1 prikazuje se broj zaprimljenih tužbi za zaštitu od klevete pred Kantonalnim sudovima u F BiH gdje se jasno vidi da je broj zaprimljenih tužbi ukupno 184, a najveći broj njih je zaprimljeno pred Kantonalnim sudom u

Sarajevu i Kantonalnim sudom u Tuzli, što čini ukupno 64% od ukupnog broja zaprimljenih tužbi za zaštitu od klevete pred Kantonalnim sudovima F BiH.

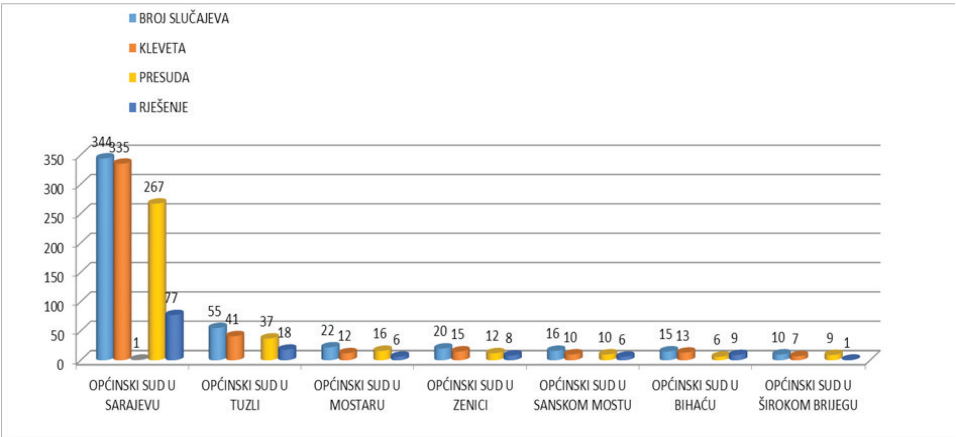
Tabela broj 1: Broj slučajeva pred Kantonalnim sudovima u BiH

SUD	BROJ SLUČAJEVA	KLEVETA	PRESUDA	RJEŠENJE
KANTONALNI SUD U SARAJEVU	90	90	64	26
KANTONALNI SUD U TUZLI	29	25	15	14
KANTONALNI SUD U BIHAĆU	24	14	17	7
KANTONALNI SUD U ZENICI	14	11	13	1
KANTONALNI SUD U ŠIROKOM BRIJEGU	9	7	5	4
KANTONALNI SUD U MOSTARU	8	7	4	4
KANTONALNI SUD U NOVOMTRAVNIKU	5	5	2	3
KANTONALNI SUD U GORAŽDU	3	3	0	3
KANTONALNI SUD U LIVNU	2	2	1	1
Total	184	164	121	63

Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH

U grafikonu broj 5 prikazuje se broj zaprimljenih tužbi za zaštitu od klevete pred Općinskim sudovima u F BiH, gdje se jasno vidi da je broj zaprimljenih slučajeva ukupno 536, a najveći broj tužbi je zaprimljeno pred Općinski sudom u Sarajevu, ukupno 344, i Općinskim sudom u Tuzli, ukupno 55, što čini ukupno 72% od ukupnog broja zaprimljenih tužbi za zaštitu odklevete pred Općinskim sudovima FBiH.

Grafikon broj 5: Broj slučajeva pred Općinskim sudovima u BiH



Izvor: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH

4.3. Hitnost postupanja u postupcima za zaštitu od klevete

Prema Zakonu o zaštiti od klevete F BiH predviđeno je da se postupak po tužbama za naknadu štete zbog klevete iznesene u sredstvima javnog informisanja smatra hitnim, te da je sud u takvim postupcima je dužan postupiti u roku od trideset dana od dana prijema tužbe u nadležni sud.³⁶ Navednom zakonskom odredbom nastojala se postići promptnost u postupanju sudova u pomenutim predmetima imajući u vidu značaj povrijeđenog dobra, tj. časti i ugleda nekog lica kao „neprocjenjivih“ kategorija.

Međutim, uprkos navedenoj zakonskoj odredbi, u praksi se ona vrlo često zaobilazi, te postupci za zaštitu od klevete nerijetko traju i po nekoliko godina. Stoga se opravdano ponovno postavlja pitanje svrhe ili cilja pokretanja postupka za zaštitu od klevete, a to je prije svega određena moralna satisfakcija zbog pretrpljene boli i štete, kao i specijalna i generalna prevencija takvih ponašanja. Ukoliko satisfakcija oštećenom nije pravovremena, ona u potpunosti gubi svoj smisao, a nepravovremena pravda, kada se kritični događaj kojim je nanijeta šteta već potisne, može iznova pobuditi negativne emocije i bol, pa se time postiže potpuno suprotan efekat od onoga koji je jedini povoljan za oštećenog.

5. Izvršni postupak

Normama izvršnog postupaka ostvaruje se pravo koje je već utvrđeno u aktu koje ima svojstvo izvršnog titulusa. U kontekstu postupka za zaštitu od klevete, radi se o presudi, a za potrebe ovoga rada će biti analizirana presuda kojom je utvrđena odgovornost štetnika za klevetu na štetu oklevetanog lica. Sa aspekta izvršnog postupka, težište suda u ovom slučaju je postupanje po pravosnažno presuđenoj stvari, a ne presuđivanje, čime se ostvaruje i osnovna svrha izvršnog postupka.³⁷

Naime, odluke koje se donose u parničnom i upravnom postupku, ali i druge isprave koje je zakon predvidio kao izvršne isprave mogu biti predmetom izvršenja, a izvršni postupak je regulisan odredbama Zakona o izvršnom postupku F BiH. Prema ovom Zakonu, sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje potraživanja na neko davanje ili činjenje izvršna je ako je postala pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje. Rok za dobrovoljno ispunjenje teče od dana dostave odluke izvršeniku, a završava se istekom posljednjeg dana određenog sudskom odlukom, ako zakonom nije drukčije određeno.³⁸ Zakonom o parničnom postupku F BiH je predviđeno, ukoliko posebnim propisima nije dužnije utvrđeno, da je rok za izvršenje činidbe trideset dana kada se radi o

³⁶ Član 14. Zakona o zaštiti od klevete F BiH.

³⁷ Dr. Branko Čalića i Dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Univerzitet u Sarajevu Pravni fakultet, Sarajevo, 2000., str. 382-383.

³⁸ Član 25. stav 1. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

novčanim potraživanjima, a u slučajevima nenovčanih potraživanja, taj rok može biti i duži.³⁹ Sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje potraživanja na neko trpljenje ili nečinjenje (propuštanje) izvršna je ako je postala pravosnažna, osim ako je u izvršnoj ispravi određen poseban rok za usklađivanje ponašanja izvršenika s njegovom obavezom.⁴⁰

Izvršni postupak se pokreće prijedlogom za izvršenje. Tražilac izvršenja je fizičko ili pravno lice koje pokreće postupak izvršenja i koje je izdejstvovalo izvršnu ispravu, a izvršenik je fizičko ili pravno lice protiv kojeg se pokreće izvršni postupak. U kontekstu teme ovoga rada, tražilac izvršenja bi bilo fizičko lice koje je oštećeno štetnikovom radnjom klevetanja, dok je izvršenik štetnik koji je izvršio radnju klevetei koji je za istu proglašen odgovornim. Prijedlog za izvršenje mora sadržavati zahtjev za izvršenje u kojem će biti naznačena izvršna ili vjerodostojna isprava na osnovu koje se traži izvršenje, tražilac izvršenja i izvršenik, potraživanje čije se ostvarenje traži, sredstvo kojim izvršenje treba provesti, predmet izvršenja ako je poznat, kao i druge podatke koji su potrebni za provođenje izvršenja.⁴¹

Troškove izvršnog postupka u vezi sa određivanjem i provođenjem izvršenja prethodno snosi tražilac izvršenja, a izvršenik je dužan tražiocu izvršenja nadoknaditi troškove koji su bili potrebni za izvršenje. Zahtjev za naknadu troškova podnosi se najkasnije u roku od 15 dana od dana završetka postupka.⁴²

Tražilac izvršenja može u prijedlogu za izvršenje koje se zasniva na izvršnoj ispravi zahtijevati da sud prije donošenja rješenja o izvršenju zatraži od samog izvršenika i od drugih u zahtjevu određenih fizičkih i pravnih lica, odnosno upravnih i drugih organa i organizacija da sudu dostave podatke o imovini izvršenika, ako tražilac izvršenja učini vjerovatnim da bi ova lica mogla imati ove podatke. Ovaj zahtjev se može istaći i nakon donošenja rješenja o izvršenju, ako izvršenje na predloženom sredstvu izvršenja nije uspjelo. Sud će po prijemu zahtjeva zaključkom naložiti izvršeniku ili drugom licu, odnosno organu ili organizaciji da na odgovarajućem obrascu navede potpune podatke kojima raspolaže, o izvršenikovoj pokretnoj i nepokretnoj imovini, a posebno o vrsti i visini novčanih primanja i novčanih depozita izvršenika, kao i mjestu gdje se ona nalaze.⁴³

Prema podnesenom prijedlogu tražioca izvršenja, nadležni sud donosi rješenje o izvršenju. Rješenje o izvršenju mora sadržavati naznaku o izvršnoj, odnosno vjerodostojnoj ispravi na osnovu koje se izvršenje određuje, tražilac izvršenja i izvršenik, potraživanje koje se ostvaruje, sredstvo i predmet izvršenja, te drugi podaci potrebni za provođenje izvršenja. Ukoliko je rješenjem o izvršenju određena obaveza i naplata kamata, obračun kamate o trošku tražioca izvršenja će

39 Član 179. stav 2. Zakona o parničnom postupku F BiH.

40 Član 25. stav 2. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

41 Član 36. stav 1. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

42 Član 16. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

43 Član 37. stav 1., 2. i 3. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

obaviti izvršni sud osim kad se naplata vrši na sredstvima na računima kod banaka. U ovom drugom slučaju obračun kamate će izvršiti banka na teret izvršenika. Rješenjem o izvršenju na osnovu vjerodostojne isprave sud će obavezati izvršenika da u roku od osam dana, a u mjeničnim i čekovnim sporovima u roku od tri dana po prijemu rješenja, namiri potraživanja zajedno s odmjerenim troškovima, te odrediti izvršenje radi ostvarenja tih potraživanja. Rješenje o izvršenju ne mora biti obrazloženo, osim u slučaju kada se prijedlog za izvršenje potpuno ili djelimično odbacuje ili odbija, a može se izdati i samo stavljanjem pečata na prijedlog za izvršenje.⁴⁴

5.1. Izvršenje na novčanim potraživanjima

Kada je u pitanju naknada materijalne i nematerijalne štete kao posljedica utvrđene odgovornosti štetnika zbog klevete u postupku za zaštitu od klevete, od primarnog značaja je model izvršenja na novčanim potraživanjima. Način izvršenja radi ostvarenja novčanog potraživanja određen je predmetom izvršenja, a Zakon o izvršnom postupku F BiH određuje na kojim sredstvima se može provesti izvršenje radi naplate novčanog potraživanja. Od izvršenja su izuzeta primanja po osnovu zakonskog izdržavanja ukoliko se ne radi o potraživanjima iste vrste,⁴⁵ dok izvršenje na plaći, nadoknadi umjesto plaće, nadoknadi za skraćeno radno vrijeme i nadoknadi zbog umanjenja plaće i penzije, primanja po osnovu nadoknade zbog tjelesnog oštećenja prema propisima o invalidskom osiguranju, primanja po osnovu socijalne pomoći, primanja po osnovu privremene nezaposlenosti, primanja po osnovu dodatka na djecu, primanja po osnovu stipendije i pomoći učenicima i studentima i nadoknada za rad osuđenika se može provesti do iznosa od jedne polovine. Navedena ograničenja izvršenja na novčanim potraživanjima izvršenika primjenjuju se samo ako potraživanja ne prelaze 1.000,00 KM mjesečno, a na dijelu potraživanja koji prelazi 1.000,00 KM mjesečno izvršenje se može provesti do iznosa od dvije trećine potraživanja.⁴⁶

5.2. Izvršenje nenovčanih potraživanja

Kako je u prethodnom dijelu rada istaknuto, naplata novčanih potraživanja na ime obeštećenja predstavlja određenu satisfakciju materijalnog karaktera koju štetnik (izvršenik) izvršava u korist oštećenog lica (tražioca izvršenja) u slučajevima povrede prava ličnosti klevetanjem. Ipak, zakonski predviđena mogućnost, a presudom dosuđena obaveza štetnika da objavi ispravke i opozivanja izražavanja neistinite činjenice ili izvinjenje, kao oblika moralne satisfakcije oštećenom licu, zauzima posebno mjesto u domenu pravnih posljedica osude za klevetu. Potonje naročito s obzirom na činjenicu da se navedene pravne radnje smatraju oblicima

⁴⁴ Član 39. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

⁴⁵ Član 137. stav 1. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

⁴⁶ Član 138. stav 1. i 2. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

specijalne i generalne prevencije, prije nego sankcijama za klevetu. Ipak, u praksi se vrlo često događaju situacije u kojima, unatoč pravosnažnom i izvršnom presudom utvrđenoj obavezi štetnika na preduzimanje određene radnje na ime ispravke, opozivanja ili izvinjenja, štetnik istu radnju ne želi ili jednostavno neće da preduzme. Stoga se postavlja opravdano pitanje, kako štetnika, a u ovom slučaju izvršenika „prisiliti“ da izvrši obavezu iz izvršne presude, posebno uzimajući u obzir činjenicu da je taj vid izvršenja oštećenom licu, u ovom slučaju tražiocu izvršenja, uglavnom mnogo značajniji od bilo kakve novčane satisfakcije.⁴⁷

Prema Zakonu o izvršnom postupku F BiH, određeno je da bi se u izvršnom postupku ostvarila nenovčana tražbina, određeno je više sredstava izvršenja, odnosno izvršnih radnji ili njihov skup. To su: predaja pokretnih stvari, ispražnjenje i predaja nepokretnosti, izvršenje obaveza na činj enje, nečinjenje itd.⁴⁸

Ukoliko izvršenik ne ispuni svoju nenovčanu obavezu, koja je utvrđena u izvršnoj ispravi, njemu se mogu izreći sudski penali. Na prijedlog tražitelja izvršenja sud određuje izvršeniku i naknadni primjereni rok u kome treba da ispuni obavezu. Ako izvršenik obavezu ne ispuni ni u tom roku, za svaki dan zakašnjenja ili neku drugu jedinicu vremena, tražitelju izvršenja će pripadati određeni novčani iznos.⁴⁹

Kada je u pitanju visina iznosa sudskih penala, isto nije definisano Zakonom o izvršnom postupku F BiH, već se utvrđivanje njihove visine ostavlja slobodnoj ocjeni suda, uvažavajući pravila o slobodnoj ocjeni dokaza u parničnom postupku.⁵⁰ Iako nisu utvrđeni posebni kriteriji, sud bi pri utvrđivanju iznosa sudskih penala morao voditi računa o činjenicama i okolnostima cijelog slučaja. Naime, sudski penali ne bi trebali biti izvor bogaćenja tražioca izvršenja, te bi se moralo uzeti u obzir obim obaveze koju je izvršnik dužan ispuniti. Posebno bi se moralo voditi računa o svrsi izricanja sudskih penala, a to je pravna zaštita tražioca izvršenja da će izvršenik svoju obvezu izvršiti u ostavljenom roku, te satisfakcija tražiocu izvršenja u slučaju ako to ne bude tako. Izricanje sudskih penala istovremeno bi trebalo da predstavlja motivaciju za izvršenika da svoju obavezu izvrši u ostavljenom roku, a koja mora biti toliko jaka i podesna da izvršenika „natjera“ da svoju obvezu izvrši. To znači da prijetnja sudskim penalima mora biti toliko jaka da je izvršenik ozbiljno shvatio svoju obvezu i njeno izvršenje, jer u protivnom kada to ne bi bilo tako izvršenik ne bi imao razloga niti motiva postupiti po

47 U prilog navedenoj konstataciji govori slučaj koji se desio u Republici Hrvatskoj. Naime, radilo se o novinaru Miroslavu Juriću kojeg je nadležni sud osudio za klevetu. Novinar nije htio platiti novčanu kaznu, te je izričito tražio da mu se odredi kazna zatvora. U Republici Hrvatskoj kleveta nije dekriminalizirana i postoji nevedena mogućnost. Tadašnja ministrica pravosuđa Vesna Škare Ožbolt nije mogla dopustiti da u jednoj demokratski uređenoj državi, kako je i sama navela, novinar ide u zatvor, pa je ministrica platila navednu kaznu tako da novinar ipak nije išao u zatvor. Opširnije vidjeti na: <https://www.nacional.hr/mediji-na-udaru-sudacke-klike/> (posljednji put pregledano 03.11.2020.g.)

48 Član 6. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

49 Član 194. stav 1. Zakona o izvršnom postupku F BiH.

50 Član 8 i 123. stav 2. Zakona o parničnom postupku F BiH.

izvršnoj ispravi, odnosno svoju obavezu izvršiti na vrijeme, a to se svakako protivi razlozima izricanja ove mjere. Dakle, kada sud određuje visinu sudskih penala tada mora uzeti u obzir sve činjenice i okolnosti kako same obaveze, njenog utjecaja na tražioca izvršenja, kao i štetu koju neizvršenje te obaveze neispunjenjem prouzrokuje. Isto tako sud bi morao uzeti u obzir i financijsko i svako drugo stanje izvršenika, odnosno okolnosti koje bi mogle ili su eventualno uticale na opravdano kašnjenje izvršenika u izvršavanju svoje obaveze naložene mu izvršnom ispravom.⁵¹

6. Zaključak

Na osnovu teza izloženih u ovome radu, može se zaključiti da je ideja o dekriminalizaciji klevete bila prvenstveno da se u post-dejtonskoj BiH primjene najviši međunarodni standardi u oblasti ljudskih prava, te da se uspostave i provedu osnovni demokratski procesi. Unatoč ovoj smislenoj i pozitivnoj ideji, pravi problemi su nastali u samoj primjeni ovog „revolucionarnog“ zakonodavstva. Stoga se opravdano postavilo pitanje da li je uz razvoj informacionih tehnologija i načina komunikacije i informisanja, kao širenje dostupnosti javnog prostora, uz kulturološke i druge prilike koje vladaju na ovim prostorima, dekriminalizacija klevete izvršena u pravo vrijeme i da li je za takav poduhvat bilo isuviše rano? Odmah po otpočinjanju primjene novog zakonodavstva nametnulo se i pitanje šta je zapravo cilj podnošenja tužbe za zaštitu od klevete: da li je to naknada materijalne štete, naknada nematerijalne štete u određenom novčanom iznosu ili postizanje svojevrsne moralne satisfakcije za oštećeno lice? Razmatrajući potonje pitanje, iz perspektive teme ovoga rada koja se odnosi na odgovornost štetnika i pravne posljedice osude za klevetu, pored objavljivanja ispravke i opozivanja izražavanja neistinite činjenice ili izvinjenja, kao oblika moralne satisfakcije oštećenom licu, obeštećenje u vidu prije svega naknade dosuđenog iznosa na ime nematerijalne štete, predstavlja određenu satisfakciju materijalnog karaktera koju štetnik izvršava u korist oštećenog u slučajevima povrede prava ličnosti klevetanjem. Time je fokus cilja pokretanja tužbi za zaštitu od klevete ipak pomjeren na stranu moralnih vidova zadovoljštine oklevetanog lica. Stoga, kad se govori o naknadi štete u slučajevima klevete, osnovni cilj pokretanja postupaka za zaštitu od klevete jeste generalna i specijalna prevencija, u vidu prije svega svojevrsne moralne satisfakcije oštećenog lica, bez obzira što ona često predstavlja i određeni novčani iznos. S druge strane, kada su u pitanju pravosnažnom i izvršnom presudom za zaštitu od klevete naložene radnje izvršenika nenovčanog karaktera, poput objavljivanja ispravke, opozivanja, izvinjenja i sličnih radnji, opravdano se razmatra i pitanje kako štetnika „prisiliti“ na izvršenje takve obaveze, budući da on to veoma često ne želi ili jednostavno neće da učini. Izvršnim postupkom je

51 Damir Jelušić, Ovrha radi ostvarenja nenovčane tražbine izricanjem i prisilnom naplatom sudskih penala, Hrvatska pravna revija/svibanj 2020., Zagreb, 2020., str. 5-6.

utvrđen mehanizam sudskih penala kao legitiman način ostvarenja pravne zaštite oštećenog u slučaju kad izvršenik ne ispuni svoju nenovačanu obavezu. U tom smislu je predviđeno da za svaki dan ili neku drugu jedinicu vremena zakašnjenja, štetnik, u ovom slučaju izvršenik, ima obavezu da isplati određeni novčani iznos u korist oštećenog lica.

Na kraju je važno napomenuti kako se niti jedna od obaveza koja se dosuđuje štetniku na ime utvrđene odgovornosti za učinjenu klevetu *de facto* ne smatra sankcijom za takva nedozvoljena postupanja, već oblikom prevencije i satisfakcijom prema oštećenom licu.

Literatura:

1. Damir Jelušić, Ovrha radi ostvarenja nenovčane tražbine izricanjem i prisilnom naplatom sudskih penala, Hrvatska pravna revija/svibanj 2020., Zagreb, 2020.
2. Dr. Branko Čalija i Dr. Sanjin Omanović, Građansko procesno pravo, Univerzitet u Sarajevu Pravni fakultet, Sarajevo, 2000.
3. Genc Trnavci, Obligaciono pravo (knjiga druga), Pravni fakultet u Bihaću, Mjesto, 2003.
4. Harland Christopher, Ralph Roche, Ekkehard Strauss, Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima: Prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strazburgu, Grafičar promet, Sarajevo, 2003.
5. <http://www.informator.co.yu>
6. <https://ipop.si/urejanje-prostora/izrazje/javni-prostor>
7. <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=32317>
8. <https://vsud-fbih.pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=60774>
9. <https://www.nacional.hr/mediji-na-udaru-sudacke-klike/>
10. Mehmed Halilović, Amer Džihana, Medijsko pravo u BiH, Internews u BiH, Sarajevo, 2012.
11. Ombudsmeni za ljudska prava u BiH, Specijalni izvještaj o položaju i slučajevima prijetnje novinarima u Bosni i Hercegovini, Izdavač, Banja Luka, 2017.
12. Orijentacioni kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete Vrhovnog suda F BiH, 27.01.2016.
13. Presuda Vrhovnog suda F BiH broj 360 P005883 10 Rev od 08.09.2011.g. Iz sudske prakse Vrhovnog suda F BiH
14. Rosa Obradović, Modul 7 građanska oblast naknada štete, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u RS, Sarajevo, 2006.

15. Vladimir Pezo, Mihajlo Dika, Petar Novoselec, Silvija Petrić, Marino Jureković, Pravni leksikon, Leksikografski zavog Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
16. Zakon o izvršnom postupku F BiH, „Službene novine F BiH“, broj 32/03, 52/03 - ispr., 33/06, 39/06 - ispr., 39/09, 35/12 i 46/16 i „Službeni glasnik BiH“, broj 42/18 - odluka Ustavnog Suda.
17. Zakon o obligacionim odnosima F BiH, „Službeni list SFRJ“, broj: 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Službene novine F BiH“, broj: 2/92, 13/93, 13/ 94 i 29/03.
18. Zakon o parničnom postupku F BiH, „Službene novine F BiH“, broj 42/98, 3/99, 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.
19. Zakon o zaštiti od klevete F BiH, „Službene novine F BiH“, broj: 19/03 i 73/05.

Jasmina Bešliagić, PhD, Assistant professor

Faculty of Law, University of Bihac,

Anita Mujkić, MSc, assistant

Islamic Pedagogical Faculty, University of Bihac, assistant

PEST RESPONSIBILITY AND LEGAL CONSEQUENCES OF LIBEL CONDEMNATION ACCORDING TO THE RELEVANT LEGISLATION IN THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: The goal of this paper is to present the legal determinants that guarantee freedom of speech with special reference to the responsibility of pests and the legal consequences of a conviction for libel according to the relevant legislation in the Federation of Bosnia and Herzegovina. Within the basic goal of the research, special attention is paid to the role of decriminalization of libel in the context of the Bosnian legal system with special emphasis on damage repair. The research methods used in the paper are conditioned by the subject of research, scientific goals, hypotheses and indicators. The verification of the hypothesis was performed using the method of analysis and synthesis, legal-normative, inductive and deductive methods, generalization and specialization, compilation method, comparative and statistical methods. The paper deals with the issue of civil liability in the field of litigation and executive proceedings, and presents research based on data submitted by The Institution of the Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina and The High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina.

Keywords: libel, decriminalization of libel, pest responsibility, damage repair, litigation and executive proceedings

Dr. sc. Sedad Dedić, docent

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Dr. sc. Maša Alijević, vanredna profesorica

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

VANREDNO STANJE I LJUDSKA PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA UVOĐENJE VANREDNOG STANJA TOKOM PANDEMIJE COVID 19

Sažetak: U vanrednim okolnostima kao što je bilo stanje sa pandemijom COVID 19 redovnim zakonskim rješenjima javne institucije na svakom nivou mogu odgovoriti zadatku do određene mjere i onda su im neophodne različite zakonske i proceduralne olakšice i izmjene, a to je moguće ako se ovlaštenja, u skladu s propisanim procedurama na svakom nivou, privremeno delegiraju izvršnoj vlasti kao efikasnijoj vlasti, u odnosu na zakonodavnu, koja se može redovno sastajati i biti i u stalnom zasjedanju ako postoji potreba. U suprotnom ili neće biti mogućnosti da se zbog zakonskih i proceduralnih ograničenja adekvatno reaguje, ili će određene nužne mjere biti osnov za različite tužbe i sudske procese. Uvođenjem vanrednih mjera država ulazi u prostor reducirane demokratije i svi odgovorni moraju biti dodatno oprezni da u najboljoj namjeri ne bi dugoročno nastala veća šteta od koristi i kako ne bi došlo do ugrožavanja ljudskih prava.

Komparativna iskustva u toku pandemije COVID 19 govore da većina država ne spori potrebu uvođenja određenih efikasnijih mjera upravljanja državom u skladu s postojećim ustavnim rješenjima i u skladu sa međunarodnim pravom. Veliki broj država u svijetu uvodi posebne mjere i vanredna stanja koja se kreću na tankoj liniji između demokratije i određenih nedemokratskih mjera. Iako je uvođenje mjera obilježeno isticanjem ograničenog vremena trajanja i isticanjem ograničenih ovlaštenja, posebna bojazan se javno iskazuje o dužini djelovanja takvih mjera i o mogućim kratkoročnim i dugoročnim posljedicama takvih mjera za građane u društvima u kojima se takve mjere provode. Ključno je da mjere koje se provode i kada zadiru u određene slobode i ograničenja poštuju princip proporcionalnosti koji znači da se kontinuirano preispituje i uspostavlja ravnoteža između ograničenja i opterećenja koja se građanima nameću i cilja koji se želi ostvariti vanrednim mjerama. Prema evropskim standardima delegiranje nadležnosti zakonodavne vlasti prema izvršnoj vlasti mora sadržavati tačno navedena i restriktivno postavljena ovlaštenja sa ograničenim rokom trajanja i sa striktnom proporcionalnošću između mjera i stvarnih potreba vanredne situacije. U suprotnom takve mjere bi se smatrale nedemokratskim i suprotnim evropskim vrijednostima.

Ključne riječi: vanredno stanje, ljudska prava, izvršna vlast, zakonodavna vlast, pravna odgovornost.

1. Uvod

Kada govorimo o uvođenju vanrednog stanja u uslovima pandemije važno je da nadležni u konkretnoj državi i na svim nivoima poduzimaju odgovarajuće kratkoročne ustavno utemeljene, zakonske i proporcionalne mjere koje će u brzini i efikasnoj akciji doprinijeti spašavanju života ljudi u borbi s konkretnom pandemijom, u našoj stvarnosti to je aktuelna pandemija virusa korona (COVID-19).

Kod uvođenja i realizacije bilo koje vrste vanrednih mjera od ključne je važnosti transparentnost i efikasna koordinacija od strane državnog nivoa kako bi se ograničeni resursi u cijeloj državi što efikasnije iskoristili i kako bi se eliminirale potencijalne asimetričnosti u pristupu koje štete kvaliteti i efikasnosti djelovanja.

S obzirom na ustavnopravno i zakonski definisanu ulogu organa uprave kao servisa građanima posebno je važna transparentnost i koordinacija organa uprave na svim nivoima što je jedan od ključnih principa savremene javne uprave u svijetu u svim okolnostima jer organi uprave po svojoj prirodi jesu servis građanima koji je redovno u riziku da bude zloupotrijebljen zbog svoje snažnije pozicije u odnosu na fizička lica i privatna pravna lica. Također, organi uprave u kontinuitetu su u borbi između pogrešnog pristupa koji javnu upravu želi postaviti kao “vlast nad građanima” i ispravnog pristupa koji znači servis građanima. I ključno je da mjere koje se provode i kada opravdano, u cilju zaštite zdravlja i života ljudi, zadiru u određene slobode i ograničenja poštuju princip proporcionalnosti, koji znači da se kontinuirano preispituje i uspostavlja ravnoteža između ograničenja i opterećenja koja se građanima nameću i cilja koji se želi ostvariti vanrednim mjerama.

Državni nivo vlasti u odnosu na niže nivoe, a posebno u vanrednim okolnostima, ima zadatak uočiti pozitivna iskustva i zagovarati ih i promovirati da se primjenjuju u svim dijelovima države, a da upozorava na negativna iskustva i sprečava njihovo širenje. Državni nivo, kada govorimo o Bosni i Hercegovini ovo treba raditi koristeći transparentnost i efikasnu koordinaciju svih aktivnosti na državnom nivou, na entitetskim i drugim nivoima vlasti. Isključiva je nadležnost državnog nivoa da redovno, a posebno u vanrednim okolnostima, komunicira i s međunarodnim organizacijama kao što je u ovom slučaju Svjetska zdravstvena organizacija (WHO) i drugim međunarodnim partnerima koji mogu dostaviti korisna iskustva, znanja i, naravno, konkretnu podršku u potrebnoj logistici.

2. Privremene zakonske i proceduralne olakšice i odgovornosti određenih institucija u BiH

Kada govorimo o praktičnim razlozima donošenja odluka o uvođenju vanrednog stanja, treba imati na umu da s trenutnim zakonskim rješenjima javne institucije na svakom nivou mogu odgovoriti zadatku do određene mjere

i onda su im neophodne različite zakonske i proceduralne olakšice i izmjene, a to je moguće ako se ovlaštenja, u skladu s propisanim procedurama na svakom nivou, privremeno delegiraju izvršnoj vlasti kao efikasnijoj vlasti, u odnosu na zakonodavnu, koja se može redovno sastajati i biti i u stalnom zasjedanju ako postoji potreba. U suprotnom, ili neće biti mogućnosti da se zbog zakonskih i proceduralnih ograničenja adekvatno reagira, ili će određene nužne mjere biti osnova za različite tužbe i sudske procese.

Entiteti i kantoni u Bosni i Hercegovini podržavni su aranžmani. Podržavni aranžmani, tj. administrativne jedinice koje ne mogu učestvovati u saradnji na međunarodnom nivou s međunarodnim organizacijama i drugim međunarodnim partnerima jer nisu prepoznati kao subjekti s kojima se u okolnostima pandemija saraduje u međunarodnom pravu i međunarodnim odnosima. Pandemija COVID-19 svjetski je problem i uz sve unutrašnje napore može se rješavati kvalitetno isključivo saradnjom s partnerima na međunarodnom nivou, a za to je jedino ustavnopravno pozicioniran državni nivo vlasti u Bosni i Hercegovini. Uzimajući sve ovo u obzir, u odnosu prema tome ko traži, a ko blokira uključivanje cijele države, naći ćemo odgovor na pitanje ko se zaista odgovorno odnosi prema svojim obavezama u odnosu na građane koje predstavlja u demokratskom sistemu i ko želi zaista riješiti problem, a ko želi politizirati ili još gore, napraviti određene zlopotrebe u tako teškim uslovima za građane Bosne i Hercegovine.

Zbunjujuće je i pogrešno to što je Vijeće ministara BiH izgledalo i djelovalo prilično pasivno u periodu uvođenja vanrednih mjera u BiH povodom COVID 19 pandemije, a Vijeće ministara u skladu sa svojom ustavnom i zakonskom zadaćom moralo bi aktivno izvršavati poslove iz svoje nadležnosti, pratiti saradnju s međunarodnim partnerima i koordinirati domaće aktivnosti, jer mnoge od tih aktivnosti su isključiva nadležnost državnog nivoa i ako izostane njihov rad ne postoji organ sa ekvivalentnim ovlaštenjima, tj. neće uraditi niko. Određena ministarstva su imala aktivnosti, što je vidljivo i u javnom prostoru, ali u ambijentu kada su bila stalna zasjedanja entitetskih i kantonálnih vlada, općinskih štabova potrebno je i stalno zasjedanje, koordinacija i djelovanje i Vijeća ministara BiH što predstavlja ustavnu i zakonsku obavezu prema građanima.

U članu 15. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine¹ nalazimo da je Ministarstvo civilnih poslova BiH je nadležno, u području zdravstva, za obavljanje poslova i izvršavanje zadataka koji su u nadležnosti Bosne i Hercegovine i koji se odnose na utvrđivanje osnovnih principa koordinacije aktivnosti, usklađivanja planova entitetskih tijela vlasti i definiranje strategije na međunarodnom planu. Isključivo sektor za zdravstvo pri Ministarstvu civilnih poslova ima mogućnost saradnje sa Svjetskom zdravstvenom organizacijom (WHO). Svjetska zdravstvena organizacija ne prepoznaje entitete i ne može komunicirati direktno s entitetima pored države, dakle, ovo je globalni problem s kojim se može nositi samo globalnom međunarodnom saradnjom

1 (Službeni glasnik BiH broj 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06 i 88/07, 35/09, 103/09, 87/12, 6/13 i 19/16)

država kao i međunarodnih organizacija prepoznatih i priznatih kao subjekata međunarodnog prava.

A kada posjetite web-stranicu nadležnog državnog ministarstva, na Sektor za zdravstvo (zadnja provjera vršena 29. marta 2020. godine), jedina je vijest od 28. januara 2020. godine u vezi s grupom turista iz Narodne Republike Kine, provincije Hubei, grad Wuhan, koji su 26, 27. i 28. januara 2020. godine bili na proputovanju u BiH i nekoliko instrukcija prenesenih od WHO kako i koga Granična policija BiH treba obavještavati u entitetima o ulasku ljudi.²

Zbog propuštanja određenih dužnih činjenja s vrlo izvjesnim štetnim epilogom za zdravlje građane Bosne i Hercegovine i za privredu u Bosni i Hercegovini, nadležne pravosudne institucije morale bi razmotriti pitanja krivične i svake druge odgovornosti svih osoba na odgovornim pozicijama u Vijeću ministara Bosne i Hercegovine koje kojima je ustavnopravni sistem BiH dao konkretan i jasan mandat i obavezu rada u interesu građana Bosne i Hercegovine.

Uvođenje vanrednog stanja na državnom nivou u Bosni i Hercegovini

S obzirom na činjenicu da uvođenje vanrednog stanja često dovodi do vremenski ograničenog ograničavanja ili ukidanja određenih prava i sloboda važno je voditi računa da mjera ne prelazi granice potrebe za istom. Važno je tretirati i sam pojam vanrednog stanja. „Pojam vanrednog stanja jeste najčešće neodređen i uopšten. Zbog toga se često za određivanje vanrednog stanja koriste različiti i uopšteni izrazi poput opsadno stanje, stanje nužde ili stanje neposredne javne opasnosti i sl. Ovo ima za cilj da ostavi prostor za obuhvatanje različitih situacija koje mogu ugroziti opstanak države i njenih građana, kao što su oružane pobune, terorizam, državni udari, neredi velikih razmjera, prirodne katastrofe, pandemije i drugo. Upravo zbog neodređenosti pojma vanrednog stanja i široko datih mogućnosti da pojedine države proizvoljno proglase takvo stanje i suspenduju ljudska prava i osnovne slobode, Evropski sud za ljudska prava i Evropska komisija za ljudska prava utvrdili su određena mjerila kao međunarodno prihvatljive razloge za proglašenje vanrednog stanja. S tim u vezi, da bi proglašenje vanrednog stanja bilo prihvatljivo, opasnost mora biti izuzetna, neposredna, da prijeti čitavoj državi i da ugrožava organizovani život u konkretnoj državi. Svrha proglašenja vanrednog stanja, u svakom slučaju, treba da bude legitimna, a ona će biti legitimna samo onda kada cilj njegovog proglašenja nije sračunat na uvođenje diktature ili kršenje ljudskih prava, već na otklanjanje ozbiljnih opasnosti i brzi povratak zemlje ka normalnom funkcionisanju ustavnog sistema i punom uživanju ljudskih prava i osnovnih sloboda.“³

2 <http://www.mcp.gov.ba/Content/Read/zdravstvo-po%C4%8Detna> od 29. 03. 2020. godine

3 *Lj. Mitrović/N. Grbić Pavlović/G.Pavlović*, Derogiranje ljudskih prava u vanrednom stanju – slučaj Bosne i Hercegovine, *Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*, Osijek 2016. godine, 203-204.

Ustav Bosne i Hercegovine direktno i eksplicitno u svom tekstu ne sadrži odredbe o vanrednom stanju. Međutim Bosna i Hercegovina je dio evropskog pravnog prostora i Ustav Bosne i Hercegovine, u članu II tačka 2. Propisuje da se prava i slobode iz Evropske konvencije i njenih protokola direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini, kao i da ovi akti imaju primat nad svim drugim zakonima. Dakle i Evropska konvencija o ljudskim pravima i slobodama⁴ i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima također propisuju mogućnost uvođenja vanrednog stanja pod uslovima da se opasnost odnosi na cijelu naciju, da je opasnost neposredna i da postoji legitimni cilj zaštite svih građana države. Evropski sud za ljudska prava, također u svojoj praksi daje mogućnost uvođenja vanrednog stanja pod uslovima da se opasnost odnosi na cijelu naciju, da je opasnost neposredna i da postoji legitimni cilj zaštite svih građana države. Povodom situacije sa pandemijom COVID-19 u BiH je sasvim jasno da se radi i o neposrednoj opasnosti i da je prijetnja svim stanovnicima BiH i da postoji očiti legitimni cilj zaštite svih građana u BiH. Kao što je poznato i prethodno rečeno ustavni sistem BiH je navedene paktove i deklaracije o zaštiti ljudskih prava inkorporirao kao dio pravnog sistema BiH tako da postoji pravni osnov za uvođenje vanrednog stanja u BiH, ako nadležni procijene da postoji potreba za uvođenjem vanrednog stanja sa ograničenim rokom trajanja i naravno uz obavezu striktno proporcionalnosti mjera u odnosu na potrebu koja se želi postići.

„Već pomenutim unošenjem u Ustav odredbe o direktnoj primjeni Evropske konvencije te njenom prioritetu nad svakim drugim pravnim aktima, uvedeno je i pravo na derogaciju određenog broja ljudskih prava. Prema tome, sve odredbe iz člana 15. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda odnose se, zapravo, i na Bosnu i Hercegovinu. U tom smislu, ukoliko Bosna i Hercegovina želi suspendovati određena ljudska prava prema ovlaštenjima iz odredbe člana 15. Evropske konvencije, onda ona mora ispoštovati sljedeće uslove: a) mora biti proglašen rat ili druga ozbiljna opasnost koja ugrožava opstanak nacije; b) srazmjernost preduzetih mjera mora biti u skladu sa ozbiljnošću situacije; c) mora postojati saglasnost sa drugim obavezama međunarodnog javnog prava; d) postoji zabrana derogiranja određenih ljudskih prava; e) postoji obaveza informisanja

4 „Već pomenutim unošenjem u Ustav odredbe o direktnoj primjeni Evropske konvencije te njenom prioritetu nad svakim drugim pravnim aktima, uvedeno je i pravo na derogaciju određenog broja ljudskih prava. Prema tome, sve odredbe iz člana 15. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda odnose se, zapravo, i na Bosnu i Hercegovinu. U tom smislu, ukoliko Bosna i Hercegovina želi suspendovati određena ljudska prava prema ovlaštenjima iz odredbe člana 15. Evropske konvencije, onda ona mora ispoštovati sljedeće uslove: a) mora biti proglašen rat ili druga ozbiljna opasnost koja ugrožava opstanak nacije; b) srazmjernost preduzetih mjera mora biti u skladu sa ozbiljnošću situacije; c) mora postojati saglasnost sa drugim obavezama međunarodnog javnog prava; d) postoji zabrana derogiranja određenih ljudskih prava; e) postoji obaveza informisanja generalnog sekretara Savjeta Evrope o preduzetim mjerama, kao i informisanje generalnog sekretara Savjeta Evrope o prestanku preduzetih mjera.“ Lj. Mitrović/N. Grbić Pavlović/G.Pavlović, 207.

generalnog sekretara Savjeta Evrope o preduzetim mjerama, kao i informisanje generalnog sekretara Savjeta Evrope o prestanku preduzetih mjera.”⁵

„Nadalje, u odredbama Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine propisuje se da je Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine nadležna da proglasi ratno stanje na zahtjev Predsjedništva Bosne i Hercegovine u slučaju direktnog napada na Bosnu i Hercegovinu ili dio Bosne i Hercegovine, kao i da proglasi vanredno stanje na zahtjev Predsjedništva Bosne i Hercegovine kada postoji prijetnja postojanju Bosne i Hercegovine, prijetnja napada na Bosnu i Hercegovinu ili bilo koji dio Bosne i Hercegovine ili neposredna ratna opasnost. U članu 12. Zakona o odbrani Bosne i Hercegovine navodi se da Predsjedništvo Bosne i Hercegovine donosi odluke konsenzusom te da je ono nadležno da zahtijeva proglašenje ratnog stanja od Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, kao i da zahtijeva proglašenje vanrednog stanja od Parlamentarne skupštine. U poglavlju IV ovog Zakona koje nosi naslov: Proglašenje ratnog ili vanrednog stanja (čl. 40.–43.), i poglavlju V – Prirodne i druge katastrofe i nesreće (čl. 44.–45.) regulisano je pitanje zahtjeva za proglašenje ratnog stanja ili vanrednog stanja, zatim rokova za razmatranje, kao i angažovanje oružanih snaga Bosne i Hercegovine u slučaju prirodnih i drugih katastrofa i nesreća. Iako neobično da se zakonom reguliše ustavna materija, možemo reći da je ovo drugi pravni osnov za donošenje odluke o vanrednom stanju na nivou BiH i to najdetaljnije definisan.”⁶

Treća opcija i treći pravni osnov kada govorimo o uvođenju vanrednog stanja na državnom nivou, upravo sada možemo pozvati u pomoć toliko dozivani “izvorni Dejton” (koji po uzoru na angloamerička ustavna rješenja daje fleksibilnije mogućnosti djelovanja bez promjene teksta Ustava, za razliku od ustava u evropskom kontinentalnom području koji su mnogo krući i traže zadiranje u sami tekst ustava), koji u članu III. 5. Ustava BiH, kada govori o dodatnim nadležnostima, daje izuzetno zahvalnu mogućnost da država preuzme nadležnosti i da uspostavi sve one mjere koje su potrebne za borbu protiv jednog ovakvog svjetskog problema u cilju ostvarenja legitimnog cilja zaštite interesa građana i učešća države Bosne i Hercegovine, kao subjekta međunarodnog prava, u međunarodnim aktivnostima suzbijanja pandemije i zaštite zdravlja ljudi.

Bosna i Hercegovina može, zbog legitimnog cilja efikasnije zaštite zdravlja svojih građana i svoje privrede i zbog svoje odgovornosti prema svom stanovništvu, uvesti vanredno stanje putem odluke Parlamentarne skupštine BiH, a pravno se oslanjajući na ustavnu mogućnost iz člana III. 5. Ustava BiH, koji govori o dodatnim nadležnostima.

