

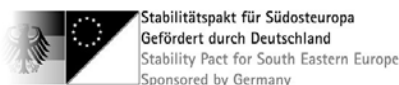
# Sveske za javno pravo Blätter für Öffentliches Recht

ISSN 2233-0925

Saradnici ovog broja: Danilo Ćupić, Nerzuk Ćurak, Vladimir Đurić, Tarik Haverić, Enver Kazaz, Nedim Kulenović, Savo Manojlović, Zvonko Mijan, Amra Ohranović, Nurko Pobrić i Ivan Šprajc.  
Utemeljitelj, glavni i odgovorni urednik: prof. dr. Edin Šarčević.  
Redakcijski odbor: Sevima Sali-Terzić (Sarajevo), dr. Alen Rajko (Rijeka), prof. dr. Tarik Haverić (Zenica), prof. dr. Vladan Petrov (Beograd) i prof. dr. Edin Šarčević (Leipzig)  
Redakcija: Centar za javno pravo, Hamdije Kreševljakovića 8/4, 71000 Sarajevo [www.fcjp.ba](http://www.fcjp.ba)

**13** 2013.  
Str. 1-80  
4. godište  
Septembar  
2013.

**CJP** Fondacija Centar za javno pravo  
Stiftung Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht  
Foundation Public Law Centre



Edin ŠARČEVIĆ, <i>Uz ovaj broj</i> .....	1	Tarik HAVERIĆ, <i>Vladavina prava ili vladavina zakona?</i> .....	37
Zvonko MIJAN, <i>Duktus Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 9/09 o ustavnosti Izbornog zakona Bosne i Hercegovine i Statuta Grada Mostara</i> .....	3	Vladimir ĐURIĆ, <i>Zakonsko uređivanje pravnog položaja crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji: od osporavanja do unapređivanja</i> .....	43
Nurko POBRIĆ, <i>Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine — utjecaj na izbor vijećnika u Gradsko vijeće Grada Mostara</i> .....	9	Savo MANOJLOVIĆ, <i>Oduzimanja imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti u Republici Srbiji (ustavnopravni aspekt)</i> .....	56
Danilo ĆUPIĆ, <i>Garancije nezavisnosti Ustavnog suda u Ustavu Crne Gore</i> .....	13	Nedim KULENOVIĆ, <i>(Ne)konzistentnost “diferenciranog građanstva” u Preporukama za promjenu Ustava Federacije BiH</i> .....	67
Ivan ŠPRAJC, <i>Obveze tijela javne vlasti prema hrvatskom Zakonu o pravu na pristup informacijama</i> .....	21	Nerzuk ĆURAK, <i>Pledoaje za javno djelovanje: politologija i politička filozofija</i> .....	72
Amra OHRAHOVIĆ, <i>Ombudsmeni za ljudska prava u izvještaju za 2012. godinu: ima li institucija još smisla?</i> .....	32	Enver KAZAZ, <i>Bosanskohercegovačka politička kriza i promjena ustava Federacije BiH</i> .....	75

**EDIN ŠARČEVIĆ**

*Uz ovaj broj / Zu dieser Ausgabe*

Šutnja je oblik neverbalne komunikacije: ne govori se i ne proizvode se glasovi. Ona je, ipak, akt svjesne komunikacije i podrazumijeva sposobnost govora. Šutnja može biti znak napete pažnje, govornici je koriste da se razmisli o tezi, u teatru se šuti kako bi se koncentriralo na radnju ili kako se akteri ne bi ometali. U pojedinim zanimanjima je obaveza na šutnju dio profesije, a svuda optuženi imaju pravo da “zašute”. U pravnim sistemima šutnja ne znači po sebi ni “da” ni “ne” — ona je suprotnost iznošenju stava, deklarisanju volje. Staro načelo “saglasnost se pripisuje onome koji šuti tamo gdje bi se trebao i mogao usprotiviti”, (“*qui tacet*

Schweigen ist eine Form der nonverbalen Kommunikation: Es wird nicht gesprochen und es werden keine Laute erzeugt. Schweigen setzt jedoch die Fähigkeit zum Sprechen voraus, zumal es ein bewusster kommunikativer Akt ist. Schweigen kann ein Zeichen von gespannter Aufmerksamkeit sein, Redner verwenden sie um diese zu überdenken, im Theater wird geschwiegen, um sich auf das Schauspiel zu konzentrieren oder um die handelnden Personen nicht zu stören. In manchen Berufen ist die Verpflichtung zum Schweigen ein Bestandteil des Berufes, und überall haben Angeklagte das Recht „zu schweigen“. In Rechtsordnungen bedeutet Schweigen nicht per se „ja“ oder „nein“ — es ist das Gegenteil von der ausgedrückten Haltung und erklärt den Willen. Der alte

*consentire videtur, ubi loqui debuit atque potuit*”, papa Bonifacije VIII.) važi danas u pravu, općenito samo u izuzetnim slučajevima, tamo gdje govorimo o “normiranim šutnjama” ili “dogovorenoj šutnji” među trgovcima u trgovačkim društvima.

Centar za javno pravo je u ovoj godini odustao od obrade dvije teme: državna imovina i Visoko sudsko i tužilačko vijeće. Razlog je jednostavan: za svaku temu se između stotinu pozvanih pravnik, sudija visokih sudova, znanstvenika, pravnik pri ministarstvima i profesora na visokim pravnim školama, prijavio po jedan izvjestilac. Državna imovina je otvoreno pitanje u BiH koje je odlukom Ustavnog suda samo inicirano, a rasprava o Visokom sudskom i tužilačkom vijeću podrazumijeva stručnu valorizaciju ove ustanove i ocjenu njene, sve očiglednije prakse, da vlastite stavove formuliра prema ideologemima političara iz RSa. Objе teme su naprosto provocirale stav pravnikа kako bi se ponudila rješenja iz sturke. Uslijedila je — šutnja!

Ovaj oblik neverbalne komunikacije danas karakteriše bosanskohercegovačke pravnikе, oni su zajednica šutnje. Problemi o kojima se štiti su dramatični i mogu se samo dijelom nabrojati: institucionalni pritisak političara, vaninstitucionalni pritisak Strukturalnog dijaloga, nedovršene reforme pravosuđa i nestručno odbacivanje zahtjeva za jednim vrhovnim sudom, karijerizam i politička korupcija. U bilans šutnje ulazi aranžiranje pravnikа sa postojećim konstelacijama. Ovdje dolazimo do pozicija u kojoj se prihvatanje ili odbijanje nekog rješenja mora razumijevati iz konkretne situacije. Sjetimo se još jednog citata pape Bonifacija VIII: “*Qui tacet, consentire videtur*” (“Ko štiti, čini se da je saglasan”). U nešto modernijem ruhu i skoro s pravnim prizvukom ovaj stav odjekuje i u rečenici Thomasa Hobbesa (*The Elements of Law*, 1650) kojom se traži da se šutnja shvati kao znak odobravanja, jer je lako reći ne, kada se ne potvrđuje! Dakle, pristaju li pravnikи na diktat politike koja fingira djelovanje u pravnom vakumu i svaku proizvoljnu zamisao pokušavaju uobličiti kao pravo, smiju li pravnikи pristati na šutnju o predmetu na čijoj primjeni rade?

Rechtsgrundsatz „Wer schweigt, wo er (wider)sprechen sollte und konnte, dem wird Zustimmung unterstellt“ („*qui tacet consentire videtur, ubi loqui debuit atque potuit*“; Papst Bonifatius VIII.) gilt allgemein im Recht nur ausnahmsweise in einigen Fällen des „normierten Schweigens“, „beredten Schweigens“ und bei Handelsgesellschaften unter Kaufleuten.

Das Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht hat in diesem Jahr von der Bearbeitung zweier Themen Abstand genommen: einerseits von der Bearbeitung des Staatseigentums und andererseits des Hohen Rates für Justiz und Staatsanwaltschaft. Der Grund dafür ist einfach: für jedes Thema hat sich von hunderten eingeladenen Anwälten, Richtern, Wissenschaftern, Juristen aus Ministerien und Professoren nur jeweils ein Referent angemeldet. Das Staatseigentum ist eine offene Frage in BuH, die mit der Entscheidung des Verfassungsgerichts von BuH lediglich initiiert wurde, während die Erörterung des Themas des Hohen Rates für Justiz und Staatsanwaltschaft eine gründliche Auseinandersetzung und Bewertung der Strukturen dieser Einrichtung und der immer offensichtlicheren Praxis voraussetzt, dass sie ihre eigenen Ansichten nach den Ideologemen der Politiker der Republika Srpska formuliert. Beide Themen haben eine bestimmte Haltung der Juristen provoziert, die eigentlich fachliche Lösungen hätten anbieten sollen. Letztlich hat sich Schweigen eingestellt.

Diese Form der nonverbalen Kommunikation ist heute charakteristisch für die bosnisch-herzegowinischen Juristen, sie bilden Gemeinschaften des Schweigens. Die Probleme, über die geschwiegen wird, stellen sich als dramatisch dar und können hier nur ansatzweise aufgezählt werden: der institutionalisierte Druck der Politiker, der außerinstitutionelle Druck des Strukturdialogs, die unfertige Reform des Justizwesens und die dilettantische Ablehnung eines Obersten Gerichts, Karrierestreben und politische Korruption. Hinzu kommt, dass sich die Juristen mit den bestehenden Systemen abgefunden haben. Die Zustimmung oder Ablehnung einer Lösung kann letztlich nur aus der konkreten Situation heraus verstanden werden. Erinnern wir uns noch einmal an das bekannte Zitat von Papst Bonifatius VIII.: „*Qui tacet, consentire videtur*“ („Wer schweigt, scheint zuzustimmen“). Er drückte sich vorsichtig aus; denn es könnte ja sein, dass beispielsweise jemand zum Schweigen gezwungen wird. Etwas moderner und mit einem rechtlichen Unterton hat das Thomas Hobbes in seinem 1650 veröffentlichten Buch „*The Elements of Law*“ ausgedrückt, Schweigen könne man als Zeichen von Zustimmung auslegen, denn es sei ja so leicht, nein zu sagen, wenn man nicht zustimme.

Stimmen demnach also die Juristen einem Diktat der Politik zu, die in einem rechtlichen Vakuum jede beliebige Idee als Recht erscheinen lassen will? Dürfen Juristen über den Gegenstand ihrer Arbeit schweigen?

## Sadržaj:

1. Uvod .....	3	čl. 25.b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima promatrano odvojeno u odnosu na izbore za Gradsko vijeće Mostara	
2. Zahtjev .....	3	3.4. Navodna povreda čl. II/4 Ustava BiH u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima u odnosu na građane bivše Središnje zone Mostara .....	6
3. Odluka suda .....	4	3.5. Navodna diskriminacija građana Grada Mostara glede izbora gradonačelnika .....	7
3.1. Diskriminacija glede izbora za Gradsko vijeće oprečno čl. 14 Europske konvencije u svezi s čl. 3 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju .....	4	3.6. Ostali navodi iz zahtjeva .....	7
3.2. Diskriminacija glede izbora za Gradsko vijeće oprečno čl. II/4 Ustava BiH u svezi s čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima .....	4	4. Zaključci i nalozi .....	7
3.3. Navodna povreda prava na izbore na temelju općeg i jednakog prava glasa prema		5. Postupanje Ustavnog suda nakon donošenja odluke .....	8

**1. Uvod**

Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (Ustavni sud) je 16. rujna 2009. godine pet izaslanika hrvatskog naroda u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine podnijelo zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba čl. 19.1, 19.2, 19.3, 19.4, 19.5, 19.6 i 19.7 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine<sup>1</sup> (Izborni zakon), odredbi čl. VI.C st. 4 i 7 Amandmana CI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine<sup>2</sup> (Ustav FBiH), st. 1 uvodnog općeg dijela i st. 2 Odluke visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu kojom se proglašava Statut Grada Mostara i odredbi čl. 7, 15, 16, 17, 38, 44 i 45 Statuta Grada Mostara<sup>3</sup> (Statut).

**2. Zahtjev**

Podnositelji zahtjeva su naveli kako je nametanje Statuta od strane visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu nedemokratski čin oprečan čl. I/2 Ustava Bosne i Hercegovine<sup>4</sup>. Dalje, da je hrvatski narod diskriminiran propisivanjem donjeg i gornjeg limita

zastupljenosti zastupnika u Gradskom vijeću iz reda svakog konstitutivnog naroda bez obzira na rezultate izbora<sup>5</sup>. Da su diskriminirani svi građani bivše Središnje zone u odnosu na građane koji žive u nekom od šest gradskih područja, jer na području Grada kao jedne izborne jedinice svi građani Mostara biraju 17 vijećnika, dok preostalih 18 vijećnika biraju samo građani šest gradskih područja, dok je građanima bivše Središnje zone onemogućeno da i oni biraju svoje zastupnike u Gradsko vijeće<sup>6</sup>. Također, da su građani bivše Središnje zone diskriminirani i zbog toga što se za svako od gradskih područja uspostavlja po jedno povjerenstvo u čiji sastav ulaze po tri gradska vijećnika izabrana s teritorija relevantnog gradskog područja. Dakle, građani s područja bivše Središnje zone ne mogu biti u sastavu ovih povjerenstava i odlučivati o bitnim pitanjima kao što su raspodjela prihoda temeljem dodijeljenog građevinskog zemljišta i raspisivanje referenduma<sup>7</sup>. Smatraju da su dovedeni u neravnopravan položaj i gradski vijećnici međusobno, jer vijećnici koji su izabrani u gradskoj izbornoj jedinici nisu u mogućnosti biti birani u povjerenstvo Gradskog vijeća za konkretno gradsko područje, te samim tim odlučivati o naprijed navedenim pitanjima.

Podnositelji zahtjeva su naveli kako izborna jedinica Mostar Jugozapad ima oko četiri puta više glasača od izborne jedinice Mostar Jugoistok, a da se u obje iz-

\* Autor je registrar na Ustavnom sudu BiH i suradnik FCJP.

<sup>1</sup> Sl. gl. BiH 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08 i 37/08.

<sup>2</sup> Sl. nov. FBiH 9/04.

<sup>3</sup> Sl. gl. Grada Mostara 4/04

<sup>4</sup> St. 2 Odluke visokog predstavnika: "Statut je na snazi na privremenom osnovu dok ga ne usvoji Gradsko vijeće Grada Mostara u odgovarajućoj formi bez izmjena i dopuna i bez dodatnih uvjeta".

<sup>5</sup> Čl. 19.4 st. 1 i 9 Izbornog zakona i čl. 16 Statuta.

<sup>6</sup> Čl. 19.2 st. 1 i 3 i čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona i čl. 15 i 17 st. 1 u svezi s čl. 5 i 7 Statuta.