Razumijevajući političku i pravnu situaciju u Bosni i Hercegovini, Parlamentarna skupština BiH, zbog nemogućnosti svog redovnog rada, zbog očitog ustavnopravnog osnova, zbog legitimnog cilja efikasnije zaštite zdravlja svojih građana i svoje privrede i zbog svoje odgovornosti prema svom stanovništvu, to može i treba uraditi tako da ovlaštenja svojih zakonodavnih tijela

5 Ibid, 207.

6 Ibid, 208.

privremeno delegira na Vijeće ministara s ograničenim rokom vezanim za trajanje stanja pandemije i s apsolutno restriktivno definiranom mogućnošću korištenja nadležnosti isključivo za suzbijanje pandemije i omogućavanje zakonitog funkcioniranja u vrijeme pandemije. U odluci o delegiranju nadležnosti moguće je navesti obavezu donošenja odluka iz delegiranih nadležnosti konsenzusom kako niti jedna politička strana ne bi izrazila bojazan od bilo kakvih zloupotreba delegiranih nadležnosti.

S trenutnim zakonskim rješenjima državne institucije mogu odgovoriti zadatku do određene mjere i onda su im neophodne privremene zakonske i proceduralne olakšice i izmjene, a to je moguće ako se ovlaštenja, kako je prethodno objašnjeno, delegiraju Vijeću ministara kao organu koji se može redovno sastajati i biti i u stalnom zasjedanju ako postoji potreba. U suprotnom, ili neće biti mogućnosti da se zbog zakonskih i proceduralnih ograničenja adekvatno reagira ili će određene nužne mjere biti osnova za različite tužbe i sudske procese.

Također, važno je naglasiti da uvođenje vanrednog stanja po navedenom konceptu znači da državni nivo nastavlja raditi samo poslove iz svoje nadležnosti kao i do sada, ali na efikasniji način, i državni nivo nema mandat niti mogućnost da ukida i narušava nadležnosti i mjere nižih nivoa organiziranja, što znači da entiteti i niži nivoi organiziranja nastavljaju da provode mjere iz svoje nadležnosti kao i do sada u pravnom okviru koji su donijeli. Naravno da pravno hijerarhijski promatrano i bez vanrednog stanja i s vanrednim stanjem odluke državnih organa i norme na državnom nivou imaju primat, te da niži nivoi moraju usklađivati svoj rad i norme s višim nivoom, što je redovna pravna aktivnost u sistemu pravne države.

Vijeće ministara BiH je nakon entitetskih odluka, donijelo Odluku o proglašenju nastanka stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH.⁷ Proglašava se nastanak stanja prirodne ili druge nesreće na području Bosne i Hercegovine zbog opasnosti od moguće pojave epidemije zarazne bolesti prouzrokovane novim korona virusom (COVID-19), a kako bi se smanjio rizik od ubrzanog širenja infekcije u Bosni i Hercegovini i omogućilo angažovanje dodatnih resursa za odgovor na ovu javnozdravstvenu prijetnju. Sprječavanje i suzbijanje širenja zarazne bolesti prouzrokovane novim korona virusom (COVID-19) je od opšteg interesa za Bosnu i Hercegovinu (član 1. navedene Odluke). Radi zaštite i spašavanja ljudi i materijalnih dobara Vijeće ministara Bosne i Hercegovine aktivira Koordinacijsko tijelo Bosne i Hercegovine za zaštitu i spašavanje od prirodnih ili drugih nesreća u Bosni i Hercegovini. Sve institucije i organi Bosne i Hercegovine dužne su pružiti podršku i staviti sve svoje kapacitete na raspolaganje Koordinacijskom tijelu Bosne i Hercegovine, koji će se koristiti u skladu sa planskim aktivnostima.⁸

⁷ Službeni glasnik BiH broj 18/20.

⁸ *Ibid.*

Jedino što se mijenja u toku vanrednih mjera na državnom nivou jeste to da niži nivoi vlasti dobijaju efikasniju koordinaciju i podršku državnog nivoa vlasti u borbi za zdravlje ljudi i očuvanje privrede na prostoru Bosne i Hercegovine.

3. Vanredno stanje na entitetskom nivou

U pravnoj regulaciji u bh. entitetu FBiH nema eksplicitnog naziva “vanredno stanje” nego se spominje termin “opasnost po zemlju”. Ustav FBiH sadrži preciznu odredbu o mogućnosti donošenja uredbi sa zakonskom snagom. Strogi su uslovi za korištenje ovih posebnih ovlaštenja. Dakle, takve uredbe može donositi samo entitetska Vlada, ali pod uslovom da je nastupila opasnost po zemlju i drugi uslov da entitetski Parlament nije u mogućnosti da vrši svoju funkciju. To znači da je uslov da se Parlament FBiH zbog opasnosti ne sastaje ili ne može da se sastaje iz drugih razloga. Ako su oba uslova kumulativno ispunjena Vlada FBiH može donijeti uredbe sa zakonskom snagom koje imaju snagu zakona ali se njima ne smije derogirati niti jedna ustavna odredba.⁹

Mogućnost delegiranja nadležnosti u slučaju vanrednih okolnosti u entitetu Federaciji BiH je definirano i objašnjeno jasno u članu IV. B 3.9. Ustava Federacije BiH: “Vlada Federacije je ovlaštena donositi uredbe sa zakonskom snagom u slučaju opasnosti po zemlju ukoliko Parlament Federacije nije u stanju djelovati. Ovakva će uredba imati snagu zakona, te ne smije umanjiti prava i slobode utvrđene Ustavom. Svaka uredba prestaje važiti najkasnije krajem tridesetog dana nakon njena proglašenja, osim ako odmah ne prestane važiti negativnom odlukom Parlamenta ili krajem desetog dana nakon njena proglašenja, ukoliko Parlament Federacije zasjeda u vrijeme kada se uredba proglašava. Uredba proglašena dok Federacija upotrebljava oružane snage u skladu s ovim ustavom ostaje na snazi do petog dana iduće sjednice Parlamenta Federacije i tada prestaje važiti ukoliko nije odobrena, ali ni u kojem slučaju duže od šest mjeseci. Nakon prestanka važenja, uredba se ne produžava i ne obnavlja niti djelomično mijenja mimo odluke Parlamenta Federacije i njegove suglasnosti.”¹⁰

Zakonom o Vladi Federacije BiH utvrđeno je koje akte donosi Vlada FBiH, sa posebnim naglaskom na uredbe sa zakonskom snagom: „Vlada Federacije, u ostvarivanju svojih ovlaštenja utvrdjenim Ustavom Federacije, donosi uredbe sa zakonskom snagom, uredbe, odluke, rjesenja i zaključke. *Vlada Federacije donosi uredbe sa zakonskom snagom u skladu sa Ustavom Federacije.*“¹¹

S obzirom na činjenicu da je postojalo otežano sazivanje sjednica Parlamenta FBiH ili onemogućeno da se redovno sastaje, sasvim osnovano možemo uzeti da u određenom periodu Parlament FBiH nije bio u stanju da djeluje,

9 <https://www.predstavnickidom-pfbih.gov.ba/bs/page.php?id=103>

10 <https://www.predstavnickidom-pfbih.gov.ba/bs/page.php?id=103>

11 Vidi član 18. Zakona o Vladi FBiH, („Službene novine Federacije BiH”, br. 1/94,8/95,58/02, 19/03,2/06 i 8/06)

te da je bila moguća primjena članu IV. B 3.9, kada se po Ustavu FBiH jasno definiranim okvirima kolektivni organ kakav je vlada zadužuje za efikasan rad koji omogućuje da se provođenjem vanrednih mjera ne dođe u sukob sa zakonom jer Parlament ne može da blagovremeno reagira. Navedene mjere u entitetu FBiH pune su ograničenja koja sprečavaju zloupotrebe i dugoročne posljedice. Tako je 16. marta 2020. Vlada Federacije BiH donijela Odluku o proglašenju stanja nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (Covid 19) na području Federacije BiH. „Proglašava se stanje nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (COVID - 19) na području Federacije Bosne i Hercegovine, stoji u članu 1. ove Odluke. Radi provođenja mjera zaštite i spašavanja ljudi na ugroženom području, Vlada Federacije Bosne i Hercegovine određuje:

- da se sva federalna ministarstva, uprave i upravne organizacije, pravni subjekti i druge institucije stave na raspolaganje Federalnom štabu civilne zaštite te da nadležni kantonalni i općinski/gradski štabovi civilne zaštite, takođe stave na raspolaganje sve raspoložive resurse, koji će se prema planovima zaštite i spašavanja ljudi i materijalnih dobara koristiti na ugroženim područjima;

- prema Planu zaštite i spašavanja od prirodnih i drugih nesreća u Federaciji BiH u svim federalnim ministarstvima, upravama i upravnim organizacijama i zavodima odmah uvesti pasivno dežurstvo, radi izvršenja naredbi Federalnog štaba civilne zaštite;

- u skladu sa Federalnim planom i zahtjevima sa ugroženih područja, zadužuje se Federalni štab civilne zaštite da izvrši aktiviranje odgovarajućih federalnih službi zaštite i spašavanja i federalnih specijaliziranih jedinica civilne zaštite, a po potrebi i drugih pravnih subjekata, javnih preduzeća i građana radi pružanja pomoći na ugroženom području.¹²

Ustav bosanskohercegovačkog entiteta Republika Srpska pitanje uvođenja vanrednog stanja najvažnije definira u članovima 56¹³, 68¹⁴, 70.¹⁵ i 81.¹⁶ Ustava

12 <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2020/Odluke/333.htm>

13 *“Zakonom se može ograničiti ili oduzeti pravo svojine, uz pravičnu naknadu. Za vrijeme ratnog stanja, neposredne ratne opasnosti ili vanrednog stanja zakonom se može ograničiti raspolaganje ili utvrditi poseban način korišćenja dijela sredstava pravnih i fizičkih lica.”*

14 *“3) mjere iz svoje nadležnosti za slučaj ratnog stanja i vanrednog stanja koje proglase institucije Bosne i Hercegovine, kao i mjere za slučaj vanrednog stanja koje proglase institucije Republike Srpske; Odredbe tačke 3. ovog člana se ne odnose na upotrebu vojske i druge mjere iz nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine...”*

15 *“ (...) Narodna skupština, u skladu sa Ustavom i zakonom, proglašava: Vanredno stanje za Republiku ili dio Republike u slučaju ugrožavanja bezbjednosti, usljed elementarnih nepogoda (poplava, zemljotresa i požara), prirodnih katastrofa, epidemija, povreda ljudskih prava i sloboda i normalnog funkcionisanja ustavnih organa Republike. Odredbe stava 3. ovog člana se ne odnose na upotrebu vojske i druge mjere iz nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine...”*

16 *“(...) Predsjednik Republike za vrijeme ratnog stanja i vanrednog stanja, kojeg proglase institucije Bosne i Hercegovine, ako Narodna skupština ne može da se sastane, na prijedlog Vlade ili po sopstvenoj inicijativi i nakon što sasluša mišljenje predsjednika Narodne skupštine, donosi uredbе sa zakonskom snagom i o pitanjima iz nadležnosti Narodne skupštine i imenuje i razrješava funkcionere, koje bira, odnosno imenuje i razrješava Narodna skupština. Ove uredbе*

entiteta RS-a i jasno naglašava da se ovlaštenja u vanrednom stanju moraju zadržati u nadležnostima entiteta i doslovno stoji da ne mogu ulaziti u nadležnosti bilo koje državne institucije ili u upotrebu vojske. Ono što ova rješenja značajno razlikuje od rješenja u entitetu FBiH jeste činjenica da se ovlaštenja i Narodne skupštine RS-a i Vijeća naroda RS-a putem odluka ovih tijela delegiraju samo jednoj osobi, tj. predsjedniku entiteta RS, što u vanrednim okolnostima može dobiti oblike diktature jer nema jasnih ograničenja za vremensko trajanje kao u Ustavu FBiH. Za bolje razumijevanje prirode ovih neobično širokoovlašćujućih odredaba značajno je napomenuti da su odredbe o vanrednom stanju u Ustavu entiteta RS napisane 1992. godine pod utjecajem i diktatom danas presuđenog ratnog zločinca Radovana Karadžića koje nikada nisu promijenjene. Jako je važno da korištenje delegiranih nadležnosti zbog vanrednog stanja koje uvode zakonodavna tijela u RS-u po propisanim procedurama ostane u okvirima osnova za njegovo donošenje, jer ako se ne ograniči samo na mjere oko pandemije, član 81. predsjedniku entiteta daje ogromne ovlasti da mijenja, pored zakona, i ustavna rješenja i postavljanja dužnosnika itd., dakle punu nadležnost i Narodne skupštine i Vijeća naroda RS-a. Ovo bi bila zloupotreba i narušavanje demokratskog pravnog sistema u entitetu RS. Naravno da navedene mjere imaju ograničeno trajanje, iako je problematično što nema tačan rok trajanja, ako ih Narodna skupština na zadrži kao redovna rješenja i da po samom Ustavu RS-a ne mogu ulaziti u nadležnost državnih institucija i da navedene mjere Narodna skupština može opozvati, ali je važno upozoriti na ozbiljnost pravnih rizika koji mogu imati dugoročne posljedice u slučaju zloupotrebe.

4. Upozorenja i reduciranje demokratije u vanrednim okolnostima i ugrožavanje ljudskih prava i sloboda

Uvođenjem vanrednih mjera država ulazi u prostor reducirane demokratije i svi odgovorni moraju biti dodatno oprezniji da u najboljoj namjeri ne bi dugoročno nastala veća šteta od koristi.

U takvim okolnostima svi nadležni treba da dobro prate ko to zaista radi u interesu građana. Kada govorimo o pravnim normama, o ustavnim normama, uvijek je jedno najvažnije pitanje: Šta znači za život građana? Šta ti propisi i te odluke donose i znače za one zbog kojih su napravljeni-pisani? Dakle, ne postoje

odnosno odluke o imenovanju i razrješenju predsjednik Republike podnosi na potvrdu Narodnoj skupštini čim ona bude u mogućnosti da se sastane. 56 Aktima Narodne skupštine, odnosno aktima predsjednika Republike ako Narodna skupština ne može da se sastane, za vrijeme ratnog stanja koje proglaše institucije Bosne i Hercegovine i vanrednog stanja mogu se, izuzetno, dok to stanje traje, obustaviti pojedine odredbe Ustava koje se odnose na donošenje zakona, drugih propisa i opštih akata i preduzimanja mjera republičkih organa i na pojedine ljudske slobode i prava, osim sloboda i prava iz čl. 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 24. i 25. Ustava, mijenjati organizacija i ovlašćenja izvršnih, upravnih i pravosudnih organa i njihov personalni sastav, kao i teritorijalna organizacija u Republici..."

građani zbog normi i odluka, nego norme i odluke postoje zbog građana i, ako ne služe građanima, treba ih mijenjati i usklađivati u skladu sa interesima građana.

Delegiranje nadležnosti prema izvršnoj vlasti može donijeti efikasnost, ali može odvesti i u ozbiljne zloupotrebe pa čak i u krivična djela.

Delegirana ovlaštenja za borbu protiv pandemije izvršna vlast ne bi smjela koristiti izvan borbe protiv pandemije jer ovlaštenja za mjere vanrednog stanja i upotreba vanrednih mjera moraju ostati u okvirima razloga za njihovo uspostavljanje. U slučaju davanja bilo kakvog ovlaštenja izvan mjera za borbu protiv pandemije ili korištenja istih mora se insistirati na hitnoj reakciji OHR-a, kao Aneksom X Dejtonskog mirovnog sporazuma ovlaštenom tumaču ustavnopravnih aktivnosti i odluka u BiH koji promptno i direktno može reagirati i koji ima obavezu reagirati u cilju zaštite i Ustava BiH kao Aneksa IV Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Ustavni sud BiH, kao zaštitnik pravne države i ustavnog sistema u Bosni i Hercegovini, ne može efikasno reagirati po službenoj dužnosti i u ambijentu vanrednog stanja kada se stvari dešavaju brzo i intenzivno. Ustavni sud jako sporo reagira, tako da, dok bi donio odluku, to bi vjerovatno bilo već zakašnjelo reagiranje u odnosu na potrebe građana. Zbog navedenog, u ovakvim situacijama OHR i ambasade *zemalja kvinte* moraju biti izuzetno budni kao odgovorni garanti Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini moraju aktivno participirati i pratiti svaku odluku od strane izvršne vlasti entiteta i države u postupanju po delegiranim nadležnostima u vanrednom stanju.

No, već imamo znatan broj odluka Ustavnog suda BiH vezano za izvjesna ograničenja ljudskih prava u uslovima pandemije i vanrednog stanja. U predmetu broj AP 1217/20¹⁷ Ustavni sud BiH navodi: „Zaštita populacije od opasnosti COVID-a 19 je velik i težak izazov za vlasti u svim državama. Ono što je jasno od početka je da zbog takvih izuzetnih okolnosti nije moguće održati redovno funkcioniranje društva, naročito kad se radi o zaštitnim mjerama koje su neophodne da bi se uspješno borilo protiv nove vrste virusa, zaštitio život ljudi, ali i smanjila velika opterećenost zdravstvenih službi kao posljedica obolijevanja ljudi od COVID-a 19, kako bi one mogle efikasno odgovoriti izazovu. Stoga je jasno i da mjere koje se u takvoj situaciji nalažu nesumnjivo ograničavaju niz konvencijskih, odnosno ustavnih prava. Evropska konvencija i Evropski sud za ljudska prava ne zabranjuju a priori uvođenje takvih mjera. Naprotiv, pozitivne obaveze koje nalaže Evropska konvencija kako bi se ostvario legitimni cilj zaštite zdravlja ljudi zahtijevaju od država članica aktivnu brigu i pravovremenu reakciju. Stoga bi se nepreduzimanje mjera, kao i njihovo nepravovremeno preduzimanje moglo smatrati povredom pozitivnih obaveza države. S druge strane, mjere kojima se ograničavaju ljudska prava kao što su zabrana okupljanja, izolacija, zabrana napuštanja vlastitog doma itd. moraju biti zakonite, imati legitiman cilj i moraju biti "neophodne u demokratskom društvu", odnosno mora postojati proporcionalnost između preduzetih mjera i cilja koji se želi postići. To su

17 <http://www.ccbh.ba/novosti/sjednice/?id=8df4d385-2c8c-494f-88c0-588d1ce062a2>

pravila koja su izvedena iz dosadašnje prakse Evropskog suda i ona u vanrednoj situaciji važe isto kao i u normalno vrijeme. Uporedo s uvođenjem mjera kojima se ograničavaju pojedina ljudska prava, neke od zemalja članica Vijeća Evrope iskoristile su mogućnost derogacije Evropske konvencije u skladu sa članom 15. Evropske konvencije (do 9. aprila 2020. godine osam država članica je obavijestilo generalnog sekretara Vijeća Evrope o derogaciji, i to: Albanija, Armenija, Estonija, Gruzija, Latvija, Moldavija, Sjeverna Makedonija, Rumunija i Srbija). Član 15. Evropske konvencije dopušta državama članicama da derogiraju Evropsku konvenciju u slučaju vanrednog stanja, što pandemija COVID-a 19 svakako jeste. Međutim, pravo na derogaciju je "jasno zaokruženo tekstom člana 15. Štaviše, i najvažnije, obim i forma derogacije države predmet je ispitivanja Evropskog suda za ljudska prava" (vidi odgovor Vijeća ministara Vijeća Evrope na Preporuku Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope (PACE) 2125 (2018), dokument broj 14770 od 5. decembra 2018. godine). Derogacija mora ispuniti i formalne uvjete iz člana 15. stav 3. Evropske konvencije da generalni sekretar Vijeća Evrope mora biti potpuno informiran o preduzetim mjerama, razlozima za derogaciju i vremenu kada će te mjere biti ukinute. Bosna i Hercegovina nije obavijestila generalnog sekretara Vijeća Evrope da derogira Evropsku konvenciju po osnovu člana 15. Evropske konvencije, što je stvar ocjene državnih vlasti koju neće preispitivati ni Evropski, pa ni Ustavni sud, budući da je to mogućnost, ali ne i obaveza. Stoga se osporene mjere neće ni razmatrati u svjetlu člana 15. Evropske konvencije, već u svjetlu mogućnosti ograničavanja ljudskih prava koje Evropska konvencija i inače omogućava. Uz to, Ustavni sud podsjeća da je članom II/2. Ustava Bosne i Hercegovine utvrđen ustavni status Evropske konvencije, prema kojem taj akt ima prioritet nad svim ostalim zakonima. Također, članom II/3. Ustava Bosne i Hercegovine je utvrđen katalog prava koja su identična pravima navedenim u Evropskoj konvenciji i protokolima uz Evropsku konvenciju, a prema članu X/2. Ustava Bosne i Hercegovine nijednim amandmanom na ovaj ustav ne može se eliminirati, niti umanjiti bilo koje od prava i sloboda iz člana II ovog ustava, niti izmijeniti ova odredba. Dalje, Ustavni sud podsjeća da izraz "u skladu sa zakonom" zahtijeva ne samo da nametnute mjere imaju osnov u domaćem pravu već upućuje i na kvalitet zakona u pitanju, zahtijevajući da bude dostupan zainteresiranim osobama i predvidiv u pogledu njegovih efekata. U vezi s predvidljivošću, Evropski sud ističe da se norma ne može smatrati "zakonom" ako nije formulirana s dovoljnom preciznošću kako bi se pojedincima omogućilo da svoje ponašanje usklade s tom normom. Pojedinci moraju biti u mogućnosti da, ako treba i uz odgovarajuću pomoć i u mjeri koja je razumna s obzirom na okolnosti, predvide posljedice koje određeno ponašanje može imati. Te posljedice ne moraju biti predvidljive s apsolutnom sigurnošću jer je to nemoguće postići. Međutim, iako je takva sigurnost veoma poželjna, ona može za sobom povući pretjeranu rigidnost, a zakon mora biti takav da se može primijeniti u okolnostima koje se mijenjaju. Dalje, nivo preciznosti koji se traži od domaćeg zakona, koji ne može predvidjeti svaku eventualnu situaciju, zavisi u značajnoj mjeri od sadržaja zakona u pitanju,

oblasti na koju se taj zakon odnosi i broja i statusa onih na koje se odnosi. Stoga je, kako ističe Evropski sud, zadatak domaćih vlasti da interpretiraju i primijene domaći zakon (vidi *ibid.*, De Tommaso, presuda, tačke 106–108. sa daljnjim referencama). Evropski sud ističe i to da je norma predvidljiva kada pruža zaštitu od proizvoljnog miješanja vlasti, kao i da zakon koji daje diskreciona ovlaštenja mora naznačiti stepen takvih ovlaštenja, iako detaljne procedure i uvjeti koji se moraju uzeti u obzir ne moraju nužno biti inkorporirani u tekst zakona.¹⁸

Apelacija Ustavnom sudu BiH je podnešena 31. marta 2020. godine protiv Naredbe Federalnog štaba Civilne zaštite broj 12-40-6-148-34/20 od 20. marta 2020. godine kojim se uvela zabrana kretanja određenim kategorijama stanovništva, kao mjera suzbijanja širenja koronavirusa. U nastavku ključni dio Odluke Ustavnog suda BiH citiramo u cjelosti s obzirom na referentni dio o uspostavljanju "pravične ravnoteže" između općeg interesa zajednice i prava na slobodu kretanja pojedinaca.¹⁹

„U konkretnom slučaju, osporene naredbe su donesene na osnovu člana 108. Zakona o zaštiti i spašavanju, koji u stavu 2. propisuje ovlaštenje štabova civilne zaštite da "naređuju provođenje odgovarajućih mjera zaštite i spašavanja". Apelanti ističu da to ne znači da je propisano i dopušteno donošenje naredbi "kojima se sprečava kretanje stanovništva", da takvu odredbu ne sadrži ni bilo koji drugi zakon, kao i da je takvo ograničenje suprotno Ustavu Bosne i Hercegovine i Konvenciji o pravima djeteta, budući da prilikom njenog donošenja nije vođeno računa "o najboljim interesima djeteta", kako ta konvencija zahtijeva. S druge strane, Vlada FBiH je istakla da su osporene mjere predviđene članom 54. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, te da se ne radi o nezakonitosti, već o provođenju postojećih zakona u vanrednim okolnostima s ciljem zaštite javnog zdravlja. Ustavni sud zapaža da su i Zakon o zaštiti i spašavanju i Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti objavljeni na propisan način u službenim glasilima i da su stoga na odgovarajući način bili dostupni svima. Također, Ustavni sud ukazuje da Zakon o zaštiti i spašavanju uređuje sistem zaštite i spašavanja ljudi i dr. od prirodnih nepogoda (član 1), a da se pod prirodnom nepogodom, između ostalog, podrazumijevaju i "masovne pojave ljudskih, životinjskih i biljnih bolesti" (član 3. stav 1). Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti utvrđuje koje su zarazne bolesti i mjere za zaštitu stanovništva od tih bolesti. Budući da je pandemija COVID-a 19 nesumnjivo "masovna pojava ljudskih bolesti" u smislu Zakona o zaštiti i spašavanju, kao i da je to "nova zarazna bolest koja ugrožava zdravlje stanovništva" u smislu Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, Ustavni sud smatra da je članom 108. stav 2. Zakona o zaštiti i spašavanju i članom 54. stav 2. tačka 4. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti predviđena mogućnost donošenja odgovarajućih naredbi kako bi se spriječilo širenje virusa. Međutim, Ustavni sud, također, smatra da posljedice koje takve naredbe imaju, s aspekta saglasnosti sa članom 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju,

18 <http://www.ccbh.ba/novosti/sjednice/?id=8df4d385-2c8c-494f-88c0-588d1ce062a2>

19 Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

predstavljaju materijalna razmatranja koja se trebaju uzeti u obzir pri odlučivanju o tome da li su javne vlasti u primjeni propisanih mjera postigle pravičnu ravnotežu između različitih interesa (vidi, mutatis mutandis, Evropski sud, Broniowski protiv Poljske, presuda od 22. juna 2004. godine, predstavka broj 31443/96, tačka 143. sa daljnjim referencama; i Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 2843/07 od 12. januara 2010. godine, tačke 28–29). Stoga će Ustavni sud nastaviti analizu uz prihvatanje da su osporene mjere, u mjeri u kojoj predstavljaju miješanje ili ograničenje prava apelanata na slobodu kretanja, bile "predviđene zakonom" u smislu člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju. Ustavni sud zapaža da iz odgovora Vlade FBiH proizlazi da je cilj koji se želi postići svim do sada donesenim mjerama, uključujući i osporene, "zaštita zdravlja većeg broja ljudi i sprečavanje širenja epidemije u društvu". Ustavni sud smatra da to svakako predstavlja legitiman cilj koji je naveden u stavu 3. člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju. Apelanti smatraju da je osporenim mjerama, koje se odnose na navedene kategorije osoba, na njih stavljen prekomjeran teret i da mjere nisu proporcionalne cilju koji se želi postići, a naročito ističu da nadležni organi nisu prethodno razmotrili bilo kakve blaže mjere. Oni navode da su osobe mlađe od 18 i starije od 65 godina potpuno onemogućene da obavljaju svakodnevne neophodne aktivnosti kao što je kupovina, odlazak ljekaru i u apoteku, šetanje kućnih ljubimaca, odnosno da roditelji ne mogu zbog takvih mjera izvesti djecu na javna mjesta, što značajno utječe na njihovo ukupno zdravlje, uključujući i psihofizičko. S druge strane, Vlada FBiH ističe da ove skupine smatra posebno osjetljivim budući da stariji od 65 godina imaju veći rizik od razvoja težih simptoma ako se zaraze novom vrstom virusa za koji još ne postoji ni vakcina, niti je sa sigurnošću otkriven efikasan lijek, dok mlađi od 18 imaju blaže simptome ako se zaraze, ali zato mogu prenositi virus starijima. Ustavni sud ističe da je veliki društveni, politički i pravni izazov koji stoji pred državama u suočavanju s pandemijom COVID-a 19 da na ovakvu krizu odgovore djelotvorno, a da pri tome osiguraju da mjere koje preduzimaju ne umanjuju dugoročne interese zaštite osnovnih demokratskih vrijednosti, vladavine prava i ljudskih prava. Čak i u vanrednim situacijama, vladavina prava se mora poštovati. Stoga zakonodavac u takvim uvjetima može promijeniti postojeće i/ili donijeti posebne zakone koji će biti posebno prilagođeni kriznoj situaciji, kojima će dati šira ovlaštenja nadležnim organima od onih koja imaju po već važećim zakonima. Takvi novi zakoni ili izmjene postojećih zakona, kako bi se bolje i efikasnije odgovorilo kriznoj situaciji, moraju biti u skladu s ustavom i međunarodnim standardima. Također, tokom vanrednog stanja, vlade mogu dobiti opća ovlaštenja da donose uredbe sa zakonskom snagom, pod uvjetom da su takva ovlaštenja ograničenog karaktera. Osnovna svrha režima vanrednog ili sličnog stanja jeste da se suzbije razvoj krize i da se, što je prije moguće, vrati u normalno stanje. Kontrola neophodnosti prolongiranja vanrednog stanja mora biti pod kontrolom zakonodavnog tijela kako izvršne vlasti ne bi zlorabljivale i neprihvatljivo produžavale takvo stanje. Imajući u vidu ove opće, međunarodne zahtjeve, na koje ukazuje i Vijeće Evrope,

Ustavni sud s izuzetnom zabrinutošću konstatira da je u ovoj naročitoj situaciji, u kojoj se zbog pandemije COVID-a 19 nalazi i Bosna i Hercegovina, izostala pravovremena reakcija nadležnog zakonodavca, odnosno Parlamenta Federacije BiH. Naime, uprkos tome što je, kako je Vlada FBiH navela u odgovoru, Federalno ministarstvo zdravstva već u februaru 2020. godine izvijestilo o tome da je SZO proglasio pojavu novog virusa "javnozdravstvenim izvanrednim stanjem od međunarodnog značaja", Parlament FBiH nije smatrao neophodnim da se već tada sastane i razmotri potrebu usklađivanja postojećih i donošenja eventualno novih zakona koji bi omogućili djelotvoran odgovor na pandemijsku krizu, uz očuvanje vladavine prava i, koliko je više moguće, ustavnih i ljudskih prava. Naprotiv, tek na vanrednim sjednicama održanim 7. (Predstavnički dom) i 8. aprila 2020. godine (Dom naroda) usvojene su izmjene poslovnika domova kako bi se omogućilo da se sjednice u vanrednim situacijama održavaju online. Poređenja radi, Ustavni sud podsjeća da je Sabor Republike Hrvatske 18. marta 2020. godine donio Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o sustavu Civilne zaštite kojim je Štabu Civilne zaštite dao ovlaštenje da donosi odluke i mjere radi zaštite života i zdravlja građana, očuvanja imovine, privredne aktivnosti i okoline, te ujednačavanja postupanja pravnih osoba i građana.²⁰

U situaciji potpunog izostanka pravovremenih aktivnosti nadležnog zakonodavnog tijela djelovala je Vlada FBiH proglašenjem stanja nesreće i zaduživanjem Federalnog štaba "da u skladu s Federalnim planom i važećim zakonskim propisima preuzme sve aktivnosti oko koordinacije i rukovođenja akcijama zaštite i spašavanja ljudi na ugroženom području." Na osnovu takve odluke, Federalni štab je počeo sa nalažanjem niza mjera, uključujući i osporene naredbe, kako bi se spriječilo nekontrolirano širenje bolesti COVID 19.²¹

„U vezi s tim, Ustavni sud ponovo ukazuje da je članom 108. stav 2. Zakona o zaštiti i spašavanju propisano da štabovi civilne zaštite imaju ovlaštenja da u slučajevima kada je odlukom Vlade proglašeno stanje nesreće "naređuju provođenje odgovarajućih mjera zaštite i spašavanja", dok je članom 54. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti propisano da Federalno ministarstvo zdravstva može narediti posebne vanredne zaštitne mjere protiv tih bolesti. Ustavni sud naglašava da navedene zakonske odredbe nisu dovoljno precizne u smislu vrste mjera, ograničenja njihovog trajanja, obaveze kontinuiranog preispitivanja i posljedica koje nepridržavanje tih mjera može imati, što može voditi proizvoljnosti prilikom njihovog određivanja. Međutim, Ustavni sud podsjeća na odredbu člana II/6. Ustava Bosne i Hercegovine, prema kojoj "Bosna i Hercegovina, i svi sudovi, ustanove, organi vlasti, te organi kojima posredno rukovode entiteti ili koji djeluju unutar entiteta podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode na koje je ukazano u stavu 2." Ova odredba predstavlja ustavnu obavezu za svaku instituciju ili organ koji djeluje unutar BiH, pa dakle i FBiH, da sve svoje aktivnosti uskladi s pravima i slobodama garantiranim Evropskom

20 Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

21 *Ibid*

konvencijom i Ustavom Bosne i Hercegovine. Dakle, svaki organ koji primjenjuje neki zakon dužan je primijeniti ga na način koji neće kršiti ustavna prava, odnosno prava iz Evropske konvencije. To dalje znači da i Vlada FBiH i Federalni štab prilikom davanja ovlaštenja ili donošenja bilo koje mjere moraju voditi računa o tome da se njima ne narušavaju ljudska i ustavna prava u mjeri većoj nego što je to neophodno, a naročito da mjere budu ograničenog trajanja, da se u razumnim vremenskim rokovima preispituju i prilagođavaju trenutnoj situaciji, te da ne stavljaju prekomjeran teret na one na koje se odnose.²²

„U vezi s tim, Ustavni sud primjećuje da je prvom naredbom bilo određeno da će osporene mjere trajati do 31. marta 2020. godine. Tom naredbom nisu predviđeni nikakvi izuzeci u pogledu obje kategorije osoba koje su njome obuhvaćene, npr. specifične potrebe neke kategorije osoba mlađih od 18 godina u odnosu na njihovo zdravstveno stanje, naročito kada su u pitanju djeca s posebnim potrebama (autizam itd.). Ustavni sud naročito ukazuje da je u odnosu na djecu s posebnim potrebama neophodno omogućiti izuzetak od opće zabrane, i to na način da se mjere koje se nalažu prilagode i njihovim potrebama i postojećoj situaciji. Također, nesporno je da se u odnosu na djecu mora s posebnom pažnjom razmatrati na koji način će djelovati izvršenje mjera koje se nalažu, odnosno obim koristi i štete koji one mogu imati na psihofizički razvoj djece.“²³

„Isto tako, zanemarena je činjenica da u okviru kategorije osoba starijih od 65 godina postoje i one osobe koje su radno aktivne i profesionalno angažirane, i to u subjektima čiji rad nije zabranjen u nastaloj situaciji kao što su pravosudni organi, odnosno sudije i tužioci čiji mandat po zakonu traje do 70. godine starosti. Također, potpuno je zanemarena i činjenica da u toj kategoriji ima osoba koje imaju ustavno pravo i obavezu izvršavanja određenih dužnosti koje su im povjerene u zakonodavnoj i/ili izvršnoj vlasti (zastupnici u zakonodavnim organima u BiH, članovi Predsjedništva BiH, Vijeća ministara BiH, vlada entiteta). Posebno se to odnosi na područje grada Sarajeva jer je nesporna činjenica da je sjedište najvećeg dijela navedenih institucija u Sarajevu. Naime, sasvim je zanemarena činjenica da za obavljanje funkcija u zakonodavnoj i/ili izvršnoj vlasti ne postoji bilo kakvo ustavno ili zakonsko ograničenje po osnovu starosne dobi, ali i tim je osobama takvom općom mjerom onemogućeno obavljanje tih funkcija. Na takav način se u velikoj mjeri onemogućava rad zakonodavne, izvršne i sudske vlasti koja mora imati mogućnost da nastavi rad i u ovakvim, vanrednim okolnostima, na način koji će biti prilagođen tim okolnostima. Ustavni sud, također, zapaža da na teritoriji Bosne i Hercegovine nisu uvedene jedinstvene mjere za suprotstavljanje zarazi virusom i bolesti COVID 19, npr. u Distriktu Brčko Bosne i Hercegovine nije donesena ovakva opća mjera zabrane kretanja, a u Republici Srpskoj jeste, ali bez ograničenja kretanja mlađih od 18 godina.“²⁴

22 Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

23 Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

24 Ibid.

„Iako je u odgovoru na apelaciju navedeno kako je Federalni štab, cijeneći kompletnu epidemiološku situaciju u FBiH, ali i u svjetlu naredbe Kriznog štaba Federalnog ministarstva zdravstva, donio osporene naredbe, iz teksta osporenih naredbi, kao i na osnovu datog odgovora Vlade FBiH ne može se sa sigurnošću zaključiti da se navedeni organ služio stavovima medicinske struke, a ako i jeste, nije o tome obavještavao javnost. Više izgleda da su ti nalozi zasnovani na statističkim podacima, čija je metodologija prikupljanja i obrade različita, a rezultati promjenljivi. Osim toga, ni iz odgovora, ali ni iz dostupnih informacija koje objavljuje Federalni štab nije vidljivo da su prije donošenja osporene mjere zabrane općeg kretanja mladima od 18 i starijima od 65 godina razmotrene alternativne, blaže mjere, kao npr. zabrana kretanja u određeno doba dana, zabrana pristupa određenim javnim ustanovama ili izvoristima zaraze (tzv. klasterima) itd., kojima bi se te skupine posebno zaštitile ako za takvom posebnom zaštitom postoji potreba.“²⁵

„Ustavni sud naročito ukazuje da je novom naredbom produženo trajanje osporenih mjera "do daljnjeg". Takva neizvjesnost u vezi s tim koliko će te mjere trajati je neprihvatljiva. Mjere koje se nalažu, naročito one koje značajno zadiru u ljudska prava garantirana Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom, moraju biti striktno vremenski ograničene, odnosno mogu trajati samo onoliko vremena koliko je to neophodno potrebno. Osim toga, vremensko ograničenje stavlja obavezu na organ koji nalaže mjere, u konkretnom slučaju Vladu FBiH i Federalni štab, da te mjere redovno preispituje i da, u skladu sa situacijom, naložene mjere ublaži ili potpuno ukine. Međutim, prema novoj naredbi o trajanju mjera "do daljnjeg", potpuno je neizvjesno hoće li i kada Federalni štab razmatrati neophodnost takve mjere, što ostavlja veliki prostor za proizvoljnost koja je nedopustiva.“²⁶

„Ustavni sud ukazuje i da je Federalni štab 3. aprila 2020. godine donio dopunu nove naredbe kojom je omogućio osobama starijim od 65 godina da u određenom periodu mogu izaći radi preuzimanja penzija i obavljanja drugih potrebnih aktivnosti, pri čemu je kontinuirano pozivao ostale građane da u istom periodu smanje kretanje kako ne bi stvarali gužve i izlagali starije osobe nepotrebnom riziku. Međutim, Ustavni sud zapaža da nakon toga ni Vlada FBiH, ni Federalni štab, niti neki drugi nadležni organ (npr. Federalno ministarstvo zdravstva) nisu razmotrili i procijenili da li je i u kojoj mjeri ograničeno kretanje osoba na koje se mjera odnosi eventualno doprinijelo bržem i većem širenju COVID-a 19, kako bi u skladu s tim preispitali mjere kojima se potpuno zabranjuje kretanje osobama u pitanju. U vezi s tim, Ustavni sud ističe i da je ovom dopunom naredbe dopušteno osobama mlađim od 18 godina kretanje u vozilu (dakle, prevoženje od jednog mjesta do drugog), ali ostaje potpuno nejasno zbog čega se takva dozvola ne odnosi i na osobe starije od 65 godina, odnosno da li je Federalni štab uopće razmatrao tu opciju i, ako jeste, zbog čega je nije usvojio. Ustavni sud konstatira i da je Federalni štab 17. aprila 2020. godine donio naredbu kojom je

²⁵ Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

²⁶ *Ibid*

utvrđeno da se navedene naredbe primjenjuju do 30. aprila 2020. godine, te da ni ta naredba ne sadrži nikakvo obrazloženje.²⁷

„Ustavni sud ističe da se radi o nezabilježnom događaju u savremenoj historiji i o novom načinu postupanja svih organa izvršne i, uopće, javne vlasti. Ne postoji uporedna pravna situacija, niti postoji isti model ponašanja u svim zemljama članicama Vijeća Evrope. Ustavni sud je potpuno svjestan iznimne ozbiljnosti situacije sa COVID-om 19, velike opasnosti koju taj virus predstavlja za zdravlje stanovništva, kao i procjenu nadležnih institucija da postoji potreba da se zaštiti postojeći zdravstveni sistem od situacije u kojoj bi veliki broj ljudi odjednom bio zaražen i u potrebi za ljekarskom pomoći. Uz to, Ustavni sud uzima u obzir i općepoznatu činjenicu da čak ni na globalnom nivou ne postoji jedinstven stručni stav u pogledu primjene odgovarajućih mjera. Međutim, Ustavni sud i u takvoj situaciji mora voditi računa o balansu između potreba i zaštite društva u cjelini i prava pojedinaca. U vezi s tim, Ustavni sud ponovo ističe da je mogućnost ograničavanja prava garantiranih Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom, pored opće društvene koristi, direktno uvjetovana nizom faktora na osnovu kojih se procjenjuje postojanje pravične ravnoteže između preduzetih mjera i cilja koji se želi postići, a u konkretnom slučaju naročito vremenskim trajanjem njihove primjene i redovnim preispitivanjem njihove neophodnosti. U suprotnom, bio bi ostavljen veliki prostor za proizvoljnost u postupanju nadležnih organa, što je suprotno ne samo pravu na slobodu kretanja već i principu vladavine prava iz člana I/2. Ustava Bosne i Hercegovine, bez obzira na vanrednost situacije zbog koje se mjere donose.“²⁸

„Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da osporene mjere ne ispunjavaju zahtjev "proporcionalnosti" iz člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju zato što se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procjene Federalnog štaba da sporne skupine na koje se mjere odnose nose veći rizik da će se zaraziti ili prenijeti zarazu COVID-om 19, nisu razmatrane mogućnosti uvođenja blažih mjera ako takav rizik opravdano postoji, nisu striktno vremenski ograničene, niti je utvrđena obaveza njihovog redovnog preispitivanja kako bi se osiguralo da traju samo onoliko koliko je to "neophodno" u smislu člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju, odnosno da se ublaže ili ukinu čim situacija to dopusti.“²⁹

5. Osvrt na najavljivane zloupotrebe

Određena komparativna iskustva govore da većina država ne spori potrebu uvođenja određenih efikasnijih mjera upravljanja državom u skladu s postojećim ustavnim rješenjima i u skladu s međunarodnim pravom. Veliki broj država u

²⁷ *Ibid*

²⁸ Vidi Službeni glasnik BiH broj 26/20.

²⁹ *Ibid*.

svijetu uvodi posebne mjere i vanredna stanja koja se kreću na tankoj liniji između demokratije i određenih nedemokratskih mjera. Iako je uvođenje mjera obilježeno isticanjem ograničenog vremena trajanja i isticanjem ograničenih ovlaštenja, posebna bojazan javno se iskazuje o dužini djelovanja takvih mjera i o mogućim kratkoročnim i dugoročnim posljedicama takvih mjera za građane u društvima u kojima se takve mjere provode. U mnogim svjetskim medijima aktivno se propituju mogućnosti kratkoročnih i dugoročnih zloupotreba vanrednih mjera od strane aktuelnih vlada, a na štetu demokratskih kapaciteta i interesa građana. Navedeno možemo ilustrirati posebno u pisanju *The New York Timesa* na primjeru Velike Britanije kao države s dugom i snažnom demokratskom historijom koja je daleko ispred s demokratskom sviješću građana u odnosu na većinu država u svijetu, a u kojem se ističe da je u Parlamentu Velike Britanije upozoreno kako je ovo najveće davanje nekontrolirane moći izvršnoj vlasti od XVI stoljeća i da je riječ o drakonskim mjerama. Također prema pisanju *The Guardian*a zvaničnici iz Brisela i Vašingtona su jasno i direktno osudili Zakon o vanrednom stanju koji je donio Mađarski Parlament nazivajući ga nedemokratskim i „konačnim ubijanjem demokratije u Mađarskoj“ jer je navedeni Zakon dao ovlasti bez ograničenja i bez roka trajanja premijeru Victoru Orbanu, a predsjednica Evropske komisije Ursula von der Leyen, prema pisanju *The Guardian*a, je naglasila da „vanredne mjere moraju biti striktno vezane za pitanje borbe protiv virusa i da moraju biti striktno proporcionalne cilju“. Dakle naglašeno je da prema evropskim standardima delegiranje nadležnosti zakonodavne vlasti prema izvršnoj vlasti mora sadržavati tačno navedena i restriktivno postavljena ovlaštenja sa ograničenim rokom trajanja i sa striktnom proporcionalnošću između mjera i stvarnih potreba vanredne situacije. U suprotnom takve mjere bi se smatrale nedemokratskim i suprotnim evropskim vrijednostima. Upravo vanredno stanje u bh entitetu RS ima određene sličnosti sa nedemokratskim i antievropskim primjerom vanrednog stanja Mađarske u smislu da je u nekim mjerama u entitetu FBiH neodostajao rok trajanja mjere i posebno u entitetu RSu nisu prihvatili tačno navesti ovlaštenja i da nema preciznog roka trajanja vanrednog stanja. Ovo je svakako važan podsjetnik i korisna sugestija odgovornim nosiocima vlasti u Bosni i Hercegovini da u ovim procesima, a prije donošenja odluka koje mogu imati i kratkoročno i dugoročno štetne posljedice ili manje korisne rezultate, aktivnije i agresivnije konsultiraju struku i znanja nastavnika s univerziteta u Bosni i Hercegovini i da tako ogromnu odgovornost, koju trenutno imaju, podijele s ljudima koji su svoj život posvetili izučavanju određenih oblasti i koji sigurno mogu dati dodatne konstruktivne smjernice i ideje, a sve u cilju efikasnijeg korištenja ljudskih i ostalih resursa koje imamo na raspolaganju.