<sup>7</sup> Čl. 38 Statuta.

borne jedinice bira isti broj vijećnika, pa smatraju da je time što je propisano da se po tri vijećnika biraju iz svake od šest izbornih jedinica gradskog područja, prekršeno temeljno načelo Izbornog zakona po kojemu se pri određivanju područja izbornih jedinica mora voditi računa da izborne jedinice imaju podjednak broj glasača<sup>8</sup>.

Na kraju, podnosioci zahtjeva su naveli kako smatraju da je za sve građane diskriminirajuće da za gradonačelnika mogu biti izabrani samo vijećnici izabrani u Gradsko vijeće i da gradonačelnika biraju i smjenjuju vijećnici Gradskog vijeća iako je točkom 3) Amandmana CIV na Ustav FBiH i odgovarajućim odredbama Izbornog zakona propisano da načelnike i gradonačelnike biraju građani na neposrednim i tajnim izborima<sup>9</sup>.

Zbog svega navedenog, podnosioci zahtjeva smatraju da osporene odredbe Izbornog zakona, Ustava FBiH i Statuta nisu sukladne čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 14 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Europska konvencija), čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966) (Međunarodni pakt) i opcionalnim protokolima (1966. i 1989) u svezi s čl. 3 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju, te čl. 1 Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, koje čine sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine (Aneks I na Ustav Bosne i Hercegovine).

### 3. Odluka suda

U postupku donošenja odluke Ustavni sud je zatražio odgovore od Doma naroda i Zastupničkog doma Parlamentarne skupštine BiH, stručno mišljenje Ureda visokog predstavnika za BiH, mišljenje kao *amicus curiae* Venecijanskog povjerenstva (Europsko povjerenstvo za demokraciju putem prava) i održao javnu raspravu na kojoj su data stručna mišljenja i objašnjenja značajna za donošenje odluke.

Nakon toga, Ustavni sud je donio odluku 26. studenog 2010. godine. U smislu čl. 41 Pravila Ustavnog suda, aneks ove odluke čine izuzeta mišljenja troje sudaca djelomično oprečna odluci.

Ustavni sud je na temelju svoje ranije prakse i u ovom slučaju zaključio da nije mjerodavan ispitivati ustavnost st. 1 uvodnog općeg dijela i st. 2 Odluke visokog predstavnika kojom se proglašava Statut, budući da se radi o ovlastima visokog predstavnika koje proizlaze

<sup>8</sup> Čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona i čl. 17 st. 1 Statuta.

<sup>9</sup> Čl. 19.7 Izbornog zakona, čl. VI.C st. 7 Amandmana na Ustav FBiH i čl. 44 i 45 Statuta.

iz Aneksa X Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini<sup>10</sup>.

#### 3.1. Diskriminacija glede izbora za Gradsko vijeće oprečno čl. 14 Europske konvencije u svezi s čl. 3 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju

S obzirom na veoma ograničen djelokrug zakonodavne vlasti koju vrši Gradsko vijeće<sup>11</sup>, Ustavni sud je zaključio da je Gradsko vijeće uglavnom administrativno, a ne zakonodavno tijelo. Prema tome, izbor za Gradsko vijeće ne potpada u djelokrug obveze Bosne i Hercegovine prema čl. 3 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju da održi slobodne izbore koji će osigurati “slobodno izražavanje mišljenja naroda pri izboru zakonodavnih tijela”. S obzirom na ovo, zahtjev ne pokreće pitanje glede primjene čl. 14 Europske konvencije u svezi s čl. 3 Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju. Stoga, ovaj dio zahtjeva je odbijen kao neutemeljen<sup>12</sup>.

#### 3.2. Diskriminacija glede izbora za Gradsko vijeće oprečno čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima

Ustavni sud je pošao od toga da čl. 25 Međunarodnog pakta svakom građaninu garantira pravo sudjelovanja u javnim poslovima, pravo da bira i da bude izabran, kao i pravo pristupa javnim službama. Ovaj pakt od država potpisnica zahtijeva donošenje takvih zakona i drugih mjera koje su nužne kako bi građani imali efektivnu mogućnost uživanja u pravima koja garantira ovaj međunarodni instrument. Komitet za ljudska prava UNa je naveo da “bilo kakvi uvjeti koji se primjenjuju na uživanje prava zaštićenih članom 25.b) moraju biti zasnovani na objektivnim i opravdanim kriterijumima [...] uživanje ovih prava građana ne može biti ukinuto ili isključeno osim pod uvjetima koji su ustanovljeni zakonom i koji su objektivni i razumni”<sup>13</sup>. Međunarodni pakt ne nameće obvezu postojanja nekog određenog izbornog sustava, ali kako uspostavljeni sustav u državi ugovornici mora biti sukladan pravima zaštićenim čl. 25.b) Međunarodnog pakta i mora odražavati izraženu slobodnu volju birača. Komitet je posebno naglasio kako se “princip jedan čovjek, jedan

<sup>10</sup> St. 36 i 37 Odluke Ustavnog suda.

<sup>11</sup> Amandman XVI na Ustav FBiH: “Gradsko vijeće: a) priprema i dvotrećinskom većinom usvaja statut grada, b) bira gradonačelnika, c) donosi budžet grada, d) donosi propise u izvršavanju prenesenih ovlasti i vrši druge ovlasti utvrđene statutom”.

<sup>12</sup> St. 49 Odluke Ustavnog suda.

<sup>13</sup> Komentar o čl. 25.b) Međunarodnog pakta (usvojen na 57. sjednici od 12. 07. 1996).

glas mora primjenjivati, i da se i okviru izbornog sistema svake države ugovornice glas jednog birača treba biti jednak glasu drugog birača. Povlačenje granica biračkih jedinica i metoda dodjeljivanja glasova ne bi trebalo poremetiti raspored birača ili diskriminirati bilo koju grupu i ne bi trebalo isključiti ili nerazumno ograničiti pravo građana da svoje predstavnike slobodno izaberu”.

S obzirom da je zahtjevom pokrenuto pitanje diskriminacije<sup>14</sup>, Ustavni sud je usporedio položaj pojedinih konstitutivnih naroda u odnosu jednih prema drugima u Mostaru s analognim položajem konstitutivnih naroda prigodom sličnih izbora u ostalim općinama u Bosni i Hercegovini u kojima je neki od konstitutivnih naroda u većini.

Nakon toga, Ustavni sud je zaključio da, ukoliko bi se moglo dokazati da bi u gradskom vijeću hrvatski narod bio u značajnoj mjeri nedovoljno zastupljen u odnosu na druge konstitutivne narode i Ostale uzimajući u obzir njihovo brojčano sudjelovanje u populaciji Mostara, umjetno ograničenje broja zastupnika bi u svakom slučaju zahtijevalo opravdanje prema čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 25 Međunarodnog pakta. Međutim, ne postoje najnoviji i pouzdani statistički podaci o strukturi stanovništva Mostara; posljednji podaci koji se mogu naći su rezultati popisa iz 1991. godine. S obzirom na ovo, Ustavni sud nije bio u poziciji uvrstiti kako pobijane odredbe uključuju prava iz čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine.

Na osnovu usporedbe za Ustavni sud je bilo jasno kako je najveći mogući omjer hrvatskih zastupnika u Gradskom vijeću Grada Mostara značajno manji od onog bošnjačkih zastupnika u Gradskom vijeću Grada Sarajeva, te još manji od najvećeg mogućeg omjera srpskih zastupnika u Skupštini Grada Banjaluke. Zbog ovoga postoji mogućnost da je različito postupanje oprečno čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 25 Međunarodnog pakta. Ustavni sud je morao odlučiti postoji li objektivno i razumno opravdanje za ove razlike.