Kada govorimo o Bosni i Hercegovini u ambijentu pandemije COVID 19, značajno se osvrnuti i na slijedeća iskustva najava mogućih zloupotreba vanrednog stanja. Naime, nadležni ministar zdravstva entiteta RS najavio je mogućnost “prebacivanja osoba s državljanstvom FBiH” iz entiteta RS u FBiH, nadamo se da je u pitanju samo to da nadležni u entitetu nisu poznavali pravni sistem i Ustav

BiH i da je to bila nesmotrena najava, jer ako nije, onda je to bila vrlo opasna najava koja može značiti ozbiljno kršenje ljudskih prava u ovom podržavnom aranžmanu koji u skladu s Ustavom BiH zovemo entitet RS. Državljanstvo entiteta podrazumijeva i državljanstvo Bosne i Hercegovine, tako da državljanin bilo kojeg entiteta mora ostvarivati jednaka prava u svakom dijelu Bosne i Hercegovine. Dakle, ne postoji osnova za razlikovanje ili umanjivanje prava ili davanje više prava jednih naspram drugih u RS-u ili FBiH, a posebno ne postoji pravna osnova za premještanje bilo koga po ovim osnovama vezanim za državljanstvo. Ustav BiH jasno kaže da postoji državljanstvo Bosne i Hercegovine, koje regulira Parlamentarna skupština BiH, i državljanstvo svakog entiteta koje reguliraju sami entiteti, pod uvjetom da su svi državljani bilo kojeg entiteta, samim tim, državljani Bosne i Hercegovine. Bilo bi vrlo ozbiljno ugrožavanja ustavnopravnog poretka i ljudskih prava u BiH i vrlo opasno da se u slučaju delegiranih nadležnosti ovakav neutemeljen i protuustavan stav nadležnih organa entiteta RS dobije okvire uredba sa zakonskom snagom.

Pitanje najavljivanih uspostavljanja kontrolnih tačaka na liniji razgraničenja između entiteta, gdje bi entitetska policija kontrolirala prolaz, bio bi također čin koji ima elemente secesije i direktnog ataka na ustavni poredak BiH, a zloupotrebom vanrednog stanja. Takvo postupanje suprotno je i Ustavu BiH i Ustavu RS-a i predstavljalo bi krivično djelo napada na teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine i grubog ulaska entitetskih institucija u nadležnost države. Navedene najave neustavnog postupanja nadležnih u entitetu RS nisu realizirane u prethodnom periodu i ostale su samo na nivou najava nadležnih organa entiteta RS.

6. Zaključak

Pandemija COVID-19 svjetski je problem i, uz sve unutrašnje napore, može se rješavati kvalitetno isključivo saradnjom s partnerima na međunarodnom nivou, a za to je jedino ustavnopravno pozicioniran državni nivo u Bosni i Hercegovini. Uzimajući sve ovo u obzir, u odnosu prema tome ko traži, a ko blokira uključivanje cijele države, naći ćemo odgovor na pitanje ko se zaista odgovorno odnosio prema svojim obavezama u odnosu na građane koje predstavlja u demokratskom sistemu i ko želi zaista riješiti problem, a ko želi politizirati ili još gore, napraviti određene zloupotrebe u tako teškim uslovima za građane Bosne i Hercegovine.

Zbog propuštanja određenih dužnih činjenja s vrlo izvjesnim štetnim epilogom za zdravlje građane Bosne i Hercegovine i za privredu u Bosni i Hercegovini, nadležne pravosudne institucije morale bi razmotriti pitanja odgovornosti u vršenju povjerenih nadležnosti i kao i krivične i svake druge odgovornosti svih osoba na odgovornim pozicijama u Vijeću ministara Bosne i Hercegovine i drugim nadležnim i odgovornim institucijama kojima je ustavnopravni sistem BiH dao konkretan i jasan mandat i obavezu rada u interesu građana Bosne i Hercegovine.

Prema evropskim standardima delegiranje nadležnosti zakonodavne vlasti prema izvršnoj vlasti mora sadržavati tačno navedena i restriktivno postavljena ovlaštenja, sa jasno definisanim legitimnim ciljem zaštite interesa građana, ograničenim rokom trajanja mjera i sa striktnom proporcionalnošću između mjera i stvarnih potreba konkretne vanredne situacije. Princip proporcionalnosti podrazumijeva opravdanost mješanja u/ograničenja ljudskih prava i sloboda samo onda kada je javni interes važniji od samog prava ili slobode u koje se zakon mješa. Zakon mora predvidjeti one mjere kojima će se na najblaži način ograničiti ljudska prava i slobode, a pri tome ostvariti javni interes jer nosioci ljudskih prava i sloboda ne smiju trpiti neopravdane i neproporcionalne posljedice pri ostvarenju javnog interesa. U suprotnom takve mjere bi se smatrale nedemokratskim i suprotnim evropskim vrijednostima i dovele bi do kršenja ljudskih prava i sloboda suprotno domaćem i međunarodnom pravu.

Upravo zbog činjenice da su uvedene i mjere suprotne ustavu i principu proporcionalnosti i imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud BiH, kako smo to detaljno opisali i naveli u samom tekstu rada, smatra da određene mjere koje je osporio ne ispunjavaju zahtjev "proporcionalnosti" iz člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju zato što se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procjene Federalnog štaba u entitetu FBiH da sporne skupine na koje se mjere odnose nose veći rizik da će se zaraziti ili prenijeti zarazu COVID-om 19, nisu razmatrane mogućnosti uvođenja blažih mjera ako takav rizik opravdano postoji, nisu striktno vremenski ograničene, niti je utvrđena obaveza njihovog redovnog preispitivanja kako bi se osiguralo da traju samo onoliko koliko je to "neophodno" u smislu člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju, odnosno da se ublaže ili ukinu čim situacija to dopusti.

Literatura:

1. Lj. Mitrović/N. Grbić Pavlović/G.Pavlović, Derogiranje ljudskih prava u vanrednom stanju – slučaj Bosne i Hercegovine, Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Osijek 2016. godine;
2. Odluka o proglašenju nastanka stanja prirodne ili druge nesreće na teritoriji BiH, Vijeće ministara BiH, Službeni glasnik BiH broj 18/20;
3. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 1217/20 od 22. aprila 2020. godine;
4. Zakon o Vladi FBiH, („Službene novine Federacije BiH“, br. 1/94,8/95,58/02, 19/03,2/06 i 8/06);
5. Ustav BiH, 1995. godina;
6. Odluka o proglašenju stanja nesreće uzrokovano pojavom koronavirusa (Covid 19) na području Federacije BiH, Vlada FBiH, 16. mart 2020. godine;

Sedad Dedić, PhD., Assistant Professor
Faculty of Law University of Zenica
Maša Alijević, PhD., Associate Professor
Faculty of Law University of Zenica

STATE OF EMERGENCY AND HUMAN RIGHTS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE INTRODUCTION OF A STATE OF EMERGENCY DURING THE COVID 19

Summary: In extraordinary circumstances such as the situation with the COVID 19 pandemic, public institutions at each level can respond to the task to a certain extent with regular legal solutions, and then they need temporary legal and procedural reliefs and changes, which is possible if the powers, in accordance with prescribed procedures at each level, temporarily delegate to the executive as a body that can meet regularly and be in a permanent session if necessary. Otherwise, either there will be no possibility to react adequately due to legal and procedural restrictions, or certain necessary measures will be the basis for various lawsuits and court proceedings. With the introduction of emergency measures, the state is entering an area of reduced democracy, and all those responsible must be extra careful so that, in the best of intentions, there is no greater harm than good in the long run and that human rights are not endangered. Comparative experiences during the COVID 19 pandemic show that most states do not dispute the need to introduce certain more efficient measures of state governance in accordance with existing constitutional solutions and in accordance with international law. A large number of countries in the world are introducing special measures and states of emergency that move along the thin line between democracy and certain undemocratic measures. Although the introduction of measures is marked by the expiration of limited duration and the emphasis on limited powers, special concern is expressed publicly about the duration of such measures and the possible short-term and long-term consequences of such measures for citizens in societies where such measures are implemented. It is crucial that the measures that are implemented and when they encroach on certain freedoms and restrictions respect the principle of proportionality, which means that the balance between restrictions and burdens imposed on citizens and the goal to be achieved by emergency measures is continuously reviewed and established. According to European standards, the delegation of legislative powers to the executive must contain precisely stated and restrictively set powers with a limited duration and with strict proportionality between the measures and the actual needs of the emergency situation. Otherwise, such measures would be considered undemocratic and contrary to European values.

Keywords: state of emergency, human rights, executive power, legislative power, legal responsibility.

Prof. dr Predrag Raosavljević

Pomoćnik Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine

Budimir Petković, dipl. Iur

Stručni savjetnik u instituciji Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine

SLOBODA MEDIJA I PRAVA NOVINARA IZ PERSPEKTIVE OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA BOSNE I HERCEGOVINE (FREEDOM OF PRESS AND RIGHTS OF JOURNALISTS FROM PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS OMBUDSMEN OF BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Sažetak: Sloboda medija je jedna od ključnih sloboda od koje zavisi ostvarivanje individualnih prava, vladavine prava, reprezentativne demokratije i informisanog javnog mnjenja. U tom kontekstu, društvena uloga novinara je da ukazuju na kršenja prava i sloboda počinjenih od strane svih aktera u jednom društvu, da ukazuju na zloupotrebe svih organa vlasti, te da istražuju i predočavaju javnosti izbalansirane informacije zasnovane na činjenicama koje se mogu provjeriti, uključujući neetična postupanja i kršenje ljudskog dostojanstva. Oni kroz svoj rad u fokus ineteresovanja stavljaju pitanja i probleme s kojima se susreće jedno društvo, omogućavaju građanima da utiču na stvaranje i sprovođenje politika od opšteg interesa, stvaraju mogućnosti različitim akterima da izraze svoj stav, doprinoseći višem stepenu demokratičnosti i izgradnji društva koje toleriše i prihvata različite stavove i uvjerenja, te teži ka punoj ravnopravnosti svih pojedinaca i grupa. Sa tačke ostavriranja individualnih prava, potpuno ostvarivanje navedene društvene uloge moguće je samo ukoliko im je garantovano uživanje osnovnih prava, uključujući i pravo na bezbjednost i dostojanstvo te ukoliko je uređen njihov status u društvu. Prilikom razmatranja položaja novinara u Bosni i Hercegovini, autori su uzeli u obzir promjene u medijima i načinima komunikacije kako u Bosni i Hercegovini, tako i u svijetu, koje su imale ogroman uticaj na položaj novinara. Bez obzira na to što je u Bosni i Hercegovini zakonodavstvo usklađeno sa međunarodnim standardima u oblasti dekriminalizacije klevete, u oblasti garancija slobode izražavanja i pristupa informacijama, lica koja su na bilo kakav način medijski radnici, kao i druga fizička i pravna lica čiji su stavovi analizirani, često iskazuju stav da to ne odražava stvarno stanje. Koristeći medot normativno-dogmatske analize pravnih propisa, metod statističke obrade podataka sadržanih u izvještajima regulatornih tijela, metod studije pojedinačnih slučajeva predočenih nezavisnim tijelima za promociju i zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, autori ukazuju na ključna pitanja koja se odnose na položaj novinara, koristeći indikatore za procjenu medijskih sloboda, te formulišu konkretne prijedloge nadležnim organima čijom realizacijom bi se taj položaj

trebao unaprijediti, a čime bi se u konačnici obezbijedila i primjena međunarodnih standarda koji uređuju ovu oblast.

Ključne riječi: sloboda štampe, medijske slobode, prava novinara, sloboda izražavanja

1. Uvod

Sloboda medija je jedna od ključnih sloboda od koje zavisi ostvarivanje ljudskih prava, vladavine prava, reprezentativne demokratije i informisanog javnog mnjenja. U tom kontekstu, društvena uloga novinara je da ukazuju na kršenja prava i sloboda počinjenih od strane svih aktera u jednom društvu, da ukazuju na zloupotrebe svih organa vlasti, te da istražuju i predočavaju javnosti izbalansirane informacije zasnovane na činjenicama koje se mogu provjeriti, uključujući neetična postupanja i kršenje ljudskog dostojanstva. Oni kroz svoj rad u fokus ineteresovanja stavljaju pitanja i probleme s kojima se susreće jedno društvo, omogućavaju građanima da utiču na stvaranje i provođenje politika od opšteg interesa, stvaraju mogućnosti različitim akterima da izraze svoj stav, doprinoseći većem nivou demokratičnosti i izgradnji društva koje toleriše i prihvata različite stavove i uvjerenja, te teži ka punoj ravnopravnosti svih pojedinaca i grupa. Društvena uloga medija, te samim tim i novinara, te očekivanja koja trebaju ispuniti, uključuje:¹

- podsticanje građana da uče, biraju i postanu uključeni, umjesto pukog praćenja političkih procesa;
- smisleno postavljanje tema za raspravu, identifikovanje ključnih pitanja, uključujući krugove ili interesne grupe koje su ih formirale ili riješile;
- posmatranje socio-političkog okruženja, kao i izvještavanje o razvoju koji se može pozitivno ili negativno odraziti na građane;
- dijalog između različitih pogleda, između nosilaca javnih funkcija sa jedne strane i javnosti, sa druge strane;
- mehanizme za pozivanje službenika na odgovornost u vezi načina na koji obavljaju svoju funkciju;
- principijelan otpor nastojanjima snaga izvan medija da podrivaju njihovu nezavisnost, integritet i sposobnost da služe javnosti.

Sa tačke ostvarivanja individualnih prava, potpuno ostvarivanje navedene društvene uloge moguće je ukoliko im je garantovano uživanje osnovnih prava, uključujući i pravo na bezbjednost i dostojanstvo te ukoliko je uređen njihov status u društvu.

Bezbjednost novinara je označena kao veoma važno pitanje za države članice Organizacije za bezbjednost i saradnju u Evropi (OEBS/ OSCE), gdje pripada i Bosna i Hercegovine, jer je poslednjih godina značajno porastao obim

1 Jakubowicz, K. i Sukosd, M, (2008) *Finding the Right Place on the Map: Central and Eastern European Media Change in a Global Perspective*, Intellect Bristol,UK/Chicago, USA; str. 10.

nasilja protiv novinara, uključujući ubistva i napade u kojima su novinari fizički povrijeđeni. Novinari koji rade u državama članicama OEBS-a svakodnevno se susreću i sa drugim pritiscima usmjerenim na suzbijanje nezavisnog informisanja, kao na primjer, sa proizvoljnim hapšenjem i gonjenjem, opresivnim političkim i komercijalnim pritiscima i represivnim propisima. Takvi pritisci, prijetnje i ograničenja sloboda uzrokuju strah i neizvjesnost među novinarima i ostalim zaposlenima u medijima i samim tim imaju poguban uticaj na slobodu izražavanja u cijelom društvu.²

Nasilje, uznemiravanje i zastrašivanje novinara predstavljaju napad na osnove demokratije, jer dovode do gušenja medijskih sloboda i slobode izražavanja, lišavajući građane sposobnosti da donose informisane odluke o svojim životima. Novinari ne mogu da budu nezavisni, da slobodno pišu ili izvještavaju, ako nemaju odgovarajuće uslove za rad, a bezbjednost medija i samog procesa rada je preduslov za postojanje slobodnih medija.³

Položaj novinara, kao segment prava na slobodu izražavanja uređen je međunarodnim standardima, a postoji i praksa međunarodnih organa koja detaljnije obrazlaže standarde postavljene međunarodnim konvencijama, prvenstveno Evropskog suda za ljudska prava, Specijalnog izvjestioca Ujedinjenih nacija za slobodu izražavanja i Komiteta za ljudska prava Ujedinjenih nacija.

U svojoj dugogodišnjoj praksi, Evropski sud konstantno je posebno isticao značaj slobode izražavanja kao ključnog osnova demokratije, koja je prema mišljenju Suda preduslov za zaštitu i drugih prava i sloboda propisanih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Prema stajalištu Suda, formulisanom u više predmeta:

*„Sloboda izražavanja predstavlja jedan od osnova demokratskog društva i preduslov je za njegov napredak, kao i za vlastito ispunjenje svakog pojedinca“.*⁴

Slično stajalište, prema kom je sloboda mišljenja i sloboda izražavanja ključna za napredak i demokratiju jednog društva, zauzeo je i Komitet za ljudska prava Ujedinjenih nacija razmatrajući individualne predstavke podnesene zbog kršenja člana 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.⁵

Sagledavanje stanja u Bosni i Hercegovini zahtijevalo je, prije svega, da se izvrši analiza globalnih indikatora u procesu utvrđivanja stepena ostvarivanja prava novinara i medijskih sloboda u jednom društvu. U tom smislu autori su pošli od različitih studija prema kojoj ovi indikatori obuhvataju nasilje nad novinarima,

2 OSCE Priručnik o bezbjednosti novinara (2012), dostupan na: www.osce.org/bs/fom/90210?download=true, posjećeno 20.11.2020. godine

3 Ibid, str. 9.

4 Lingens protiv Austrije, 1986., Sener protiv Turske, 2000, Thoma protiv Luksemburga, 2001., Maronek protiv Slovačke, 2001, i Dichand i drugi protiv Austrije, 2002., citirano u Sloboda izražavanja: Vodič za tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovog konteksta, (2013), Centar za pravo i demokratiju, Savjet Evrope

5 Vidi Benhadj v. Algeria, Predstavka broj 1173/2003, , presuda od 20. 07.2007. godine; Parc v. Republic Korea Predstavka broj 628/1995, , presuda od 05.07.1996 godine.

zastrašivanja i uznemiravanje, definisanje odgovornosti za novinare u krivičnim zakonima kroz uvođenje krivičnog djela klevete, pristup informacijama, pokušaje ograničavanja pluralizma u javnim emiterima, pritisak na privatne medije, pritiske da novinari otkriju izvor informacija od strane snaga za sprovođenje zakona i kontrolisanje slobode izražavanja kroz pozivanje na zaštitu nacionalne ili javne bezbjednosti.⁶

Činjenica je da su u globalnom kontekstu na sceni krupne promjene u medijima i načinima komunikacije što ima uticaj i na položaj novinara. Ove promjene se ogledaju u sve većoj zastupljenosti interneta i onlajn medija, širenja društvenih mreža i blogova. Globalni trend je da građani sve više informacija traže i dobijaju putem interneta, istovremeno komentarišući objavljene sadržaje koje dijele sa drugima. Ono što je u posljednje dvije decenije najviše uticalo na položaj novinara, što uključuje i potrebu i prirodu njihovog angažmana je činjenica da su tradicionalni mediji izgubili „monopol“ na informisanje javnosti. Ovo posljedično dovodi do povećane konkurencije, i kod nas i globalno, pa sve veći broj novinara radi samostalno ili po ugovoru na određeno vrijeme.

Sa pravnog aspekta, pomenute promjene dovode do niza izazova kao što je definisanje statusa novinara i sa tim veznih aspekata zaštite, definisanja medijskog prostora i samim tim obima primjene zakona, preklapanja sfere privatnog i javnog, što naročito dolazi do izražaja kod društvenih mreža, kao i posljedica po tumačenje i primjenu niza drugih prava kao što su pravo na slobodu izražavanja, okupljanja, misli ili prava na dom ili privatnost. Ujedno, uloga pojedinca se

6 OSCE (2013) Vodič za samoregulaciju online medija, Beč, dostupno na: <https://www.osce.org/files/f/documents/5/9/104555.pdf>, posjećeno 24.09.2020. godine; vidi takode Adilagić R., (2016) *Indikatori nivoa medijskih sloboda i sigurnosti novinara*, Evropska komisija, Regionalna platforma za zagovaranje slobode medija i sigurnosti novinara u Zapadnom Balkanu, BH Novinari, Sarajevo, dostupno na: <https://safejournalists.net/wp-content/uploads/2016/12/Full-BiH-BiH-Digital.pdf>, posjećeno 24.09.2020. godine;

Holdernes M., Bredart, H., (2016) *Prava i rad u novinarstvu, izgradnja snažnijih sindikata u Evropi*, Evropska federacija novinara International Press Centre, Belgija, dostupno na: http://europeanjournalists.org/wp-content/uploads/2016/10/EFJ_handbook_2016_CR.pdf, posjećeno 24.09.2020. godine; Hožić, S., (2010) *Pod pritiskom: Izvještaj o stanju medijskih sloboda u Bosni i Hercegovini*, Mediacentar Sarajevo, dostupno na:

<https://www.media.ba/bs/publication/pod-pritiskom-izvjestaj-o-stanju-medijskih-sloboda-u-bih>, posjećeno 24.09.2020. godine; Udovičić, R., (2015), *Radni uslovi novinara u Bosni i Hercegovini – Novinari u procjepu devastiranih medija i pravne nesigurnosti*, Mediaplaninstitut, Sarajevo, dostupno na: <https://mediaplaninstitut.org/2015/03/13/radni-uslovi-novinara-u-bosni-i-hercegovini-novinari-u-procjepu-devastiranih-medija-i-pravne-nesigurnosti/>, posjećeno 24.09.2020. godine; Tešanović, N., (2011) *Balkanski medijski barometar: Prva domaća analiza medijskog okruženja u Bosni i Hercegovini*, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Sarajevo, dostupno na: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/09053.pdf>, posjećeno 24.09.2020. godine; Freedom House (2020), *Izvještaj o slobodi medija*, MCOonline redakcija, dostupno na: <https://www.media.ba/bs/vijesti-i-dogadaji-vijesti/izvjestaj-freedom-house-2020-bih-i-dalje-djelomicno-slobodna-zemlja>, posjećeno 24.09.2020. godine; Jurišić, D., (2010), *100 prvih pitanja o pravima medijskih zaposlenika u Bosni i Hercegovini*, Priručnik za novinare i medijske zaposlenike, Mediamanifest i Udruženje BH novinari, Sarajevo, dostupno na: https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf, posjećeno 24.09.2020. godine.

značajno mijenja, jer jedno lice koje ima svoj profil na društvenim mrežama kao što su „Twitter“, „Instagram“ ili „Facebook“ ili svoj kanal na „YouTube“-u ili bilo kojoj danas popularnoj ili lako dostupnoj aplikaciji, može u vrlo kratkom vremenskom periodu prikupiti, objaviti ili podijeliti informacije na efikasniji način nego neki tradicionalni medij, obzirom da drugi korisnici tih istih mreža te objavljaene sadržaje mogu dalje dijeliti.⁷ U međunarodnim dokumentima koji uređuju ovu oblast, u uporednom zakonodavstvu, kao i u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine nisu prisutna normativna rješenja koja u potpunosti prate krajnje dinamične promjene koje se odvijaju u svijetu informisanja, što može dovesti do postojanja pravnih praznina, pravne nesigurnosti i odsustva jasnih politika javnih organa koja imaju interes da unaprijede stanje o oblasti medijskih sloboda. Sa druge strane, pretjerano administrativno regulisanje i kruto definisanje ključnih pojmova, prava i obaveza može dovesti do cenzure i ograničavanja osnova sloboda u oblasti prikupljanja ili širenja informacija.

Koristeći medot normativno-dogmatske analize pravnih propisa, metod statističke obrade podataka sadržanih u izvještajima regulatornih tijela, metod studije pojedinačnih slučajeva predloženih nezavisnim tijelima za promociju i zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i opšte logičke metode sinteze, indukcije, apstrakcije i generalizacije u pogledu izvođenja zaključaka, autori ukazuju na ključna pitanja koja se odnose na položaj novinara, koristeći indikatore za procjenu medijskih sloboda, te formulišu konkretne prijedloge nadležnim organima čijom realizacijom bi se taj položaj trebao unaprijediti, a čime bi se u konačnici obezbijedila i primjena međunarodnih standarda koji uređuju ovu oblast.

Konkretni doprinos ovog rada ogleda se u preispitivanju i redefinisavanju pojmova od kojih zavisi uređivačka nezavisnost, kodeks ponašanja novinara, sloboda izražavanja ili zaštita od klevete u svjetlu opisanih promjena u oblasti informisanja, što može poslužiti zakonodavnim organima i institucijama koje su nadležne za primjenu zakona ili zaštitu pojedinačnih prava.

2. Analiza međunarodnih standarda

Prema članu 19. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima prema kojoj: *“Svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvata i pravo da ne bude uznemiravan zbog svog mišljenja, kao i pravo da traži, prima i širi obavještenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice”*. U Paktu o građanskim i političkim pravima navodi se da države članice treba da obezbijede

⁷ U prilog sve većoj zastupljenosti društvenih mreža i razvoju novinarstva na istima možemo navesti i činjenicu da je društvena mreža „Facebook“ razvila platformu za novinare i omogućava besplatne kurseve novinarstva na način da polaznici gledaju edukativne videee od 15 minuta. Mediacentar Online (2016), *Facebook nudi besplatne kurseve za novinare*, MCOOnline Redakcija, dostupno na: <http://www.media.ba/bs/vijesti-i-dogadaji-vijesti/facebook-nudi-besplatne-kurseve-za-novinare>, posjećeno 25.09.2020. godine.

da niko ne bude uznemiravan zbog svoga mišljenja, da svako ima pravo na slobodu izražavanja koje obuhvata slobodu da traži, dobija i širi informacije i misli svake vrste, bez obzira na granice, bilo usmeno, pismeno, štampom ili u umjetničkoj formi, ili bilo kojim drugim sredstvom po svom izboru.

Ova prava mogu se podvrgnuti određenim ograničenjima koja moraju biti utvrđena zakonom i biti neophodna: a) za poštovanje prava ili ugleda drugih lica; b) za zaštitu državne bezbjednosti ili javnog reda, ili javnog zdravlja ili morala.⁸

Komitet za ljudska prava UN u Opštem komentaru br. 34 o članu 19. Pakta, navodi da sve države moraju da uvedu efikasne mjere zaštite od napada usmjerenih na ućutkivanje onih koji realizuju svoje pravo na slobodu izražavanja, uključujući i novinare.⁹ Ženevske konvencije iz 1949. godine¹⁰ se bave tretmanom civila, uključujući i tretman novinara kao i ostalih osoba koje ne učestvuju direktno u sukobu, definišući da će se novinari koji se nalaze na opasnim profesionalnim zadacima u područjima zahvaćenim oružanim sukobima, smatrati civilima.¹¹

Rezolucija 21/12 Savjeta za ljudska prava Ujedinjenih nacija¹² najoštrije osuđuje sve vrste napada i nasilja nad novinarima i izražava zabrinutost povodom porasta broja prijetnji od strane nedržavnih aktera, a Rezolucija Savjeta bezbjednosti 1738¹³ podsjeća države članice da moraju da prihvate sve obaveze međunarodnog prava, koje se odnose na procesuiranje odgovornih za napade i nasilje nad novinarima i da prekinu praksu nekažnjavanja napadača. Istim dokumentom je podvučeno da se novinari i njihovo osoblje angažovano na opasnim zadacima u područjima zahvaćenim oružanim sukobima, imaju smatrati za civile i da moraju da se poštuju i štite onako kako se i civili poštuju i štite.¹⁴

Specijalni izvjestilac Ujedinjenih nacija za ljudska prava, koji je uspostavljen 1993. godine sa mandatom da promoviše i štiti slobodu mišljenja i izražavanja,¹⁵

8 Član 19. stav 3. Pakta.

9 OSCE (2012), *Priručnik za bezbjednost novinara*, Beč

10 I Ženevska konvencija o poboljšanju položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, II Ženevska konvencija o poboljšanju položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru, III Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima i IV Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata sa Dopunskim protokolima

11 Protokol I, član 79. Ženevske konvencije iz 1949. godine.

12 Human Rights Council Resolution 21/12, (2012) *Safety of journalists*, dostupno na: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_hrc_res_21_12.pdf, posjećeno 26.10.2020. godine

13 UN Security Council, Resolution 1738 (2006) *Protection of Civilians in Armed Conflict*, 23 December 2006, S/RES/1738 (2006), dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/45c30c6fc.html>, posjećeno 26.10.2020. godine

14 International News Safety Institute (2013), *Journalism Safety: Threats to Media Workers and Measures to Protect Them*, INSI, UK, dostupno na: <https://newssafety.org/uploads/Good%20Practice%20INSI%20Final%20Feb2014.pdf>, posjećeno 26.10.2020. godine

15 OHCHR, Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, <https://www.ohchr.org/en/issues/freedomofopinion/pages/opinionindex.aspx>, posjećeno 29.09.2020. godine

je u svojim izvještajima najveću pažnju posvetio upravo pravima novinara, a Komitet Ujedinjenih nacija za ljudska prava je na sjednici održanoj 14. i 15. marta 2017. godine, usvojio Zaključna razmatranja i preporuke za Bosnu i Hercegovinu u kojima izražava zabrinutost zbog uznemiravanja i zastrašivanja novinara te konstatuje da Zakoni o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini još uvijek nisu u potpunosti provedeni (čl. 17 i 19).¹⁶ U cilju garancija izvršavanja obaveza iz Pakta o građanskim i političkim pravima, Bosni i Hercegovini je preporučeno da:

*“Treba u potpunosti da garantuje slobodu izražavanja i slobodu štampe i medija, kao i pristup informacijama. Trebalo bi detaljno istražiti sve slučajeve napada na novinare i medije i da odgovorni budu procesuirani i ako budu osuđeni, da im se izreknu odgovarajuće kazne. Država članica treba preduzeti mjere kako bi se obezbijedilo da javni emiteri ne budu podložni političkim uticajima”.*¹⁷

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (član 10) štiti slobodu izražavanja koja se razumije kao lično pravo, ali i kao kolektivno političko pravo javnosti, odnosno građana. Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava, sloboda izražavanja igra centralnu ulogu u zaštiti drugih prava, te se samim tim može definisati i kao osnov drugih prava i sloboda.¹⁸ Stoga ne čudi da je povodom pojedinačnih žalbi građana dijapazon primjene koncepta slobode izražavanja veoma širok, da obuhvata različite oblike izražavanja (komercijalno izražavanje, političko ili umjetničko izražavanje), da se odnosi kako na činjenične izjave, tako i na mišljenja, kritike i vrijednosne sudove, kao i da je širok spektar načina na koji se ovo pravo može ostvariti, npr. putem medija, internet stranica, ali i kroz izražavanja kao što su muzika, oblačenje, grafiti i drugo.¹⁹

Ograničenje prava na slobodu izražavanja može se primijeniti samo pod usko definisanim uslovima propisanim zakonom i u mjeri koja je neophodna u demokratskom društvu, a kao legitimni ciljevi koji opravdavaju takva ograničenja navode se sprečavanje nereda ili kriminala, interesi nacionalne bezbjednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti, zaštita zdravlja ili morala, očuvanje autoriteta i nepristrasnosti sudova, kao i zaštita ugleda ili prava drugih.

Prema Indikatorima koje je usvojila Parlamentarna skupština Savjeta Evrope²⁰ države su dužne da identifikuju propuste u svom zakonodavstvu u oblasti medija prema osnovnim principima, koji nalažu da ovo pravo mora biti

16 Tačke 5. i 6. Zaključnih razmatranja Komiteta za ljudska prava za Bosnu i Hercegovinu, dostupno na: <https://www.ohchr.org/EN/countries/ENACARegion/Pages/BAIndex.aspx>, posjećeno 29.09.2020. godine.

17 *Ibid. Id.*

18 The AIRE Centar (2011) *Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava „Sloboda izražavanja i pravo na privatnost prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima“*, Sarajevo, str 12

19 *Ibid, id.*

20 Vijeće za štampu (2008), *Indikatori za procjenu medijskih sloboda u zemljama članicama Savjeta Evrope (Odluka 1636/2008)*, dostupno na: <https://www.vzs.ba/index.php/smijernice-i-zakoni/preporuke-za-medije/26-preporuke-vijea-evrope/494-indikatori-za-procjenu-medijskih-sloboda-u-zemljama-lanicama-vijea-evrope>, posjećeno 29.09.2020. godine.

propisano zakonom, da državni zvaničnici ne mogu biti zaštićeni od kritika, da se ne smije odbiti izdavanje viza novinarima zbog njihovog mogućeg kritičkog izvještavanja, da kazne koje se izriču za govor mržnje moraju biti proporcionalne težini povrede prava, da političke stranke i kandidati moraju imati jednak pristup medijima, da se mora poštovati povjerljivost novinarskog izvora informacija kao i da zakoni o privatnosti i povjerljivosti podataka ne smiju nepotrebno ograničavati pristup informacijama. Istovremeno, novinari treba da imaju odgovarajuće uslove rada, što uključuje i pravo na sindikalno organizovanje, a uređivačka politika medijskih kuća mora biti samostalna i ne smije zavisiti od vlasnika medija, jer to kompromituje princip nezavisnog novinarstva. Novinarima koji se sreću sa prijetnjama ili napadima zbog posla koji obavljaju treba biti obezbijedena policijska zaštita. U pogledu uloge države u oblasti informisanja, regulatorne agencije ne smiju insistirati na državnoj licenci za internet ili štampane medije, dok svi mediji moraju imati jednak pristup kanalima distribucije i tehničkoj infrastrukturi, a ukoliko mediji primaju bilo kakav vid državne podrške ili pomoći, država sve medije treba tretirati na jednak i neutralan način. Čak i javni elektronski mediji, u pogledu uređivačke politike trebalo bi da budu zaštićeni od političkog uplitanja, a u okviru svojih kuća bi trebalo uspostaviti kodeks novinarskog posla i izdavačke nezavisnosti od političkih strana. Konačno, pomenuti indikatori zahtijevaju da se uspostavi sistem samoregulacije, što uključuje pravo na ispravku, repliku ili izvinjenje novinara na dobrovoljnoj osnovi, a odluke samoregulatornih organa, kao što su komisije za žalbe, ombudsmeni ili savjeti predstavnika medija, bi trebalo uzeti u razmatranje od strane sudova.

Preporuka Komiteta ministara Savjeta Evrope o zaštiti novinara i sigurnosti novinara i ostalih medijskih aktera²¹ je usvojena 13. aprila 2016 godine i uređuje pitanje zaštite novinara u skladu sa opštim principima Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Preporuka se zasniva na ključnim standardima koje države treba da ispune u zaštiti novinara, a koji se odnose na: (1) prevenciju; (2) zaštitu; (3) optuženje i (4) promovisanje informisanja, obrazovanje i podizanje svijesti o problemu bezbjednosti novinara. U tu svrhu, preporučuje se državama članicama da obezbijede obuke za predstavnike vlasti odgovorne za zaštitu bezbjednosti novinara, podvlačeći značaj novinarskog posla koji je od neprocjenjive vrijednosti u demokratskom društvu.

Evropski sud za ljudska prava je mnogo puta razmatrao pitanje primjene člana 10 Evropske konvencije,²² potvrđujući važnu ulogu koju mediji imaju u smislu provođenja slobode izražavanja u praksi:

21 Recommendation CM/Rec(2016)4[1] of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors, dostupno na: http://www.vzs.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=2553:preporuka-cmrec-201641-odbora-ministara-dravama-lanicama-o-zatiti-novinarstva-i-sigurnosti-novinar-a-ostalih-medijskih-aktera&catid=26:preporuke-vijea-evrope&Itemid=26, posjećeno 29.09.2020. godine

22 Centar za pravo i demokratiju (2013), *Sloboda izražavanja: Vodič za tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovog konteksta*, Savjet Evrope, Strazbur, dostupno na:

“Štampa ima bitnu ulogu u demokratskom društvu. Iako ne smije prekoračiti određene granice, naročito kada su u pitanju ugled i prava drugih, njena dužnost je da saopštava informacije i ideje o svim pitanjima od javnog interesa, u skladu sa svojim obavezama i odgovornostima. Ne samo da ona ima zadatak da prenosi takve informacije i ideje, već i javnost ima pravo da iste prima. U suprotnom, štampa ne bi bila u stanju obavljati svoju bitnu ulogu “čuvara javnog interesa”.”²³

Iako se u članu 10. ne spominje izričito sloboda štampe, u svojim presudama, Evropski sud je na nedvosmislen način utvrdio da član 10. štiti ne samo sadržaj informacija već i sredstvo kojim se informacije saopštavaju. U jednom slučaju Sud ukazuje da: *”Nije dovoljno imati slobodu da se primaju i daju informacije, već je bitan i pristup tehničkim sredstvima.”²⁴ Ovo znači da se član 10. ne primjenjuje samo na sadržaj informacija, već i na sredstvo kojim se one prenose ili primaju, te bilo kakvo ograničenje nametnuto na sredstva predstavlja miješanje u pravo da se primaju i daju informacije.”²⁵*

Član 10. Evropske konvencije, istina, dozvoljava određena ograničenja u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti, u svrhu sprječavanja nereda ili kriminala, za zaštitu zdravlja ili morala, za zaštitu ugleda ili prava drugih, sprječavanje objelodanjivanja informacija primljenih u povjerenju ili u cilju održavanja autoriteta ili nepristrasnosti pravosuđa. Takva ograničenja moraju biti “propisana zakonom”, moraju biti “neophodna” i moraju biti u svrhu ostvarenja jednog od pomenutih “legitimnih ciljeva”.²⁶

U presudi Evropskog suda Vgt VereinGegen Tierfabriken protiv Švajcarske od 28. juna 2001 godine²⁷ Sud izraz “u skladu sa zakonom” tumači na način da osporene mjere moraju imati osnov u zakonu koji je kvalitetan, dostupan osobi na koju se odnosi i predvidiv u smislu posljedica koje može izazvati,²⁸ a „zaštita koju član 10. pruža novinarima u pogledu izvještavanja o pitanjima od opšteg interesa uslovljena je time da oni postupaju u dobroj vjeri kako bi saopštavali tačne i pouzdane informacije u skladu sa novinarskom etikom.”²⁹

<https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2013/10/coe-slobodaizrazavanja.pdf>, 30.09.2020. godine.

posjećeno

23 Ibid, više: Thoma protiv Luksemburga, 2001., tačka 5.

24 Autronic AG protiv Švajcarske, Predstavka broj 12726/87

25 Džumhur, J., (2015) *Colliding Effects of Freedom of Access to Information and Personal Data Protection*, Social Perspective Magazine, Journal of Legal Theory & Practice, 2 (1), p. 6.

26 Ibid

27 Predstavka br. 24699/94, stav 52

28 Öztürk protiv Turske, (1999), 57741/10, stavovi 51-57.

29 The AIRE Centre (2011) *Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava „Sloboda izražavanja i pravo na privatnost prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima“*, str 19.

Krivične sankcije za objavljivanje koje predstavlja povredu prava na privatnost ili drugih ličnih prava nisu zabranjene Konvencijom, ali njih treba izricati samo u „veoma izuzetnim okolnostima”.³⁰ Sud ističe da:

„...prijegavanje krivičnom gonjenju novinara za navodne uvrede koje pokreću pitanja od javnog značaja... treba smatrati srazmjernim samo u veoma izuzetnim okolnostima koje podrazumijevaju najozbiljniji napad na prava pojedinca... Zauzimanje drugačijeg stava bi odvratio novinare da daju doprinos javnoj raspravi o pitanjima koji utiču na život zajednice, i, uopštenije, osujetilo štampu u vršenju njene važne uloge „javnog psa čuvara“.”³¹

Prethodna zabrana objavljivanja nije apsolutno zabranjena članom 10, ali je Sud istakao da su:

„Opasnosti koje prethodna zabrana sa sobom nosi takve da iziskuju najpažljivije razmatranje od strane Suda. To se naročito odnosi na štampu jer vijesti predstavljaju robu s kratkim rokom trajanja i odlaganjem njihovog objavljivanja, čak i na kratko vrijeme, one mogu biti lišene svih vrijednosti i ne izazvati nikakvo interesovanje. Ova se opasnost odnosi i na cenzuru publikacija koje se bave nekim aktuelnim pitanjem osim periodike.”³²

3. Analiza zakonodavstva u Bosni i Hercegovini

Autori napominju da je cilj ovog rada predstavljanje najvažnijih propisa kojim je uređena oblast prava na slobodu izražavanja u Bosni i Hercegovini. Polazeći od ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine, nadležnost je podijeljena između različitih nivoa vlasti, i to nivoa Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine.

Ustavno uređenje

Katalog prava sadržan u Ustavu Bosne i Hercegovine,³³ između ostalog definiše slobodu misli, savjesti i vjere i slobodu izražavanja.³⁴

Ustavom Republike Srpske³⁵ garantovana je sloboda misli i opredjeljenja,

³⁰ *Ibid*, str 22.

³¹ vidjeti Cumpăna i Mazăre protiv Rumunije (2004), 33348/96, st. 111 – 124; Sokolowski protiv Poljske (2005) 75955/01, stav 51.

³² Alinak v Turkey (2005), 40287/98, st. 37.

³³ Aneks 4 opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini

³⁴ Član II 3. tačka g), tačka h) Ustava Bosne i Hercegovine

³⁵ “Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05

savjesti i uvjerenja, kao i javnog izražavanja mišljenja.³⁶ Takođe, garantovana je sloboda štampe i drugih sredstava javnog obavješćavanja³⁷. Slobodno je osnivanje novinskih i izdavačkih preduzeća, izdavanje novina i javno obavješćavanje drugim sredstvima u skladu sa zakonom³⁸. Zabranjena je cenzura štampe i drugih vidova javnog obavješćavanja³⁹. Sredstva javnog obavješćavanja dužna su da blagovremeno, istinito i objektivno obavješćavaju javnost⁴⁰. Jamči se pravo na ispravku neistinitog obavješćavanja kojim se povređuje nečije pravo ili na zakonu zasnovani interes, kao i pravo na naknadu štete nastale po tom osnovu⁴¹.

Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine⁴² garantovana je primjena najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u dokumentima navedenim u Aneksu Ustava,⁴³ a posebno osnovne slobode: slobodu govora i štampe; slobodu mišljenja, savjesti i uvjerenja; slobodu religije, uključujući privatno i javno vjeroispovijedanje, slobodu okupljanja, slobodu udruživanja, uključujući slobodu osnivanja i pripadanja sindikatima i slobodu neudruživanja, slobodu na rad.⁴⁴

Zakonodavno uređenje

U Bosni i Hercegovini, na snazi je određeni broj zakona koji se odnose na slobodu medija i prava novinara koji propisuju uslove i način osnivanja i rada medija, nadzor nad njihovim radom, zakone koji uređuju građansku odgovornost novinara vezano za njihov rad i drugo.

Analizirajući propise koji uređuju ovu oblast, autori smatraju da je oblast elektronskih medija mnogo bolje uređena u odnosu na štampane i onlajn medije. Do pomaka u ovom segmentu došlo je nakon donošenja određenog broja podzakonskih akata koji su stupili na snagu početkom 2012. godine.

Preduslov za efikasno obavljanje novinarskog posla, a naročito za afirmaciju i jačanje istraživačkog novinarstva je nesmetan pristup informacija koje su u posjedu javnih organa. Zakoni o slobodi pristupa informacijama u Bosni i Hercegovini zahtijevaju od javnih organa uspostavljanje procedure koja će pomoći ljudima da otkriju koje informacije postoje i kako da dođu do njih.

36 *Ibid*, član 25.

37 *Ibid*, član 26. stav 1.