Ustavni sud je smatrao nužnim naglasiti kako su navedene osporene odredbe ugrađene u Statut i Izborni zakon kao rezultat dugogodišnjih napora domaćih i međunarodnih vlasti da pronađu najpovoljnije političko rješenje za uređenje Grada Mostara, problem koji je predstavljao posebne poteškoće u kontekstu potrebe

<sup>14</sup> Prema praksi Europskog suda za ljudska prava diskriminacija postoji samo ako se osoba ili skupina osoba koje se nalaze u analognoj situaciji različito tretiraju, a ne postoji neko objektivno i razumno opravdanje za različit tretman (v. Europski sud za ljudska prava, *Belgijski predmet o jezicima*, presuda od 23. 07. 1968, serija A, br. 6.

za obnavljanjem grada i osiguranjem uspostave multi-etničke zajednice nakon rata.

Ustavni sud je uzeo u obzir da je Venecijansko povjerenstvo prihvatilo da bi poseban položaj Mostara mogao pružiti objektivno i racionalno opravdanje za njegov jedinstven izborni aranžman, pri čemu treba uzeti u obzir sve izmjene u situaciji koje su se desile tijekom zadnjih 15 godina.

S obzirom na ovo, Ustavni sud je zaključio kako poslijeratna društvena i politička situacija u kojoj se nalazi Bosna i Hercegovina, a posebice Grad Mostar, ostaje takva da je i dalje razumno da se pristupi političkoj organizaciji Grada Mostara na osnovama ustanovljenim 2003. godine. Primjenjujući test proporcionalnosti, Ustavni sud je zaključio kako pobijane mjere dovode do razlika u postupanju prema konstitutivnim narodima u različitim gradovima, ali da poteškoće s kojima se suočavaju u Mostaru i dalje ostaju osobito nesavladive. Mjere služe zakonitom cilju tako što postavljaju strukturu podjele vlasti za koju se razumno nadati kako će postupno poboljšati kvalitetu političkih procesa u gradu. One su razumno povezane sa zakonitim ciljem. Njihov rezultat može biti takav da Gradsko vijeće može biti uspostavljeno na način koji točno ne odražava izraženo mišljenje biračkog tijela na izborima, a to je značajan nedostatak glede demokratskog legitimiteta sustava. U svakom slučaju, prema oskudnim informacijama koje su dostupne, ne može se zaključiti kako će učinak vjerojatno biti neproporcionalan važnosti cilja.

Ustavni sud je, stoga, zaključio kako pobijane odredbe čl. 19.4 st. 1 i 9 Izbornog zakona i čl. 16 Statuta ne diskriminiraju hrvatski narod u ostvarivanju njegovih prava prema čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta<sup>15</sup>.

### *3.3. Navodna povreda prava na izbore na temelju općeg i jednakog prava glasa prema čl. 25.b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima promatrano odvojeno u odnosu na izbore za Gradsko vijeće Mostara*

Ustavni sud je naglasio kako zahtjev koji se odnosi na jednako pravo glasa ne podrazumijeva točnu jednakost u važnosti, ili djelovanju, svakog glasa birača. To bi bio nedostižni ideal. Suština toga zahtjeva je da bi svaki glasač trebao imati isti broj glasova i da bi svaki glas trebao imati približno istu vrijednost, premda precizna jednakost djelovanja može biti nedostižna prema nekim sustavima glasovanja, čak i ako bi broj birača u

<sup>15</sup> St. 71 i 72 Odluke Ustavnog suda.

svakoj izbornoj jedinici trebao biti jednak; primjerice, u praksi, glasovi mogu imati različitu važnost prema nekim oblicima proporcionalne zastupljenosti, a glasovi dodijeljeni istoj partiji mogu imati različito djelovanje u različitim izbornim jedinicama u izbornim sustavima koji koriste prostu većinu (većinski izborni sustav). Precizna jednakost u broju glasača u svakoj izbornoj jedinici je nedostižna u praksi. Različite poteškoće utiču na povlačenje granica izbornih jedinica. Neke od tih su geografske, druge su administrativne. Sve ono što se može postići je da ne bi trebalo biti pretjeranih nejednakosti u veličini biračkog tijela i važnosti koja se daje pojedinim glasovima u različitim izbornim jedinicama

Ustavni sud je primijetio kako broj glasača u izbornim jedinicama u gradskim područjima Mostara varira od 29.522 glasača u Mostaru Jugozapad do 6.869 glasača u Mostaru Jugoistok. Dakle, viši broj za 400 procenata premašuje niži broj. Ipak, svaka izborna jedinica bira po tri člana Vijeća, tako da je vrijednost glasa u Mostaru Jugoistok četiri puta veća od vrijednosti glasa u Mostaru Jugozapad.

Za Ustavni sud ova nejednakost zahtijeva opravdanje da bi se mogla smatrati sukladna Ustavu Bosne i Hercegovine.

Potreba za bavljenjem postratnim društvenim i političkim uvjetima koji utiču na stanje u Bosni i Hercegovini, a osobito Grad Mostar, za Ustavni sud je i dalje legitiman cilj koji bi mogao opravdati odstupanje od normalnog demokratskog načela prema kojemu bi svaki birački glas trebao imati sličnu težinu u onoj mjeri u kojoj je to moguće. Međutim, Ustavni sud ne smatra zadovoljavajućim da su razlike između vrijednosti glasova birača u različitim izbornim jedinicama proporcionalne u smislu da se objektivno i racionalno odnose na legitiman cilj razvoja multietničke strukture podjele vlasti za koju se razumno može nadati da će postupno poboljšati kvalitetu političkog procesa u gradu.

Ustavni sud smatra kako zasnivanje granice izbornih jedinica izravno na granicama bivših gradskih područja i dodjeljivanje istog broja vijećnika svakoj od tih izbornih jedinica proizlaze iz želje za administrativnom jednostavnošću prije nego što su to potrebne, razumne ili proporcionalne mjere za razvoj strukture podjele vlasti ili multietničke zajednice u Mostaru. Prema tome, Ustavni sud smatra kako navedena odstupanja ne mogu biti opravdana u smislu da su potrebna ili proporcionalna bilo kojem legitimnom cilju. Stoga je Ustavni sud utvrdio kako odredbe čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona i čl. 17 st. 1 Statuta u dijelu u kojemu glasi: "U svakom gradskom području se biraju po tri

vijećnika" nisu sukladne čl. 25 Međunarodnog pakta<sup>16</sup>.

Podnositelji zahtjeva također su tvrdili da čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona i čl. 17 st. 1 Statuta krše temeljno načelo Izbornog zakona prema kojemu se pri određivanju područja izbornih jedinica mora voditi računa da izborne jedinice imaju podjednak broj glasača, kao i temeljno načelo "jedna osoba, jedan glas", koji je inherentan u svim većinskim demokracijama. Međutim, s obzirom na zaključak Ustavnog suda glede neusklađenosti s čl. 25.b) Međunarodnog pakta, Ustavni sud je smatrao kako nije nužno odlučiti je li takvo temeljno načelo sadržano u Izbornom zakonu ili da li bi se moglo reći, ukoliko bi takvo načelo postojalo u Izbornom zakonu, kako odredba koja nije sukladna tome načelu dovodi do povrede Ustava Bosne i Hercegovine.