38 *Ibid*, član 26. stav 2.

39 *Ibid*, član 26. stav 3.

40 *Ibid*, član 26. stav 4.

41 *Ibid*, član 26. stav 5.

42 "Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine" broj 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08

43 *Ibid*, Glava II. član 2.

44 *Ibid*, tačka 1)

Institucionalni mehanizmi

Radi lakšeg praćenja problematike i razumijevanja postojećih institucionalnih rješenja, autori napominju da u Bosni i Hercegovini funkcionišu Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine i Savjet za štampu u Bosni i Hercegovini, koji su iz okvira svojih nadležnosti donijeli odgovarajuće akte kojima je bliže uređena ova oblast.

Regulatorna agencija za komunikacije Bosne i Hercegovine nadležna je u pogledu regulisanja emitetskih i javnih telekomunikacionih mreža i usluga, uključujući izdavanje dozvola, utvrđivanje cijena, međupovezivanje i definisanje osnovnih uslova za obezbjeđivanje zajedničkih i međunarodnih komunikacijskih sredstava, kao i za planiranje, koordiniranje, namjenu i dodjelu radiofrekvencijskog spektra. Osim toga, Regulatorna agencija za komunikacije je sa Savjetom ministara Bosne i Hercegovine nadležna za zaštitu autorskih i drugih prava na intelektualnu svojinu, kao i ličnih podataka i privatnosti.⁴⁵

Savjet Regulatorne agencije za komunikacije na sjednici održanoj 31. januara 2008. godine, usvojio je Kodeks o emitovanju RTV programa kojim se garantuje da će svi dijelovi programskih usluga poštovati dostojanstvo čovjeka kao i osnovna prava drugih, te da su radio i televizijske stanice slobodne u kreiranju i uređivanju svojih programa, uz poštovanje profesionalnih i opšte prihvaćenih vrijednosnih, etičkih i estetskih standarda, te da su odgovorne za sadržaj svih materijala koje emituju, bez obzira na njihov izvor, kao i za profesionalne aktivnosti koje preduzimaju njihovi zaposleni.⁴⁶

Savjet za štampu u Bosni i Hercegovini je nevladina, nepolitička i neprofitna organizacija koja, po principu slobodnog i dobrovoljnog pristupanja članstvu udruženja, okuplja svoje članove radi ostvarivanja ciljeva i djelatnosti utvrđenih statutom.⁴⁷ Savjet je osnovan radi ostvarivanja nekoliko ciljeva, i to radi: unapređenja i zaštite novinarske profesije kroz unapređenje i zaštitu etičkih standarda; praćenja primjene profesionalnih standarda za novinsko izvještavanje; zalaganja za slobodu medija i slobodu informisanja; pružanja stručne i savjetodavne pomoći članovima Udruženja kroz održavanje seminara, radionica, konferencija, debata; kao i pokretanja inicijative kod nadležnih organa da se zakonskom i drugom pravnom regulativom stvore uslovi za nesmetano razvijanje održivog samoregulativnog tijela za štampane i onlajn medije u Bosni i Hercegovini i slično.⁴⁸

45 Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, uz podršku „Save the Children International“; (2012) *Preporuke za unapređenje zaštite prava djece na privatnost kada su prava narušena od strane medija u Bosni i Hercegovini*, Banja Luka, dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/ombudsmen_doc2013020406523264cro.pdf, posjećeno 30.09.2020. godine.

46 Regulatorna agencija za komunikacije (2008), Kodeks o emitovanju radiotelevizijskog programa, član 3, dostupno na: https://www.parlament.ba/data/dokumenti/press-kutak/kodeks_o_emitiranju_radiotelevizijskog_programa_bs.pdf, posjećeno 30.09.2020. godine

47 Statuta Savjeta za štampu u Bosni i Hercegovini, član 3., dostupno na: <https://www.vzs.ba/index.php/vijece-za-stampu/o-nama/statut>, posjećeno 30.09.2020. godine

48 *Ibid*, član 12.

U sklopu Savjeta za štampu postoji Žalbena komisija koja razmatra žalbe javnosti na pisanje štampe i onlajn medija u Bosni i Hercegovini, razmatra rezultate monitoringa štampe i onlajn medija, prati primjenu i pokreće pitanja kršenja Kodeksa za štampu i onlajn medije u svim novinskim izdanjima i internet portalima u Bosni i Hercegovini, te javno reaguje na kršenje etičkih standarda novinarstva datih u Kodeksu⁴⁹.

Savjet za štampu donio je Kodeks za štampu i onlajn medije u Bosni i Hercegovini⁵⁰ koji predstavlja način samouređivanja novinarskog djelovanja. U opštim odredbama Kodeksa izričito je navedeno da novinari imaju obavezu da prema javnosti održavaju visoke etičke standarde u bilo kom trenutku i pod bilo kakvim okolnostima. Njihova dužnost ogleda se u poštovanju potrebe građana za korisnim, blagovremenim i relevantnim informacijama, te zaštita načela slobode informisanja i prava na pravedan komentar i kritičko novinarstvo. Osim toga, novinari su u obavezi da se pridržavaju opšteprihvaćenih društvenih standarda pristojnosti i poštovanja etničke, kulturne i religijske raznolikosti Bosne i Hercegovine, kao i standarda ljudskih prava definisanih u domaćim i međunarodnim aktima koji uređuju ovu oblast.⁵¹

4. Analiza primjene standarda u oblasti medijskih sloboda

U izvještaju pod naslovom “Pod pritiskom: Izvještaj o stanju medijskih sloboda u Bosni i Hercegovini” Mediacentra iz Sarajeva, prezentuje se istraživanje koje obuhvata kršenja radnih prava novinara, a odnose se na isplatu plata (43% ispitanika), dužinu radnog dana (39% ispitanika) i cjelokupne uslove rada (33% ispitanika), dok su kršenja drugih radnih prava novinara rjeđa.⁵² Navedeni izvještaj kao najranjiviju kategoriju prepoznao je mlade novinare sa svojim prvim radnim angažmanom, koji često rade i bez bilo kakvog ugovora.⁵³

Iako o tome ne postoje provjereni podaci, činjenica je da je veliki broj novinara u posljednjih 10-15 godina napustio ovu profesiju, i da rade kao portparoli, savjetnici i dr, što indirektno može uticati na sam kvalitet medija.

Položaj novinara u jednom društvu zahtijeva sveobuhvatnu analizu svih elemenata koji na bilo koji način imaju uticaj na njihov rad, prije svega, na analizu zakonskog okvira koji uređuje rad novinara, ali i ostvarivanje njihovih ekonomsko-

49 *Ibid*, član 40.

50 Savjet za štampu (2019) Kodeks za štampu i onlajn medije u Bosni i Hercegovini, dostupno na: https://www.vzs.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=218&Itemid=9, posjećeno 01.10.2020. godine.

51 *Ibid*, Opšte odredbe

52 Hodžić, S (2010), *Pod pritiskom: Izvještaj o stanju medijskih sloboda u Bosni i Hercegovini*, istraživanje rađeno u okviru inicijative “MEDIJAMANIFEST- sloboda i odgovornosti medija”; Mediacentar Sarajevo, str. 29.

53 *Ibid*, str. 29. i 30.

socijalnih prava; bezbjednost novinara, uključujući napade na novinare i njihovo procesuiranje.

Ekonomski položaj novinara pretpostavlja da novinari treba da imaju odgovarajuće ugovore o radu, uz dovoljnu socijalnu zaštitu, kako njihova nepristrasnost i nezavisnost ne bi bila dovedena u pitanje.

Činjenica je da ogromna većina novinara nema odgovarajuće ugovore o radu, niti platu u skladu sa stručnom spremom i obimom posla ili su angažovani po ugovoru na određeno vrijeme. Oni sa odgovarajućim ugovorima o radu su nedovoljno zaštićeni - u nekim medijima novinarima isplaćuju minimalne iznose plata, te na taj iznos plaćaju poreze i doprinose. Ostatak novca dobiju u gotovini. Ovo je česta pojava u Bosni i Hercegovini. Novinari ovaj problem ne iznose javno iz straha da će izgubiti posao. Generalno, ovo je češća pojava u privatnim medijima.⁵⁴

Napadi na novinare

Prema Priručniku za bezbjednost novinara⁵⁵ „Na vladama država je da preduzimaju neophodne korake kako bi zaštitile fizičku sigurnost i bezbjednost novinara koji se suočavaju sa prijetnjama nasiljem. Države moraju da obezbjede da njihovi zakoni, upravni i pravosudni sistemi štite i unapređuju slobodu izražavanja kao i da štite živote i profesionalna prava novinara. Političari i funkcioneri ne bi trebalo da zloupotrebljavaju svoj status govoreći o novinarima ili medijima na ponižavajući ili uvredljiv način. Takav govor, kada ga koriste vodeće javne ličnosti, može ohrabriti ekstremiste da novinare smatraju metama koje treba učutkati ili napasti. Najviši politički lideri stoga imaju posebnu odgovornost da ne koriste neodmjeren ili neprimjeren rečnik“.

Prema statističkim podacima, novinari u Bosni i Hercegovini se vrlo često susreću sa različitim formama napada. Od 2013. godine do danas ukupno 217 medijskih kuća, medijskih institucija i udruženja novinara je napadnuto. Među njima su Federalna televizija, Radio-televizija BiH, Oslobođenje, BN televizija, Dnevni avaz, Nezavisne novine, Radio-televizija Republike Srpske, portal Klix, portal Buka, Tačno.net, Televizija Sarajevo, Regulatorna agencija za komunikacije, Vijeće za štampu, Udruženje/Udruga BH Novinari, Sindikat Radio-televizije Goražde.⁵⁶

Napadi ovakve vrste kod institucija Bosne i Hercegovine i pravosudnih organa često prolaze nekažnjeno. Prema iskustvu Linije za pomoć novinarima, institucije trenutno nedovoljno reaguju. Misija OSCE-a u Bosni i Hercegovini donijela je Smjernice za policiju u ophođenju s medijima i Smjernice za medije u ophođenju sa policijom. Ove smjernice još nisu podstakle izmjene u zakonima

⁵⁴ *Ibid. Id.*

⁵⁵ OSCE (2012), Priručnik o bezbednosti novinara, dostupno na: www.osce.org/bs/fom/90210?download=true, posjećeno 29.09.2020. godine

⁵⁶ *Ibid.*

prema kojim bi se policija obavezala na poseban tretman i adekvatnu zaštitu za novinare i medije.⁵⁷

Onlajn napadi i prijetnje

Razvoj interneta omogućio je da pojedinci ili grupe mogu preduzimati mjere koje su nekada mogli preduzimati samo organi vlasti (i to u izuzetnim slučajevima i u procedurama propisanim zakonom). Danas sa lako dostupnim tehnologijama to može učiniti puno veći broj pojedinaca ili grupa.

Pojedinci ili grupe koji su nekada željeli spriječiti tradicionalne masovne medije u distribuciji određenih informacija, jer im je na raspolaganju bilo pokretanje sudskog postupka (odnosno pokušaj da na taj način zaštite svoja prava) ili da pribjegnu kršenju zakona (upućivanjem prijetnji ili napadima na novinare), danas mogu angažovati druge pojedince u Bosni i Hercegovini ili u inostranstvu da vrše napade na onlajn medije.

Specijalni izvijestilac Ujedinjenih nacija za promociju i zaštitu prava na slobodu mišljenja i izražavanja istakao je⁵⁸: *“Specijalni izvijestilac je duboko zabrinut uznemiravanjem onlajn novinara i blogera, kao što je ilegalno hakovanje njihovih računa, te nadzor nad njihovim onlajn aktivnostima.”*

Brojni mediji, kako u Bosni i Hercegovini, tako i u inostranstvu, te vladine, nevladine i međunarodne organizacije izloženi su ovoj prijetnji. No, prilikom razmatranja pozicije u kojoj se mogu naći onlajn mediji moramo uzeti u obzir da ova vrsta onlajn napada može postati efikasno sredstvo zatvaranja medija, njihovog gašenja, s obzirom da će se mediji suočiti sa nedostatkom prihoda za period kad nisu u mogućnosti funkcionisati.

Prijetnje preko društvenih mreža

Na konferenciji organizovanoj od strane OSCE Predstavnik za slobodu medija posvećenoj onlajn prijetnjama novinarkama⁵⁹ iznesen je podatak da novinarkе dožive tri puta više komentara koji sadrže zlostavljanje u nekoj formi nego njihove muške kolege⁶⁰ čije motive treba sagledati u svakom konkretnom slučaju. U publikaciji OSCE Predstavnik za slobodu medija “Countering Online Abuse of Female Journalists”⁶¹ ističe se da onlajn uznemiravanje može

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Izvještaj Specijalnog izvjestioca Ujedinjenih nacija za promociju i zaštitu prava na slobodu mišljenja i izražavanja, Frank la Rue, Savjet za ljudska prava Ujedinjenih nacija, 20. sjednica, 04.06.2012. godine, A/HRC/ 26/30 Add. 2, paragraf 63.

⁵⁹ Konferencija, *Digital threats targeting female journalists*, od 17.09.2015. godine, Beč.

⁶⁰ Ibid

⁶¹ OSCE (2016) *New Challenges to Freedom of Expression: Countering Online Abuse of Female Journalists*; Vienna

imati različite motive i oblike te da s tim u vezi treba razviti različite strategije prevencije i intervencije.⁶²

Pitanje uznemiravanja novinarki mora se sagledati u kontekstu postizanja ravnopravnosti žena i borbe protiv stereotipa s kojima se susreću žene već godinama.

Institucije u Bosni i Hercegovini moraju pronaći balans između ohrabriranja i podržavanja prava na slobodu izražavanja, s jedne strane i restriktivnih mjera spriječavanja, uznemiravanja, širenja mržnje, podsticanja na diskriminaciju i drugih štetnih radnji, s druge strane. To je u svojoj praksi istakao i Evropski sud za ljudska prava navodeći da član 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima štiti ne samo⁶³: *“informacije i ideje koje su primljene pozitivno, ili se smatraju bezopasnim, ili prema njima nema stava, već i one koje vrijeđaju, šokiraju i uznemiravaju; to je ono što traži pluralizam, tolerantnost i širokogrudnost, bez kojih nema demokratskog društva”*.

Prilikom razmatranja da li će pokrenuti krivični postupak u vezi stavova iznesenih preko određene društvene mreže, prilikom razmatranja svakog posebnog slučaja potrebno je razmotriti kako slobodu izražavanja tako i širi kontekst u kojem je određeni stav iznešen.⁶⁴

Navedena pitanja trebaju biti sagledana u kontekstu ne samo efikasnijeg procesuiranja napada i prijetnji novinarima, nego i prema drugim licima koja se nađu u istim ili sličnim situacijama.

Zaštita od klevete

U Bosni i Hercegovini postoje tri zakona o zaštiti od klevete i među njima nema bitnijih razlika. Oni su na snazi od 2001. godine u Republici Srpskoj i od 2002. godine u Federaciji BiH, a u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine od 2003. godine. Oba ova zakona potpuno su dekriminalizirala klevetu i po tome je Bosna i Hercegovina bila prva u Evropi. Zakoni su napravljeni na osnovu preporuka Savjeta Evrope i standarda Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. Potpuna dekriminalizacija klevete znači da su potpuno isključeni krivični sudski postupci

62 *Ibid*, stranica 48.

63 Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva (1976), 5493/72, citat preuzet iz priručnika o ljudskim pravima: Macovei, M. (2002), *Sloboda izražavanja, Vodič za implementaciju člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savjet Evrope, Sarajevo, str. 15.

64 Tako primjera radi nadležno tužilaštvo u Ujedinjenom Kraljevstvu prilikom donošenja odluke da neće krivično goniti lice koje je iznijelo neprimjerene stavove na društvenoj mreži “Twitter” o seksualnom opredjeljenju drugih lica (<http://blog.cps.gov.uk/2012/09/dpp-statement-on-tom-daley-case-and-social-media-prosecutions.html>) uzelo je u obzir širi kontekst u kojem je navedeni iznio svoj stav. Tako su primjera radi uzeli u obzir namjeru tog lica, kome je ta poruka bila namijenjena, da li je lice koje je istu uputilo preduzelo i u kojem roku mjere da istu ukloni, da li je izrazilo kajanje, i da li je ta poruka/stav bila namijenjena licima koji se spominju, na način da budu direktno upoznati.

za klevetu i mogućnost izricanja novčanih ili zatvorskih kazni za novinare i urednike, odnosno vlasnike medija na osnovu krivičnog zakonodavstva.⁶⁵

Navedeni zakoni nisu odredili najmanji i najveći iznos obeštećenja, ali su odredili dva uslova o kojima sud mora voditi računa da (1) „*obeštećenje treba biti u srazmjeri sa nanesenom štetom ugledu oštećenog i određuje se isključivo radi naknade štete*“ i dodatno obavezuje sud da u obzir uzme (2) „*činjenicu da li bi iznos dodijeljene štete mogao dovesti do velikih materijalnih poteškoća ili stečaja lica koje je napravilo štetu*“. Većina dosuđenih naknada štete po tužbama za klevetu u Bosni i Hercegovini kreće se u iznosima od jedne do pet hiljada KM. Najveći dosuđeni iznosi u iznimnim slučajevima iznosili su 20.000 KM.⁶⁶

Savjet Evrope u publikaciji koja nosi naslov: „Human rights and a changing media landscape“⁶⁷ opisuje stanje u kojem novinari nakon niza prijetnji i pritisaka, izloženi stalnom stresu i nesigurnosti budu dovedeni u stanje „samocenzure“:

U vezi navedenog evidentno je da promovisanje i jačanje slobode izražavanja i govora je zadatak svih aktera u Bosni i Hercegovini, na svim nivoima. Navedene mjere trebaju početi od najviših nivoa vlasti, do svih javnih organa i institucija, kao i svih koji djeluju u javnom prostoru, kako nevladinog sektora, tako i samih novinara. Bez toga će biti nemoguće ostvariti željeni stepen razvoja demokratskog društva.

5. Zaključak

Sloboda medija je ključni uslov za razvoj svakog demokratskog društva, a u Bosni i Hercegovini trenutno funkcioniše relativno veliki broj medija, počevši od javnih emitera,⁶⁸ televizijskih i radio stanica kojima su vlasnici kantoni ili jedinice lokalne samouprave, komercijalnih televizijskih i radio stanica, štampanih medija i portala, lokalnih ogranaka globalnih medijskih mreža⁶⁹, te drugih medija i blogera. Samo povećanje broja medija nije pratilo i poboljšanje položaja novinara nego smo svjedoci obrnutom efektu, jer se novinari nalaze na jednom nestabilnom tržištu rada i njihov položaj je sve teži. Predstavljena analiza pokazuje da je u Bosni i Hercegovini u velikoj mjeri zakonodavstvo usklađeno sa međunarodnim standardima, što se prvenstveno odnosi na visok stepen ustavnih i zakonskih garancija slobode izražavanja, dekriminalizaciju klevete i zakonski uređenu

65 Udruženje/udruga BH novinari (2010), *100 prvih pitanja o pravima medijskih zaposlenika u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, str. 5.

66 *Ibid*, str. 11.

67 Mijatovic, D. (2011), *Protection of journalists from violence*, Savjet Evrope, Strazbur, poglavlje 1.

68 Radio-televizija Bosne i Hercegovine, Radio-televizija Federacije Bosne i Hercegovine i Radio-televizije Republike Srpske.

69 Kao što su primjera radi AL-Jazeera Balkan i N1.

slobodu pristupa informacijama, ali praksa tijela zaduženih za promovisanje medijskih sloboda pokazuje da to ne odgovara stvarnom stanju. Vlasti u Bosni i Hercegovini nisu pokazale interes za dosljednu primjenu međunarodnih standarda oblikovanih predstavljenim Indikatorima,⁷⁰ posebno u pogledu zahtijeva da medijske kuće treba da imaju uređivačku nezavisnost u odnosu na vlasnika medija, radi postizanja uređivačke nezavisnosti. Ovo takođe podrazumijeva da javni elektronski mediji moraju u svom dnevnom upravljanju i uređivačkom poslu biti zaštićeni od političkog uticaja.

Nepostojanje kolektivnih ugovora o radu u oblasti novinarstva u značajnoj mjeri otežava položaj novinara, jer prema praksi suda oni predstavljaju direktni izvor utuživih prava, a prema istoj presudi Vrhovnog suda Federacije BiH „poslodavac ne može izbjeći obaveze iz Zakona o radu u vezi sa isplatom plata, dodacima na platu i drugim primanjima zbog teške finansijske situacije“.⁷¹

U pogledu prijetnji i napada na novinare ne postoje zvanične evidencije nadležnih organa o broju i vrsti takvih slučajeva, te su se autori prilikom izrade ovog rada služili podacima dobijenim na posredni način, uglavnom od strane reprezentativnih udruženja. Postojanje preciznih podataka i evidencija bi bilo od značaja kod planiranja i preduzimanja mjera prevencije u cilju povećanja stepena zaštite novinara. Sa druge strane, zabrinjavajuća je pojava da se tužba za klevetu ili tužba za naknadu štete zbog navodne povrede ugleda koristi kao sredstvo kojim nosioci najviših političkih funkcija nastoje onemogućiti ili obeshrabrili objavljivanje tekstova sa čijim sadržajem se ne slažu. Takvi parnični postupci okončavaju se u rokovima kraćim od uobičajenog trajanja, čak i u poređenju sa tužbama za naknadu štete nastale kao posljedica napada na novinare.

Napotupna i neadekvatna primjena zakona o slobodi pristupa informacijama na svim nivoima vlasti onemogućava novinarima obavljanje njihove profesije i nesmetan pristup informacijama. Jasno je da je neophodno insistirati na dosljednoj primjeni ovih zakona i razmotriti strožiju kaznenu politiku prema odgovornim licima, jer ovi zakoni novinarima služe kao alat koji im olakšava pronalaženje informacija u procesu izvještavanja javnosti o temama koje su od javnog značaja.

Nadležni organi i institucije bi u većoj mjeri i na konkretniji način trebalo da se posvete pitanju uznemiravanja novinara putem društvenih mreža, i to posebno na osnovu pola, jer je povećanje broja medija na internetu i objavljivanje informacija putem društvenih mreža dovelo do povećanja broja prijetnji, napada, uvreda, govora mržnje prema novinarima, ali i do „hakovanja“ ili blokiranja medijskih stranica uopšte.

Konačno, potrebno je i da novinari svojim radom doprinesu očuvanju digniteta svoje profesije i ugleda koji ona zaslužuje, jer samo novinar koji se pridržava standarda novinarske etike ima pravo očekivati od vlasti da će biti zaštićen od svih napada i prijetnji.

70 Supra note 45, str. 37

71 Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine, presuda broj: Rev-794/04 od 06.09.2005. godine

Literatura:

Jakubowicz, K. i Sukosd, M, (2008) *Finding the Right Place on the Map: Central and Eastern European Media Change in a Global Perspective*, Intellect Bristol, UK/Chicago, USA

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, *Application of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Bosnia and Herzegovina – practice of Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, entity courts and courts of Brcko District*, (2001) Sarajevo

Džumhur, J., (2015) *Colliding Effects of Freedom of Access to Information and Personal Data Protection*, Social Perspective Magazine, Journal of Legal Theory & Practice, 2 (1), Sarajevo

Mijatovic, D. (2011), *Protection of journalists from violence*, Savjet Evrope, Strazbur

Međunarodni dokumenti

UN Security Council, Resolution 1738 (2006) *Protection of Civilians in Armed Conflict*, 23 December 2006, S/RES/1738

UN Human Rights Council, *Safety of journalists : resolution / adopted by the Human Rights Council*, 9 October 2012, A/HRC/RES/21/12

Human Rights Committee Concluding observations (2017) CCPR/C/BIH/CO/3.

Recommendation CM/Rec(2016)4[1] of the Committee of Ministers to member States on the protection of journalism and safety of journalists and other media actors

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank la Rue, A/HRC/ 26/30 Add. 2.

Domaći propisi

Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma zsa mir u Bosni i Hercegovini

Ustav Republike Srpske, ‘‘Službeni glasnik Republike Srpske’’, broj 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05

Ustav Federacije Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine" broj 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08

Regulatorna agencija za komunikacije (2008), Kodeks o emitovanju radiotelevizijskog programa

Savjet za štampu (2018) Statut

Savjet za štampu (2019) Kodeks za štampu i onlajn medije u Bosni i Hercegovini

Sudska praksa

ECHR, Benhadj v. Algeria (2007), 1173/2003

ECHR, Parc v. Republic Korea (1996), 628/1995

ECHR, Thoma v. Luxembourg (2001), 38432/97

ECHR, Autronic v. Switzerland (1990), 12726/87

ECHR, Vgt VereinGegen Tierfabriken v. Switzerland (2001), 24699/94

ECHR, Öztürkv. Turkey (1999), 57741/10

ECHR, Cumpănă i Mazăre v. Romania (2004), 33348/96

ECHR, Sokolowski v. Poland (2005), 75955/01

ECHR, Alinak v Turkey (2005), 40287/98

ECHR, Handyside v. United Kingdom (1976), 5493/72

Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine, presuda broj: Rev-794/04 od 06.09.2005. godine

Publikacije

OSCE Priručnik o bezbjednosti novinara (2012), dostupan na:
www.osce.org/bs/fom/90210?download=true

OSCE (2013) Vodič za samoregulaciju online medija, Beč, dostupno na:
<https://www.osce.org/files/f/documents/5/9/104555.pdf>

Adilagić R., (2016) *Indikatori nivoa medijskih sloboda i sigurnosti novinara*, Evropska komisija, Regionalna platforma za zagovaranje slobode medija i sigurnosti novinara u Zapadnom Balkanu, BH Novinari, Sarajevo, dostupno na: <https://safejournalists.net/wp-content/uploads/2016/12/Full-BiH-BiH-Digital.pdf>

Holdernes M., Bredart, H., (2016) *Prava i rad u novinarstvu, izgradnja snažnijih sindikata u Evropi*, Evropska federacija novinara International Press Centre, Belgija, dostupno na: http://europeanjournalists.org/wp-content/uploads/2016/10/EFJ_handbook_2016_CR.pdf

Hožić, S., (2010) *Pod pritiskom: Izvještaj o stanju medijskih sloboda u Bosni i Hercegovini*, Mediacentar Sarajevo, dostupno na: <https://www.media.ba/bs/publication/pod-pritiskom-izvjestaj-o-stanju-medijskih-sloboda-u-bih>,

Udovičić, R., (2015), *Radni uslovi novinara u Bosni i Hercegovini – Novinari u procjepu devastiranih medija i pravne nesigurnosti*, Mediaplaninstitut, Sarajevo, dostupno na: <https://mediaplaninstitut.org/2015/03/13/radni-uslovi-novinara-u-bosni-i-hercegovini-novinari-u-procjepu-devastiranih-medija-i-pravne-nesigurnosti/>

Tešanović, N., (2011) *Balkanski medijski barometar: Prva domaća analiza medijskog okruženja u Bosni i Hercegovini*, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Sarajevo, dostupno na: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/sarajevo/09053.pdf>

Freedom House (2020), *Izvještaj o slobodi medija*, MCOonline redakcija, dostupno na: <https://www.media.ba/bs/vijesti-i-dogadaji-vijesti/izvjestaj-freedom-house-2020-bih-i-dalje-djelomicno-slobodna-zemlja>

Jurišić, D., (2010), *100 prvih pitanja o pravima medijskih zaposlenika u Bosni i Hercegovini*, Priručnik za novinare i medijske zaposlenike, Mediamanifest i Udruženje BH novinari, Sarajevo, dostupno na: https://bhnovinari.ba/wp-content/uploads/2012/01/100pitanja_bosanski.pdf

Mediacentar Online (2016), *Facebook nudi besplatne kurseve za novinare*, MCOonline Redakcija, dostupno na: <http://www.media.ba/bs/vijesti-i-dogadaji-vijesti/facebook-nudi-besplatne-kurseve-za-novinare>

International News Safety Institute (2013), *Journalism Safety: Threats to Media Workers and Measures to Protect Them*, INSI, UK, dostupno na: <https://newssafety.org/uploads/Good%20Practice%20INSI%20Final%20Feb2014.pdf>

Savjet Evrope (2013), *Sloboda izražavanja: Vodič za tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovog konteksta*, Centar za pravo i demokratiju, Strazbur, dostupno na:

https://www.coe.int/bs/web/sarajevo/vijesti/-/asset_publisher/DuKPIRcfHuhP/content/vodic-za-tumacenje-clana-10-evropske-konvencije-o-ljudskim-pravima-i-njegovog-konteks-1?_101_INSTANCE_DuKPIRcfHuhP_viewMode=view

The AIRE Centar (2011) *Priručnik o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava „Sloboda izražavanja i pravo na privatnost prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Sarajevo

Vijeće za štampu (2008), *Indikatori za procjenu medijskih sloboda u zemljama članicama Savjeta Evrope (Odluka 1636/2008)*, dostupno na: <https://www.vzs.ba/index.php/smijernice-i-zakoni/preporuke-za-medijske/26-preporuke-vijea-evrope/494-indikatori-za-procenu-medijskih-sloboda-u-zemljama-lanicama-vijea-evrope>

Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, uz podršku „Save the Children International“, (2012) *Preporuke za unapređenje zaštite prava djece na privatnost kada su prava narušena od strane medija u Bosni i Hercegovini*, Banja Luka, dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2013020406523264cro.pdf

Hodžić, S (2010), *Pod pritiskom: Izvještaj o stanju medijskih sloboda u Bosni i Hercegovini*, istraživanje rađeno u okviru inicijative „MEDIJAMANIFEST-sloboda i odgovornosti medija“; Mediacentar Sarajevo, dostupno na: <https://www.media.ba/bs/publication/pod-pritiskom-izvjestaj-o-stanju-medijskih-sloboda-u-bih>

OSCE Representative on Freedom of Media (2015), *Digital threats targeting female journalists*, Vienna, dostupno na: <https://www.osce.org/fom/179486>

OSCE (2016) *New Challenges to Freedom of Expression: Countering Online Abuse of Female Journalists*; Vienna, dostupno na: <https://www.osce.org/fom/220411>

Macovei, M. (2002), *Sloboda izražavanja, Vodič za implementaciju člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savjet Evrope, Sarajevo

Udruženje/udruga BH novinari (2010), *100 prvih pitanja o pravima medijskih zaposlenika u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo

Predrag Raosavljević, Professor of Law

Assistant Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina, Banja Luka

Budimir Petković, dipl. Iur

Expert Advisor in Institution of Human Rights Ombudsmana of Bosnia and Herzegovina, Banja Luka

FREEDOM OF PRESS AND RIGHTS OF JOURNALISTS FROM PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS OMBUDSMEN OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: Freedom of media is one of the fundamental freedoms that serves as a keystone for enjoyment of individual rights, rule of law, representative democracy and informed public. In that context, societal role of journalists is to point to the violation of rights and freedoms committed by any actor in given society, to expose abuse of authority, to investigate and to present to the public balanced information based on facts that can be corroborated, including unethical conducts and infringement on human dignity. By virtue of their work, they place focus on questions and problems society is facing, enabling citizens to affect creation and implementation of policies of general interest and create opportunities for different sides to express their views, contributing to the higher level of democracy and to building of society which tolerates and accepts different attitudes and believes and aspires towards full equality of all groups and individuals. From the perspective of enjoyment of individual rights, full realization of described societal role is possible only if journalists enjoy those basic rights themselves, including right to security and dignity and if their status is adequately protected. In the process of analyzing status of journalists in Bosnia and Herzegovina, authors took into consideration changes in media landscape and modalities of communication in the country as well as globally, which had enormous impact on status of journalists. Despite the fact that legislation in Bosnia and Herzegovina is aligned with international standards in the field of decriminalization of defamation, guarantees of freedom of expression and access to information, media representatives as well as any other physical or legal entities whose statements were analyzed, often express believes that this does not portray accurate state of affairs. By using the method of normative/dogmatic analysis of legal acts, method of statistical examination of data provided by the reports of regulatory agencies, case studies brought to the attention of independent bodies for promotion and protection of human rights and fundamental freedoms, authors point to crucial questions affecting the status of journalists, using indicators for evaluating media freedoms and they formulate concrete recommendations to competent authorities whose realization should lead to improvement of that status, which in turn would secure application of international standards in this field.

Key words: freedom of press, media freedoms, rights of journalists, freedom of expression

Dr. sc Mirsad Čizmić

Skupština Zeničko-dobojskog kantona

Savjetnik predsjedavajućeg Skupštine Zeničko-dobojskog kantona za društvene djelatnosti

Aida Čizmić, MA

UTICAJ REFERENDUMSKOG NAČINA ODLUČIVANJA NA PRAVA MANJINSKIH SKUPINA

Sažetak: Referendum kao najizraženiji oblik neposredne demokratije predstavlja neposredno odlučivanje gdje se građani neposrednim i tajnim glasanjem izjašnjavaju o određenom pitanju, na njega daje odgovor da ili ne, odnosno za ili protiv. Međutim, referendum kao oblik neposrednog građanskog učešća, ukoliko za predmet uzme odlučivanje o ljudskim pravima manjinskih skupina, u velikom broju slučajeva dovodi do kršenja istih, što je upravo i glavna hipoteza ovog rada. Poseban naglasak stavlja se na to da referendumski procesi, često mogu dovesti do diskriminacije određenih skupina u datoj državi, a tu se prije svega misli na manjinske skupine (nacionalne manjine, skupine homoseksualne orijentacije, pripadnici određene rase itd.) kada o njihovim pravima ili statusu odlučuje većina. Spriječavanjem referenduma, čiji će predmet odlučivanja biti ljudska prava i slobode, a kojima se neminovno u ovakvim situacijama ista krše s jedne strane, a s druge bivaju zaštićena velikim brojem međunarodnih dokumenata, u mnogome bi se onemogućila nepravilna kontrola i upravljanje većine nad manjinom. To se postiže uspostavom adekvatnog pravnog okvira kojim se neće moći dopustiti manipulacija biračkog tijela legalnim i legitimnim putem. Dodatni pritisak na javnost vrše masovni mediji koji svojim nastupima u mnogome mogu da kreiraju sliku javnog mijenja. Pored navedenog analizirat će se u kojoj mjeri neposredno odlučivanje građana utiče na temeljna ljudska prava i prava pripadnika manjinskih skupina, kao i na važnost i značaj kontrole provođenja referenduma i odluka donijetih na istom, od strane nezavisnih sudova ili u najmanju ruku posebno osnovanih politički nezavisnih tijela za predmetnu oblast.

Ključne riječi: Referendum, neposredno odlučivanje, ljudska prava, prava manjina.

1. Uvod

Neposredno učešće građana u javnom upravljanju nije novi koncept. Još od vremena antičke Grčke primjetni su prvi oblici neposredne demokratije, gdje su građani kroz tadašnju gradsku skupštinu (*ecclesiu*) učestvovali u donošenju svih važnijih odluka. Stoga se često kaže da je Atinska demokratija temelj za direktnu demokratiju čija je osnovna karakteristika, direktno učešće građana,

bez posrednika ili predstavnika. Međutim, demokratija kakva se prakticalovala u Atini, u uslovima današnjeg društveno političkog upravljanja, jedino je moguća i izvodiva u malim gradovima, odnosno na nivoima jedinica lokalne samouprave. S tim u vezi, vrijeme velikih buržoaskih revolucija i previranja na društvenoj sceni, donosi ideju narodnog suvereniteta, kao nedjeljivog i neotuđivog, koji proizilazi iz naroda. Ovo veliko dostignuće, zapravo je ostvarenje ideala političkog naroda kojeg je u svom Društvenom ugovoru utemeljio Žan Žak Ruso, čime je ujedno i postavljen koncept direktne (neposredne) demokratije modernog doba. Najpoznatiji oblik neposredne demokratije je referendum, koji zajedno sa ostalim oblicima neposrednog učešća građana (pravo na peticiju, inicijativu) omogućava da oni samostalno i nezavisno donose odluke o konkretnim pitanjima koja se tiču javnog i političkog života. Rezultati istraživanja pokazuju da su najdosljedniji uzroci interesa za dodatne mogućnosti neposredne političke participacije nepovjerenje u političko predstavništvo i uvjerenje da građani moraju paziti na to što čine njihove vlade.¹ Međutim, referendum kao oblik neposrednog građanskog učešća, ukoliko za predmet uzme odlučivanje o ljudskim pravima manjinskih skupina, u velikom broju slučajeva dovodi do kršenja istih, što je upravo i glavna hipoteza ovog rada.

2. REFERENDUM – oblik neposredne demokratije

Ideja neposrednog učešća građana u vlasti vodi korijene još iz antičke Grčke i Rimskog Carstva. Slobodni, punoljetni muškarci porijeklom iz polisa svoje odluke donosili su u okviru narodne skupštine, direktnim glasanjem. Raspadom antičkih država i ova ideja na neko vrijeme zamire. Stoljećima kasnije, tačnije u švicarskim planinskim kantonima ponovo se rodila ideja neposredne demokratije. Historija neposredne demokratije u ovom dobu je zaista interesantna. „Landsgemeinden“ ili kantonalna skupština jedan je od najstarijih oblika neposredne demokratije identičan antičkim ekklesijama. To je ustvari bio svojevrsan zbor, koji se održavao na otvorenom prostoru a činili su ga svi punoljetni građani muškarci (u ovo vrijeme žene još uvijek nisu imale pravo glasa). Prvi put se ovaj pojam spominje u riječniku švicarskog leksikografa Pictoruisa 1561. godine. Iako prve pisane tragove nalazimo sredinom 16. vijeka, prvi ovakav zbor održan je još 1231. godine u kantonu Uri.² U kasnijem razdoblju, odnosno za vrijeme velikih buržoaskih revolucija ovakav politički koncept će poslužiti Rusou u njegovom kapitalnom dijelu *Društveni ugovor* za teorijsko oblikovanje ideje neposredne demokratije. „Oblikujući se u referendum, ova ideja je vrlo brzo, u

1 C.Toplak, „Referendum: prednosti i nedostaci“, *Političke analize Vol.4 No.14*, Centar za cjeloživotno obrazovanje Fakulteta političkih nauka u Zagrebu, Zagreb 2013., 44 dostupno na: http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=210035,

2 F. Ottiwell Adams, *Swiss Confederation*, London Macmillan and co. and New York 1889., 7 i dalje, dostupno na:

<https://www.empik.com/the-swiss-confederation-adams-francis-ottiwel,p1230042130,ksiazka-p.>,

predvečerje, odnosno u prvim godinama velikih revolucija (američke i francuske) našla svoju praktičnu primjenu: najprije u vidu ustavotvornog referenduma u državi Massachusetts 1778., New Hampshireu 1779., u Francuskoj (1793., 1795., 1799.) u Švicarskoj 1802. godine.³ U Švicarskoj od 1830. godine, referendum je stalno prisutan institut u političkom odlučivanju, a padom Berlinskog zida 1989. godine, instrumenti neposredne demokratije kakvi su referendumi i narodne inicijative postaju općeprisutni i u okviru zakona, a i u praksi. „U zemljama kao što su Austrija, Njemačka, Italija, Rusija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Švajcarska, referendum je moguć na svim nivoima — nacionalnom, regionalnom i lokalnom (opštinskom).“⁴ Čisti oblik neposredne demokratije kakvu je poznavala Antika ili kakvu čak zastupa Ruso u svom *Društvenom ugovoru*, u sadašnjem vremenu predstavlja utopiju. Ovim se nastoji kreirati takav politički i društveni ambijent u kojem će paralelno sa postojanjem zakonodavnih i drugih državnih institucija, građani zadržati za sebe pravo da neposredno i aktivno učestvuju u donošenju najvažnijih državnih odluka, čime bi se doprinijelo ostvarenju i što boljem razvoju sveobuhvatne demokratizacije. Jedan od temeljnih vidova demokratije jeste pravo građana da participiraju u formulisanju i donošenju odluka u svojoj zemlji. Osnovna ljudska prava su temelj svakog građanskog društva, osnov su posvećenosti građana univerzalnim demokratskim vrijednostima i njihovog aktivnog zalaganja za ostvarivanje istih. „Kada se za građane obezbijede suštinski demokratski instrumenti, onda politika prestaje da znači monopol političkih predstavnika, a mudrost naroda postaje vodilja koja pokazuje put u budućnost.“⁵ Princip vladavine prava i koncept pravne države su tekovine evropske i svijetske civilizacije. Suštinska svrha principa vladavine prava jeste obezbijediti legalitet državnih odluka, jer bez ovoga ne možemo govoriti o postojanju pravne države. Savremena pravna država treba da bude i politički i stručno orijentisana ka postizanju općeg društvenog blagostanja. Državne institucije, pogotovo one na lokalnom nivou su svojevrsan javni servis građana, kojima je cilj pružanje usluga svojim građanima i zaštita njihovih ustavom zagrantovanih prava. Iz ovoga proizilazi da se građanima mora omogućiti i ostvarivanje prava na referendum, kao i druge oblike neposredne komunikacije. Historijski gledano ona je prvi put postala globalni standard. Brzorastući pritisak odozdo prema gore, odnosno od naroda prema vladajućim političkim strukturama, nije nešto što je nastalo naglo, nego je to izraz i normalna reakcija sveopćeg nezadovoljstva građana, usmjerenog na pogrešne politike njihovih predstavnika. Taj rastući trend ka

3 O. Nikolić, *Referendum sa posebnim osvrtom na Švajcarsku i Hrvatsku*, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013., 15.

4 Opširnije u : Evropska komisija za demokratiju (Venecijanska komisija), „*Referendumi u Evropi — Analiza pravnih propisa u evropskim državama*“ - Izvještaj koji je usvojila Venecijanska komisija na svom 64. plenarnom zasijedanju u Veneciji 21-22. oktobra 2005. dostupno na:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-mne](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-mne)

5 Kalin, Walter, et al., *Referendum i građanska inicijativa*, Švajcarska agencija za razvoj i saradnju, Srbija 2005., 2, dostupno na:

<http://www.msp.co.rs/biblioteka/Referendum%20i%20gra%C4%91anska%20inicijativa.pdf>

primjeni referendumu ili drugog oblika participacije građana pokazao se kao pokušaj traženja konstruktivnog rješenja, umjesto sukoba i nemira. Već sredinom devedesetih godina, kada su referendum i inicijativa postajali sve izražajniji oblici direktne demokratije, Vijeće Evrope je otvorilo raspravu o smjernicama kojima bi se stvorio prostor za primjenu ovih instituta u Evropi. Prvenstveno se počeo isticati značaj građanskog učešća u jedinicama lokalne samouprave. „Ono se najprije vidi kao put za unapređenje demokratskih procesa i funkcionisanja predstavničke demokratije, odnosno kao način za zaustavljanje opadanja interesovanja javnosti za politiku i širenja apatije u vezi politike.“⁶ U nastojanju da se predstavnička demokratija dopuni određenim oblicima neposrednog učešća građana u javnim poslovima bilo je potrebno da se ovi principi i normativno regulišu kako na nacionalnom tako i međunarodnom nivou.

Pravo građana na aktivno učešće u javnim poslovima nije pravo koje im omogućava njihova lokalna ili čak državna vlast već je to princip demokratskog uređenja svake države. „Normativno regulisanje neposrednog učešća građana predstavlja garant da će se taj princip sprovoditi kada je to predviđeno, kao i njegovu „odbranu“ od onih kojima je na izborima vlast prenjeta od strane građana, a koji vremenom mogu postati glavni protivnici vraćanja suvereniteta građanima.“⁷ Međunarodni dokumenti koji regulišu ove institute daju im specifičnu važnost i nameću obavezu svim državama da ta pravila umetnu u svoja nacionalna zakonodavstva, a jedan od takvih dokumenata je i Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka usvojena od strane UN 1948. godine, koja potvrđuje da „svako ima pravo da učestvuje u javnim poslovima svoje države, neposredno ili preko slobodno izabраних predstavnika.“⁸ Potvrđivanjem ovog načela, okončana je rasprava koja se vodila o zloupotrebi neposrednog učešća građana od strane autokratskih režima, koji su putem plebiscita usvajali prijedloge koji su u svojoj suštini bili sve osim demokratski. „Deklaracija jasno stavlja do znanja da je neposredno učešće građana moguće ostvarivati jedino u demokratskom poretку, koji poštuje pravila i procedure i u kome su građani najviši nosioci suvereniteta.“⁹ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, također sadrži odredbe o građanskoj participaciji. „Svaki građanin treba da ima pravo i mogućnost da bez ikakvih razlika navedenih u članu 2. i bez nerazumnih ograničenja: a) sudjeluje u vođenju javnih poslova, direktno ili preko slobodno izabраних predstavnika; b) bira i bude biran na pravedno provedenim, povremenim izborima sa općim i jednakim pravom glasa i tajnim glasanjem, koji osiguravaju slobodno izražavanje volje

6 B. Milosavljević, „*Jačanje građanskog učešća na lokalnom nivou u Republici Srpskoj, analiza pravnog okvira sa preporukama*“, Savez općina i gradova RS, Bijeljina 2010.g., 6 dostupno na: http://www.alvrs.com/v1/media/djcatalog/2010-02-Izvjestaj_o_analizi_pravnog_okvira_sa_preporukama-Jacanje_gradjanskog_ucesca_na_lokalnom_nivou_RS.pdf

7 M. Mojsilović/B. Klačar, „*Neposredno učešće građana u upravljanju lokalnom zajednicom problemi, izazovi i preporuke za unapređenje procesa*“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2011, 17, dostupno na: <https://www.osce.org/sr/serbia/82794?download=true>

8 Član 21. stav 1, Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka.

9 M. Mojsilović/B. Klačar, 17.

birača; c) ima pristup javnim službama svoje zemlje uz opće uslove i jednakost.¹⁰ Evropska povelja o lokalnoj samoupravi¹¹ je prvi multilateralni dokument usvojen od strane Vijeća Evrope koji na afirmativan način govori o učešću građana u upravljanju na lokalnom nivou vlasti. U preambuli Povelje u alinejama 3 i 4 ističe se važnost učešća građana u upravljanju javnim poslovima smatrajući to jednim od osnovnih demokratskih načela, zajedničkim svim državama članicama Vijeća Evrope. U Povelji su navedena dva oblika neposredne participacije i to: referendum i skupštine građana uz otvorenu mogućnost primjene i drugih oblika, koje je zaštitila od moguće povrede od strane institucija predstavničke demokratije. Kako je Povelja opći akt koji u svom sadržaju ima samo generalne odredbe bez detaljnije razrade, organi Vijeća Evrope su kasnije donijeli niz preporuka kojima se preciznije uređuju ova pitanja. *Preporuka iz decembra 2001 br. 19*¹² usvojena od strane Komiteta ministara Vijeća Evrope, upućena zemljama članicama o podsticanju učešća građana u javnom životu na lokalnom nivou svjedoči u prilog afirmisanja neposrednih oblika demokratije. Tako, Preporuka, obzirom da nema obavezujući karakter, podstiče zemlje članice na što dosljednije provođenje prakse građanske participacije dajući konkretne upute i načine primjene. *Preporuka br. 1704 iz 2005.g.*, „*Referendumi: ka dobrim praksama u Evropi*“¹³ usvojena od strane Parlamentarne skupštine Vijeća Evrope, naglašava da referendumi trebaju biti način dopune i korekcije predstavničke demokratije. Posebno se ističe zabrana korištenja referenduma s elementima plebiscita. Referendum kao institut koji je sinonim za demokratiju ne bi smio biti instrument legitimacije nedemokratske politike. Koliko je referendum kao oblik neposrednog učešća građana u kreiranju demokratskog političkog i društvenog ambijenta značajan govori nam i provedena studija „*Referendumi u Evropi: analiza pravnih odredaba u evropskim državama*“, *Evropska komisija za demokratiju putem prava*, 21-22. oktobar 2005. godine (CDL-AD/2005/034),¹⁴. Ova studija prvenstveno ima za cilj da identifikuje osnovne aspekte referenduma koji se koriste u evropskim nacionalnim okvirima, odnosno da utvrdi položaj referenduma u nacionalnim zakonodavstvima evropskih zemalja, s ciljem izrade općih smjernica. Opće prihvaćena evropska praksa je da se referendum predvidi već u samom ustavu, a ako takve odredbe ne postoje onda oni nisu uvedeni na trajnoj osnovi. Referendumi se ponekad koriste kao sredstvo

10 Član 25., Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, integralni tekst ovog dokumenta dostupan na: <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/MedunarodniPakt%20B.pdf>

11 Član 25., Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, integralni tekst ovog dokumenta dostupan na: <http://www.mhrr.gov.ba/PDF/MedunarodniPakt%20B.pdf>

12 Integralni tekst preporuke na bosanskom jeziku dostupan u publikaciji: „Učešće građana u javnom životu na lokalnom nivou“, *Savez općina i gradova FBiH i organizacija VNG Internacional* na: http://www.sogfbih.ba/uploaded/pravni_okvir/medjunarodni/U%C4%8De%C5%A1%C4%87e%20gra%C4%91ana%20u%20javnom%20%C5%BEivotu%20na%20lokalnom%20nivou.pdf

13 Dostupno na engleskom jeziku na:

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17329>

14 Dostupno na engleskom jeziku na:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2005\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2005)034-e)

izvršne vlasti, ili ga pak, koriste građani želeći da uzdignu svoje stavove izvan tradicionalnih struktura političkih partija. Ono što ova studija pokazuje, jeste to da bi referendumi zaista bili istinski demokratski, nije dovoljno da budu samo ugrađeni u ustave. Potreban je stabilan zakonski okvir na osnovu kojeg će se poštovati procedure predviđene za njegovo provođenje. Potrebno je poštivanje načela jedinstva i jasnog formulisanja referendumskog pitanja. U konačnici treba se kreirati demokratski ambijent sa maksimalnim poštivanjem ljudskih sloboda i prava i poštivanjem principa evropskog ustavnog naslijeđa.¹⁵

a. Pozitivni i negativni aspekti referenduma

Primjena referenduma u cijelom svijetu je u posljednjih 30 godina u značajnom porastu. Očigledno je da upotreba mehanizama direktne demokratije nije samo karakteristika politike na nacionalnom nivou. Zemlje u kojima je nacionalni referendum bio jako malo zastupljen sada sa istim eksperimentišu i na lokalnom nivou. „Na primjer u svakoj od njemačkih država građani imaju mogućnost odlučivanja o pitanjima koja se kreću od obrazovanja do ustavnih reformi“¹⁶ Osjetno je sve veća primjena referenduma i na međunarodnoj razini, jer je on kao institut ugrađen u skoro sve ustave modernih liberalno – demokratskih društava. U pravnim sistemima koji imaju dugu historiju direktne demokratije kakva je SAD¹⁷ ili Švicarska sve veći broj pitanja iznosi se na glasanje, nego što je to bilo prije. U jurisdikcijama Velike Britanije, Danske, Švedske koje su jako štedljivo koristile referendum, ovaj institut dolazi do sve većeg izražaja, a tome doprinosi i veliki pritisak javnosti ali i političkih lidera. Pored Švicarske i država SAD - a koje su nekad bile izuzeci u pogledu direktne demokratije, sad su i drugi pravni sistemi „integrisali referendum u svoj aparat za donošenje odluka do te mjere da naše razumijevanje onoga što mislimo pod reprezentativnom demokratijom treba ponovo razmotriti.“¹⁸ Zašto su građani sve više zainteresiraniji za referendume? Da li je to znak da svijet postaje sve više demokratski orijentisan, te da su se političke stranke dobrovoljno odrekle svog monopola nad donošenjem zakona i generalno javnim upravljanjem? Možda tradicionalni sistem predstavljanja nije uspio da sam odgovori svim izazovima koje je civilno društvo nametnulo. „Savremenim teorijama moderne demokratije činilo se da zbog veličine država i

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Opširnije u: Matt Qvortrup, „*Referendums Around the World*“, Coventry University Coventry, UK 2017, 12, dostupno: http://library1.org/_ads/E2F7446CD5F9A69CD2E22F46B5D1DDB0

¹⁷ Godine 1898., Južna Dakota postala je prva savezna država koja je usvojila inicijativu i referendumsko glasanje, one su bile najavljenije kao čisti demokratski dodatak rastućem i promjenjivom republikanizmu, međutim ovaj proces je izazvao otpore među američkim političarima koji su tvrdili da ako su državni zakonodavci istinski predstavnici, onda nema potrebe za direktnom demokratijom. Opširnije u: Braunstein, Initiative and Referendum Voting, LFB Scholarly Publishing LLC New York 2004, 1, dostupno na:

<http://gen.lib.rus.ec/book/index.php?md5=2E6FAB07D9C0B3BE96A107B09F48FCA5>

¹⁸ Ibidem, 13.

spornih komunikacija nije izvodivo organizirati sudjelovanje građana koji imaju biračko pravo u suodlučivanju o javnim poslovima, osim toga predstavnički sistem je ostvario volju revolucionarnog građanskog sloja za političkom moći.¹⁹ Negativnom odnosu prema referendumu doprinijela je i njegova zloupotreba od strane autokratskih režima (nacistička Njemačka), odnosno iskrivljeno korištenje istog (kao plebiscita). Međutim nakon Drugog svjetskog rata i stavljanja referenduma u ustavne odnosno zakonske okvire, počinje i njegova ekspanzija. Tome je doprinijelo i stvaranje novih država i sve veći stepen njihove demokratizacije, ali i dobrim dijelom krize predstavničke demokratije u razvijenim državama.²⁰ Referendumi u ovom slučaju kao negativno određeni zapravo su izraz javnosti u nepovjerenje vlasti te ih kao takve možemo smatrati poželjnim korektivima predstavničke demokratije, kao i svojevrsnom reformom i dopunom iste.²¹ Referendumska demokratija temelji se na režimu kakav narod želi odnosno uživa puni legitimitet i većinsku podršku. Ovakvi sistemi su produktivniji jer dopuštaju građanima da svojim idejama utiču na političke odluke. Međutim, govoreći o referendumskoj demokratiji isključivo u pozitivnom svjetlu ne možemo zanemariti činjenicu da referendum u svojoj sveukupnoj primjeni može da proizvede i negativne efekte. Njegova primjena može da uzdrma i dovede u pitanje temelje savremenih demokratija, poput ljudskih prava (iako je i referendum jedno od njih), slabljenja predstavničke demokratije, jačanja populizma.²² Jedan od najznačajnijih argumenata koji koriste kritičari referendumske demokratije jeste nemogućnost organiziranja velikog i redovnog učešća građana u procesima političkog odlučivanja u državama sa velikom populacijom. Učinkovitost i učestalost primjene referenduma u velikoj mjeri zavisi i od finansijske i organizacijske sposobnosti država. „Ni uz aktuelnu računarsku pismenost i

19 C. Toplak, 45.

20 Ibidem

21 Ibidem

22 Dok upotreba pojma demokratije za sebe veže pozitivne efekte, za populizam se to ne može kazati. Najuticajnija savremena definicija populizma potječe od nizozemskog politologa Casa Muddea, prema kojoj je populizam “ideologija koja dijeli društvo na dvije antagonističke grupe, običan narod i korumpiranu elitu, i koja tvrdi da bi politika trebala biti izraz volje naroda” svoje porijeklo vodi još iz doba kasne rimske Republike, tada djelujući kao jedna politička frakcija u vidu grupe senatora koji iako aristokratskog porijekla, šire ideju vladavine naroda. Populizam se na evropskom kontinentu vezuje za desničare iako je stvarno ušao u politički ambijent kao oznaka lijeve opcije. U SAD-u se pojavljuje u 19. stoljeću kroz program tadašnje Narodne stranke. Politički dio programa obuhvaćao je, među ostalim, uvođenje instrumenata neposredne demokracije na sve. Politički dio programa obuhvaćao je, među ostalim, uvođenje instrumenata neposredne demokracije na sve razine političkog odlučivanja i skraćivanje mandata predsjednika države. Bio je to pokušaj da se u okviru američkoga političkog sustava inauguriira treća politička snaga, pri čemu je temeljna poruka bila da su se dvije dominantne političke opcije otuđile od naroda i na taj način iskvarile izvorne ideje Američke revolucije. Te su političke elite, u sprezi s poslovnim elitama, “ukrале” američkom narodu demokraciju, pa je stoga glavni cilj populista vratiti suverenost naroda, to jest vladavinu običnih, poštenih ljudi. Opširnije na temu populizma, a u vezi s neposrednom demokratijom pogledati u: B. Šalaj, „Suvremeni populizam“, Anali hrvatskog politološkog društva, Vol.9, No.1, Zagreb 2012, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/99797>

osposobljenost građana u jednoj od tehnoloških jezgri svijeta kakva je Evropska Unija, zasada nije moguće osigurati jednakopravnu participaciju svih koji imaju pravo saodlučivati o javnim poslovima.²³ Ukoliko bi bio primijenjen elektronski način provođenja referenduma, neminovno bi došlo do diskriminacije onih građana koji imaju određene poteškoće u korištenju informatičke tehnologije. Postavlja se, stoga, pitanje kolike su garancije sigurnosti i legitimiteta tako dobivenih rezultata. U tom pogledu dobar pravni osnov i tehnološka rješenja bi bili nužni preduslovi za realiziranje ovakvih projekata.²⁴ Kvalitetna zakonska regulativa, preciziranje oblasti koje će biti isključene iz referendumskog procesa, svakako bi otklonile eventualne negativne efekte direktnog građanskog odlučivanja. Negativni aspekt same referendumске demokratije često se traži u činjenici da su odluke donesene ovim putem netolerantne, zbog svoje isključivosti. Donošenje odluka na ovaj način bazira se na modelu većinskog odlučivanja, odnosno stavova većine. U takvom ambijentu mišljenje manjine biva zanemareno i marginalizirano. „U ovom diskursu vladavina zasnovana na referendumu se ocjenjuje kao režim vlasti koji dovodi do majorizacije i segregacije manjina u političkoj zajednici.“²⁵ Da bi se ovakve mogućnosti otklonile ili barem ublažile potrebna je kvalitetna politička edukacija, sofisticiraniji načini glasanja, insistiranje na što većem stepenu uključenosti manjinskih grupa u političko odlučivanje, jer kako god narod može da bude doveden u zabludu kroz referendumski proces, može i da učini nepravdu pogotovo kada su u pitanju temeljna ljudska prava i slobode. Tačna je činjenica da su u direktnoj demokratiji politička prava drugačije podijeljena u odnosu na ista u čistoj predstavničkoj demokratiji. Ostvarivanjem svojih neposrednih demokratskih prava, građani u mnogome mijenjaju odnos između njih i političara.

b. Ljudska prava u okrilju referendumске demokratije

„Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Ona su obdarena razumom i svijješću pa jedna prema drugima trebaju postupati u duhu bratstva.“ Ovako glasi prvi član Opće deklaracije o ljudskim pravima UN-a.²⁶ „Ljudska prava pripadaju svima podjednako i nezavisna su o spolu, dobi, sposobnostima, rasnoj, etničkoj, nacionalnoj ili nekoj drugoj pripadnosti, kao i o društvenom ili državnom sistemu kojem pojedinac pripada. Riječ je o temeljnim i neotuđivim pravima koje posjeduje svako ljudsko biće kao bitne pretpostavke svog istinski ljudskog postojanja u slobodi, nezavisnosti i dostojanstvu.“²⁷ Ljudska prava

23 C. Toplak, 45.

24 Ibidem

25 E. Fejzić, „Referendum i demokratska vlast: plebiscitarna demokratija kao prijetnja“, Pregled časopis za društve na istraživanja, LVIII/2017, 37, dostupno na: <https://www.ceeol.com/search/viewpdf?id=555931>

26 Usvojena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 10. decembra 1948. godine.

27 V. Spajić-Vrkaš, et al, „Poučavati prava i slobode“, Istraživačko-obrazovni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2004., 15, dostupno na: <http://wp.ffzg.unizg.hr/hre-edc/files/2015/02/Pou%C4%8Davati-prava-i-slobode-Prvi-dio.pdf>

i slobode su osnovni temelj demokratije, te zbog ove činjenice možemo kazati da se ideja o ljudskim pravima razvijala zajedno sa demokratijom dok svoje korijene vodi još iz antičke filozofije. U grčkoj filozofiji nastala je ideja o jednakosti svih ljudi, njihovim prirodnim pravima koja pripadaju svakom čovjeku. „Prvi grčki filozofi (sofisti) polazili su od shvatanja da se svi ljudi rađaju jednaki i da prema tome moraju imati jednaka prava i status u društvu. Ova koncepcija prirodnog prava dalje će se razvijati u ranom kršćanstvu i drugim religijama i postepeno iz filozofske sfere prelaziti u područje politike i prava.“²⁸ Historija je potvrdila da je proces priznavanja i zaštite ljudskih prava bio dosta dugotrajan, složen i osjetljiv, jer se pristup pojedincu i njegov polažaj u društvu konstantno mijenjao. U vezi s tim brojni su filozofi i politički mislioci dali veliki doprinos u razvoju ljudskih prava i sloboda (Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Voltaire, i dr.). Prvi historijsko pravni dokumenti koji su pružili garancije ljudskih prava i sloboda donijeti su još u ranom srednjem vijeku *Magna charta libertatum* (Velika povelja sloboda) iz 1215. godine, *Peticija o pravima* iz 1628. godine i *Habeas corpus act* iz 1679. godine. U toku borbe za nezavisnost u SAD- u nastao je jedan od važnijih dokumenata u historiji ljudskih prava, *Virginia Bill of Rights* iz 1776. godine, koji zajedno sa Deklaracijom o nezavisnosti predstavlja svojevrsan katalog ljudskih prava. „U dokumentu Virginia Bill of Rights sljedeća su prava proglašena neotuđivim ljudskim pravima i čine jezgru ljudskih prava: pravo na život, slobodu i privatno vlasništvo; sloboda okupljanja i sloboda tiska; sloboda kretanja i pravo na peticiju; pravo na pravnu zaštitu; glasačko pravo.“²⁹ Ovim aktom se uspostavila demokratska i legitimna državna vlast. Prirodno pravna škola i liberalna filozofija 18. i 19. vijeka kreirala je ambijent na evropskom tlu u kojem će nastati akti koji će biti glavna prekretnica za savremeni razvoj ljudskih prava i sloboda. Francuska buržoaska revolucija iznjedrila je iz svoje borbe jedan od najvažnijih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, Deklaraciju o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine koja će biti inkorporirana u francuski ustav i time ljudskim pravima i slobodama dati status ustavne kategorije.³⁰ Sve do kraja Drugog svjetskog rata, garantovanje sloboda i prava čovjeka i građanina isključivo je bilo ograničeno na nacionalne okvire države i smatrano njenom unutrašnjom stvari. Međutim, „dok se s jedne strane, povećavao broj država koje su pružale ustavne garancije ljudskih prava i dok se u demokratskim državama stalno povećavao korpus i kvalitet ovih prava, istovremeno su, s druge strane, ljudska prava sve masovnije kršena.“³¹ S tim u vezi, prevladala su shvatanja da se svakom čovjeku, bez obzira na njegovu državnu pripadnost mora garantovati određeni nivo njegovih prava. Kao reakcija

28 Opširnije o ovome u: N. Anđelić, „*Kratka povijest ljudskih prava*“, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS) i Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2008.god.,

29 M. Kolednjak/M., Šantalab, „*Ljudska prava treće generacije*“, Tehnički glasnik, Vol.7, No3., Zagreb 2013, 323, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/109581>

30 Ibidem

31 K. Trnka, „*Ustavno pravo*“, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, 2000., 114.

na velika stradanja u Drugom svjetskom ratu javila se ideja o zaštiti ljudskih prava na međunarodnom nivou.³² Osnivanjem Ujedinjenih nacija 1945. godine, kao jedne krovne svjetske međunarodne organizacije, te usvajanjem Povelje Ujedinjenih nacija iste godine, postavljeni su osnovi univerzalnog sistema zaštite ljudskih prava, uključujući i sistem međunarodnih sankcija za kršenje istih. Tri godine kasnije Univerzalnom (općom) deklaracijom o pravima čovjeka iz 1948. godine, „prvi put u ljudskoj povijesti je neka međunarodna politička organizacija na temelju priznavanja ljudskog dostojanstva formulirala i proklamirala ljudska prava kao usmjerujuću normu i osnovu svoje djelatnosti.“³³ Zaštita i ostvarivanje ljudskih prava jedno je od najkompleksnijih pitanja na nivou međunarodne zajednice, zbog toga su usvojeni brojni akti, povelje, deklaracije kako univerzalnog tako i regionalnog karaktera kojima se nastoji do sada već impozantnom korpusu ljudskih prava i sloboda pružiti maksimalne garancije njihovog ostvarivanja i zaštite. Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima promijenili su način na koji je demokratija ranije posmatrana. Demokratija danas ne predstavlja vrhovnu i neograničenu moć naroda, već svoje osnove i granice temelji u obaveznom poštivanju ustava kao najvišeg pravnog akta države i temeljnih ljudskih prava sadržanih u njemu. Institucionalizacijom i internacionalizacijom ljudskih prava, ona se utvrđuju i normiraju kao temeljna i neotuđiva.³⁴ Možemo kazati da je sve prethodno napisano, imalo za cilj prvenstveno ukazati na značaj i važnost koju ljudska prava imaju u političkom sistemu države. Nemoguće je govoriti o demokratski uređenoj državi, a da se pri tome ne obrati posebna pažnja na to kakav položaj u tom sistemu ima čovjek (građanin), a što se posebno odnosi na direktnu demokratiju i referendum kao njen centralni institut. Referendumom, što je također jedno od osnovnih ljudskih (političkih) prava, građani ostvaruju aktivnu ulogu u političkom životu i procesu odlučivanja i time pozitivno utiču na razvoj demokratske političke kulture. Međutim, ponekad se referendumom mogu dovesti u pitanje osnovni postulati na kojima počivaju savremene demokratije. „Naime, liberalna demokratija kao koncept predstavlja oblik vladavine u kojem su spojeni dihotomni liberalni elementi vladavine, ograničene osiguranjem i zaštitom ljudskih i građanskih prava, te demokratski elementi u vidu direktnih oblika demokratije.“³⁵ Ljudska prava kao ustavom zaštićena kategorija na nivou države, a i međunarodnim dokumentima osigurana, bivaju jako osjetljivim područjem u okviru kojeg može doći do primjene instrumenata neposredne demokratije. Upravo zbog toga, posebna pažnja bi se trebala posvetiti pravnom regulisanju ovakvih

32 Ibidem

33 M. Kolednjak/M. Šantalab, 324.

34 V. Spajić-Vrkaš et al, „*Poučavati prava i slobode*“, Istraživačko edukativni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo, Zagreb 2004, 32 i dalje.

dostupno na: <https://www.mreza-mira.net/wp-content/uploads/Proucavati-prava-i-slobode-Prirucnik-za-ucitelje-osnovne-skole.pdf>

35 Z. Dragan/I. Pereša, „*Analiza referenduma u Hrvatskoj*“, European Fund for the Balkans, zajednička inicijativa Zaklade Robert Bosch, Compagnia di San Paolo, ERSTE Zaklade i Zaklade King Baudouin, uz podršku NEF-a., Zagreb, 2012., 6.

situacija, odnosno pod kojim uslovima i kada bi se referendum, čiji predmet bi zadirao u ljudska prava i slobode (bilo iniciran od strane građana ili same države) mogao primjeniti. Posljednih godina, nerijetko smo mogli biti svjedoci iniciranja, pa i provođenja referendumskog procesa o osnovnim ljudskim pravima, pogotovo onim kojima se direktno šteta nanosi određenoj manjinskoj skupini.³⁶

U Švicarskoj, državi kolijevci neposredne demokratije, u novembru 2009. godine održan je referendum o vjerskim slobodama, tačnije o zabrani izgradnje minareta. Referendum je, nakon što su prikupili dovoljan broj potpisa, organizovala najveća stranka u državi, desničarska Narodna stranka i Federalna demokratska unija. Prvi preliminarni rezultati saopćeni istog dana pokazali su da je 57,5% građana glasalo potvrdno³⁷, samo u četiri kantona od njih 26 rezultati su bili negativni, čime se dao osnov za izmjenu ustava u onom dijelu koji govori o vjerskim slobodama. Ovim referendumom se eksplicitno prekršio osnovni postulat liberalne demokratije, direktno su se prekršila temeljna ljudska prava (vjerske slobode) koja su demokratski inkorporirana u ustav i o kojim se ne bi trebalo glasati.³⁸ Ovakvim postupkom švicarskih vlasti, iz zemlje u kojoj prema procjenama živi blizu 400.000 muslimana šalje se loša poruka, ne samo švicarskim muslimanima, nego cijeloj evropskoj i svjetskoj društvenoj sceni.³⁹ Organizatori referenduma su za tadašnje medije izjavili „kako minareti zapravo nisu vjerski simboli, nego simboli jedne politike, koja Švicarskoj želi nametnuti šerijatsko pravo, koje je u potpunoj koliziji sa švicarskim važećim zakonima, što je potpuno apsurdna činjenica imajući na umu da većina muslimana ove zemlje dolazi iz Turske, BiH i drugih balkanskih zemalja, te koji se nisu ni susreli sa šerijatskim pravom.“⁴⁰ Ovo je samo jedan od primjera koji pokazuje sve posljedice i izazove kada se na referendumu odlučuje o ljudskim i manjinskim pravima. Shodno naprijed kazanom, referendumске odluke u svojoj suštini bi trebale da budu izraz opće volje naroda, međutim u određenim situacijama ta volja biva voljom određene grupacije koja je bročano veća u odnosu na ostale grupe (nezavisno da li je riječ o nacionalnim manjinama, rasnim grupama, itd.). Odluke donijete na referendumu bivaju validne ukoliko ih je usvojila nadpolovična većina onih koji su izašli na

36 U prilog ovoj tezi navodimo inicijativu koja će biti i obrađena u daljem tekstu, a u vezi ograničavanja prava manjinskih saborskih zastupnika u Republici Hrvatskoj, reakcijama na usvajanje Istanbulske konvencije itd. opširnije o ovome vidjeti na: Kuća ljudskih prava Zagreb dostupno na: <https://www.kucaljudskihprava.hr/2018/12/25/referendumsko-odlucivanje-o-temeljnim-ljudskim-pravima/>

37 M. Jusić, „Minareti kao trn u oku“, decembar 2009, dostupno na: http://www.islamskazajednica.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=7801:minaret-kao-trn-u-oku&catid=41&Itemid=997

38 Ibidem.

39 Opširnije o ovome piše: N. Cumming-Bruce/S. Erlanger, „Swiss ban building of minarets on mosques“, New York Times, 2009, dostupno na: <https://www.nytimes.com/2009/11/30/world/europe/30swiss.html?auth=link-dismiss-google1tap>

40 Opširnije o ovome piše: M., Jusić, „Minareti kao trn u oku“, decembar 2009, dostupno na: http://www.islamskazajednica.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=7801:minaret-kao-trn-u-oku&catid=41&Itemid=997

referendum, bez obzira na broj stanovništva odnosno države. Posmatrano s ovog stanovišta, još ukoliko su predmetom referenduma osjetljiva pitanja (ljudska prava i slobode), onda s pravom možemo da posumnjamo u legitimnost takvih odluka, bez obzira na činjenicu što su donijete na najdemokratskijinačin.

3. Prava manjina u kontekstu referenduma

Osnovni princip savremenog sistema zaštite ljudskih prava i sloboda jeste načelo nediskriminacije, odnosno slobode od diskriminacije, jednakosti za sve bez obzira na razlike u pogledu vjere, rase, spola, jezika, itd. Načelo nediskriminacije je proklamovano u svim međunarodnim dokumentima, počev od čuvene francuske Deklaracije o pravima čovjeka i građanina koja u svom prvom članu navodi da se ljudi rađaju slobodni s jednakim pravima, pa preko Povelje UN-a kojom počinje savremeno razdoblje u zaštiti ljudskih prava i sloboda kao najvećih društvenih vrijednosti. S obzirom na to i načelo zabrane diskriminacije je posebno naglašeno. Međutim i pored brojnih univerzalnih, regionalnih te nacionalnih pravnih akata koji zabranjuju diskriminaciju po bilo kom osnovu, na društvenoj i političkoj sceni imamo nemali broj primjera gdje se ovo načelo ne poštuje i time ugrožavaju osnovna prava manjinske populacije.⁴¹ U kontekstu neposrednog odlučivanja građana na američkom tlu, zabilježeni su brojni primjeri gdje je referendumska demokratija bila osnov za ugrožavanje prava manjina. „Građani Oklahome usvajaju 1910. godine, ustavni amandman poznat pod nazivom *Grandfather clause* koji povezuje biračko pravo s određenom razinom obrazovanja. Amandman se odnosio na crno stanovništvo, budući da su bijelci bili oslobođeni provjera. Vrhovni sud SAD – a je 1915. godine ukinuo odluku, no demokratski izabrano zakonodavno tijelo ponovo usvaja prijedlog.“⁴² Ovdje imamo jedan paradoks gdje iako je utvrđena diskriminacija od strane najviše sudske instance, izabrani predstavnici to zanemaruju i potvrđuju prijedlog. Nadalje, „narodnom inicijativom iz 1920. u Kaliforniji se nastoji spriječiti kupoprodaja nekretnina osobama japanskog porijekla. U nekoliko američkih država 1960.–tih usvajaju se referendumske odluke kojim se regulišu uvjeti stanovanja između bijelaca i crnaca tzv. *Anti-fair housing Initiatives* u korist bijelaca“⁴³ Iako je Vrhovni sud osporavao ovakve rasističke inicijative, većina referenduma i inicijativa je nailazila i dalje na pozitivan odjek kod građana (čak 90%). Ukoliko bi sudije osporavale neku odluku

41 V. Barić-Punda, „Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela ljudskih prava i sloboda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2005, 30 i dalje, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/37849>

42 B. Kostadinov/S. Barić, „Sudski nadzor referendumskih odluka u savezним državama Sjedinjenih Američkih Država“, Hrvatska i komparativna javna uprava, Institut za javnu upravu, Zagreb 2006., 66. Dostupno na: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=200442

43 Detaljnije u: Sylvia R. Lazos. *Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Vote on Minorities Democratic Citizenship*, Ohio State Law Journal, vol. 60., 1999., 425 -427, preuzeto sa: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1493&context=facpub>

ili postavljeno referendumsko pitanje, javnost bi odmah osporavala odluku Vrhovnog suda, što bi čak dovodilo do opoziva sudija na referendumu koji su glasali protiv takvih diskriminatorских odluka. Zbog način izbora⁴⁴, sudije su pri kontroli i odlučivanju o dopuštenosti referendumskih pitanja često pokazivali svoju suzdržanost. Građani Kalifornije, nakon rasističkih inicijativa prelaze na prijedloge usmjerene protiv migranata i homoseksualaca. „Prijedlogom 187, migrantima je bilo osporavano temeljno pravo na upotrebu svog jezika i pisma u komunikaciji sa državnom administracijom, zabrani pružanja zdravstvene i socijalne pomoći. Prijedlogom br. 227 u kalifornijskim školama zabranilo se dvojezično izučavanje predmeta u školama gdje su nastavu pohađala djeca latinoamrečkog porijekla, s ciljem njihove marginalizacije iz društvenog i javnog života.“⁴⁵ Ovim se nastojalo asimilirati stanovništvo koje nije pripadalo engleskom govornom području. Kao jedan od novijih primjera ugrožavanja pripadnika manjinskih skupina, kroz institut referenduma imamo u susjednoj Hrvatskoj. Ovo je treći po redu referendum koji je raspisan u Hrvatskoj, (prvi je bio o hrvatskoj nezavisnosti iz 1991. godine i referendum o pristupanju EU 2012.godine), a prvi na temelju potpisa državljana. Referendum o ustavnoj definiciji braka održan je 01.12.2013. godine, a pokretač je bilo udruženje „U ime obitelji“. Cilj referenduma je bio da se Ustavom Hrvatske brak definira kao zajednica žene i muškarca.⁴⁶ Uz prikupljeni dovoljan broj potpisa hrvatski Sabor je izglasao ovaj referendum. „Na prvi građanski referendum u hrvatskoj povijesti, na birališta je izašlo 37,89% birača, „ZA“ se izjasnilo njih 65,75%, a „PROTIV“ 33,63%. Radilo se o velikoj pobjedi konzervativaca, uz potporu crkve, te je rezultat značio da će se Ustavom u RH zabraniti istospolni brak. Udruga „U ime obitelji“ tvrdila je da je to način da se sačuva tradicionalna institucija braka, dok su kritičari upozoravali na to da se time ozbiljno ugrožavaju ljudska i manjinska prava.“⁴⁷ Ovakva ustavna odredba pored toga što s jedne strane marginalizira određenu manjinsku grupu, te zabranjuje istospolne brakove, s druge pak udaljava Hrvatsku od savremenih garancija ljudskih prava i sloboda. Homoseksualna populacija je na neki način spriječena da ostvaruje svoja prava i interese kroz političke procese. Organi EU nisu komentarisali rezultate referenduma, iz razloga što je ova materija ostavljena u nadležnost samim državama članicama. Ustavni sud dajući mišljenje o definiciji braka, a samim tim i referenduskim rezultatima između ostalog je kazao „brak

44 Suci Vrhovnog suda SAD imaju doživotni mandat i to im garantuje i savezni Ustav, dok to nije slučaj i sa saveznom državama, gdje je sudstvo izloženo biračkoj volji većine. Riječ je o stranačkom neposrednom izboru, gdje kandidati uz svoje ime navode i političku stranku koja ih je predložila, u tom slučaju suci koji svojim stavovima odstupaju od mišljenja većine građana na neposrednim izborima najčešće ne prolaze. Opširnije vudjeti u B. Kostadinov/S., Barić, „Sudski nadzor referendumskih odluka u SAD – u“, 62 i dalje.

45 Opširnije o ovim prijedlozima vidi u: Sylvia R. Lazos, 427 - 428

46 T. Petrašević/D., Duić/E., Buljan, „Prava istospolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku“, Strani pravni život, Srbija 2017,157, dostupno na: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=598670>

47 Ibidem

kao životna zajednica žene i muškarca ne smije imati nikakvog uticaja na daljnji razvitak zakonskih okvira izvanbračne i istospolne zajednice u skladu sa ustavnim zahtjevom da svako u Hrvatskoj ima pravo na poštovanje i pravnu zaštitu svog spolnog i obiteljskog života, te svog ljudskog dostojanstva.⁴⁸ Zbog činjenice da je referendumom o braku zabranjeno sklapanje istospolnih brakova, kao politički odgovor na ovakve rezultate 2014. godine je usvojen Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola.⁴⁹ U kontekstu referendumskog odlučivanja o temeljnim ljudskim pravima i slobodama u Hrvatskoj potrebno je spomenuti i dvije neuspjele referendumske inicijative (zbog nedovoljnog broja prikupljenih potpisa), pokrenute od strane udruženja „Narod odlučuje“ i „Istina o Istanbulskoj“. Prva inicijativa se odnosila na ograničavanje prava manjinskih saborskih zastupnika, a druga na otkazivanje Istanbulske konvencije.⁵⁰ Prvom referendumskom inicijativom nastojalo se oduzeti pravo zastupnicima nacionalnih manjina da odlučuju o dva pitanja iz nadležnosti Hrvatskog sabora i to o povjerenju vladi i usvajanju državnog budžeta. Ovim činom bi se istovremeno oduzelo pravo na ravnopravno učešće u radu predstavničkog organa. Pored navedenog, prijedlog je išao i u smjeru smanjenja broja saborskih zastupnika nacionalnih manjina sa sadašnjih 5-8, na maksimalno 6 mandata, što predstavlja njihovu jasnu derogaciju i pokušaj ograničavanja da utiču na donošenje bitnih državnih odluka. Ovim aktom u Saboru bi se napravio nepremostiv jaz između zastupnika, jer bi se neopravdano kršilo aktivno biračko pravo pripadnika nacionalnih manjina i time se u mnogome povrijedila nacionalna ravnopravnost hrvatskog društva.⁵¹ Imajući u vidu činjenicu da je Hrvatska kao članica EU, koja je u svoj pravni poredak unijela veliki broj međunarodnih dokumenata i prihvatila međunarodne standarde kojima se garantuju prava pripadnika nacionalnih manjina, „nametanje ograničenja postojećih prava koja se pružaju pripadnicima manjina bi bilo suprotno prvobitnoj svrsi uvođenja takvih standarda i neproporcionalno pogoršalo postojeći položaj zajamčen pripadnicima nacionalnih manjina.“⁵² Istanbulska konvencija prvi je pravno obavezujući međunarodni akt ovakve prirode za borbu protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja. Ovim dokumentom se daje jedan sasvim novi okvir

48 Ibidem, 158.

49 Narodne novine 92/14, 98/19, stupio na snagu 01.01.2020, tekst zakona dostupan na: <https://www.zakon.hr/z/732/Zakon-o-%C5%BEivotnom-partnerstvu-osoba-istog-spola>

50 Istanbulska konvencija, međunarodni dokument o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, međunarodni dokument sastavljen u okviru Vijeća Evrope koji je maju 2011. potpisan u Istanbulu, a na snagu stupila u augustu 2014. zbog čega je poznat još i kao Istanbulska konvencija. Konvencija ima za cilj sprječavanje nasilja, zaštitu žrtava i “okončavanje nekažnjivosti počinitelja”. Do januara 2018. godine potpisalo ju je 46 država te Europska unija. Integralni tekst konvencije dostupan na: <https://rm.coe.int/1680464e6e> (17.08.2019)

51 Kuća ljudskih prava Zagreb, Preuzeto sa:

<http://www.kucaljudskihprava.hr/2018/12/25/referendumsko-odlucivanje-o-temeljnim-ljudskim-pravima/>

52 Ibidem.

i precizan međunarodnopravni pristup za djelovanje država potpisnica protiv nasilja nad ženama i u porodici. Konvencija je stupila na snagu u augustu 2104. godine, nakon što ju je ratificiralo deset članica Vijeća Evrope, dok je u Hrvatskoj ista stupila na snagu u oktobru 2018. godine. Stupanje na snagu konvencije izazvalo je burne rasprave među kojima je i građanska inicijativa „Istina o Istanbulskoj“ kojom se nastojao provesti referendum o njenom otkazivanju.⁵³ Osnovni razlog pokretanja referendumske inicijative bilo je uvođenje tzv. „rodne ideologije“ što u konačnici nije tačno. Nedovoljnim brojem prikupljenih potpisa od strane građana inicijativa je odbijena od nadležnih organa. Iz svega navedenog možemo zaključiti da bi u slučaju otkazivanja ove Konvencije koja predstavlja instrument borbe protiv nasilja, putem referenduma, direktno bila narušena temeljna prava zagrantovana Ustavom. Ljudska prava i slobode predstavljaju stub demokratski uređenog građanskog društva, a njihova pravna zaštita je garantovana najvišim nacionalnim i međunarodnim standardima, te bi svako derogiranje prihvaćenog nivoa zaštite tih prava značilo njihovo automatsko ugrožavanje i kršenje. Pitanja ljudskih prava, pristupanja, ratifikacije ili otkazivanja međunarodnih ugovora, budžetska i porezna politika, statusi manjinskih zajednica, pomilovanja, trebala bi biti zakonski isključena od neposrednog odlučivanja građana.⁵⁴ U suprotnom bi se referendumom kao institutom i tekovinom neposredne demokratije direktno zadiralo u ustavnopravni poredak države. „Bez donošenja efikasne zakonske regulacije oblasti koja normira praktičnu upotrebu referenduma, referendumska demokratija ne može ispuniti svoju pravu misiju u savremenim demokratijama.“⁵⁵ Posljednjih godina društvo se na globalnom nivou nalazi pred velikim izazovima nastalih iz povećanog nasilja, rasizma, ekstremizma, ksenofobije, diskriminacije i netolerancije. U kontekstu svega navedenog obaveza je nadležnih organa da izričito propišu pitanja i oblasti koja mogu da budu predmetom referenduskog odlučivanja. U ovakvim situacijama nužnost ustavnosudske interevencije je neophodna i to u smjeru isključivanja referenduskog načina odlučivanja iz onih oblasti u okviru kojih bi organizovanje referenduskog izjašnjavanja prijetilo ugrožavanju prava drugog i drugačijeg, a čime bi bila spriječena zloupotreba referenduma na štetu ljudskih prava i sloboda. Nadležni sudovi ili za to formirana posebna tijela su dužna da provode adekvatnu kontrolu nad cijelim referenduskim procesom. Pitanja koja bi eventualno bila predmetom neposrednog odlučivanja građana bi trebala proći prethodnu kontrolu od strane nadležnog tijela. Ukoliko i dođe do toga da se na referendumima pojavi pitanje koje se odnosi na nacionale manjine ili druge manjinske grupacije, to bi već prethodno adekvatnim zakonima trebalo biti predviđeno i to na način da se utvrde postoci izlaznosti građana na referendum koji bi uključivali i nacionale manjine,

53 Vidjeti opširnije u: V. Trglačnik, „Medijsko praćenje ratifikacije Istanbulske konvencije“, završni rad, Sveučilište Sjever, Sveučilišni centar Koprivnica, 2018, 3, dostupno na: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:122:549988>

54 Vidjeti u: I. Pereša/D. Zelić, 5 i dalje.

55 E. Fejzić, „Nedostaci i ograničenja referendumske demokratije“, 27.

ali i pozitivnog odgovora na referendum kako bi usvojena odluka bila legitimna. Uzimajući u obzir i činjenicu da su građani ti koji odlučuju, pored angažmana javne vlasti, a s ciljem spriječavanja nastanka diskriminatorskog efekta referendumskih rezultata, možemo kazati da bi svijest građana o tome trebala biti podignuta na najviši nivo. To bi se postiglo pravilnom i što potpunijom edukacijom o referendumskom predmetu svih učesnika referendumskog procesa.

4. Zaključak

Referendumi su bili i ostaju važan dio pravnih i političkih procesa ne samo u Evropi nego i svijetu. Od Francuske revolucije pa do EU, korištenje instituta direktne demokratije postalo je sve raširenije. Iako se EU bori sa demokratskim deficitom, evropske zemlje kao dio procesa odlučivanja o ulasku ili izlasku iz EU, za ratifikaciju većine ugovora EU koriste referendum. Skoro sve zemlje koje su demokratski uređene, u svojim pravnim sistemima imaju ugrađene određene oblike direktne demokratije kojima se građanima garantuje i pruža mogućnost učešća u donošenju političkih odluka. Prema savremenom poimanju demokratije nemoguće je govoriti o demokratski definisanoj državi, bez da se obrati pažnja na položaj građanina i na nivo poštivanja ljudskih prava i sloboda. I pored velikog broja usvojenih i priznatih međunarodnih dokumenata čija su tematika upravo ljudska prava i slobode, njihova zaštita i ostvarivanje su i dalje jedno od najsloženijih pitanja moderne demokratske politike. Referendumom (kao jednim od političkih prava građana) ostvaruje se aktivna uloga u procesu političkog odlučivanja. U tom smislu referendumске odluke bi trebale da budu izraz direktne opće volje naroda, ali u posljednje vrijeme nisu tako rijetke situacije u kojima ta volja biva voljom samo određene grupacije koja je brojčano veća u odnosu na ostale. Tako na primjer, ukoliko se putem referendumskog odlučivanja pitanja odnose na ljudska prava i slobode i odlučivanje o istim, gotovo uvijek će ona manja grupacija biti diskriminisana. U takvom slučaju može se s pravom posumnjati u legitimitet odluke koja je nastala na jedan od najdemokratskijih načina. Praznina u referendumskom odlučivanju pogoduje većinskim populacijama, koje vješto koriste ovaj oblik demokratije da zadovolje vlastite interese, usljed čega dolazi do povrede prava pripadnika manjinskih populacija, što se može vidjeti iz slučajeva koji su rješavani pred Vrhovnim sudom SAD- a. Stoga je neophodno da se pristupi ozbiljnije prema referendumskom odlučivanju, na način da se zaštite temeljna ljudska prava svih građana bez obzira na pol, rasu, vjeroispovjest i druge elemente po kojima se građani razlikuju. To se može ostvariti na način da se uspostavi adekvatna kontrola referenduma, ali ne samo referendumskih odluka, nego cjelokupnog referendumskog procesa. Efikasnom ustavnom, a nadalje i zakonskom regulativom primjene referenduma u praksi, referendumска demokratija bi mogla ispuniti svoja očekivanja. Nadležni sudovi ili za tu svrhu formirana posebna radna tijela bi bila dužna da iz referendumskog odlučivanja

izuzmu svako ono pitanje kojim bi se ugrožavalo pravo/a drugog ili drugačijeg. Onog momenta kada određena politika legitimnim putem pokušava da ostvari nedemokratske ciljeve, svaki oblik demokratije pa i referendumski gubi svoj stvarni smisao. Nepristrasni i profesionalni mediji su pretpostavka demokratskog i građanskog društva. Edukacija građana, pravilno informisanje od strane medija su pretpostavke pravilnije i potpunije referendumske odluke. Kontrolisanjem sadržaja referenduskog pitanja utvrđuje se da li referendum ima svoju ustavnu i pravnu osnovu. Evropski ustavni sudovi i vrhovni sudovi SAD dobar su primjer ustaljene prakse kontrole referenduskog procesa. Kontrolom načela jasnoće referenduskog pitanja, oni kontrolišu sadržaj i formu istog. Poseban naglasak bi trebalo staviti na pitanja koja se tiču prava nacionalnih manjina, kako ne bi došlo do umanjivanja vrijednosti glasa pripadnika ovih grupacija, te se zakonski treba odrediti postotak učešća građana na glasanju, uključujući i nacionalne manjine. Politička socijalizacija građana, jačanje svijesti o štetnim efektima diskriminacije po društvo u cjelini, te educiranje ostalih učesnika referenduskog procesa (državnih institucija, civilnog sektora, medija, jedinica lokalne samouprave) sigurno bi doprinijelo suzbijanju diskriminatornog faktora koji bi referendumska demokratija mogla imati. Uzimajući u obzir prethodno navedeno tamo gdje postoje nepravilnosti i zloupotrebe u vezi referenduma iste proizilaze iz nedovoljne pravne uređenosti referenduskog okvira. Postojanjem pravnih praznina stvara se pogodan prostor za političke aktere i mogućnost da isti zloupotrijebe za neki politički cilj, koristeći pri tome same građane. Stoga se nameće kao nužna obaveza političkih predstavnika da naprave takav pravni okvir i referendum normiraju na način kojim se neće moći dopustiti manipulisanje ovim institutom koji predstavlja pravo svakog građanina.