### *3.4. Navodna povreda čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovina u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima u odnosu na građane bivše Središnje zone Mostara*

Nesporno je da stanovnici Središnje zone Mostara mogu birati samo 17 vijećnika koji zastupaju gradsku izbornu jedinicu koja obuhvaća cijelo područje Grada. Za razliku od stanovnika ostalih šest gradskih općina, oni nemaju mogućnost birati i tri vijećnika koji bi zastupali njihovo područje u Gradskom vijeću. Kao posljedica načina na koji se uspostavljaju povjerenstva Gradskog vijeća, Središnja zona je jedino područje grada koje nema svoje zastupnike u povjerenstvima.

Ustavni sud smatra kako ovakva organizacija ne osigurava "jednaku zastupljenost" birača u gradu Mostaru i nije sukladna čl. 25.b) Međunarodnog pakta. Većina glasača u Mostaru bira dvije vrste vijećnika. Birači u Središnjoj zoni mogu birati samo jednu vrstu vijećnika. Ova očita neravnopravnost se ne može opravdati, imajući na umu, kako je već navedeno, da je razlog za usvajanje takvog rješenja bio prijesvega administrativna pogodnost, a ne racionalan način za postizanje legitimnog cilja kao što je to uvođenje izbornog sustava koji uzima u obzir historijske probleme koji utiču na konstitutivne narode u Mostaru. Iz navedenoga proizlazi kako ova rješenja također krše čl. II/4 Ustava BiH zagarantiranu zaštitu od diskriminacije.

Ustavni sud je utvrdio kako odredbe čl. 19.2 st. 1 i 3, čl. 19.4 st. 2 do 8 Izbornog zakona krše čl. II/4 Ustava BiH u svezi s čl. 25 Međunarodnog pakta.

Ustavni sud je naložio Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine da, u roku od šest mjeseci od dana

<sup>16</sup> St. 77 Odluke Ustavnog suda.

objave ove odluke u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, izvrši izmjene relevantnih odredaba Izbornog zakona kako bi se uklonila diskriminacija.

Kada to bude učinjeno, možda će biti nužno (u ovisnosti o kontekstu izmjena Izbornog zakona koje će Parlamentarna skupština usvojiti) da Gradsko vijeće Grada Mostara izvrši izmjene u nekim ili svim od sljedećih članaka: čl. 7 st. 1 i 3, čl. 15 st. 2, čl. 17 st. 1 i čl. 38 st. 1 Statuta kako bi uskladili Statut s izmjenama Izbornog zakona. Trenutačno, oni dovode do rezultata koji nije sukladan Ustavu BiH iz istih razloga koji su navedeni ranije u svezi s čl. 19.2 st. 1 i 3 Izbornog zakona.

Međutim, Ustavni sud je smatrao da je trenutačno nemoguće predvidjeti hoće li biti potrebne bilo kakve izmjene Statuta te, ukoliko budu, u kakvom obliku. Zbog toga Ustavni sud je odložio ovaj aspekt zahtjeva *sine die*, ali je naložio Gradskom vijeću Grada Mostara da izvjesti Ustavni sud u roku od tri mjeseca od dana objave izmjena koje Parlamentarna skupština izvrši u Izbornom zakonu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine* o koracima poduzetim kako bi se Statut uskladio s Ustavom Bosne i Hercegovine. Potom će Ustavni sud odlučiti je li nužno vratiti ovaj predmet na daljnje razmatranje. Dakle, Ustavni sud je trenutačno djelomično riješio zahtjev podnositelja u ovome dijelu<sup>17</sup>.

### 3.5. Navodna diskriminacija građana Grada Mostara glede izbora gradonačelnika

Ustavni sud smatra kako je postupak biranja gradonačelnika u različitim gradovima analogan, pošto je uloga gradonačelnika više-manje slična u svakome gradu. Okrećući se pitanju je li opravdano koristiti različite načine, Ustavni sud je primijetio kako Ustav FBiH, koji se primjenjuje na Mostar, uređuje ovu oblast na različit način u odnosu na Ustav Republike Srpske, koji uređuje ovu oblast u Banjaluci. Ove razlike nisu nesuglasne s relevantnim odredbama Izbornog zakona. Imajući u vidu da Ustav Bosne i Hercegovine predviđa značajan stupanj samouprave u svakom entitetu, Ustavni sud smatra kako jedna ovakva neznatna razlika nije neopravdana u smislu čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine osim ako se izbor jednog ili drugog načina biranja gradonačelnika može smatrati kao nerazložan, ili ako se može dokazati kako je on dio plana da se narodu određenog entiteta ili grada uskrati bit njegovoga prava da sudjeluje u javnome životu kroz jedan demokratski politički proces. Uzimajući u obzir nedostatak ovakvih dokaza, ograničenu

<sup>17</sup> St. 82-85 Odluke Ustavnog suda.

ulogu gradonačelnika u kreiranju politike gradskog vijeća i činjenicu kako u međunarodnim okvirima redovito postoje i neposredne i posredne načine biranja gradonačelnika, u ovome predmetu ne postoji ništa što bi ukazivalo kako odabir neposrednog načina izbora gradonačelnika grada Mostara dovodi do neopravdane diskriminacije u usporedbi s građanima grada Banjaluke. Iz ovoga slijedi kako građani grada Mostara nisu diskriminirani u uživanju svoga prava iz čl. 25.b) Međunarodnog pakta oprečno čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud je na osnovu navedenog zaključio kako su odredbe čl. 19.4 st. 1 i 9 i 19.7 Izbornog zakona, odredbe čl. VI.C st. 7 Amandmana CI na Ustav FBiH i odredbe čl. 7, 15, 16, 17 st. 1 u preostalom dijelu i st. 2 i 3, te čl. 38, 44 i 45 Statuta sukladni čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s člankom 25.b) Međunarodnog pakta<sup>18</sup>.

### 3.6. Ostali navodi iz zahtjeva

Ustavni sud je smatrao kako nije nužno ispitivati pobijane odredbe čl. 19.1, 19.2 st. 2, 19.5 i 19.6 Izbornog zakona i odredbe čl. VI.C st. 4 Amandmana CI na Ustav FBiH, budući da su navodi podnositelja zahtjeva, kojima pobija navedene odredbe, paušalni i neobrazloženi, a u zahtjevu ne precizira koje su ustavne odredbe ili prava iz međunarodnih instrumenata navodno prekršeni u ovom kontekstu.

## 4. Zaključci i nalozi

Ustavni sud je zaključio kako odredbe čl. 19.4 st. 1 i 9 Izbornog zakona i čl. 16 Statuta, kojima su propisani donji i gornji limit zastupljenosti konstitutivnih naroda u Gradskom vijeću, ne diskriminiraju hrvatski narod u ostvarivanju njegovih prava iz čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta.

Ustavni sud je usvojio zahtjev podnositelja zahtjeva glede (a) navoda da su odredbama čl. 19.2 st. 1 i 3, čl. 19.4 st. 1 Izbornog zakona zbog kojeg različit broj birača u izbornim jedinicama koji se temelji na bivšim gradskim područjima u Mostaru krši čl. 25.b) Međunarodnog pakta, te (b) navod da odredbe čl. 19.2 st. 1 i čl. 19.4 st. 2 do 8 Izbornog zakona onemogućuju biračima iz Središnje zone Grada Mostara da biraju vijećnike koji bi ih zastupali uz vijećnike koji zastupaju gradsko izbornu područje za cijeli Grad Mostar, krše čl. II/4 Ustava BiH u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta.

<sup>18</sup> St. 89 i 90 Odluke Ustavnog suda.