Literatura:

1. Anđelić Neven. „*Kratka povijest ljudskih prava*“, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarne postdiplomske studije (ACIPS) i Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 2008.,
2. Barić-Punda Vesna. „*Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela ljudskih prava i sloboda*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2005.,
3. Cumming-Bruce Nick/ Erlanger Steven. „*Swiss ban building of minarets on mosques*“, NewYork Times, 2009.,
4. Evropska komisija za demokratiju (Venecijanska komisija), „*Referendumi u Evropi — Analiza pravnih propisa u evropskim državama*“ - Izvještaj koji je usvojila Venecijanska komisija na svom 64. plenarnom zasijedanju u Veneciji 21-22. oktobra 2005.,

5. Fejzić Elvis. „*Nedostaci i ograničenja referendumске демократије*“, Godišnjak BZK Preporod, BZK Preporod, Sarajevo, 2016.,
6. Fejzić Elvis. „*Referendum i demokratska vlast: plebiscitarna демократија као пријетња*“, Pregled časopis za društvena istraživanja, LVIII/2017.,
7. Francis Ottiwell Adams. *Swiss Confederation*, London Macmillan and co. and New York 1889.,
8. Jusić Muhamed. „*Minareti kao trn u oku*“, u: M. V. Barić-Punda, „*Načelo nediskriminacije – jedno od temeljnih načela ljudskih prava i sloboda*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2005.,
9. Kalin Walter. „*Referendum i građanska inicijativa*“, Švajcarska agencija za razvoj i saradnju, Srbija 2005.,
10. Kolednjak Marijana/ Šantalab Martina. „*Ljudska prava treće generacije*“, Tehnički glasnik, Vol.7, No3., Zagreb 2013., K. Trnka *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, 2000.,
11. Kostadinov Biljana/ Barić Sanja. „*Sudski nadzor referendumskih odluka u savezним državama Sjedinjenih Američkih Država*“, Hrvatska i komparativna javna uprava, Institut za javnu upravu, Zagreb 2006.,
12. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,
13. Mojsilović Milan/B. Klačar. „*Neposredno učešće građana u upravljanju lokalnom zajednicom problemi, izazovi i preporuke za unapređenje procesa*“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2011.,
14. Nikolić Oliver. „*Referendum sa posebnim osvrtom na Švajcarsku i Hrvatsku*“, Strani pravni život, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013.
15. Petrašević Tunjica/ Duić Dunja/Buljan Ena. „*Prava istospolnih zajednica u Europskoj Uniji s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku*“, Strani pravni život, Srbija 2017.,
16. Qvortrup Matt. „*Referendums Around the World*“, Coventry University Coventry, UK 2017.,
17. R. Lazos Sylvia. „*Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Vote on Minorities Democratic Citizenship*“, Ohio State Law Journal, vol. 60., 1999.,

18. Spajić-Vrkaš Vedrana. „*Poučavati prava i slobode*“, Istraživačko-obrazovni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2004.,
19. Šalaj Berto. „*Suvremeni populizam*“, Anali hrvatskog politološkog društva, Vol.9, No.1, Zagreb 2012.,
20. Toplak Cirila. „*Referendum: prednosti i nedostaci*“, Političke analize Vol.4 No.14, Centar za cjeloživotno obrazovanje Fakulteta političkih nauka u Zagrebu, Zagreb 2013.,
21. Trglačnik Vlatka. „*Medijsko praćenje ratifikacije Istanbulske konvencije*“, završni rad, Sveučilište Sjever, Sveučilišni centar Koprivnica, 2018.,
22. Učešće građana u javnom životu na lokalnom nivou, Savez općina i gradova FBiH i organizacija VNG International,
23. Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka
24. Zelić Dragan/Pereša Irena. „*Analiza referenduma u Hrvatskoj*“, European Fund for the Balkans, zajednička inicijativa Zaklade Robert Bosch, Compagnia di San Paolo, ERSTE Zaklade i Zaklade King Baudouin, uz podršku NEF-a., Zagreb, 2012.

J.S.D. Mirsad Čizmić

Assembly of Zenica-Doboj Canton

Advisor to the Chairman of the Assembly of Zenica-Doboj Canton for social activities

Aida Čizmić, LL.M.

INFLUENCE OF DECISION-MAKING BY REFERENDUM ON THE RIGHTS OF MINORITY GROUPS

Summary: A referendum is, as the most common form of direct democracy, direct decision-making where citizens vote by direct and secret ballot on a particular issue. In these cases, the answer is yes or no, that is, for or against. However, the referendum, as a form of direct civic participation, if it takes as its subject the decision-making on the human rights of minority groups, in a large number of cases leads to their violation, which is precisely the main hypothesis of this paper. Special emphasis is placed on the fact that referendum processes can often lead to discrimination against certain groups in a given country, especially minority groups (national minorities, homosexual groups, members of a certain race, etc.), especially when it comes to their rights or status are decided by the ruling majority. Banning the referendum, which would have a subject of human rights and freedoms, which are inevitably violated in such situations on the one hand, and on the other are protected by a large number of international documents, would largely prevent improper control and management of the majority over the minority. This can be achieved by establishing an adequate legal framework that will not allow voters to be manipulated legally and legitimately. Additional pressure on the public comes from the mass media, whose performances can largely create an image of public opinion. In addition, it would analyze the extent to which the direct decision-making of citizens affects the fundamental human rights and rights of members of minority groups, as well as the importance and significance of controlling the conduct of referendums and decisions made by independent courts, or at least specifically politically established independent bodies for the subject area.

Keywords: Referendum, direct decision making, human rights, minority rights

Mr. sc. Sanja Pajić

Zamjenica Kantonalnog javnog pravobranioca Hercegovačko-neretvanskog kantona

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE U GRAĐANSKIM PREDMETIMA

Sažetak: Pravo na pravično suđenje osnovni je ideal svih demokratskih pravnih sistema, odnosno stepen ostvarenja ovog prava pokazuje stepen demokratije i vladavine prava u konkretnom društvu. Predmet razmatranja ovog rada su opće garancije pravičnog suđenja propisane čl. 6. Konvencije, kao i njihova primjena u predmetima građanskopravne prirode, koje se temelje na više pravnih načela: ravnopravnost stranaka, nezavisnost i nepristrasnost suda, javnost i kontradiktornost suđenja, pravo na suđenje u razumnom roku, djelotvornost i ažurnost vođenja postupka i slično.

Ključne riječi: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pravo na pravično suđenje, građanska prava i obaveze

1. Pojam prava na pravično suđenje

Pravo na pravično suđenje je „ideal istinske pravde“.¹ Budući da seže u samu suštinu slobode i sigurnosti čovjeka, ovo pravo ima i karakter formalnog ljudskog prava.

Pravo na pravično suđenje proizilazi iz suštine čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje Konvencija).²

Struktura člana 6. Konvencije koncipirana je tako da se prvi stav odnosi na građanski i krivični postupak. Iako to ekscipitno nije formulisano, u ovom stavu sadržani su i principi pravičnosti u skladu s kojima treba tumačiti i sadržaj preostalih dvaju stavova. U članu 6. (1) Konvencije normira se “prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom. Presuda se izriče javno, ali se novinari i javnost mogu isključiti s čitavog ili

1 Č., Sadiković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2001. str. 89.

2 Važnost primjene normi sadržanih u Konvenciji u Bosni i Hercegovini izražena je još od stupanja na snagu Aneksa VI Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini (14. 12. 1995. godine) kojim je Konvencija direktno uvrštena u domaći pravni sistem, a pri tome joj je dat prioritet nad svim drugim zakonima. Bosna i Hercegovina je 24. 04. 2002. godine postala 44. članica Vijeća Evrope, a 12. 07. 2002. godine potpisala je i ratificirala Konvenciju. Pored ostalih prava priznatih Konvencijom, Bosna i Hercegovina mora osigurati svakom građaninu pravo na slobodan pristup sudu u parničnom postupku kao i pravo na pravično suđenje i razuman rok, regulisano članom 6. Konvencije.

jednog dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne sigurnosti u demokratskom društvu, kada to nalažu interesi maloljetnika, ili zaštite privatnog života strana u sporu, ili kada to sud smatra izričito neophodnim zato što bi u posebnim okolnostima publicitet mogao nanijeti štetu interesima pravde.”³

Član 6. Konvencije primjenjuje se pod uslovom da postoji spor koji se tiče građanskih prava i obaveza kao i krivične optužbe protiv osobe koja se poziva na to pravo. Pravo na pravično suđenje osnovni je ideal svih demokratskih pravnih sistema, jer stepen ostvarenja ovog prava pokazuje stepen demokratije društva. Ono se temelji na nizu pravnih načela među kojima su: ravnopravnost stranaka, nezavisnost i nepristrasnost suda, javnost postupka, pretpostavka nevinosti, djelotvornost i ažurnost vođenja postupka, načelo *ne bis in idem* i dr.⁴

2. Pojam građanskih prava i obaveza

Odredba članu 6. (1) Konvencije pruža procesnopravne garancije svakome o čijim se građanskim pravima i obavezama odlučuje. Termin “svako” u smislu člana 6. (1) Konvencije obuhvata fizička i pravna lica, grupe lica, domaće državljane i strance te apatride.⁵ Članom 34. Konvencije propisano je da Evropski sud za ljudska prava (dalje Sud)⁶ može da prima predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe lica koja tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju učinjene od strane neke visoke strane ugovornice. Član 6. Konvencije primjenjiv je pod uslovom da postoji spor koji se tiče građanskih prava i obaveza. Sud tumači ovu odredbu veoma široko. U presudi *Delcourt* od 17. 01. 1970. godine zaključio je: “U demokratskom društvu u okviru značaja Konvencije pravo na pravično provođenje pravde ima tako značajno mjesto da bilo kakvo ograničeno tumačenje člana 6. stav 1. ne bi odgovaralo svrsi i cilju te odredbe.”⁷ Garancije iz člana 6. Konvencije ne primjenjuju se samo na sudske postupke već i na one faze koje im prethode i koje slijede. Član 6. obuhvata i postupke poslije suđenja, kao što je izvršenje

3 M., Nadaždin-Deftedarević, *Evropska konvencija prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Grafit, Mostar, 2007, str. 44.

4 Z., Miljko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb 2006, str. 135.

5 Van Dijk, Van Hoof G. J. H., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo 2001., str. 345.

6 Sud kao poseban organ Konvencije osnovan je 1959. godine na osnovu Konvencije. Konvencijom je propisana njegova nadležnost i organizacija. Cilj osnivanja Suda bio je da svojim autoritetom osigura poštivanje obaveza koje su visoke strane ugovornice preuzele Konvencijom i njenim protokolima. Sud je nezavisno sudsko tijelo, ustanovljeno radi zaštite ljudskih prava koja su navedena u Konvenciji. Nadležnost Suda sastoji se u tome da utvrdi da li postoji povreda prava iz Konvencije, od strane država – potpisnica Konvencije. U tom smislu, članom 19. Konvencije propisuje se uspostavljanje Suda koji će djelovati na trajnoj osnovi. Tako: Č., Sadiković, *op. cit.*, 135.

7 Z., Miljko (2006), *op. cit.*, str. 136.

presuda. Sud je u predmetu *Hornsby protiv Grčke* smatrao da bi pravo na pristup Sudu, što je garantovano članom 6. Konvencije, bilo teorijsko i iluzorno, kada bi domaći pravni sistem države ugovornice dopuštao da konačna i obavezujuća sudska odluka ne bude realizovana na štetu jedne od stranaka.⁸

Pojam prava i obaveza građanske prirode u Konvenciji je prilično nejasan i ostavlja mogućnost za različita tumačenja. Sud se u svojoj praksi nije htio obavezati apstraktnom definicijom koja bi se mogla primjenjivati u svim različitim slučajevima, već se opredijelio da pojmovi prava i obaveze imaju autonomno značenje. Način na koji sud tumači ovaj izraz u stalnom je razvoju. Tako, pitanja koja su nekad bila izvan djelokruga člana 6., poput socijalne sigurnosti, sada uglavnom spadaju u građanska prava i obaveze. Pravo na pravično suđenje tiče se građanskih prava i obaveza, tako se član 6. (1) Konvencije primarno primjenjuje na postupke u okviru pravosuđa jedne države u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obavezama. S druge strane, ono se proteže izvan građanskih predmeta u užem smislu. Izraz "utvrđivanje prava i obaveza građanske naravi" tumači se kroz praksu suda, koja je vremenom proširivala područja primjene člana 6., a po doktrini da je Konvencija živi organizam koji se mora prilagoditi socijalnim potrebama.⁹

Sud, a prije njega i Evropska komisija, u svojim odlukama izrazu "građanskopravne prirode" dali su autonomno značenje, ne preuzimajući klasifikacije iz nacionalnih prava. Razlog za autonomno tumačenje ovih izraza nezavisno od pravne podjele u pojedinim državama jeste osiguranje jednake primjene Konvencije na sve države članice potpisnice Konvencije. Država koja ne bi željela da neko područje pravnih odnosa bude izloženo zahtjevima iz člana 6. Konvencije (dakle zahtjevu pravičnog suđenja), mogla bi jednostavno to pravno područje formalno urediti odredbama nekog drugog, a ne građanskog i krivičnog prava.¹⁰ Po pravilu, član 6. Konvencije bez izuzetaka primjenjuje se na sve one postupke koji se u pravnom sistemu jedne države vode po pravilima parničnog postupka. U mnogim slučajevima Sud je, i u predmetima kad se odlučivalo o upravnim postupcima, smatrao da se radi o pravima građanskopravne prirode i podvrgnuo ih je testu udovoljenja iz člana 6. Konvencije.¹¹ Test se odnosio na pitanje da li se radi o pravu građanskopravne prirode, tj. da li je riječ o imovinskom pravu, te s druge strane, ima li karakteristika javnog ili privatnog prava. Imovinska prava ovdje su shvaćena široko. Sud se suzdržao od davanja bilo kakve apstraktne definicije ovog izraza, izuzev što je napravio razliku između privatnog i javnog

8 N., Mole i C., Harby, „Pravo na pravično suđenje“, *Vodič za primjenu članka 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Priručnik o ljudskim pravima, broj 3, Sarajevo, 2005, str. 15.

9 A., Uzelac, „Pravo na suđenje u građanskim predmetima, nova praksa Evropskog suda za ljudska prava i njen uticaj na Hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 60, br. 1, februar 2010, str. 3.

10 E., Grdinić, „Pravo na pošteno suđenje u postupcima građanskopravne prirode zajamčeno članom 6. st. 1. Evropske konvencije za zaštitu temeljnih sloboda“, *Hrvatska pravna revija*, broj 9/2005, Zagreb, str. 7.

11 *Ibidem*

prava. Sud je donosio odluke u svakom predmetu na osnovu posebnih činjenica. Sud smatra da se garancije

pravičnog suđenja u građanskopravnim stvarima odnose samo na one postupke u kojima postoji spor o nekom takvom pravu. Taj spor prema zaključku Suda mora biti izvoran i stvaran.¹²

Sud je u predmetu *Ringeisen i Konig*¹³ zauzeo stajalište da je bitan sadržaj o kojem se odlučuje, a ne vrsta postupka u kojem se o njima odlučuje, tako da se načelno može preispitati suđenje u svim vrstama postupaka. Bitno je da se u tim postupcima odlučuje o pravima i obavezama privatnog prava, što obuhvata imovinska pitanja, statusne, trgovačke i radne sporove. U ovom slučaju Sud je zauzeo stajalište da se član 6. (1) odnosi na sve postupke čiji je ishod odlučujući u smislu privatnih prava bez obzira na karakter zakona koji reguliše ovu materiju. Kada je neko pravo garantovano domaćim zakonom, Sud će ga najčešće smatrati građanskim pravom u smislu člana 6. (1) Konvencije. U presudi u navedenom predmetu Sud je zauzeo stav da član 6. (1) obuhvata sve postupke čiji je ishod odlučujući za prava i obaveze bez obzira na propise koji određuju kako se neki predmet rješava ili tijela u čijoj je nadležnosti taj predmet. Primjer za to nalazimo i u odlukama Suda u predmetu *Balmer-Schafroth i ostali protiv Švicarske* iz 1997. godine (odnosi se na pravo na zaštitu fizičkog integriteta), *Matter protiv Slovačke* iz 1999. godine (odlučivanje o pitanju pravne sposobnosti), *Kurzac protiv Poljske* iz 2001. godine (pravo na čast i ugled).¹⁴

Da bi se član 6. (1) Konvencije primijenio u građanskom kontekstu, mora postojati "spor" u vezi s nekim od građanskih prava. U više predmeta Sud je utvrdio da se član 6. (1) Konvencije primjenjuje na postupke čiji je ishod imao direktnog utjecaja na određivanje i/ili materijalni sadržaj nekog privatnog prava ili obaveze. To su predmeti: *Konig protiv Njemačke* iz 1978. (odnosi se na oduzimanje prava na vođenje privatne klinike i daljeg bavljenja medicinskom praksom); "*Le Compte, Van leuven i De Meyere protiv Belgije* iz 1981. godine (odnosi se na disciplinski postupak pred profesionalnim udruženjem); *De Moor protiv Belgije* iz 1994. godine (pravo na prijem u advokatsku komoru); *Feldbrugge protiv Holandije* iz 1986. godine (postupak pokrenut radi daljnjeg primanja dodatka za zdravstvenu zaštitu). Postepeno kroz sudsku praksu, Sud je zauzeo stav da pojam građanskih prava i obaveza obuhvata i odlučivanje o davanju ili oduzimanju licenci za: vođenje klinike,¹⁵ otvaranje benzinske pumpe,¹⁶ točenje alkohola,¹⁷ odlučivanje

12 *Ibidem*, str. 8–9.

13 A., Uzelac (2010), *op.cit.*, str. 3.

14 D., Gomien, „Evropska konvencija o ljudskim pravima“, *Naklada*, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, Zadar, 2007., str. 54.

15 *Ibidem*, str. 55.

16 *Bentham protiv Nizozemske*, 8848/80, presuda od 23. 10. 1985. A. Uzelac (2010), *op. cit.*, str. 3.

17 *The Traktorier protiv Švedske*, 10873/84, presuda od 07. 08. 1989. *Ibidem*

o pojedinim pravima iz područja socijalne zaštite i osiguranja,¹⁸ eksproprijaciju i prostorno planiranje,¹⁹ postupke u vezi s odštetom u upravnom postupku.²⁰

U predmetu *Ringeisen protiv Austrije* 1971., Sud je ustanovio da pojmovi građanskih prava i obaveza moraju biti samostalni i da stoga nije potrebno razlikovati privatno-pravne i javno-pravne stvari ili ograničiti primjenu ovog pojma samo na sporove između privatnih osoba. Prilikom utvrđivanja da li je nešto građansko pravo ili obaveza, uvijek se polazi od domaćeg zakonodavstva koje određuje taj pojam, samo je karakter prava o kojem se govori relevantan. Karakter legislative koja reguliše kako će materija biti klasifikovana (kao građansko, privredno, upravno pravo itd...) i tijelo koje će pravno obraditi materiju (redovni sud, upravni organ) od male su važnosti.²¹

Član 6. Konvencije obuhvata i postupke pred Ustavnim sudom kada je ishod takvog postupka odlučujući za neko građansko pravo koje štiti navedeni član. Što se tiče situacije gdje predmet uključuje odnos između pojedinca i države, Sud sve više takvih prava priznaje kao građanska prava. Svrha zaštite koju pruža član 6. stav 1. Konvencije jeste osiguranje pravičnog postupanja, a ne provjera ispravnosti ishoda postupka – odluke u konkretnom slučaju. Sud će odbaciti kao očito neosnovane one zahtjeve u kojima podnosilac primarno želi dovesti u pitanje ispravnost činjeničnih i pravnih utvrđenja iz postupka koji osporavaju, obrazlažući da njegova svrha i funkcija nije u tome da služi kao četvrti stepen suđenja.²²

Garancije pravičnog suđenja primjenjuju se u fazi eksproprijacije, postupcima konsolidacije i planiranja, kao i postupcima dobijanja građevinske dozvole i druge dozvole i odobrenjima vezanim za nepokretnosti. Ovi postupci imaju direktnu posljedicu po pravo vlasništva. Pravo na obavljanje specijalizovane djelatnosti u oblasti medicine ili prava obuhvaćeno je članom 6. Konvencije. Sud smatra također da se član 6. Konvencije primjenjuje i na postupke u kojima se radi o pravima i obavezama iz oblasti porodičnih odnosa, kao što je odluka o dodjeljivanju starateljstva nad djecom, ličnim odnosima roditelja i djece, usvajanju, hraniteljstvu, pravu na socijalno osiguranje, zdravstveno osiguranja, te državne penzije. Garancije iz člana 6. Konvencije primjenjuju se i na javnu upravu, i to na štetu nastalu u upravnom postupku, zahtjev za kompenzaciju zbog nezakonitog držanja u zatvoru prema članu 5. stav 5. Konvencije nakon oslobađajuće presude u krivičnom postupku.²³

Kao građanska prava i obaveze u praksi Suda se ne smatraju: opća pitanja oporezivanja i procjena vezanih za oporezivanje, biračko pravo, pitanja koja se odnose na useljništvo i državljanstvo, obaveza služenja vojnog roka, predmeti

18 *Feldbrugge protiv Nizozemske*, 8562/79, presuda od 29. 05. 1986. *Ibidem*

19 *Jacobsson protiv Švedske*, 11309/84, presuda od 28. 06. 1990. *Ibidem*

20 *Editions Periscope protiv Francuske*, 11760/85, presuda od 26. 03. 1992. *Ibidem*

21 A., Uzelac (2010), *op. cit.*, str. 4.

22 *Ibidem*

23 N., Mole i C., Harby, *op.cit.*, str. 22–23.

koji se odnose na izvještavanje o toku sudskog postupka, pravo na javnu funkciju, odbijanje izdavanja pasoša, pitanje prava koja se odnose na pravnu pomoć u građanskim postupcima, pravo na liječenje o državnom trošku, prijava patenta, sporovi između organa upravne vlasti i uposlenika na radnim mjestima koja uključuju ovlaštenja data na osnovu javnog zakona (policija i vojska).²⁴

3. Pravo na pravično suđenje i javnu raspravu

U odredbi člana 6. (1) Konvencije određeno je da prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza svako ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu pred nezavisanim i nepristrasnim zakonom ustanovljenim sudom. U demokratskim pravnim sistemima pravo na pravično i javno suđenje jedno je od važnijih prava. Step en ostvarenja ovog prava ujedno pokazuje step en demokratije i vladavine prava u konkretnom društvu. Norme sadržane u članu 6. Konvencije počivaju na ideji vladavine prava (*the rule of law*) što znači da svako subjektivno pravo ili ovlaštenje mora uživati zaštitu zakona, kao i to da svaki spor koji nastane povodom kršenja subjektivnog prava ili ovlaštenja ne smije biti riješen arbitarno, već naprotiv, u postupku pred nadležnim i nepristrasnim sudom koji garantuje ravnopravnost stranaka. Demokratija je prisutna u zemljama u kojima su ljudi jednaki i slobodni i gdje se njihova prava štite pred pravosuđem na osnovu zakona.

Korpus ljudskih prava sadržan u članu 6. Konvencije, poput prava na pravično suđenje, prava na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim tribunalom, pravo na kontradiktoran postupak, pa čak i pravo na tužbu, odnosno pristup sudu – predstavljaju jedan od osnovnih stubova demokratskog društva i samim tim čine javni poredak zemalja u kojima je Konvencija na snazi.

3.1. Aspekti pravičnog suđenja

Pravo na pravičan postupak predstavlja najznačajniju i najdalokosežniju garanciju iz Konvencije. Ono obuhvata sva tzv. procesna prava i logički prethodi svim ostalim materijalnim (supstencijalnim) ljudskim pravima, koja bez odgovarajućeg mehanizma njihove zaštite ne bi bila moguća.²⁵

Član 6. Konvencije sadrži impresivan katalog procesnih prava koja bi se mogla podijeliti u tri grupe: prava koja se tiču suda, prava koja se odnose na postupak i prava koja se odnose na sudsku odluku.

Prava koja se odnose na sud obuhvataju: pravo na tužbu, pravo na suđenje pred sudom koji je ustanovljen zakonom, pravo na suđenje pred nadležnim sudom i pravo na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom.

²⁴ *Ibidem*, str. 23–24.

²⁵ A., Uzelac, „Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 1991, str. 1010.

Prava koja se odnose na postupak obuhvataju: pravo na pravično suđenje, pravo na kontradiktoran postupak i princip jednakosti procesnih sredstava, pravo na dokazivanje i pravo na brz i efikasan postupak.

Prava koja se odnose na presudu obuhvataju: pravo suda da obrazloži svoju presudu i pravo države da prizna i izvršava strane sudske odluke.

U daljem izlaganju, obrazložiti će se neki od aspekata prava na pravičan postupak.

a. Pravo na pristup sudu

Pravo na pristup sudu nije navedeno u članu 6. Konvencije, već je ovaj pojam iz opće garancije pravičnog suđenja utemeljio Sud. Član 6. stav 1. Konvencije ne spominje izričito pravo na tužbu, ali ovo pravo predstavlja temelj pravičnog suđenja.²⁶ Ono je materijalno pravo sadržano u članu 6. Konvencije i garantuje subjektivno pravo njegovom titularu da o njegovim pravima i obavezama građanskopravnog karaktera odlučuje sud.²⁷ Pristup sudu mora biti suštinski, a ne samo formalan. To je pravo prvi put spomenuto u presudi *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,²⁸ u kojoj je povreda prava na pristup sudu utvrđena u tome što podnosiocu zahtjeva, osuđeniku koji se nalazio u zatvoru, zatvorske vlasti nisu omogućile nesmetanu komunikaciju s njegovim advokatom, preko kojeg je on imao namjeru podići građansku tužbu i pokrenuti postupak.

Pristup sudu, s obzirom na građanske predmete, podrazumijeva pravo osobe ne samo da se obrati sudu u cilju utvrđivanja svojih prava i obaveza, već i da na propisani način izloži sadržaj svoga slučaja i da to učini pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Bez ovih uslova njeno pravo pristupa ne bi bilo osigurano.²⁹ Samo pravo pristupa sudu nije dovoljno. Ono mora biti djelotvorno. Pravo na pristup sudu nije apsolutno pravo, ono je podložno ograničenjima. Svako ograničenje mora imati legitiman cilj ustanovljen zakonom, te mora postojati razumna razmjernost između sredstava kojima se vrši ograničenje i cilja koji se tim ograničenjima želi postići. Države imaju slobode da u okviru svoje procjene, prema okolnostima, postave ograničenja pristupu sudu. Ograničiti se može sam pristup sudu, a moguće je ograničiti i samo neke njegove aspekte kao što je npr. javnost postupka. Pristup sudu može biti ograničen u određenim okolnostima, npr. zbog zastarjelosti ili traženja od strane u postupku da osigura plaćanje zakonom predviđenih troškova prilikom podnošenja tužbe ili ograničavanje pristupa maloljetnicima i mentalno oboljelim licima. Međutim, niti jedno takvo ograničenje ne smije ugroziti suštinu prava na suđenje.

26 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op.cit.*, str 345.

27 A., Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, str. 174.

28 *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. 02. 1975, serija A br.18; A., Uzelac (2010), *op. cit.*, str. 5.

29 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 133.

Sud nije našao povredu prava na pristup sudu kada stranci nije omogućeno besplatno zastupanje po advokatu u žalbenom postupku. Naglasio je da ne postoji obaveza države da u svim postupcima osigura besplatno zastupanje po advokatu u žalbenom postupku. Ograničenja pristupa sudu ne smiju biti takva da ograniče ili umanje pristup sudu na način koji bi doveo u pitanje samo pravo. Sve dok nacionalno pravo poštuje ove principe, kada postavlja ograničenja pravu pristupa sudu, ne može se govoriti o povredi člana 6. stav 1. Konvencije.

Pravo na pristup sudu može biti povrijeđeno i zakonodavnom intervencijom u postupku koji je u toku. Tako je u presudi *Kutić protiv Hrvatske*³⁰ Sud našao da je zbog prekida postupka određenog zakonom koji je trajao dugo vremena, strankama ustvari bio onemogućen pristup sudu jer sudovi nisu mogli postupati u predmetima za naknadu štete prouzrokovane terorističkim djelom. Ovo pravo nije zahtijevalo da stranke uspiju sa svojim zahtjevom, već da Sud odluči o njihovu zahtjevu, bilo pozitivno ili negativno. Tako u predmetu (*Immobiliare Saffi protiv Italije*, 1999. godine) određeno je da je pravo pristupa sudu bilo onemogućeno strankama, vlasnicima stanova, zakonodavnom intervencijom države gdje je u više navrata odgođeno izvršenje presuda koje su donesene u korist vlasnika stanova i onemogućeno izvršenje pravosnažnih sudskih odluka.

Pravo pristupa sudu garantuje i izvršenje pravosnažnih i konačnih odluka suda koje se u skladu s vladavinom prava moraju izvršavati. Država se ne može pozivati na finansijske poteškoće s kojima je bila suočena kako bi opravdala propust u plaćanju obeštećenja koje je sud naredio.

Načelo pravne sigurnosti zahtijeva da stranke u parnici imaju efikasno pravno sredstvo pomoću kojeg će ostvariti svoja građanska prava.³¹ Tako je u presudi (*Zvolsky i Zvolška protiv Češke*, 2002. godine) Sud odlučio da se rok za ulaganje ustavne tužbe trebao računati od dana kada je odluka Vrhovnog suda dostavljena strankama. Iako se član 6. Konvencije primjenjuje na veliki broj sporova između pojedinca i države, razni imuniteti koje uživaju državni predstavnici ili službenici mogu onemogućiti sudove u takvim predmetima. Međunarodne organizacije mogu imati imunitet u odnosu na građanske tužbe pred domaćim sudovima zemalja domaćina. Država koja sebi ili svojim službenicima dodijeli imunitet od građanske odgovornosti na osnovu "javnog interesa" mora ipak osigurati druga sredstva kako bi osobe koje su pretrpjele štetu zbog neke radnje države, mogle dobiti obeštećenja (*Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1998. godine).³²

Pravo efektivnog pristupa sudu može biti dovedeno u pitanje i u odlukama domaćeg suda o prekidu postupka. Takve odluke donose se radi okončanja nekog drugog postupka pred sudom ili pred organom uprave (npr. odlučivanje o incidentalnom ili prejudicijalnom pitanju), imajući u vidu neizvjesnost okončanja postupka o prethodnom pitanju, posebno kada nema indikacija o tome kada bi se

30 *Kutić protiv Hrvatske*, presuda od 01. 03. 2002., E. Grdinić, *op. cit.*, str. 12.

31 *Zvolsky v Češke* od 26. 10. 2002. *Ibidem*, str. 12

32 D., Gomien, *op. cit.*, str. 60.

ti postupci mogli okončati. U pitanju je predmet od velikog značaja za stranku o kojem sudovi moraju odlučivati bez nepotrebnog odlaganja. Pravo na pristup sudu smatra se jednim od najvažnijih aspekata ljudskog prava na pošteno suđenje. Unutrašnje pravo ne može određivati postoji li pravo na pristup sudu ili ne, jer bi se na taj način mogla izbjeći primjena odredaba Konvencije. Osoba se može legitimno odreći prava na pristup sudu ugovaranjem arbitraže ili drugog načina alternativnog rješavanja sporova, ali odricanje mora u biti izražavati slobodnu volju stranke što podliježe pažljivom preispitivanju suda.³³

b. Pravo na pravnu pomoć

U nekim slučajevima potrebna je profesionalna pravna pomoć kako bi se osiguralo pravo na pristup sudu. Sud je dao tumačenje pristupa sudu u kontekstu sposobnosti stranke da angažuje zastupnika koji bi je efikasno zastupao u cilju zaštite njenih prava. Tako je u predmetu *Airey protiv Irske* (br. 6289/73, presuda od 09. 10. 1979. godine),³⁴ bilo riječi o kompleksnom postupku rastave braka vođenom po aplikaciji žene koja zbog slabog imovinskog stanja nije mogla platiti advokata (iako ga nije morala formalno angažovati), a nije imala pravo na pravnu pomoć, Sud zaključio da je tužiteljici povrijeđeno pravo pristupa sudu jer kao stranka nije sebi mogla priuštiti stručno zastupanje, a samim tim nije imala nikakve šanse za uspjeh. Nakon ovog slučaja pravo na besplatnu pravnu pomoć za one koji je ne mogu sebi priuštiti, iako je u tekstu Konvencije bilo predviđeno samo za krivični postupak, kroz praksu Suda prošireno je i na sporove građanske prirode, ako je osoba zbog nedostatka pravne pomoći ograničena u sposobnostima da zastupa i brani svoja prava i interese.³⁵

Međutim, postoje i određeni slučajevi kada država može odbiti da pruži besplatnu pravnu pomoć, a da time ne prekrši član 6. Konvencije, ako jasno proizilazi da je osoba upućena u pozitivne propise i zakone, ne suočavajući se sa složenim pravnim pitanjima (npr. presuda u predmetu *McVicar protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, iz 2002. godine).

c. Pravo na procesnu ravnopravnost

Načelo jednakosti oružja podrazumijeva da svaka stranka u postupku mora imati mogućnost iznijeti svoj stav sudu pod uslovima koji je neće dovesti u nepovoljniji položaj u odnosu na protivnika. Dakle, između stranaka mora postojati parnična ravnoteža, tj. princip ili pravo ravnopravnosti stranaka pred

33 Presuda *Deweer protiv Belgije*, 6903/75; presuda od 27. 02. 1980, str. 49. A., Uzelac, (1991), *op. cit.*, str.5; U navedenom slučaju odricanje se odnosilo na prihvatanje nagodbe o globi koju je podnosilac prihvatio umjesto suđenja u prekršajnom postupku tokom kojeg bi njegova radnja bila zatvorena.

34 Presuda *Airey protiv Irske*, 6289/73 od 09.10.1979. godine. *Ibidem*, str 5.

35 A., Uzelac (2010), *op. cit.* str. 5.

sudom (jednakost oružja). U kontekstu građanskog postupka objema strankama u postupku mora biti data razumna mogućnost da izlože svoj predmet, uključujući i iznošenje dokazne građe pod uslovima koji ih ne stavljaju u podređen položaj u odnosu na protivnika.³⁶ Ovaj princip ima važnu ulogu u svim fazama postupka i predstavlja jedan od osnovnih postulata prava na pravično suđenje.³⁷

Kršenje ovog principa, Sud ustanovljava u mnogim odlukama, kao kada je domaći sud temeljio odluku na podnescima o kojima suprotna strana nije bila obaviještena, npr.: *Walson protiv Norveške*, presuda iz 2003. godine, *Slimaine – Kaid protiv Francuske*, presuda iz 2000. godine; *Mac gee protiv Francuske*, presuda iz 2003. godine. Sud je ustanovio isto i kada je jednoj stranci uskraćen pristup relevantnim dokumentima u spisu, kao u odlukama Suda: *Mc Michael protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1995. godine; *Kerojarvi protiv Finske*, presuda iz 1995. godine, ili kad je odbijeno da se neki dokazi uzmu u razmatranje: *De Haes i Gijesels protiv Belgije*, presuda iz 1997. godine, ili kada su sudovi razmatrali podneske samo jedne strane: *Hiro Balani protiv Španije*, presuda iz 1994. godine i *Keegen protiv Irske*, presuda iz 1994. godine.³⁸ Također, Sud je utvrdio povredu kada je dijete oduzeto majci neposredno po rođenju i dato na usvajanje sedmicu dana kasnije, a da roditelji nisu imali mogućnost dobiti pravnu pomoć i bez uključivanja nadležne sudske vlasti (*P. C. i S. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda iz 2002. godine). U predmetu *Feldbrugge* Sud je došao do zaključka da je član 6. (1) Konvencije bio prekršen jer podnosilac predstavke nije dobio priliku dati svoj komentar na nalaz sudskog vještaka, što je imalo odlučujući značaj na ishod postupka.³⁹

d. Pravo na javno i kontradiktorno suđenje

U skladu s konstantnom praksom Suda, princip kontradiktornosti znači da je sud dužan omogućiti svakoj stranci da se koristi svojim procesnim sredstvima, i da s tim u vezi nijedna stranka ne smije biti u povoljnijem procesnom položaju od druge strane. Za razliku od principa procesnopravne ravnopravnosti stranaka, kod primjene principa kontradiktornosti naglasak se stavlja na ravnopravnost u saznanju, odnosno znanju o parničnim radnjama druge strane. Ako sud to nije omogućio tokom postupka, postojat će povreda načela kontradiktornosti. Pod ovim načelom podrazumijeva se pravo stranke da se izjasni o predmetu spora, te o dokazima protivne stranke. Po pravilu, postupak bi trebao biti usmen. Iz odluka Suda proizilazi da se povreda člana 6. (1) Konvencije pojavljuje ako je stranka zahtijevala da se održi usmeno ročište, a to pravo bilo joj je uskraćeno.

36 V., Haubrich, „Pravo na slobodan pristup sudu u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, 2012, str. 12.

37 *Neumeister protiv Austrije*, presuda od 27. 06. 1968, Seria A.), A., Jakšić, *op. cit.*, str. 194.

38 D., Gomien, *op. cit.*, str. 67.

39 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op.cit.*, str. 404; presuda od 29. 05. 1993.

Prema članu 6. stav 1. Konvencije svako ima pravo na javnu raspravu prilikom utvrđivanja svojih prava i obaveza građanske prirode. Novinari i javnost mogu biti isključeni s cijelog ili dijela suđenja u interesu morala, javnog reda ili državne sigurnosti u demokratskom društvu, ili kada to nalažu interesi maloljetnika, zaštita privatnog života stranaka u sporu, ili kada to sud smatra neophodnim zato što bi se mogla nanijeti šteta interesima pravde.⁴⁰

Pravo na javnu raspravu obično uključuje i pravo na ročište, kao i pravo na javno objavljivanje presude. Ovo načelo zahtijeva da stranke u postupku imaju saznanja o svim dokazima i očitovanjima, koje je u spis dostavila suprotna strana, kao i mogućnost uvida u sve dokaze.

Za povredu ovog načela dovoljan je samo čin postojanja povoljnijeg procesnog položaja, dok meritorni ishod postupka nije relevantan. U pravilu, postojat će povreda principa ravnopravnosti stranaka kada sud na istu okolnost usvaja dokazne prijedloge jedne stranke, a odbija dokazne prijedloge druge stranke, ili kada uopće ne razmatra dokazne prijedloge druge stranke, ili kada jednoj od stranaka ne dostavlja podneske druge stranke ili mišljenja i nalaze vještaka koja je već dostavila drugoj stranki, ili kada dopušta da jedna stranka postavlja pitanja drugoj stranki, dok istu mogućnost ne ostavlja drugoj stranci. Tako Sud u predmetu *Monto Vanelli protiv Francuske* ističe da je jedan od elemenata pravičnog suđenja, u značenju koji ima po članu 6. (1) Konvencije, pravo na primjenu principa kontradiktornosti u postupku. Svaka strana u postupku mora u principu imati priliku ne samo da bude upoznata s dokazima koji su nužni kako bi njena žalba bila uspješna, već i da zna i da može komentarisati sve dokaze koji su izvedeni ili davati primjedbe koje su uložene u spis u smislu utjecanja na odluku suda.⁴¹

S načelom saslušanja stranaka u uskoj je vezi pravo uvida u spis, pravo saznanja sadržaja spisa, te navoda i dokaza suprotne strane. Član 6. (1) Konvencije obavezuje sudove da daju obrazloženje za svoje presude. Ovo se posebno odnosi na niže sudove i druge organe vlasti koje donose odluke i čija je obaveza dati obrazloženje da bi se omogućilo korištenje prava na žalbu ukoliko postoji.⁴²

Član 6. stav 1. Konvencije zahtijeva da saslušanje bude javno. Evropska komisija za ljudska prava je definisala logiku tog zahtjeva na sljedeći način: „Javna priroda postupka pomaže da se pravično suđenje osigura zaštitom učesnika od svojevoljnih odluka i omogućavanjem da društvo kontrolira provođenje pravde. Kombinirano sa javnom objavom presude, javna priroda saslušanja služi da osigura da javnost bude blagovremeno i propisno informisana putem štampe kao i da javnost može pratiti proces. To će osigurati povjerenje u provođenje pravde.“⁴³ Cilj javnosti sudskog postupka jeste zaštita od tajnog vođenja sudskih postupaka

40 N., Mole i C., Harby, *op. cit.*, str. 47.

41 *Montovanelli protiv Francuske* od 18. 03. 1997., M. Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 150–176.

42 D., Gomien, *op. cit.*, str. 68.

43 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, str. 24.

i osiguranja povjerenja u sudski postupak. Iz ovoga slijedi da postupak koji je otvoren samo za stranke i njihove zastupnike ne zadovoljava kriterije po ovoj odredbi Konvencije.⁴⁴

Pored značaja prava na javno suđenje za ostvarenje načela vladavine prava, kao i prava na pravično suđenje, u Sudu se javnost suđenja posmatra na postupak u cjelini, uključujući i žalbeni postupak.⁴⁵ Postupci po žalbi i vanrednim pravnim lijekovima, odvijaju se pismeno, bez održavanja usmenog ročišta. Posmatrajući postupak u cjelini, u pravilu je teško naći zakonodavstvo koje ne počiva na kombinaciji načela usmenosti i pismenosti. Prvostepeni postupak odvija se u skladu sa načelom usmenosti, uz obavezno održavanje ročišta. Međutim, postoje i izuzeci. Iz prakse Suda u slučaju *Le Compte, Van Leuven and De Meyre*, presuda od (23. 06. 1981. godine),⁴⁶ proizlazi da se stranke mogu validno *ex ante* odreći prava na javno suđenje, kao i prava na usmenu raspravu. Ovo odricanje može biti učinjeno i konkludentnom radnjom. Odricanje prava na javno suđenje ili prava na usmenu raspravu ne smije biti protivno interesima javnog poretka. Učešće štampe i medija u praćenju suđenja zagantovano je, osim ako se ne primjenjuje neki od izuzetaka prava na javno suđenje. Ovo pravo medija u pravilu je suprotno pravu na privatnost iz člana 8. Konvencije koja ima primat. Pravo na javno suđenje podložno je ograničenjima koja javnost može isključiti s cijelog ili dijela suđenja. Nacionalno pravo ne mora sadržavati obavezu održavanja usmene rasprave. Pravo na javnost postupka nije apsolutno,⁴⁷ jer princip javnog suđenja nema apsolutni karakter. Razlozi za isključenje javnosti mogu biti opći, te razlozi koji se odnose na predmet postupka i njihove učesnike.