U svezi sa ovim Ustavni sud je naložio Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine da izmijeni i dopuni neustavne odredbe Izbornog zakona sukladno ovoj odluci u roku od šest mjeseci nakon objavljivanja ove odluke u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*.

Ustavni sud je odlučio kako čl. 7 st. 1 i 3, čl. 15 st. 2, čl. 17 st. 1 i čl. 38 st. 1 Statuta, koji onemogućuju biračima u Središnjoj zoni Grada Mostara da biraju vijećnike koji bi ih zastupali uz vijećnike koji zastupaju gradsko izborno područje za cijeli Grad Mostar, krše čl. II/4 Ustava BiH u svezi s čl. 25.b) Međunarodnog pakta. Ustavni sud je odložio dalje postupanje po ovoj dijelu zahtjeva *sine die* do donošenja izmjena Izbornog zakona sukladno ovoj odluci. Ustavni sud je naložio Gradskom vijeću Grada Mostara da izvijesti Ustavni sud u roku od tri mjeseca od dana objave izmjena koje Parlamentarna skupština izvrši u Izbornom zakonu BiH u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine* o koracima poduzetim kako bi se Statut Grada Mostara uskladio s Ustavom BiH.

U konačnici, Ustavni sud je zaključio kako su odredbe čl. 19.7 Izbornog zakona, čl. VI.C st. 7 Amandmana na Ustav FBiH i čl. 44 i 45 Statuta, prema kojima građani Grada Mostara biraju gradonačelnika na drugačiji način u odnosu na građane Grada Banjaluke, sukladni pravima građana Grada Mostara zagarantiranim prema čl. 25.b) Međunarodnog pakta, te kako ne diskriminiraju građane Grada Mostara u uživanju navedenoga prava protivno čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud je smatrao kako nije nužno da odluči krše li čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona i čl. 17 st. 1 Statuta ne-

ko temeljno načelo Izbornog zakona, ili da ispita pobijane odredbe čl. 19.1, 19.2 st. 2, 19.3, 19.5 i 19.6 Izbornog zakona i odredbe čl. VI.C st. 4 Amandmana CI na Ustav FBiH, pozivanjem na nepotkrijepljene navode podnositelja zahtjeva koji se odnose na Međunarodnu konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

## 5. Postupanje Ustavnog suda nakon donošenja odluke

Budući da Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine nije izvršila Odluku Ustavnog suda br. U 9/09 od 26. studenog 2010. godine u roku od šest mjeseci nakon objavljivanja ove odluke u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*, Ustavni sud je 18. siječnja 2012. godine donio rješenje kojim je utvrđeno da odredbe čl. 19.2 st. 1 i 3 i čl. 19.4 st. 2 do 8 Izbornog zakona prestaju važiti narednog dana od dana objavljivanja ove odluke u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*. Ovo rješenje je dostavljeno Tužiteljstvu Bosne i Hercegovine<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Čl. 239 Kaznenog zakona BiH — Neizvršenje odluke Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Europskog suda za ljudska prava. “Službena osoba u institucijama BiH, institucijama entiteta ili institucijama Brčko Distrikta BiH, koja odbije da izvrši konačnu i izvršnu odluku Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Europskog suda za ljudska prava, ili sprječava da se takva odluka izvrši, ili na drugi način onemogućava njeno izvršenje, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina”.

**NURKO POBRIĆ**

## ***Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine — utjecaj na izbor vijećnika u Gradsko vijeće Grada Mostara***

Sadržaj:

1. Šta je odlučeno Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. U9/09 .....	9	2. Da li su bili mogući izbori za Gradsko vijeće Grada Mostara .....	10
		3. Ima li Grad Mostar Gradsko vijeće .....	11
		4. Zaključak .....	12

### **1. Šta je odlučeno Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. U 9/09**

Klub izaslanika hrvatskog naroda u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (podnosilac zahtjeva) podnio je 16. septembra 2009. godine Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (Ustavni sud) zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba čl. 19.1, 19.2, 19.3, 19.4, 19.5, 19.6 i 19.7 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine<sup>1</sup> i odredaba čl. VI.C. st. 4. i 7. Amandmana CI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine<sup>2</sup>, st. 1 uvodnog općeg dijela i st. 2 Odluke Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu kojom se proglašava Statut Grada Mostara i odredaba čl. 7, 15, 16, 38, 44 i 45 Statuta Grada Mostara<sup>3</sup>.

Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine br. U 9/09 od 26. novembra 2010. godine<sup>4</sup>, odlučeno je i sljedeće:

“Utvrdjuje se da čl. 19.4 st. 2 Izbornog zakona Bosne i Hercegovine i čl. 17. st. 1 Statuta Grada Mostara u dijelu u kojem glasi: ‘U svakom gradskom području se biraju po tri (3) vijećnika’ nisu u skladu sa čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji je sastavni dio Ustava Bosne i Hercegovine.

Utvrdjuje se da odredbe čl. 19.2 st. 1 i 3, te čl. 19.4 st. 2 do 8 Izbornog zakona i čl. 17 st. 1 Statuta Grada Mostara u dijelu koji glasi: ‘U svakom gradskom području biraju se po tri (3) vijećnika’ nisu u skladu sa čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi s čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

\* Autor je sudija Kantonalnog suda u Mostaru i saradnik FCJP.

<sup>1</sup> Sl. gl. BiH 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08 i 37/08.

<sup>2</sup> Sl. nov. FBiH 9/04.

<sup>3</sup> Sl. gl. Grada Mostara 4/04.

Nalaže se Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine da izmijeni i dopuni neustavne odredbe Izbornog zakona u skladu sa ovom odlukom u roku od šest mjeseci nakon objavljivanja ove odluke u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine.

Utvrdjuje se da čl. 7. st. 1 i 3, čl. 15. stav 2, čl. 17. st. 1 i čl. 38 Statuta Grada Mostara nisu u skladu s čl. II/4 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi s čl. 25 b) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Nalaže se Gradskom vijeću Grada Mostara da obavijesti Ustavni sud o koracima koje će preduzeti da uskladi Statut Grada Mostara s Ustavom Bosne i Hercegovine u roku od tri mjeseca nakon objavljivanja u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine i amandmana koje je usvojila Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine da bi uskladila Izborni zakon s Ustavom Bosne i Hercegovine u skladu s ovom odlukom.

Do tada, dalji postupak po zahtjevu Kluba izaslanika hrvatskog naroda u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine za ocjenu ustavnosti odredbi čl. 7 stav 1 i 3, čl. 15 st. 2, čl. 17 st. 1 i čl. 38 st. 1 Statuta Grada Mostara *se odlaže*”.

Odbijajući i odbacujući dio Odluke Ustavnog suda neću citirati.

Iz izreke Odluke Ustavnog suda posve je jasna obaveza Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine — da u određenom roku izmijeni i dopuni neustavne odredbe Izbornog zakona. Međutim, iz izreke Odluke Ustavnog suda, na prvi pogled, nije sasvim određeno (u sadržajnom pogledu) utvrđena obaveza Gradskog vijeća Grada Mostara u pogledu izmjena i dopuna neustavnih odredbi Statuta Grada Mostara. Izreka Odluke Ustavnog suda u odnosu na obaveze Gradskog vijeća Grada Mostara postaje jasnija uvidom u tekst tačke 84 i tačke 85 obrazloženja te Odluke. U tački 84 obrazloženja Odluke se navodi: “Kada to bude učinjeno (kada Par-

lamentarna skupština Bosne i Hercegovine izmijeni i dopuni neustavne odredbe Izbornog zakona, op. aut.) *možda će biti neophodno* (u zavisnosti od konteksta izmjena Izbornog zakona koje će Parlamentarna skupština usvojiti) da Gradsko vijeće Grada Mostara izvrši izmjene *u nekim ili u svim* od slijedećih članova: čl. 7 st. 1 i 3, čl. 15 st. 2, čl. 17 st. 1 i čl. 38 st. 1 Statuta kako bi uskladili Statut s izmjenama Izbornog zakona. Trenutno, oni dovode do rezultata koji nije u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine iz istih razloga koji su navedeni ranije u vezi sa čl. 19.2 st. 1 i 3 Izbornog zakona”. U tački 85 obrazloženja Odluke se kaže:

“Međutim, trenutno je nemoguće predvidjeti da li će biti potrebne bilo kakve izmjene Statuta Grada Mostara te, ukoliko budu, u kakvom obliku. Zbog toga Ustavni sud *odlaže ovaj aspekt zahtjeva sine die*, ali nalaže Gradskom vijeću Grada Mostara *da izvijesti Ustavni sud u roku od tri mjeseca* od dana objave izmjene koje Parlamentarna skupština izvrši u Izbornom zakonu Bosne i Hercegovine u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine *o koracima preduzetim* kako bi se Statut Grada Mostara uskladio s Ustavom Bosne i Hercegovine. Potom će Ustavni sud odlučiti da li je neophodno vratiti ovaj predmet na daljnje razmatranje. Dakle, Ustavni sud je *trenutno djelimično riješio* zahtjev podnosioca u ovom dijelu”.

Može se postaviti pitanje — koje i kakve su pravne obaveze Gradskog vijeća Grada Mostara u odnosu na utvrđenja u Odluci Ustavnog suda koja se odnose na Statut Grada Mostara? Trenutno<sup>5</sup>, pravne obaveze Gradskog vijeća Grada Mostara ne postoje iz razloga što Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine u roku navedenom u Odluci Ustavnog suda (a ni do sada)<sup>6</sup>, nije izmijenila i dopunila neustavne odredbe Izbornog zakona.

Na sjednici održanoj 18. januara 2012. godine, u plenarnom sazivu, u predmetu broj U. 9/09, na osnovu čl. VI/3 a) Ustava Bosne i Hercegovine, čl. 59 st. 2 alineja 3, čl. 63 st. 5 i 6 i čl. 74 st. 6 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine<sup>7</sup> Ustavni sud je donio rješenje kojim je utvrdio da odredbe Izbornog zakona navedene u Odluci Ustavnog suda *prestaju da važe narednog dana od dana objavljivanja rješenja u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine*. Rješenje je objavljeno u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine<sup>8</sup>, što znači da su odredbe Izbornog zakona čija je neustavnost utvrđena Odlukom Ustavnog suda *prestale važiti dana*

<sup>4</sup> Sl. gl. BiH 48/11.

<sup>5</sup> Tekst pisan 29. 07. 2013.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Sl. gl. BiH 6/05, 64/08 i 51/09.

<sup>8</sup> Sl. gl. BiH 15/12.

28. februara 2012. godine. Sasvim je očito da iz naprijed navedenih razloga (posebno iz navoda izreke Odluke Ustavnog suda), odredbe Statuta Grada Mostara za koje je Ustavni sud utvrdio da nisu u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, *nisu prestale važiti*. Pozitivitet neustavnim normama Statuta Grada Mostara “produžio” je (za sada) na neodređeno vrijeme Ustavni sud.

U ovom tekstu neću analizirati (zanimljive) stavove Venecijanske komisije i Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu koji su u postupku ocjene ustavnosti Izbornog zakona i Statuta Grada Mostara, učestvovali u svojstvu *amicus curiae*. Takođe se neću osvrutati ni na zaključke, odnosno razloge (argumentaciju) Ustavnog suda koji su dati u obrazloženju Odluke, niti na navode iz izdvojenih mišljenja troje sudija Ustavnog suda. Fokus analize u prilogu biće usmjeren ka odgovoru na dva pitanja: 1) da li su lokalni izbori u Gradu Mostaru mogli biti raspisani i održani kad i u ostalim jedinicama lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini<sup>9</sup> i 2) s obzirom da izbori za Gradsko vijeće Grada Mostara nisu održani, kakav je status “bivšeg” Gradskog vijeća — da li taj organ i poslije isteka mandata može vršiti funkciju (nadležnosti) koje po Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, određenim zakonima i Statutu Grada Mostara ima.

## 2. Da li su bili mogući izbori za Gradsko vijeće Grada Mostara

Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine (CIK) nije raspisala izbore za Gradsko vijeće Grada Mostar koji su se održali u svim jedinicama lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini 7. oktobra 2012. godine. Razlog za neraspisivanje (i neodržavanje) izbora za Gradsko vijeće Grada Mostara (taj razlog je prihvaćen kao razumljiv “sam po sebi”) je što Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine nije u datom roku izmijenila i dopunila Izborni zakon u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, a koja obaveza (za Parlamentarnu Skupštinu Bosne i Hercegovine) je proizlazila iz navedene Odluke Ustavnog suda.

Moj stav, i pored naprijed opisane “pravne situacije”, glasi da je bilo moguće raspisati i održati izbore za Gradsko vijeće Grada Mostara, istovremeno kada i izbore u ostalim jedinicama lokalne samouprave u Bosni i Hercegovini i da bi ti izbori posjedovali kvalifikativ zakonitih izbora. Smatram da je ovaj stav pravno zasnovan. Tačno je da je Ustavni sud rješenjem od 18. januara 2012. godine utvrdio da odredbe Izbornog zakona koje su proglašene neustavnim prestaju važiti

<sup>9</sup> Krajnji rok za raspisivanje lokalnih izbora bio je 10. 05. 2012, a izbori su održani 07. 10. 2012.

narednog dana od dana objavljivanja rješenja u *Službenom glasniku BiH*<sup>10</sup>. Međutim, Ustavni sud nije donio, niti je, s obzirom na karakter Odluke, mogao donijeti rješenje o prestanku važenja odredbi Statuta Grada Mostara koje su proglašene neustavnim, *što znači da te odredbe važe* i da su se mogle primjenjivati u postupku izbora vijećnika za Gradsko vijeće Grada Mostara. Uz istaknuto, neophodno je naznačiti da nisu proglašene neustavnim (pa, stoga, nisu prestale ni važiti) *osporene* (od strane podnosioca zahtjeva) ni odredbe čl. 19.5 i 19.6 Izbornog zakona kojima se uređuje postupak dodjele vijećničkih mandata u Gradskom vijeću Grada Mostara. Takođe, nije proglašen neustavnim (neusklađenim sa Ustavom Bosne i Hercegovine) *osporeni* čl. VI. C. stav 4 i 7 Amandmana CI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine<sup>11</sup>.

Odredbe članova Izbornog zakona koje su prestale važiti, sadržajno su istovjetne odredbama Statuta Grada Mostara koje su proglašene neustavnim, ali *koje nisu prestale važiti*. Zapravo, odredbe Izbornog zakona koje su proglašene neustavnim (i koje su prestale važiti) bile su nepotrebne, s obzirom da i odredbe tog Zakona u čl. 1.1 propisuju da se Izbornim zakonom uređuje izbor članova i delegata Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i članova Predsjedništva Bosne i Hercegovine, *te utvrđuju principi* koji važe za izbore na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini. Zapravo, u datom slučaju zakonodavac (Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine) je “ušao” u domen prava na autonomnu regulaciju jedinica lokalne samouprave — u konkretnom slučaju u domen prava na autonomnu regulaciju Grada Mostara.