Opći razlozi za isključenje javnosti jesu: interesi morala, interesi nacionalne bezbjednosti, te interesi javnog reda. Isključenje zbog predmeta postupka i stranaka odnosi se na zaštitu maloljetnika, privatnog života i interesa pravosuđa.

U pogledu mogućnosti odricanja od usmene rasprave, u Konvenciji je propisano različito postupanje u zavisnosti od stadijima postupka, samog položaja stranaka i njihove pravne pozicije (kada se usmena rasprava održava samo na zahtjev stranke, ili kada se usmena rasprava zakazuje *ex officio* i na zahtjev stranke). Sud je stajališta da je neophodno da se obezbijedi javnost u postupku, čak i kad se on vodi po pravnim lijekovima. U nizu svojih odluka Sud je naglasio da je održavanje javne sudske rasprave jedno od fundamentalnih principa prava na pravično suđenje iz člana 6. (1) Konvencije i da je to jedan od uslova da se bi se osiguralo povjerenje javnosti. Pri ocjeni je li suđenje bez održavanja javne usmene rasprave udovoljilo zahtjevima pravičnog suđenja, Sud će najprije ocijeniti da li je bilo nekih razloga za isključenje javnosti koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, zaštite interesa maloljetnika, ili u opsegu koji je po mišljenju Suda bezuslovno

44 D., Gomien, *op. cit.*, str. 65.

45 A., Jakšić, *op. cit.*, str. 204.

46 *Ibidem*

47 Č., Sadiković, *op. cit.*, str. 92.

potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost bila štetna po interese pravde.⁴⁸

Međutim, u svakom slučaju presuda mora biti javno izrečena (npr. *Rushiti protiv Austrije* iz 2000. godine).⁴⁹ Javnost postupka kao dio pravne i demokratske Evrope, izražena je u sloganu “Justice is not only to be done, but to be seen be done.” („Nije dovoljno da se pravda ostvari, nego i da se vidi da je ostvarena“). To je svakako jedan od načina demokratskog uvida i demokratske kontrole nad radom sudstva, kao bitnim elementom pravne države.⁵⁰ Sud je zauzeo stav da rasprave u predmetima unutar zatvora mogu biti održane u privatnosti. U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda od 28. 06. 1984. godine, stav 879), Sud je stava da se mora uzeti u obzir javni red i mir kao i sigurnosni razlozi da bi se ovaj postupak vodio javno.

e. Pravo na saslušanje

Pravo je stranke da bude prisutna na raspravi i da bude saslušana kao izvor informacija o određenim okolnostima koje su predmet postupka. Onemogućavanje prava stranki da bude saslušana i prisutna raspravi predstavlja kršenje prava na pravično suđenje.

f. Pravo na postupanje zakonom ustanovljenog, nezavisnog i nepristrasnog suda

Član 6. (1) Konvencije garantuje pravo na pravično suđenje pred zakonom ustanovljenim, nezavisnim i nepristrasnim sudom.

Što se tiče uslova da sud mora biti “ustanovljen zakonom”, on proizlazi iz opće doktrine u podjeli vlasti i vladavini prava u demokratskom društvu. Zbog socijalne važnosti pravosuđa u modernom društvu, potrebno je da se sastav, organizacija i nadležnost sudova propisuje na nivou zakonodavne vlasti (dakle parlamenta ili najvišeg zakonodavnog organa), a ne od strane drugih organa vlasti, a posebno izvršne vlasti.⁵¹

Nezavisnost i nepristrasnost u suđenju čine opće pravne principe koji se primjenjuju na sve postupke u kojima se odlučuje o pojedinačnim pravima i obavezama, pa čak i na one postupke koji ne potpadaju pod primjenu Konvencije.⁵²

Odbor ministara Vijeća Evrope, radi značaja ove oblasti u zaštiti prava na pravično suđenje, dao je osnovne preporuke koje se tiču sudstva i pravosuđa, polazeći od člana 6. stav 1. Konvencije.⁵³

48 N., Mole i C., Harby, *op. cit.*, str. 141.

49 D., Gomien, *op. cit.*, str. 66.

50 Ć., Sadiković, *op. cit.*, str. 92.

51 P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op.cit.*, str. 339.

52 A., Jakšić, *op .cit.*, str. 181.

53 Najvažnije preporuke su sljedeće: Preporuka broj R (94) 12, Preporukom broj R (81) 7, Preporuka broj R (84) 5, Preporukom broj R (95), Preporuka broj R (869) 12. Tako: A. Bačić, *et al.*, *Pravo na pošteno suđenje i razuman rok: Pravo azila*, Organizator, Zagreb, 2003, str. 215.

Samo je u nekoliko predmeta Sud zaključio da se radi o nepoštivanju kriterija po kojima sud mora biti ustanovljen zakonom. U predmetu *Coeme i ostali protiv Belgije* iz 2000. godine, Sud je našao kršenje ove odredbe kada je Kasacioni sud doveo u vezu privatna lica s krivičnim postupkom protiv ministra u vladi. Dovodeći u vezu ove predmete, Kasacioni sud pozvao se na opću ustavnu odredbu koja je tom sudu davala nadležnost u krivičnim predmetima protiv vladinih ministara, ali se nije pozvao na pravni osnov po kojem bi se moglo suditi privatnim licima.

Pravilo je da se smatra da su sudovi nezavisni, i od domaćih sudova rijetko se zahtijeva da odlučuje da li je neki sud nezavisan, izuzev u situacijama kada se od njih traži da razmatraju odluke vanskudskih tijela. Sud u Strasbourgu smatra da sud mora biti nezavisan i od izvršne vlasti i od stranaka (Presuda od 16. 07. 1971. godine: *Ringesien protiv Austrije*, stav 95)⁵⁴. Prisustvo osobe s pravnim kvalifikacijama u sudu predstavlja jaku indikaciju njegove nezavisnosti (Presuda od 23. 06. 1981. godine: *La Compte protiv Belgije*, stav 57).⁵⁵ Osnovno svojstvo suda proizilazi iz njegove sudske funkcije. Sud odlučuje o pitanjima u okviru njegove nadležnosti i na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se sprovodi na način kako je to propisano. Tako u presudi *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Sud konstatuje: „Upotreba termina tribunala dozvoljena je samo onom organu koji zadovoljava i druge brojne zahtjeve za nezavisnost od izvršne vlasti i strana u predmetu, dužinu trajanja funkcije njegovih članova, garancije koje daje njegov postupak.“⁵⁶ Nezavisnost bi trebali tumačiti kao nezavisnost od izvršne vlasti i poštivanje principa nezavisnosti sudija u obavljanju sudske funkcije, bilo u smislu utjecaja na odluke koje donosi, bilo u smislu straha od razrješenja od sudijske funkcije. Sudske odluke trebaju biti rezultat slobodnog uvjerenja koje se zasniva na konkretnim činjenicama i na aktuelno važećim pravnim normama.⁵⁷ Pitanje nezavisnosti suda može se postaviti i u svim onim situacijama kada su u njegovom sastavu državni službenici ili predstavnici vojnih vlasti u čiju nezavisnost podnosilac predstavke sumnja s obzirom na hijerarhijsku podređenost kojoj se oni, po prirodi svog posla, moraju povinovati.⁵⁸ Pri određivanju da li se neki organ može smatrati „nezavisnim“, posebno od izvršne vlasti i od strana, u predmetu *Le Compte, Van Leuven i de Mayere* od 23. juna 1981. godine (A. 43. stav. 55), Sud je imao u vidu način imenovanja njegovih članova i dužinu njihovih mandata, postojanje garancija protiv vanjskih pritisaka i pitanje da li taj organ odaje utisak nezavisnosti. Dakle, da bi se utvrdilo da li se tribunal može smatrati nezavisnim, Sud smatra da se mora voditi računa o načinu na koji su imenovani njegovi članovi kao i njihovom mandatu, postojanju garancija protiv vanjskih pritisaka i pitanju

54 *Ringesien protiv Austrije* od 16.07. 1971, Serija A-13.st.95-97, *Altay protiv Turske* od 28.10.1998, Gilles Dutertre, *Izvodi iz sudske prakse*-Evropski sud za ljudska prava, str. 171

55 N., Mole i C., Harby, *op. cit.*, str. 63

56 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 142.

57 *Ibidem*

58 G., Dutertre, *op.cit.*, str. 171.

da li to tijelo odaje utisak nezavisnosti.⁵⁹ U skladu s konstantnom praksom Suda u Strasbourgu, nezavisnost suda znači najprije njegovu slobodu od svake kontrole ili subordinacije, bilo od strane drugih nadležnih organa ili pak stranaka. Važno je da se istakne da nezavisnost suda obuhvata nezavisnost sudskog tijela kao cjeline, kao i nezavisnost svakog pojedinačnog člana sudskog tijela.

Sud je postavio kriterije po kojima se jedno sudsko tijelo smatra nezavisnim, u smislu člana 6. (1) Konvencije. Sud uzima u obzir način izbora njegovog sudskog tijela, dužinu trajanja sudijske službe, postojanje garancije da je sudija nezavisan od svakog spoljnog pritiska, kao i da li Sud na prvi pogled pokazuje povjerenje za svoju nezavisnost.

Sud se neće smatrati nezavisnim ako strankama daje povoda za postojanje razumne sumnje da kod članova sudskog tijela ne postoji nezavisnost. Ako razumno lice posumnja u nezavisnost suda, to će, u pravilu, predstavljati povredu člana 6. (1) Konvencije. Sud se više okrenuo subjektivnoj ocjeni nezavisnosti Suda i ocjenjivao ju je na osnovu subjektivne percepcije stranaka. Za nezavisnost Suda nije nužno da sudije budu imenovane doživotno. Nezavisnost podrazumijeva i pretpostavku da sud svoje odluke zasniva na slobodnom uvjerenju i činjenicama kao i pravnim razlozima.

Sud je u više predmeta preispitao slučajeve u kojima su se pokretala pitanja nezavisnosti i nepristrasnosti sudova za nacionalnu sigurnost, vojnih sudova i drugih sudova koji rade u vojnom ili kvazivojnom kontekstu. Uspostavio je oštru liniju koja odvaja predmete u kojima se zabranjuje vojnim sudovima da sude civilima, osobito kada postoje uske strukturalne veze izvrših vlasti i vojnih lica koja su vodila takva suđenja (uporediti *Ciraklar protiv Turske* iz 1998. godine).⁶⁰ U predmetu *Findlay protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1997. godine, Sud je utvrdio da se radi o kršenju člana 6. Konvencije, kada je oficir zadužen za sazivanje vojnog suda zadržao u pritvoru podnosioca predstavke, imenovao sudsko vijeće, imenovao oficire koji će zastupati optužbu i odbranu i potvrdio izrečenu kaznu. Svako ko je učestvovao u postupku bio je podređen ovom oficiru i pod njegovom komandom.⁶¹

Pojam nepristrasnosti znači stav sudije prema stranama u sporu. Za nepristrasnost se zahtjeva da Sud nije opterećen predrasudom u vezi s odlukom koju donosi i da ne dozvoli da u sudnici bude pod utjecajem vanjskih informacija, stavu javnosti ili bilo kojem drugom pritisku, već svoje mišljenje temelji na onom što je izneseno na suđenju.⁶² U pogledu pitanja nepristrasnosti, Sud primjenjuje dvostruki test: test subjektivne pristrasnosti i test objektivne pristrasnosti. Dakle, razlikuje se subjektivna i objektivna nepristrasnost.

Subjektivni test znači ispitivanje da li je sudija imao neki lični razlog pristrasnosti u konkretnom predmetu ili ličnu predrasudu. Po pravilu, subjektivna

59 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 146.

60 D., Gomien, *op.cit.*, str. 62.

61 *Ibidem*

62 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, str. 425.

nepristrasnost pretpostavlja se dok se suprotno ne dokaže. Ovo proizlazi iz principa da su odluke prvostepenih sudova važeće sve dok ih viši sud ne stavi van pravne snage po pravnim lijekovima.⁶³ U slučaju objektivne nepristrasnosti, postavlja se pitanje: da li su u pogledu položaja sudije, u okviru organizacije vlasti, postojale okolnosti koje su dopustile nastanak opravdane sumnje u njegovu nepristrasnost, imajući pritom u vidu kako je sud bio organiziran i sastavljen, odnosno njegovo učestvovanje u ranijem stadiju postupka u istom predmetu. Objektivna nepristrasnost povezana je s činjenicom inkompatibilnosti funkcije sudije s drugim funkcijama koje ima ili je imao.⁶⁴ Pred Sudom su pored ostalih bili i predmeti u kojima je po ovom osnovu razmatrana nepristrasnost sudije koji je u prethodnom postupku u istom predmetu bio istražni sudija,⁶⁵ odnosno predsjednik sudskog vijeća,⁶⁶ te sukcesivno obavljanje savjetodavne prakse i sudske funkcije.⁶⁷

Priistrasnost uvijek postoji kada isti sudija odlučuje u prvostepenom postupku i u postupku po pravnim lijekovima, te kada sudija porotnik zastupa suprotnu stranku kao advokat u nekom drugom postupku, iako slučajevi ne stoje jedan s drugim ni u kakvoj vezi. U praksi se često postavlja pitanje: da li se stranke mogu odreći prava na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom? Sud do danas nije zauzeo stav o tome da li se stranke mogu u sudskom i kvazisudskom postupku odreći prava na suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom.

Sudija ne smije presuditi izvan zakonskih okvira, ali može na svoj način interpretirati pravo (tumačiti pravo). Svoje mišljenje Sud zasniva na onome što je iznijeto na suđenju. Sud je u svojim odlukama jasno rekao da se svaki sudija za kojeg postoji legitiman razlog za bojazan da nije nepristrasan mora povući. Primjer za to jeste presuda *Piersack protiv Belgije* (stav 30, Norier, stav 33. Hauschildt, stav 48).⁶⁸ Svaki sudija slobodan je odlučiti u predmetu prema svom razumijevanju prava i činjeničnom stanju, bez utjecaja, sugestija ili pritiska. Ovo su poznate riječi sadržane u nacrtu načela sudske nezavisnosti iz 1981. godine, poznate kao Nacrt načela iz Sirakuze.⁶⁹

Stav je Suda da se u zemljama čiji pravni sistem predviđa učešće porote u sudskom postupku načela nezavisnosti i nepristrasnosti primjenjuje i na članove porote. Sud je utvrdio kršenje u slučaju kada je većina porotnika imala veze s optuženim, (*Holm protiv Švedske* iz 1993. godine) i kada su porotnici navodno uputili rasističke komentare na račun manjinske grupe kojoj je pripadao optuženi, (*Sander protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).⁷⁰ Pritisak javnosti može biti također

63 Presuda Pullar od 01. 06. 1996, A. Jakšić, *op. cit.*, str. 184.

64 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 145.

65 Presuda: *De Cubber* od 26. 10. 1984, Serija A 86, P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, str. 15–16.

66 Izvještaj od 07. 05. 1985; *Yaccub*, Serija A 127.

67 Presuda od 28. 09. 1995; *Procola*, Serija A 326.

68 N., Mole i C., Harby, *op. cit.*, str. 64–65.

69 Z., Miljko (2006), *op. cit.*, str. 299.

70 D., Gomien, *op. cit.*, str. 62.

nekada jak da ugrozi nepristrasnost suda. Ponekad taj pritisak dolazi od vlasti. Ovo posebno dolazi do izražaja kod predmeta s političkom pozadinom.

g. Pravo na suđenje u razumnom roku

Najveći broj predmeta koje zaprima Sud odnosi se upravo na dužinu trajanja postupaka koji prelaze razumni rok. Kada Sud odlučuje o tome da li je neki postupak okončan u razumnom roku, najprije se određuje početak i kraj trajanja postupka, a zatim utvrđuje može li se vrijeme između tih dviju tačaka smatrati razumnim. Veoma važno preliminarno pitanje za ocjenu razumnosti dužine postupka jeste od kada se računa početak roka (*dies a quo*), kao i koji je trenutak bitan za okončanje (*dies ad quem*). Kada su u pitanju građanske stvari, obično se smatra da rok počinje podnošenjem tužbe Sudu, tj. dostavljanjem tužbe tuženom, ali je moguće da taj rok počne i ranije.⁷¹ Kao početak razumnog roka, Sud računa pokušaj nagodbe ili pregovora prije pokretanja postupka. Završetak suđenja je kada se postupak okonča pred najvišom sudskom instancom, tj. kada je odluka postala pravosnažna. Kao kraj postupka smatra se trenutak kada je za stranku okončana neizvjesnost, a to je u građanskim postupcima trenutak donošenja pravosnažne sudske odluke.⁷² U vezi s računanjem roka mora se uzeti u obzir i trenutak kada je odredba člana 34. Konvencije stupila na snagu u državi koja je u pitanju. Ukoliko je odredba o priznavanju nadležnosti Suda stupila na snagu dok je postupak trajao, razumni rok računat će se od tog trenutka i neće se uzimati u obzir trajanje postupka prije toga. Teško je odrediti granicu nakon koje svaki slučaj prestaje biti vođen u „razumnom roku“. U nekim slučajevima, vrijeme suđenja od 7-8 godina, uzimanjem u obzir svih okolnosti, Sud je smatrao utemeljenim, dok se slučajevi kada je postupak trajao deset i više godina ne mogu opravdati ni u kakvim slučajevima. U slučajevima izjavljivanja revizije kao vanrednog pravnog sredstva, Sud je odbijao prigovor tuženih država da ovaj rok ne treba računati, navodeći kao argument da ovo pravno sredstvo mora biti upotrijebljeno kako bi se zadovoljio uslov iscrpljivanja domaćih sredstava. Postupak pred Ustavnim sudom, također se računa u vrijeme potrebno za procjenu razumnosti dužine suđenja. O tome se Sud izjasnio u slučaju *Gavela protiv Hrvatske* (broj predstavke 3324/02). U upravnim stvarima prilikom procjene razumnosti dužine postupka uzima se u obzir i dužina trajanja upravnog postupka.

Dužina postupka pred nekim međunarodnim tijelom ne bi se trebala uzeti u obzir prilikom procjene ukupne dužine postupka pred domaćim organom. Ideja o razumnoj dužini trajanja postupka podrazumijeva neophodnost postizanja ravnoteže između ekspeditivnog i pravičnog postupka. Sud dužinu trajanja postupka računa od dana kada je konkretna država postala članica Konvencije

⁷¹ *Erkner Hofauer v. Austria*, no 9616/81, od 23. 04. 1987. S., Carić, *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 76.

⁷² D., Vincek, „Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda – III dio“, *Informator*, broj 5006/2004, str. 8.

tj. kada su građani te države mogu obraćati Sudu povodom povreda odredaba Konvencije.

i. Zahtjev razumnog vremenskog roka

Vrijeme neopravdano dugog trajanja postupka pred domaćim sudom najčešći je razlog za podnošenje predstavke Sudu. Kako podnosilac predstavke nema presudu domaćeg suda, postavlja se pitanje: da li insistirati na donošenju iste, što će to kašnjenje dodatno produžiti, i da li će predstavka, ukoliko nije riječ o neosnovanom zahtjevu, biti prihvaćena.⁷³

Dosadašnja praksa Suda pokazuje da se od domaćih vlasti traži da suspendiraju postupak do odluke u Strasbourgu, osim ako bi eventualni nastavak postupka bio disproporcionalno proširen predrasudama koje je izazvala ta suspenzija.⁷⁴ Podnosilac predstavke mora dokazati da je preduzeo sve potrebne mjere da bi postupak ubrzao.

Broj povreda prava na suđenje u razumnom roku u praksi Suda ukazuje na tendenciju rasta. Tako u 2006. godini slučajevi vezani za suđenje u razumnom roku činili su trećinu presuda koje je Sud izrekao, odnosno od donesenih 1.560 presuda, 567 se odnosilo na suđenje u razumnom roku, što je bilo za 11% više od prethodne godine. Ovi podaci ukazali su na opasnost da bi Sud koji ima privilegiju da kritikuje nacionalne sudove zbog sporosti rješavanja sporova mogao izgubiti kredibilitet javnosti ako bi se i sam suočio sa sličnim problemom, jer zakašnjela pravda nije pravda bez obzira gdje se kašnjenje dešava.⁷⁵ Zbog toga se javlja ideja da u tekst Konvencije bude unesena izričita odredba o obavezi država da uvedu pravni mehanizam za kompenzovanje štete prouzrokovane kršenjem Konvencije, a posebno u vezi s poštivanjem zahtjeva za suđenje u razumnom roku.⁷⁶ Protokolom 14. između ostalog uvedeni su dodatni kriteriji za prihvatljivost predstavki u cilju ubrzanja postupka pred Sudom i smanjenja broja predmeta: predstavke se neće razmatrati osim ako podnosilac nije pretrpio znatniju štetu; predstavke se neće razmatrati osim ako poštivanje ljudskih prava ne zahtijeva njeno ispitivanje; predstavke se neće razmatrati u meritumu ako njene navode nisu na valjan način ispitali domaći sudovi.

Dugo trajanje sudskih parničnih (građanskih) postupaka predstavlja problem mnogih država. Iz tog razloga je osnovna svrha uvođenja pojma razumnog roka u članu 6. (1) Konvencije, ostvariti pravnu sigurnost i skratiti rok rješavanja predmeta pred sudovima tj. provođenje pravde bez kašnjenja. Sud je definisao

73 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 159.

74 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, str. 402.

75 S., Carić, *op. cit.*, str. 27.

76 *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15. 11. 2006, str. 35, par 93 i 136.

pravo na suđenje u razumnom roku kao jedno od općih načela Evropske unije.⁷⁷

Član 6. stav 1. Konvencije garantuje svakom pravo na suđenje u razumnom roku. Cilj ove odredbe, prema Sudu u Strasbourgu, jeste zaštita svih strana u postupku pred Sudom, a protiv proceduralnih kašnjenja. Iako član 6. (1) Konvencije govori samo o krivičnom, odnosno građansko sudskom postupku, on se primjenjuje na sve vrste postupaka (disciplinski, upravni i sl). Savremeno regulisanje ljudskih prava nezamislivo je bez prava pojedinaca da se prilikom odlučivanja o njihovim pravima i obavezama od strane nezavisnog i nepristrasnog suda postupa u razumnom roku.

Stav sudske prakse jeste da se u krivičnim postupcima pretjerana dužina trajanja postupka kompenzira mjerama domaćih vlasti, prvenstveno smanjenjem kazne po tom osnovu, dok se u građanskim postupcima predviđa neki vid satisfakcije.⁷⁸ Produženje trajanja jednog spornog odnosa može potkopati povjerenje građana u sposobnost sudova da dijele pravdu. Sudovi moraju rješavati sporne situacije u razumnom roku, jer protekom vremena odluka Suda neće imati onaj efekt koji bi imala da je donesena blagovremeno.⁷⁹ Učestalo ukidanje presuda nižestepenih sudova može voditi prolongiranju postupka, ali može biti i pokazatelj ozbiljnih nedostataka pravosudnog sistema jedne države. U pojedinim situacijama, interesi da predmet bude brzo završen mogu biti pretežniji nad zahtjevima da slučaj bude brižljivo ispitan i vođen na pravilan način.⁸⁰

ii. Kriteriji za utvrđenje razumnog roka

Prilikom ocjene da li se dužina postupka može smatrati razumnom, Sud je ustanovio određene kriterije: složenost predmeta, ponašanje podnosioca predstavke u toku postupka i ponašanje vlasti tj. način na koji se vodi postupak.

Prilikom ocjene složenosti predmeta svi su aspekti relevantni. Sud smatra da ako je postupak složeniji, to će kriterij procjene dužine postupka biti elastičniji, dopuštajući tijelima koja vode postupak dovoljno vremena za obradu činjeničnog materijala i zauzimanje odgovarajućih pravnih gledišta. Sud procjenjuje kompleksnost predmeta u svjetlu prirode činjenica ili pravnih pitanja o kojima je riječ, broja uključenih aktera u svojstvu strana u postupku, vođenja sličnih postupaka, pojave intervijenata u postupku, te predmeta s inostranim elementom. Obim slučaja također se cijeni prema broju i kompleksnosti dokaza koji se trebaju izvesti u postupku. Osnovni cilj svake stranke jeste da se njezin predmet riješi u

77 J., Čizmić, „Pravo na suđenje u razumnom roku, s posebnim osvrtom na hrvatsko i bosanskohercegovačko pravo“, *Zbornik radova međunarodne naučne konferencije: Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Pravni i Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013, str. 9–10.

78 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 159.

79 Gotovo 60% presuda Suda odnosi se na utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku.

80 P., Van Dijk – G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, str. 606.

najkraćem roku, a što može biti u suprotnosti s proučavanjem predmeta, vođenjem zakonitog postupka, zbog čega Sud mora pažljivo cijiniti sve činjenice prilikom odlučivanja o vođenju postupka u razumnom roku. Tako npr. u slučaju *Katti Klishe*, Sud je smatrao da preko osam godina trajanja postupka pred četirima instancama ne predstavlja kršenje člana 6. stav 1. Konvencije. Naime, ovaj predmet koji se odnosio na planiranje razvoja građevinskog zemljišta bio je činjenično i pravno složen, a Sud je uzeo u obzir i ekološki značaj, kao o važnost ovog slučaja za italijansku sudsku praksu.⁸¹ Prema novijoj analizi, Sud, čak i ako se radilo o kompleksnim predmetima, redovno je utvrdio povredu ako je postupak trajao preko pet godina u krivičnim, odnosno osam godina u građanskim predmetima. U predmetima koji su zahtijevali hitnost postupka, Sud je utvrdio povredu i ako je suđenje trajalo dvije godine⁸² (u građanskim postupcima traži se ažurno postupanje: u radnim sporovima (*Duclos v. France*, 1996; *Stanković v. Srbija*, 2008); u postupcima u kojima se odlučuje o zahtjevima za obavljanje profesionalne djelatnosti (*Šilic v. Slovenija*, 2009); u postupcima za ostvarivanje prava na penziju (*Doceviski v. Makedonije*, 2007; *Počaća v. Hrvatske*); u sporovima za naknadu štete po osnovu povrede na radu ili saobraćajnih nezgoda (*Paje v. Hrvatske*, 2006; *Dika protiv Makedonije*, 2007); u porodičnim sporovima, posebno ako je u pitanju starateljstvo nad djetetom (*V. A. M. protiv Srbije*, 2007; *Šabota – Gajić v. Bosne i Hercegovine*, 2007; *Karadžić v. Hrvatske*, 2005).⁸³

Podnosilac zahtjeva može svojim ponašanjem u postupku doprinijeti dužini trajanja postupka. U tom slučaju neće postojati povreda prava na suđenje u razumnom roku, jer država odgovara samo za povrede koje joj se mogu staviti na teret. Redovne dispozicije stranaka po zahtjevima, predlaganje izvođenja dokaza, traženje izuzeća sudije koji vode postupak te stavljanje bilo kojih procesnih prijedloga o kojima sudovi u parničnom postupku redovno odlučuju neće se smatrati odugovlačenjem postupka. Ponašanje pravnog zastupnika nešto je za što samo ta osoba odgovara, pa ako se radi o odlaganjima za koje je prvenstveno odgovoran advokat, Sud neće to uzeti kao kršenje člana 6. Konvencije (*Pinzelt protiv Češke Republike*).⁸⁴ Zanimljiv je i slučaj *Bock protiv Njemačke* u kojem je predmet spora bio razvod braka (postupak trajao od 1974. do 1983). Sud je utvrdio da Bockov podnesak za razvod nije bio razmatran u razumnom roku s obzirom na akumuliranje odugovlačenja od strane nadležnih sudova, iako se stanovita odgovornost za trajanje postupka može utvrditi i na strani podnosioca tužbe. Imajući u vidu posebnu pažnju koja se od sudova očekuje u predmetima koji se odnose na građanski status, Sud je utvrdio kršenje iz člana 6. (1) Konvencije.⁸⁵ Vezano za ponašanje podnosioca predstavki, u praksi Suda bilo je slučajeva da je Sud nalazio da nije učinjena povreda člana 6. (1) Konvencije jer je

81 *Kattie Klische v. Italy*, no. 12539/86 od 27. 10. 1994, S., Carić, *op. cit.*, str. 83.

82 A., Bačić *et al*, *op. cit.*, str. 8.

83 J., Čizmić, *op. cit.*, str. 11.

84 D. Gomien, *op.cit.*, str. 64.

85 D. Vincek (2004), *op.cit.*, str. 9.

odugovlačenje postupka bilo posljedica ponašanja podnosioca predstavke. Tako npr. u odluci donesenoj po predstavi *Skočajić i Bjelić protiv Srbije* izostanak podnosioca predstavke s četiriju ročišta od dana stupanja na snagu Konvencije za Srbiju praćen je s 13 bezuspješnih pokušaja domaćeg suda da podnosiocu predstavke uruči rješenje doneseno povodom njegovog izostanka s ročišta i rješenja o odbacivanju žalbe zbog neblagovremenosti, što je Sud okarakterisao kao nesaradnju s domaćim sudovima. Sud je, uzimajući u obzir ove okolnosti i brojne neosnovane podneske, predstavku podnosioca povodom kršenja prava na suđenje u razumnom roku proglasio očigledno neosnovanom.⁸⁶ Sud je smatrao da podnosioci predstavki trebaju odgovarati za postupke odugovlačenja od strane njihovih punomoćnika.⁸⁷ U slučajevima kada podnosilac ima punomoćnika, svako njegovo direktno obraćanje sudu mimo punomoćnika, bilo u pisanoj formi ili putem telefona, Sud uzima u obzir kao doprinos podnosioca dužem trajanju postupka.⁸⁸

Što se tiče ponašanja podnosioca zahtjeva, od stranke se očekuje da pokaže ažurnost u preduzimanju procesnih radnji koje su za nju relevantne, da se uzdrži od taktike odlaganja i da iskoristi sredstva za ubrzanje postupka (*Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*), osim kada takva sredstva ne postoje (*Horvat v. Croatia*, 2001). Prema sudskoj praksi, smatra se da podnosilac predstavke postupi neodgovorno: ako ne prisustvuje ročištima, pa takvim ponašanjem doprinosi da nastupi mirovanje postupka ili da se tužba smatra povučenom (*A. Skočajić i T. Bjelić protiv Srbije*, 2007. godina i *Julijana Uglešić protiv Croatie*, 2001); ako često i neopravdano zahtijeva odlaganje ročišta; ako sudu ne dostavi tačnu adresu (*Bunčić protiv Slovenije*, 2008.); ako ne dostavi traženu dokumentaciju za dalji razvoj postupka (*Ivka Ljubičić protiv Croatie*, 2007.) i ostalo.⁸⁹

Vlast bi trebala utjecati na efikasnost postupka, insistirajući na poštivanju rokova i sprečavanju neizvjesnosti za učesnike u postupku. Na državi je da organizuje svoj pravosudni sistem na način koji je neophodan da se strankama obezbijedi pravo na odluku u razumnom roku. Ako dolazi do kašnjenja u donošenju sudske odluke, država će se teško moći ekskulpirati pozivanjem na preopterećenost njenih pravosudnih organa, pogotovo ako su takve povrede ovog prava učesnika u postupku česte.⁹⁰ U svojoj praksi Sud je istakao da je obaveza države da preduzme adekvatne mjere kako bi se izbjeglo dugoročno nagomilavanje predmeta kao i hronična natrpanost i zaostaci u rješavanju predmeta. Sudovi se za neefikasno postupanje ne mogu pravdati preopterećenošću s brojem predmeta, manjkom sudija ili organizacijskim teškoćama. Sud u nizu svojih odluka naveo

86 *Bjelić v. Srbija*, no. 9460/05, odluka od 18. 09. 2007. S. Carić, *op.cit.*, str. 86.

87 *Capuano v. Italy*, no. 7/1986/103, presuda od 25. 06. 1987. *Ibidem*, str. 90.

88 *Surmeli v. Germany*, no 75529/1, presuda od 08. 06. 2006. *Ibidem*

89 T. Gorjanec-Prelević, „Pravo na suđenje u razumnom roku“, *Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo, 2009, str. 32.

90 A., Jakšić, *op.cit.*, str. 210.

je kako je „dužnost država ugovornica organizirati svoje pravne sisteme na takav način da njihovi sudovi mogu svakome omogućiti donošenje pravomoćne odluke u sporovima koji se odnose na građanska prava i obaveze u razumnom roku.“ (Vidjeti primjer *G. H. protiv Austrije*, presuda od 03. 10. 2000. godine, broj zahtjeva: 31266/96; *Rajak protiv Hrvatske*, presuda od 28. 06. 2001. godine, broj zahtjeva: 49706/96; *Horvat protiv Hrvatske*, presuda od 26. 08. 2001. godine, broj zahtjeva: 51589/99). Što se tiče ponašanja vlasti, država mora organizovati sudski sistem na način da osigura suđenje u razumnom roku. Sud je zaključio da tvrdnje vlade da nema dovoljno ljudskih resursa ili da postoje nezadovoljavajući uslovi funkcionisanja administracije nisu opravdanje za neispunjavanje „razumnog roka“ (*De cuber protiv Belgije* iz 1984. godine). Sud nema ni opravdanja za političke okolnosti, što je isticano kao argument vlade, jer su okolnosti nastale godinama nakon pokretanja postupka (*Pammel protiv Njemačke* iz 1997. godine). Države ugovornice dužne su preduzeti sve djelotvorne mjere odmah da ne dolazi do zaostajanja u vršenju sudske funkcije. Prilikom utvrđivanja efekata preduzetih mjera, Sud će uzeti u obzir konkretne prilike u zemlji ugovornici (*Eckle protiv Njemačke*, stav 92).⁹¹ Međutim, treba napomenuti da pravo strane na ekspeditivan postupak ne smije ići nauštrb načela materijalne istine. Postoje i razlozi koji mogu opravdati nešto duže trajanje postupka od uobičajenog, kao što su međunarodna pravna pomoć i okolnosti koje iziskuju izvođenje procesnih radnji u okviru pravne pomoći.

Osnovna dužnost Suda jeste da obezbijedi da svi učesnici u postupku postupaju na način da se izbjegne nepotrebno odugovlačenje postupka i da se preduzimaju one radnje u postupku koje imaju cilj da se postupak provede ekspeditno. Tako npr. ako vještak dugo drži predmet radi vještačenja, Sud je obavezan da ga upozori da predmet bude vraćen u roku koji mu je određen naredbom o povjeravanju predmeta vještačenja. Ukoliko vještak smatra da zbog složenosti treba produžiti rok za izradu nalaza, dužan se obratiti sudu tražeći produženje roka, u protivnom Sud bi trebao upotrijebiti procesna ovlaštenja da kazni vještaka, jer će država biti ta koja snosi odgovornost za nepostupanje u okviru razumnog roka.⁹² Isto tako, država će biti odgovorna zbog česte promjene sudskih vijeća, što dovodi do odugovlačenja postupka usljed potrebe da se novi sudija upozna s predmetom.⁹³ Pravilo je da je Sud taj koji efektivno kontroliše odvijanje postupka.

U parničnim stvarima moguće je izdvojiti više vrsta sporova za koje se zahtijeva posebna ekspeditivnost vlasti. To su npr. slučajevi koji su od velike važnosti za podnosioca predstavke, ili postupak čijim bi odugovlačenjem za podnosioca mogla nastati nenadoknativa šteta, ili priroda postupka koja zahtijeva brže postupanje od uobičajenog, ili slučajevi staranja o djeci koji se moraju riješiti brzo, što važi za slučajeve iz oblasti porodičnih odnosa u kojima Sud ne

91 Presuda *Eckle* od 15. 07. 1982, M. Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 173.

92 Presuda *Baggetta v. Italy*, no. 10256/83, od 26. 06. 1987. S., Carić, *op. cit.*, str. 89–90.

93 *Ibidem*, str. 94

može prihvatiti odlaganje ročišta za šest mjeseci, u slučajevima izdržavnja i sl. U predmetima koja se tiču građanskog statusa, potrebno je posebnu pažnju obratiti na moguću posljedicu koju dužina postupka može imati u pogledu uživanja prava na porodični život, kao i postupci u kojima se odlučuje o poslovnoj sposobnosti na osnovu ocjene mentalnog zdravlja. Posebnu pažnju brzog postupanja Sud traži u predmetima naknade štete. Prilikom odlučivanja o tome da li je došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku uzimaju se u obzir samo ona kašnjenja za koje je odgovorna država odnosno njeni upravni i sudski organi. Svaka država članica dužna je uspostaviti sistem u kojem će se svima iz njene nadležnosti osigurati sva prava iz Konvencije, pa samim tim i da se do pravde u odlučivanjima o građanskim pravima i obavezama dođe bez odgađanja (*H. v. France*, 1989).⁹⁴

iii. Pravo na brzo izvršenje presuda

Pravo na zahtjev za razumnim rokom podrazumijeva i provođenje sudskih odluka. Odredbe člana 6.(1) Konvencije analiziraju ne samo vođenje postupaka već i izvršenje odluka bilo kojeg suda. U predmetu *Hirnsby protiv Grčke*⁹⁵ Sud je zaključio da bi pravo na sud bilo iluzorno ako bi domaći pravni sistem dozvolio da konačna obavezujuća presuda ostane neizvršena. Sud ponavlja da, shodno svojoj ustanovljenoj praksi, član 6. (1) Konvencije obezbjeđuje svakome pravo da iznese svoj zahtjev koji se odnosi na njegova građanska prava i obaveze. Izvršenje presuda koju donese bilo koji sud mora biti posmatrano kao integralni dio suđenja u smislu člana 6. (1) Konvencije. Sud je prihvatio taj princip u predmetima koji se tiču dužine postupka (*Di Pede protiv Italije* i *Zoppia protiv Italije*, izvještaji o presudama i odlukama 1996 – IŽV, str. 1383–1384, stavovi 20–24 i str. 1410 i 1411, stavovi 16–20).⁹⁶ Neizvršavanje pravosnažnih presuda ukazuje na nefunkcionisanje pravosudnog i pravnog sistema jedne države kod dugog trajanja sudskog ili administrativnog postupka i to može biti uzrokovano drugim faktorima, a ne krivicom države. Tako u prvoj presudi u odnosu na Bosnu i Hercegovinu *Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*, Sud utvrđujući povredu prava na suđenje u razumnom roku, konstatuje da „tamo gdje su sudovi konačno odlučili u predmetu, njihove odluke ne mogu biti dovedene u pitanje,“⁹⁷ smatrajući da se položaj podnositeljke predstavke „bitno razlikuje od drugih deviznih štediša koji nisu dobili presudu kojom bi bila naložena isplata njihovih novčanih sredstava“.⁹⁸ Sud u navedenoj presudi navodi da se državni organ ne može pozivati na nedostatak finansijskih sredstava kao opravdanje za nepoštivanje pravosnažnih presuda kojima je naložena isplata duga. Razdoblje koje Sud prihvata kao razumno u izvršenju presuda – kojom se dosuđuje naknada zbog dugog trajanja postupka ne

94 J., Čizmić, *op. cit.*, str. 12.

95 *Hornsby protiv Grčke*, od 19. 03. 1997, 19987_II br-33, N., Mole i C., Harby, *op. cit.*, str. 135.

96 M., Nadaždin-Defterdarević, *op. cit.*, str. 141.

97 S., Carić, *op. cit.*, str. 19.

98 *Jeličić v. Bosna i Hercegovina*, no. 41183/02, od 31. 10. 2006; *Ibidem*

bi smjelo biti duže od šest mjeseci od datuma izvršnosti odluke kojom se dosuđuje naknada. Neizvršavanje pravosnažnih presuda ima posebnu težinu u oblasti porodičnih odnosa. Bez obezbjeđivanja mehanizma za izvršavanje pravosnažnih sudskih odluka bio bi doveden u pitanje i temeljni princip vladavine prava. Zbog toga se izvršenje presuda smatra integralnim dijelom suđenja za potrebe člana 6. Konvencije.⁹⁹

iv. Dodjela nadoknade na ime nematerijalne štete u slučajevima u kojima je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu razumnog roka

„Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju, omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci“ (član 41. Konvencije). Pravično zadovoljenje pravična je naknada koju može tražiti svaki podnosilac predstave, osim ako predsjednik Vijeća ne naloži drugačije u posebnom pismenu koje se dostavlja najkasnije dva mjeseca poslije donošenja odluke o prihvatljivosti predstave. Zahtjev za naknadu štete dostavlja se sa svom potrebnom dokumentacijom, a u slučaju manjkave dokumentacije Vijeće može odbiti taj zahtjev u cjelini ili djelomično. Vijeće može pozvati stranku ako nije tražila naknadu da se izjasni o zahtjevu za naknadu u svakom trenutku postupka.

Ako Vijeće zaključi da je došlo do povrede Konvencije ili Protokola uz nju, ono može u istoj presudi koja se odnosi na suštinu stvari usvojiti i odluku o pravičnoj naknadi (član 41. Konvencije). Međutim, ako pitanje pravične naknade još nije zrelo za odluku, Vijeće ga zadržava u cjelini ili djelimično za kasniju odluku i utvrđuje dalji postupak. Vijeće može odlučiti da se podnosiocu u skladu s pravilom 75. stav 1 - 3. Poslovnika na dodijeljeni iznos dodijele i kamate.

Kada je riječ o suđenju u razumnom roku, u praksi Suda rijetki su slučajevi u kojima je Sud usvajao zahtjev podnosioca predstave za naknadu materijalne štete. Dakle, Sud dodjeljuje nematerijalnu štetu kao nadoknadu koja predstavlja satisfakciju zbog stanja nesigurnosti u kojem se građanin nalazio. Specifičnost dosuđivanja naknade u vezi s pravom na suđenje u razumnom roku ogleda se u tome što naknadu u slučajevima gdje je to regulisano može dosuditi i nadležni Sud tužene države. Da bi odluka bila prihvaćena od strane Suda, bitno je da je odgovarajuća. U određivanju visine naknade koju će dosuditi, Sud se rukovodi svojom praksom u sličnim situacijama, pri čemu se uzima u obzir dužina trajanja postupka, njegova složenost, brojnost istaknutih povreda, ponašanje učesnika u postupku i ponašanje nadležnih vlasti. Za ilustraciju postupka u pogledu „razumnog roka“ pred Sudom, u vezi s postupanjem hrvatskih sudova, ukratko će se opisati predmet *Horvat c/a Republike Hrvatske*. Hrvatska državljanka Ankica Horvat na osnovu člana 34. Konvencije podnijela je dana 20. 04. 1999. godine Sudu zahtjev protiv Republike Hrvatske u kojem navodi povredu člana

⁹⁹ *Hornsby v. Grčka*, no. 18357/91, od 19. 03. 1997., *Ibidem*, str. 40.

6.(1) Konvencije u parničnim postupcima koje je pokrenula pred Općinskim sudom u Zagrebu. Njen slučaj nije ispitan u razumnom roku, a protivno članu 13. Konvencije nije imala djelotvoran pravni lijek, u odnosu na trajanje tih postupaka. Iz predstavke proizilazi da je podnositeljica zahtjeva krajem 1992. godine posudila na kratki rok dvoma trgovačkim društvima relativno visoke iznose u njemačkim markama uz kamatu. Kako joj ti iznosi nisu nikada vraćeni, zajedno sa velikim brojem drugih vjerovnika pokrenula je pred Općinskim sudom u Zagrebu dvije parnice. Iz toka obaju parničnih postupaka vidljivo je da su glavne rasprave bile uvijek iznova odgađane zbog nepostojanja određenih procesnih pretpostavki (nemogućnost utvrđivanja pravnog statusa trgovačkih društava, nemogućnost utvrđivanja adrese tuženog i sl.). U vrijeme donošenja presude Suda obje su parnice još uvijek bile u toku pred Općinskim sudom u Zagrebu. Hrvatska Vlada navela je da je podnositeljica zahtjeva propustila iscrpiti domaća pravna sredstva, odnosno da je propustila podnijeti ustavnu tužbu na osnovu člana 59. stav 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske,¹⁰⁰ te da je od predsjednika Općinskog suda u Zagrebu, kao i od Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave, također, mogla zahtijevati ubrzanje postupka. Sud je smatrao da se ustavna tužba na osnovu člana 59. stav 4. Ustavnog zakona ne bi mogla smatrati djelotvornim pravnim sredstvom u konkretnom slučaju, a ostale informacije koje navodi Vlada predstavljaju u biti samo informaciju dostavljenu nadležnom tijelu. Nadalje, tokom postupka Vlada Republike Hrvatske navela je da su oba slučaja složena, budući da ni tužioci ni Općinski sud u Zagrebu nisu mogli utvrditi adresu tuženog. Podnositeljica je tvrdila da je policija bila dužna utvrditi adresu, ali prema hrvatskom pravu, kada je adresa tuženog nepoznata, od Centra za socijalni rad moguće je zatražiti da odredi zastupnika takvom tuženom. Sudu je trebalo u jednom postupku jedna, a u drugom tri godine da se odredi zastupnik. U pogledu ponašanja podnositeljice, Vlada Hrvatske tvrdila je da je ista doprinijela dužini postupka jer nije dostavila tačnu adresu tuženog. Vlada je nadalje tvrdila da je Općinski sud u Zagrebu pokazao marljivost u vođenju postupka, ali ima problema s velikim brojem neriješenih spisa. Sud nije našao da su Vladina objašnjenja kašnjenja uvjerljiva. Cijeneći kriterije utvrđene u sudskoj praksi, Sud podsjeća da ugovorne strane trebaju organizovati svoje pravosudne sisteme tako da sudovi mogu svakome garantovati pravo da u razumnom roku dobiju konačnu odluku. U ovom predmetu, s obzirom na kriterije utvrđene u sudskoj praksi, uzimajući pritom sve okolnosti slučaja, Sud je zaključio da trajanje ovih postupaka, koji su još uvijek u toku pred prvostepenim sudovima, nije zadovoljilo kriterij razumnog roka, te je utvrdio povredu člana 6. stav 1. Konvencije u odnosu na oba postupka. Na ime novčane štete podnositeljica je potraživala iznos od 70.000,00 kuna. Sud je, imajući u vidu sve okolnosti, u oba slučaja odredio da Republika Hrvatska mora platiti podnositeljici zahtjeva 20.000 kuna na ime naknade za nenovčanu

100 „Narodne novine“, broj. 49/2002. (dalje: Ustavni zakon)

štetu, uz godišnju zakonsku kamatu od 18% i to u roku od tri mjeseca od dana kada presuda postane konačna.¹⁰¹

U praksi Suda, povreda prava na suđenje u razumnom roku najčešće se ističe vezano za prava na mirno uživanje imovine predviđenog članom 1. Protokola 1. uz Konvenciju, ili za povredu prava na poštivanje privatnog i porodičnog života (naročito paternitetski sporovi). U nekim slučajevima dugo trajanje postupka može dovesti do toga da sam tužbeni zahtjev postane bespredmetan (npr., radni spor kojim se traži vraćanje na posao traje toliko dugo da je stranka otišla u penziju ili umrla tokom postupka, a riječ je o neprenosivom pravu). Sud je zauzeo stav da povreda ovog prava može postojati uporedo s povredom prava iz člana 13. Konvencije - pravo na djelotvorno pravno sredstvo, čime je napuštena ranija sudska praksa prema kojoj je član 13. Konvencije bio konzumiran članom 6. stav 1. Konvencije.¹⁰²

4. Zaključna razmatranja

U radu su razmatrane opće garancije pravičnog suđenja propisane u člana 6. (1) Konvencije, kao i njihova primjenu u predmetima građanskopravne prirode. Član 6. (1) Konvencije pruža procesnopravne garancije svakome o čijim se građanskim pravima i obavezama odlučuje. Članom 34. Konvencije propisano je da Sud može da prima predstavke od svake osobe, nevladine organizacije ili grupe lica koja tvrde da su žrtve povrede prava ustanovljenih Konvencijom ili protokolima uz nju učinjene od strane neke visoke strane ugovornice. Primjena prava na pravično suđenje pred nacionalnim sudovima trebala bi biti oslobođena svih predrasuda, utemeljena na subjektivnosti, ujednačenoj sudskoj praksi i jednakosti stranaka pred sudovima. U radu su analizirani neki od aspekata prava na pravično suđenje: pravo na pristup sudu, pravo na pravnu pomoć, pravo na procesnu ravnopravnost, pravo na javno i kontradiktorno suđenje, pravo na saslušanje, pravo na postupanje zakonom ustanovljenog, nezavisnog i nepristrasnog suda, te pravo na suđenje u razumnom roku, uz navođenje brojnih primjera iz prakse Evropskog suda za ljudska prava.

Literatura:

1. Bačić, A., *et al.*, *Pravo na pošteno suđenje i razuman rok: Pravo azila*, Organizator, Zagreb, 2003;
2. Carić, S., *Pravo na suđenje u razumnom roku*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

¹⁰¹ D., Vincek, (2004) III dio, *op. cit.*, str. 10–11.

¹⁰² *Kudla v. Poland*, no. 30210, od 26. 10. 2000. S., Carić, *op. cit.*, str. 24.

3. Čizmić, J., „Pravo na suđenje u razumnom roku, s posebnim osvrtom na hrvatsko i bosanskohercegovačko pravo“, *Zbornik radova međunarodne naučne konferencije: Pravni i ekonomski aspekti procesa integracije Bosne i Hercegovine u Evropsku uniju*, Pravni i Ekonomski fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru, Mostar, 2013.
4. Gomien, D., „Evropska konvencija o ljudskim pravima“, *Naklada*, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, Zadar, 2007.
5. Gorjanec-Prelević, T., „Pravo na suđenje u razumnom roku“, *Zbirka izabranih presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Slovenije i Srbije*, Sarajevo, 2009.
6. Grdinić, E., „Pravo na pošteno suđenje u postupcima građanskopravne prirode zajamčeno članom 6. st. 1. Evropske konvencije za zaštitu temeljnih sloboda“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, broj 9/2005.
7. Haubrich, V., „Pravo na slobodan pristup sudu u parničnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, Mostar, 2012.
8. Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
9. Miljko, Z., *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb 2006.
10. Mole, N., i C. Harby, „Pravo na pravično suđenje“, *Vodič za primjenu članka 6. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Priručnik o ljudskim pravima, broj 3, Sarajevo, 2005.
11. Nadaždin-Deftedarević, M. *Evropska konvencija prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Grafit, Mostar, 2007.
12. Sadiković, Ć., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2001.
13. Uzelac, A., „Pravo na suđenje u građanskim predmetima, nova praksa Evropskog suda za ljudska prava i njen uticaj na Hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 60, br. 1, februar 2010.
14. Uzelac, A., „Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 1991.
15. Van Dijk, Van Hoof G. J. H., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Muller, Sarajevo 2001.
16. Vincek, D., „Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda – III dio“, *Informator*, broj 5006/2004.

Sanja Pajić, LL.M.

Deputy Cantonal Public Attorney of the Herzegovina-Neretva Canton

THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN CIVIL CASES

Summary: The right to a fair trial is the basic ideal of all democratic legal systems, ie the degree of realization of this right shows the degree of democracy and rule of law in a particular society. The subject of consideration of this paper are the general guarantees of a fair trial prescribed by Art. 6. of the Convention, as well as their application in cases of civil law, which are based on several legal principles: equality of parties, independence and impartiality of the court, publicity and adversarial proceedings, the right to a trial within a reasonable time, efficiency and timeliness and the like.

Keywords: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, right to a fair trial, civil rights and obligations

STRUČNÍ RAD

REFORMA JAVNE UPRAVE U FUNKCIJI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I PRINCIPA

Sažetak: Značaj i posebnost profesionalizacije sistemskog pristupa reformi javne uprave proizilazi iz smanjenja nivoa troškova i povećanja usluge građanima kroz učinkovito javno upravljanje i digitalnu transformaciju. Osvrćući se na aktuelne i savremene tendencije, u ovom radu se ukazuje na moguće pravce promjena i izazove bosanskohercegovačkog društva u cilju usklađivanja reforme javne uprave sa potrebama korisnika, te zaštititi njihovih osnovnih prava. Pravni dokumenti i rješenja u javnoj upravi Bosne i Hercegovine prezentiraju da su ista još uvijek nefunkcionalna i sporadična, te da ne postoji pravna odgovornost za nejednak pristup u pružanju usluga građanima. Rad pokazuje potencijale i kvalitete reforme javne uprave, naročito u segmentu vladavine prava uspoređujući evropske standarde sa sistemom koji nije u stanju da odredi zakonitost i efektivnost u ostvarivanju zaštite ljudskih prava i principa. Istraživanjem se želi pokazati da se primjenom evropskih standarda, profesionalizacijom i digitalizacijom unutar reforme javne uprave može stvoriti osnov za efikasno javno upravljanje u funkciji zaštite ljudskih prava i principa.

Ključne riječi: reforma, javna uprava, sistem, upravljanje, efikasnost, efektivnost, građani, zaštita, ljudska prava, principi, digitalna transformacija, pristup informacijama, ljudski potencijali, učinkovitost, odgovornost, profesionalizacija, javni interes, funkcionalnost, vladavina prava, jednakost, zakonitost, pravna odgovornost

1. Uvod

Pristup javnosti informacijama i povećanje transparentnosti jesu temeljni principi otvorene vlasti, čija provedba jača povjerenje građana u njen rad. Pravo javnosti da zna izvedeno je iz člana 19. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koji precizira da “svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja”, a u to pravo spada pravo na mišljenje bez miješanja i pravo na traženje, primanje i davanje informacija i ideja kroz bilo koji medij bez obzira na granice. Svjedoci smo da pristup informacijama u javnoj upravi Bosne i Hercegovine je otežan, te da većina zainteresiranih lica svoje pravo mogu ostvariti jedino dugotrajnim procedurama. Na web stranicama institucija, oglasnim pločama, kao i oficijelnim facebook stranicama ne nalaze se podaci koji su transparentni i dostupni. Svakako, sama transparentnost određenih informacija i podataka nije dovoljna, ako za iste ne postoji odgovornost.

Pravo na dobru upravu temelji se na Evropskoj uniji kao subjektu vladavine prava, a njena su svojstva razvijena sudskom praksom koja je dobru upravu odredila kao opće načelo prava. Pravni poredak EU ima vlastite i specifične izvore prava koji se donekle razlikuju od izvora međunarodnog prava, kao izvora koji egzistiraju u nacionalnim pravima priznatih država.

Oduvijek su teoretičari govorili da je dobra država, odnosno dobra uprava je samo ona koja je dobra za građane. Pojam dobrog upravljanja nalazimo već kod Aristotela i njegova opisa države kojom upravlja etičan i pravedan vladar. Pojam oživljuje u novije doba kada ga se koristi u kontekstu donošenja odluka i njihovog provođenja u na međunarodnom, nacionalnom i lokalnom nivou.¹ Dobra javna uprava jest pravni i ustavni pojam koji se temelji na jasno određenim pravilima. U javnoj upravi postoji izrazito snažan otpor promjenama i modernizaciji uprave, koji se najviše prezentira u neprofesionalnosti državnih službenika i namještenika, odugovlačenju, zastarjelih metoda rada, odbacivanja inovacija i novih tehnologija, te odbacivanja dobrih evropskih praksi i standard, te generalni otpor prema upravnom pojednostavljenju.

Potrošnja javnog novca nameće obavezu transparentnog rada institucija uprave i pravdanja utrošenih sredstava. U efikasnoj i transparentnoj upravi važi generalno pravilo: vrijednost za novac. Usluge javne uprave imaju vrijednost ukoliko su iporučene na vrijeme na efikasan način i tako da su vidljive, jasne i lako dostupne svim korisnicima.

Poštivanje ljudskog dostojanstva, te ljudskih prava i sloboda naročito je važno za upravno postupanje i razumijevanje odnosa uprave i građana čime bi se građani trebali staviti u središte svakog upravnog postupanja.

Građanin kao stranka ima pravo očekivati zakonito, pravilno i brzo odlučivanje. Sistem evropskog prava ne sadrži uvijek obavezu prilagođavanja unutrašnjeg upravnog prava evropskom pravu, već traži poštovanje standard određenih međunarodnih ugovora.

U reformi javne uprave na nivou BiH postoje poteškoće koje su u osnovi iste kao kod mnogih drugih reformi i oblasti u Bosni i Hercegovini, a u suštini se odnose na poštovanje ili nepoštovanje Ustava, odnosno okvira i nadležnosti datih BiH i njenim entitetima Dejtonskim sporazumom.

Imajući u vidu značaj samog procesa, naponi na reformisanju javne uprave u BiH,² koji traju preko deset godina, u kontinuitetu su bili predmetom praćenja

1 V. Dokument Evropske komisije za demokraciju putem prava (tzv. Venecijanska komisija) CDL-AD (2011.) 009 m Strasbourg, 8.aprila 2011.godine, pod naslovom Bilan sur les nations de „bonne gouvernance“ et de „bonne administrative“.

2 Proces reforme javne uprave u BiH započinje 2003. godine. usvajanjem dokumenta „Reforma javne uprave-naš program“ od strane predstavnika vlada na svim upravnim nivoima. Reforme u šest ključnih horizontalnih oblasti u javnoj upravi u BiH operativno se provode se od 2007. godine kroz realizaciju Strategije reforme javne uprave odnosno seta mjera definiranih prvo kroz Akcijski plan 1 (AP1) za period 2007-2010., a potom i kroz Revidirani Akcijski plan 1 (RAP1) za period 2011-2014. godine.

od strane domaćih institucija, organizacija civilnog društva i međunarodnih organizacija, prije svih EU i SIGMA.

2. Profesionalizacija javne uprave

Profesionalizaciju javne uprave možemo posmatrati kroz obavljanje poslova na osnovu stručnih kvalifikacija i sposobnosti u javnoj upravi, u skladu sa zakonskim propisima i uslovima zasnovanim na objektivnim kriterijima za ulazak i napredovanje u službi, te ostvarenja plate odnosno obezbjeđenja uslova za egzistenciju službenika i njegove porodice.³ Profesionalizaciju javne uprave odlikuje poštivanje sistema zasluga, obučenost ili specijaliziranost za određene zadatke, organizacijske vrijednosti učinkovitosti, sisteme provjera, profesionalni standard vrijednosti i kriteriji etike, a ne političke ili druge kriterije.^{4 5}

Posebna važnost uspostave pravne države je u nadzornoj funkciji nad upravom, jer vlast u svakoj državi mora štiti pojedinca od drugih pojedinaca, ali u pravnoj državi pored te osnovne zaštite pojedinca od pojedinca, država treba da štiti pojedinca, građane i od same sebe, odnosno od svoje državne vlasti prije svega upravne vlasti. Naročito se pozornost posvećuje donošenju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih protokola uz Konvenciju.

Unaprjeđuju se spoznaje o dvostrukom mehanizmu zaštite konvencijskih prava do 1998. godine (institucionalni i sadržajni aspekt: Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava) sadržaju i značaju Protokola br.11 uz Konvenciju, osnivanjem i djelovanjem jedinstvenog Evropskog suda za ljudska prava od 01.11.1998. godine, te nadzornim ovlastima Odbora ministara Vijeća Evrope u provedbi odluka Evropskog suda.

Temeljna načela za pravilno djelovanje uprave:

- a) Načelo zakonitosti u djelovanju uprave;
- b) Diskrecijska ocjena i zabrana arbitarnog djelovanja uprave;
- c) Načelo jednakosti i načelo zabrane diskriminacije kao obavezujuće maksime u djelovanju uprave;
- d) Načelo razvijenosti u djelovanju uprave i provođenju testa proporcionalnosti u donošenju odluka
- e) Načelo pravne izvjesnosti i načelo zaštite legitimnih odlučivanja očekivanja stranaka

3 A.Musa, „6. Forum za javnu upravu „Friedrich Ebert Stiftung“, ured za Hrvatsku, Institut za javnu upravu, 2014, str.13

4 A. Frazmand, „Administrative ethics and professional competence, accountability and performance under globalization“, International Review of Administrative Science, 1/2002, str.309

5 V. Ivančević, Institucija upravnog prava, Zagreb 1983., str. 179

Preporuka Vijeća ministara državama članicama koja se odnosi na dobru javnu upravu kojom Vijeće Evrope traži od svojih država članice se odnosi na slijedeće:⁶

- da promiču dobru javnu upravu kao dio načela pravne države i demokratije;
- da promiču dobru javnu upravu kroz organizaciju i funkcioniranje koji osiguravaju djelatnost, učinkovitost i razborito trošenje javnih sredstava;
- da promiču pravo na dobru javnu upravu koja je u interesu svih, koristeći se normama sadržanim u modelu kodeksa koji je priložen ovoj Preporuci.

3. Pravo na dobru javnu upravu u Povelji o temeljnim pravima

Član 41. Povelje o temeljnim pravima lisabonskog Ugovora o funkcioniranju EU pod naslovom “Pravo na dobru upravu” određuje slijedeće:

1. Svako ima pravo da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegove predmete obrađuje nepristrasno parnično tijelo i u razumnom roku.
2. Ovo pravo uključuje:
 - a) Pravo svake osobe na saslušanje prije poduzimanja bilo kakve pojedinačne mjere koja bi na nju mogla nepovoljno utjecati;
 - b) Pravo svake osobe na pristup svojem dossier uz poštovanje zakonitih interesa povjerljivosti, te profesionalne i poslovne tajne;
 - c) Obavezu uprave da obrazloži svoje odluke.
3. Svaka osoba ima pravo da joj Unija nadoknadi svaku štetu koju uzrokuje njezine institucije ili njezini službenici pri obavljanju svojih dužnosti u skladu sa općim načelima zajedničkim pravnim sistemima država članica.
4. Svaka osoba može se pisanim putem obratiti institucijama Unije na jednom od jezika Ugovora i mora dobiti odgovor na istom jeziku.

Visoki stepen profesionalnosti, stručnosti i individualirana odgovornost, lojalnost službenika u javnoj upravi, a ne političkom subjektu ili interesnoj grupi su uslovi za efikasnu, brzu i jeftinu javnu upravu koja je u temeljima savremene pravne države.

Svaki građanin svakodnevno se susreće sa javnom upravom u vezi sa predstavnicima, aktivnostima i materijalnim organima uprave. Za njih je od najvećeg neposrednog interesa postupak obavljanja svih pravnih akata i radnji u odnosu na položaj subjekta, građanina. Ovo je veoma bitno kad se određeni akti ostvaruju protiv njegove volje (građanina), a naročito čije ostvarenje može

6 N. Šimac, Pravo na dobru javnu upravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 1953., 1/2016, str.108

imati značajne posljedice po tjelesni integritet, život, slobodu, imovinu i druge vrijednosti građanina.

Za vladavinu prava je veoma važna procedura, fer postupak u cjelini i u svakoj grani prava prema njenim specifičnostima. Ovo je najvažnije kad se odlučuje o ljudskim pravima, jer je neophodno obezbijediti pravnu sigurnost građana, zaštitu od korupcije i samovolje. Potrebna je institucionalizacija, te sistem koji će funkcionirati nepristrasno i objektivno, te koji će garantirati građanima u postupku adekvatnu zaštitu ljudskih prava. Država ne može biti pravna ako javna uprava nije podvrgnuta pravu i načelima zakonitosti, odgovornosti i efikasnosti.

U savremenom dobu u javnoj upravi uklanjaju se zaposlenici koji su sposobni i koji rade za širu društvenu zajednicu. Traže se i postavljaju poslušnici, diskutabilne moralnosti i koji podvlađuju jednom licu ili interesnoj skupini, najčešće političkom subjektu na vlasti.

Reformisana javna uprava podrazumijeva uz reorganizaciju i široki proces reobrazovanja, kao i promjene u sistemu nagrađivanja kako bi se korupcija smanjila i omogućila selekcija kadrova. Kadrovsku politiku je neophodno izmijeniti, te osloboditi od nepotizma, rodbinskog, tazbinskog i političkog utjecaja, kao i drugih pojava koje predstavljaju prepreke u radu bh. javne uprave.

Našoj javnoj upravi su potrebni stručni, autonomni, moralni, sposobni, profesionalni i ljudski kadrovi. Lisabonski ugovor daje Povelji istu pravnu vrijednost kao i glavni ugovori. Ona se odnosi na institucije Evropske unije i države članice kada provode Zakon EU. Povelja ne produljuje primjenu prava EU, niti daje EU novo područje nadležnosti.

Evropski sud pravde je svojim presudama utvrdio sljedeća načela: zakonitost, proporcionalnost, nediskriminaciju, salsušanje stranaka, dostupnost upravnih sudova i materijalnu odgovornost javne uprave.⁷

Značaj općih pravnih načela, poput načela određenosti, proporcionalnosti ili zabrane diskriminacije, ne smije se potcjenjivati, bez obzira na pisani katalog osnovnih prava u Povelji. Razumijevanje načela ne zavisi od Povelje, nego su načela integralni dio Primarnih ugovora.⁸ Građani očekuju da dobiju kvalitetnu uslugu u javnoj upravi, a istovremeno je u savremenom društvu prisutno veliko nepovjerenje građana prema političkim subjektima i insitutcijama, te se interes za bilo kakve promjene, politiku ili društveno djelovanje stalno smanjuje.

Vladavina prava (rule of law) - Primjena principa vladavine prava je stvarni pokazatelj demokratije i kvaliteta javnog upravljanja. Dobra uprava podrazumijeva pravične zakonske okvire i nepristrasnu provedbu zakona u praksi. Također, vladavina prava podrazumijeva potpunu zaštitu ljudskih prava i sloboda, naročito prava nacionalnih manjina. Dosljedna primjena ovog principa, zahtijeva nezavisno i nepristrasno funkcioniranje svih državnih institucija,

7 M.Selimić, Upravno djelovanje Evropskog suda pravde, „Stručni časopis „Uprava“, br.3/2011, Fakultet za javnu upravu-pridružena članica str.19

8 Z. Meškić/S. Samardžić, Pravo Evropske unije II-Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 2018. godina, str.25

naročito nezavisnog sudstva, te djelotvorno provođenje antikoruptivnih mjera.⁹ Neophodna je sistematska aktivnost svih relevantnih državnih organa i civilnog društva kako bi se reforma javne uprave u BiH približila primjeni evropskih demokratskih standarda za ovu oblast. Građani su uskraćeni u potpunom i efikasnom ostvarivanju njihovih prava i nisu uključeni u proces donošenja odluka. Zbog toga je povjerenje građana u rad javne administracije na veoma niskom nivou.

Politizacija javne uprave dovodi do neprofesionalnosti i niske motivacije službenika jer je javna tajna način prijema u službu i ubrzano napredovanje poslušnih i politički priveligovanih ljudi, te do raširenog javnog uvjerenja da obrazovanje i kompetencije nisu temeljni kriteriji zapošljavanja i napredovanja. Građani moraju imati povjerenja u javnu upravu, odgovornost javne uprave prema široj društvenoj zajednici i službenici koji služe (profesionalni i odgovorno) građanima i zajednici.

U BiH je donesen pravni okvir koji omogućava učešće građana u procesima donošenja odluka putem konsultacija. No, u praksi se konsultacije, čak i kada se provode, svode na ispunjavanje puke forme, bez suštinskog uticaja na ishod odluke. Sa druge strane, visok stepen nepovjerenja građana i organizacija civilnog društva prema institucijama dodatno slabi motivaciju za učešće u takvim procesima. Indeks kompetitivnosti Svjetskog ekonomskog foruma, koji mjeri kompetitivnost zemalja kroz 12 stubova, u domenu transparentosti razvoja javnih politika stavlja BiH na 132 mjesto, od ukupno 138 zemalja obuhvaćenih istraživanjem, sa ocjenom 2,9 na skali od 1-7.¹⁰

Gljučni evropski demokratski standardi koji se odnose i na javnu upravu utvrđeni su u Kopenhaškim kriterijima iz 1993 koje je potvrdilo i Evropsko vijeće u Madridu 1995.godine. Obzirom da Ustav Bosne i Hercegovine nije posvetio veću pažnju državnoj upravi¹¹ moguće je elaborirati dva prihvatljiva pristupa u izgradnji upravnih kapaciteta u BiH.

Prvim, sektorskim pristupom u procesu izgradnje upravnih kapaciteta, moguće je krenuti putem usvajanja „sektorskih zakona“, kojima će se stvoriti zakonski okvir za izgradnju upravnih kapaciteta u BiH. Ovakav pristup sadašnji Ustav BiH ne zabranjuje, ali i ne obavezuje. Ovakva mogućnost je korištena, na primjer, za sektor odbrane BiH. Drugi prihvatljiv pristup se zasniva na mogućoj promjeni Ustava BiH u kojoj bi se potpunije normirali strukture, nadležnosti i organizacije javne uprave. Ovim bi se omogućila temeljita reforma „odozgo“ ka najnižoj jedinici javne uprave. Time bi se građanima pružila adekvatna pravna sigurnost i zaštita.¹²

9 M.Tanović, Uloga principa „dobrog upravljanja“ u procesu javne uprave, 109-171, str.13

10 The Global Competitiveness index 2016-2017, World Economic Forum <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>

11 K.Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.

12 N.Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009., str.763

Specifičnost ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine predstavlja glavni razlog što BiH nema uređen jedinstven sistem javne uprave. Opredjeljenje vlasti je da se BiH priključi porodici evropskih država. Evropska unija je propisala uvjete za pridruživanje među kojima su i oni koji se odnose na izgradnju upravnih kapaciteta i kvalitetu rada javne uprave.¹³

Posebnu pažnju treba posvetiti razvoju ljudi za rad u javnoj upravi, njihovom adekvatnom obrazovanju, koje se mora izmaknuti iz ralja zastarjelih razmatranja o stručnom i univerzitetskim studijima na temelju najboljih komparativnih iskustava. Pored toga, treba uspostaviti dobar sistem njihovog cjeloživotnog obrazovanja i usavršavanja prema potrebama službe. Motivacija za rad u javnoj upravi treba se bitno poboljšati jer bez nje nije moguće privući najbolje kandidate u sistem upravnog obrazovanja, zaposliti najbolje ljude u upravne organizacije svih nivoa, razvijati ih tokom službe, te zadržati u službi građana i zajednice.¹⁴

Javna služba mora zadobiti dignitet i poštovanje, a službenici trebaju biti odgovorni, učinkoviti i lojalni akteri javnih politika, ponosni na službu koju obavljaju za generacije ljudi sa kojima žive i koji će doći nakon njih.¹⁵ Osnova dobre uprave leži na svijesti o odgovornosti političkih partija i njenih aktera za vlastito djelovanje, kako na području zakonodavne, tako i izvršne djelatnosti.

4. Dobra uprava osigurava zaštitu ljudskih prava

Dobra javna uprava nastala je kao izraz težnje čovjeka za punom slobodom i njegovim pravom da učestvuje u odlučivanju, što je osnovni preduslov nastanka postojanja demokratije sveukupnog ekonomskog razvoja. Za dobru javnu upravu prije svega potrebna je decentralizacija političke vlasti i same javne uprave, s ciljem pružanja prava građanima i odgovornosti službenicima.

Povećanje uprave posljednjih 300 godina prelazi po brzini i obuhvatu sve ranije zabilježene primjere takvog rasta. U tom razdoblju, povećanje se posebno odnosi na posljednjih pedeset godina. Zbog toga se može konstatovati da upravne organizacije općenito rastu. Pri tome je neosporno da na povećanje uprave ima utjecaja i razvoj društveno proizvodnih potencijala. U tehničkom smislu, taj proces znači poboljšanje i proširenje tehnološke osnove u smislu proizvodnog rada, ali i svih drugih ljudskih djelatnosti. U ekonomskom smislu razvoj proizvodnih potencijala oslobađa ljudsku radnu snagu za društveno korisnije djelatnosti koje ne znače neposrednu proizvodnju, a to su, među ostalim, javni upravni poslovi. „Pri tome, urbanizacija bitno utječe na razvoj uprave.“¹⁶ „Kapaciteti javne uprave

13 Ibidem, str.762

14 I. Koprić, 2009., *Attracting and Retaining the best people in the Public Service*, Bratislava UNDP

15 K. Kemaghan, 2001., *An Honour to be Coveted Pride, Recognition and Public Service Canadian Public Administration* 44 (1), 67-83

16 F. Otajagić, stručni rad: „Savremene tendencije u javnoj upravi“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu* str. 283

u BiH su se povećali tokom posljednjih desetak godina i javna uprava pored zastupljenosti u određenom stepenu savremenih tendencija postala je sposobnija za ispunjavanje ostalih odgovornosti.¹⁷

Decentralizacija političke vlasti i javne uprave jedna je od temeljnih pretpostavki za uspješan odgovor na nove potrebe u njezinu okruženju. Uz političko značenje decentralizacija je i velik korak u reformi uprave, zato što se birokratska kontrola i alokacija finansijskih sredstava fragmentira.¹⁸ Decentralizacija se temelji na načelu supsidijarnosti, što znači da uže jedinice, koje su ujedno najbliže građanima, trebaju obavljati pretežni dio javnih poslova, sukladno svojem finansijskom i stručnom kapacitetu, a jedina prava vrsta decentralizacije je politička decentralizacija.¹⁹

Dobra javna uprava mora osigurati provedbu načela transparentnosti, propisivanje i uvođenje standarda proaktivne transparentnosti koji uključuju katalog informacija koje će javne institucije objavljivati na svojim web stranicama, oglasnim pločama i oficijelnim facebook stranicama. Sve navedeno mora biti potkrijepljeno odgovarajućim zakonskim propisima. Ovi zakonski propisi moraju garantirati pravo na žalbu, te uspostavljen djelotvoran nadzor nad poštovanjem Zakona o pristupu informacijama.

Reforma javne uprave je prateći trend globalizacije, ekonomskog rasta, te opće pluralizacije zahtjeva građana u razvijenim zemljama, a naročito u zemljama u razvoju. Tradicionalna, nereformirana javna uprava osuđena je kao politična, koruptivna, neefikasna, neekonomična, netransparentna, zatvorena i nepristupačna za građane. Savremena javna uprava treba biti efikasna, odgovorna, javna i dostupna, te predstavljati centralni dio demokratskog upravljanja državom. Sistem dobrog upravljanja (good governance) predstavlja motor društvenog razvoja, te omogućava zaštitu ljudskih prava.

Dva najozbiljnija problema u reformi javne uprave manifestiraju se kroz zatvorenost u političko-birokratskoj strukturi i nepostojanju digitalnih sistema praćenja efekata implementiranih dosadašnjih reformskih aktivnosti, što se direktno odražava na nedostatak zaštite ljudskih prava u segmentu korištenja usluga u javnoj upravi.

Nekorištenje finansijskih resursa fonda za reformu javne uprave, neusvojen poslovnik o radu nadzornih timova, nezavršeno konstituiranje nadzornih i implementacionih timova, objavljivanje izvještaja sa zakašnjenjem od dva mjeseca i nepostojanje opravdanih razloga za planirano povećanje za čak 100% broja zaposlenih u Uredu koordinatora za reformu javne uprave predstavlja vrlo

17 Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH, str.15

18 Peteri, G. (2001) Organizing Public Service at the Local Level. U: Local Self- Government and Decentralization in South-East Europe. Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung, 7–27

19 Kopric, I. (2009c) Decentralizacija i dobro upravljanje gradovima. Hrvatska javna uprava 9(1): 69–78

zabrinjavajuće čimbenike sistema javne uprave u BiH.²⁰ Reforma javne uprave je preduslov za integraciju Bosne i Hercegovine u EU, koja upravne kapacitete, kao i sposobnost usvajanja i provedbe osnovnih propisa EU (*acquis communautaire*) smatra glavnim uslovom za članstvo u EU.

Postoji jaz između usvojenih politika i strategija i aktivnosti na terenu. Strategije, akcioni planovi i politike se ne implementiraju na pravi način. Većina dosad usvojenih strateških dokumenata nije implementirana.²¹ Na bazi EU studija se može zaključiti da ne postoje univerzalna rješenja i modeli. Svaka država treba da razvije vlastiti model u skladu sa sopstvenim socio-političkim uslovima.

Svjedoci smo urušavanja administrativnog aparata za vrijeme pandemije COVID-19, naročito u zdravstvenom sektoru. Ovo je samo posljedica neadekvatnog funkcioniranja javne uprave, kako u BiH, tako i u susjednim državama. Administrativne procedure i dalje su bazirane na podnošenju zvaničnih zahtjeva organima neposredno pisanim putem, te zahtijevaju da građani/ke prikupljaju različite potvrde o činjenicama o kojim organi uprave već vode evidencije. Ovakve procedure, osim što od građana/ki zahtijevaju česte posjete različitim institucijama kako bi prikupili dokumente, imaju i troškovne implikacije s obzirom na različite iznose taksi koji se pri tom plaćaju.²²

U ovom teškom periodu pandemije COVID-19, postalo je jasno da digitalna transformacija nije samo poželjna, već i apsolutno neophodna za efikasan i funkcionalan javni sektor. Kriza je samo naglasila koliko važne i inkluzivne mogu biti digitalne usluge, posebno za marginalizovane grupe koje su najviše osjetile posljedice, te čija je zaštita prava postala i suviše upitna.

Razmjena znanja i najboljih praksi je korak ka unapređenju postojećih procesa i sistema, ka brzom provođenju inovativnih rješenja za pomoć društvu i javnoj upravi u prevazilaženju ove i budućih kriza, korištenjem tehnologije za iznalaženje pozitivnih rješenja, te zaštiti prava građana. Promjene zasigurno su počele, ali nismo još blizu cilja. Ovaj proces treba biti strateški, sveobuhvatan i koristan, vođen od strane bh. vlasti i implementiran od strane javnih političkih zvaničnika uz jasne i definirane zakonske propise.

Podaci UNDP-a pokazuju da Globalna iskustva prezentiraju da tehnologija može značajno smanjiti opterećenje i troškove javnih usluga. Korištenjem tehnoloških rješenja Vlada Velike Britanije je optimizirala svoj rad, te uspješno odgovorila na 600% povećanje zahtjeva za javnim uslugama tokom pandemije.²³

20 Centar za humanu politiku „Izveštaj o praćenju procesa reforme javne uprave u prvoj polovini 2008. godine-Dostupno na www.javnauprava.ba

21 Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH

22 SIGMA (2017) Monitoring izvještaj: Principi javne uprave, Bosna i Hercegovina

23 https://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/presscenter/vijesti/2020/digital-transformation-journey.html

Ključni problem je u činjenici da reformu javne uprave provodi sama uprava u Bosni i Hercegovini što je teško i povjerovati, znajući da jedan neefikasan i netransparentan sistem ne može doprinjeti nečemu produktivnom, efikasnom i transparentnom. Na ovo se naslanja problem gdje uopće prividno ne postoji potreba objedinjavanja sistema u jedan digitalni sistem. Shodno svemu prethodno navedenom, rješenje problema i napredak u oblasti digitalizacije sistema javne uprave i zaštite ljudskih prava u Bosni i Hercegovini ogleda se u nekoliko bitnih koraka:

1. Standardiziranju poslova javne uprave;
2. Praćenju i vrednovanju rezultata i učinaka poslova u javnoj upravi;
3. Unapređenju praćenja upravnog postupanja i odlučivanja u javnopravnim tijelima;
4. Povećanju udjela stručno-kreativnih poslova;
5. Unapređenju sistema postojećih elektronskih usluga;
6. Unapređenju pristupa informacijama javne uprave;
7. Racionaliziranju državne informatičke strukture;
8. Unapređenju elektronskog poslovanja javne uprave korištenjem istovrsnih rješenja za zajedničke poslovne procese;
9. Uključivanju u evropski digitalni administrativni prostor;
10. Poboljšanju poslovne produktivnosti javnih servisa i zaštite ljudskih prava.

Svjesni smo činjenice da je nužno pružanje brzih i pouzdanijih javnih usluga s ciljem ostvarivanja poticajne poduzetničke okoline i pretpostavka za osiguranje boljeg životnog standard svih građana. Krajem 2016. godine provedena je i analiza percepcije predstavnika medija o kvalitetu komuniciranja o procesu reforme javne uprave. Većina ispitanika (novinara koji se najčešće bave temom reforme javne uprave) izjasnila se da organi uprave nemaju proaktivan pristup u komunikacijama.²⁴

S tim u vezi možemo konstatirati da uvođenjem novih tehnologija i digitalizacijom cjelokupne javne uprave ostvarujemo bolju komunikaciju poslovnih subjekata, javne uprave i građana uz značajno smanjenje troškova poslovanja. Ovakav način rada doprinosi većim uštedama, smanjenju sive ekonomije i pojavnih oblika korupcije. Istovremeno omogućuje se građanima, poslovnim i drugim subjektima da svoje obaveze ili zahtjeve prema upravi obavljaju na što efikasniji i efektivniji način uz minimalne troškove i broj fizičkih kontakata sa organima uprave i to putem više različitih digitalnih servisa.

6. Zaključak

Zbog čega ovaj proces teče tako sporo, teško i koje su glavne prepreke na putu ka efikasnijoj i transparentnijoj javnoj upravi? Odgovor se prije svega nalazi u činjenici da moramo prepoznati i predstaviti evropske standarde koji bi se mogli

²⁴ Više o ovom pitanju u dokumentu Percepcija javne uprave u BiH, Transparency International BiH (2014), dostupno na: <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2015/03/TIBIH-Percepcija-Javne-Uprave-BiH-2014-WebFIN.pdf>

primijeniti u bh. institucijama javne uprave, te na taj način unaprijediti proces pružanja usluga građanima i omogućiti funkcioniranje u skladu sa EU najboljim primjerima iz prakse. Primjenom najboljih evropskih rješenja nužno je pružanje bržih i pouzdanijih usluga s ciljem ostvarivanja poticajne poduzetničke okoline i boljeg životnog standarda svih građana.

Samo na ovaj način možemo omogućiti adekvatnu provedbu zakonskih propisa i zaštitu prava svakog građanina koji koristi usluge javne uprave ili je involviran u različitim upravnim postupcima.

Krajnje je vrijeme za uspostavu pravnog okvira i okvira politika za razvoj moderne prakse upravljanja ljudskim potencijalima; izgrađivanje kapaciteta za efikasnu provedbu propisa u domenu upravljanja ljudskim potencijalima na nivou centralnih i pojedinačnih institucija struktura javne uprave u BiH; osiguranje sveobuhvatnog poštivanja principa meritornosti, jednakog tretmana i transparentnosti u svim oblastima upravljanja ljudskim potencijalima; osiguranje poštivanja principa političke neutralnosti u radu državnih službenika naročito onih na rukovodećim pozicijama; uspostavljanje prakse modernog planiranja kadrova; uspostavljanje pravičnog i transparentnog sistema plata; te efikasna primjena adekvatnih informacionih sistema, odnosno transparentna i sveobuhvatna digitalizacija sistema javne uprave, koja će štiti pravo svakog građanina.

Modernija, kompetentnija, transparentnija, efikasnija, isplativija i odgovornija javna uprava će otkloniti najveći dio poreskog opterećenja kojeg nose građani, poboljšat će dostupnost i kvalitet javnih usluga, uštedjeti troškove, te omogućiti građanima lakši pristup uslugama i zaštitu njihovih prava.

Građani traže sve više, žele usluge u realnom vremenu i očekuju da im to tehnologija omogući. To će svakako utjecati na javnu upravu Bosne i Hercegovine. Dakle ekonomski, društveni i tehnološki faktori u potpunosti mijenjaju pristup uslugama i tretmana građana od strane države, te na poseban način predstavljaju funkciju zaštite ljudskih prava.

Najvažniji očekivani rezultat uvođenja digitalnih tehnologija u sistem javne uprave i stavljanja u funkciju zaštite ljudskih prava je doprinos viziji reforme javne uprave u Bosni i Hercegovini, a to je prevashodno efikasnija, politički neutralna, djelotvornija, odgovornija i transparentnija javna uprava koja će biti orijentisana prema građanima i spremna da odgovori svim evropskim zahtjevima. Ovo je jedini način za ubrzanje evropskog puta Bosne i Hercegovine i pružanja nade građanima za bolji, ugodniji i prosperitetniji život.

Literatura:

1. A. Frazmand, „Administrative ethics and professional competence, accountability and performance under globalization“, International Review of Administrative Science, 1/2002.
2. A.Musa, „6. Forum za javnu upravu „Friedrich Ebert Stiftung“, ured za Hrvatsku, Institut za javnu upravu, 2014.

3. Centar za humanu politiku „Izvještaj o praćenju procesa reforme javne uprave u prvoj polovini 2008. godine-Dostupno na www.javnauprava.ba
4. F. Otajagić, stručni rad: „Savremene tendencije u javnoj upravi“, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu.
5. https://www.ba.undp.org/content/bosnia_and_herzegovina/bs/home/presscenter/vijesti/2020/digital-transformation-journey.html
6. I. Koprić, 2009., Attracting and Retaining the best people in the Public Service, Bratislava UNDP
7. K. Kemaghan, 2001., An Honour to be Coveted Pride, Recognition and Public Service Canadian Public Administration 44 (19).
8. K. Trnka, Ustavno pravo, II dopunjeno izdanje, Sarajevo 2006.
9. Kopric, I. (2009c) Decentralizacija i dobro upravljanje gradovima. Hrvatska javna uprava 9(1)
10. M.Selimić, Upravno djelovanje Evropskog suda pravde, „Stručni časopis „Uprava“, br.3/2011, Fakultet za javnu upravu-pridružena članica.
11. M.Tanović, Uloga principa „dobrog upravljanja“ u procesu javne uprave, 109-171, str.13
12. N. Šimac, Pravo na dobru javnu upravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, godina 1953., 1/2016.
13. N. Lapandić, I.Hasanović, M.Alibašić, „Pravna kontrola javne uprave“, 6. Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem „KVALITET 2009“, Neum, BiH, 2009.
14. Percepcija javne uprave u BiH, Transparency International BiH (2014), dostupno na: <https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2015/03/TIBIH-Percepcija-Javne-Uprave-BiH-2014-WebFIN.pdf>
15. Peteri, G. (2001) Organizing Public Service at the Local Level. U: Local Self- Government and Decentralization in South-East Europe. Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung.
16. Proces reforme javne uprave u BiH započinje 2003. godine. usvajanjem dokumenta „Reforma javne uprave-naš program" od strane predstavnika vlada na svim upravnim nivoima. Reforme u šest ključnih horizontalnih oblasti u javnoj upravi u BiH operativno se provode se od 2007. godine kroz realizaciju Strategije reforme javne uprave odnosno seta mjera definiranih prvo kroz Akcijski plan 1 (AP1) za period 2007-2010., a

potom i kroz Revidirani Akcijski plan 1 (RAP1) za period 2011-2014. godine.

17. SIGMA (2017) Monitoring izvještaj: Principi javne uprave, Bosna i Hercegovina
18. Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH.
19. Strategija reforme javne uprave u BiH: www.parco.gov.ba; Ured koordinatora za reformu javne uprave i Akcioni plan 1 uz Strategiju reforme javne uprave u BiH
20. The Global Competitiveness index 2016-2017, World Economic Forum <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>
21. V. Dokument Evropske komisije za demokraciju putem prava (tzv. Venecijanska komisija) CDL-AD (2011.) 009 m Strasbourg, 8. aprila 2011.godine, pod naslovom Bilan sur les nations de „bonne gouvernance“ et de „bonne administrative“.
22. V. Ivančević, Institucija upravnog prava, Zagreb 1983.
23. Z. Meškić/S. Samardžić, Pravo Evropske unije II-Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 2018. godina.

REFORM OF PUBLIC ADMINISTRATION IN FUNCTION OF PROTECTION HUMAN'S RIGHTS AND PRINCIPLES

Summary: The importance and specificity of the professionalization of systemic approach to reform of public administration stems from the reduction of the cost levels and increasing of citizen service through the efficient public governance and digital transformation. Reflecting on current and contemporary tendencies, this paper addresses the possible directions of changes and challenges of Bosnian-Hersek society in order to harmonise public administration reform with the needs of users and protect their basic rights. Legal documents and solutions in public administration of Bosnia and Herzegovina are presenting that they are still disfunctional and sporadic and that there is no legal responsibility for an unequal approach in providing services to citizens. The paper also shows the potentials and qualities of public administration, especially in the segment of the rule of law, comparing European standards with the system that is not able to determine legality and effectiveness within achieving protection human rights and principles. The research aims to show that the application of European standards, professionalization and digitalization within the public administration reform can create a basis for an effective public public governance in the role of protection human rights and priciples.

Keywords: reform, public administration, system, management, efficiency, effectiveness, citizens, protection, human rights, principles, digital transformation, information access, human potentials, effeciency, responsibility, professionalization, public interest, functionality, rule of rights, equality, legality, legal responsibility/legal liability