Iz navedenog slijedi: U vrijeme kada su se trebali raspisati i održati izbori za Gradsko vijeće Grada Mostara nije postojao “nedostatak normi” (pravne praznine) u relevantnim propisima, odnosno postojali su važeći ustavni, zakonski i statutarni propisi (set propisa) na osnovu kojih su se mogli raspisati i održati izbori za Gradsko vijeće Grada Mostara. Svakako, da su izbori bili raspisani i održani, bilo bi za očekivati (zbog Odluke Ustavnog suda) da se ti izbori, iz ugla određenih pravno-političkih vrijednosti, kao i “legitimacijskih osnova”, osporavaju. No, smatram da bi legalnost tih izbora bila potpuno pravno odbranjiva, odnosno da bi ti izbori bili sasvim legalni.

<sup>10</sup> Vidi bilj. 8.

<sup>11</sup> Odredbama čl. VI.C. st. 4. Amandmana CI na Ustav Federacije Bosne i Hercegovine propisano je: “Gradska područja su izborne jedinice. Statutom se određuje sastav Gradskog vijeća, a izborni postupak regulira Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine i Statutom na način koji može odstupati od uvjeta propisanih u čl. VI.A. ovog Ustava”.

### 3. Ima li Grad Mostar Gradsko vijeće

Centralna Izborna Komisija zbog Odluke Ustavnog suda nije raspisala izbore za Gradsko vijeće Grada Mostara, niti su se izbori održali. Zbog toga je Grad Mostar “ostao” bez Gradskog vijeća. U vezi s navedenim i postavljenim pitanjem (“Ima li Grad Mostar Gradsko vijeće?”) potrebno je imati u vidu i odredbe čl. 13.11 Izbornog zakona u kome je propisano da mandat općinskog vijeća, skupštine općine, gradskog vijeća, skupštine grada, odnosno kantonalne skupštine traje četiri godine. Izborni zakon u čl. 13.11 niti bilo u kome drugom članu nije regulirao situaciju kada je gradskom ili općinskom vijeću istekao mandat, a izbori za novo gradsko ili općinsko vijeće nisu raspisani i održani. U odnosu na spomenutu situaciju, u Izbornom zakonu postoji pravna praznina, i to tzv. tehnička, a ne vrijednosna pravna praznina. “Tehnička praznina je nedostatnost normativnog zahvaćanja nekog pravnog odnosa, tj. slabo normativno reguliranje”<sup>12</sup>. Pravna praznina u pravu popunjava se tumačenjem. Identifikacija pravne praznine u nekom zakonu još uvijek ne znači da ona neće biti popunjena primjenom drugog zakona ili normi iz drugog izvora<sup>13</sup>.

Centralna Izborna Komisija je odredbu čl. 13.11 Izbornog zakona protumačila dogmatsko-pozitivističkim pristupom koji se zasniva “na naivnom uverenju njegovih pristalica da je u normi potpuno jasno jezički izražena zakonodavčeva volja, zbog čega tumačenje prava nije ništa drugo do obično mehaničko-silogistička primena pravne norme u konkretnom slučaju, tj. jedan pasivni *vox legis*”<sup>14</sup>. U konkretnom slučaju izostalo je i tzv. autentično tumačenje — Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine (kao normotvorac), nije protumačila smisao “vlastitih” odredaba iz čl. 13.11 Izbornog zakona. Pravnu prazninu u čl. 13.11 Izbornog zakona, trebalo je popuniti tumačenjem. (Svakako, navedena pravna praznina mogla je biti popunjena i intervencijom zakonodavca u čl. 13.11 Izbornog zakona, na način “doregulacije” nedostatno reguliranog pravnog odnosa.)

Ciljno tumačenje, ili argumentacija po cilju, jest glavni način razumijevanja normi, kojim se konačno dolazi do zaključka o najboljem značenju pravnih normi. “Sva ostala pravila tumačenja njemu su podređena i njemu služe”<sup>15</sup>. Pravna norma je uvijek sredstvo za posti-

<sup>12</sup> N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001, s. 235.

<sup>13</sup> Z. Stefanović, Identifikacija pravnih praznina, *Pravni zapisi*, 1/2013 Beograd, ss. 9-10.

<sup>14</sup> D. M. Mitrović, *Teorija države i prava*, Beograd 2010, s. 484.

<sup>15</sup> Visković (bilj. 12), s. 250.

zanje nekih i nečijih ciljeva (*telos*-cilj), nekih ili nečijih vrijednosti i interesa. Stoga, od svih mogućih značenja jedne norme najbolje je značenje ono koje najpotpunije ostvaruje njen cilj, razlog njenog postojanja (*ratio legis*).

Da li je cilj ustavotvorca (i zakonodavca) bio da grad (u našem slučaju Grad Mostar) uvijek ima gradsko vijeće koje funkcionira, odnosno koje vrši svoje nadležnosti. Ili je, možda, cilj ustavotvorca (i zakonodavca) bio, da u određenim situacijama grad (Grad Mostar) uopće nema Gradsko vijeće, niti supstituirajući mu organ? Ciljnim i sistematskim tumačenjem odgovarajućih pravnih normi (koje ćemo navesti) može se pouzdano doći do zaključka da je cilj ustavotvorca (i zakonodavca) da grad (Grad Mostar) uvijek ima funkcionirajuće Gradsko vijeće. Naravno, pod pretpostavkom da se radi o “razumnom” ustavotvorcu (zakonodavcu).

Naime, u čl. VI. A.5) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano je postojanje gradskog vijeća (ni u kojoj situaciji nije propisano njegovo nepostojanje) i njegove nadležnosti, a čl. VI.C.4) istog Ustava propisano je (za Grad Mostar): “Gradska područja su izborne jedinice. Statutom se određuje sastav Gradskog vijeća, a izborni postupak se regulira Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine i Statutom na način koji može odstupiti od uvjeta propisanih u čl. VI.A. ovog ustava”. U tački 2) navedenog člana Ustava Federacije Bosne i Hercegovine propisano je “da Grad Mostar ima nadležnosti općine”. Prema tome, bez Gradskog vijeća, Grad Mostar ne može donositi brojne odluke koje su značajne za Grad i stanovnike Grada Mostara. Ne postoji mogućnost (ustavna i zakonska) da nadležnost Gradskog vijeća preuzme neki drugi organ Grada<sup>16</sup>. Dakle, da ponovim, po mome mišljenju, cilj ustavotvorca (i zakonodavca) je da Grad Mostar stalno ima funkcionirajuće Gradsko vijeće, a da je manje važan cilj da mandat vijećnika u Gradskom vijeću

<sup>16</sup> Izuzetak je propisan u čl. 18. st. 3. Zakona o principima lokalne samouprave u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 49/06, kada gradsko vijeće u propisanom roku ne usvoji budžet, gradonačelnik može “proglasiti” budžet za tekuću godinu, što je i učinjeno u Gradu Mostaru za ovu godinu.

traje četiri godine, bez izuzetka, i u svim mogućim okolnostima, pa i u okolnostima koje su društveno i politički atipične, nepredvidive, vanredne i sl. Prema tome, Gradsko vijeće Grada Mostara, čijim vijećnicima je istekao četverogodišnji mandat, treba da funkcionira i obavlja svoje ustavne, zakonske i statutarne nadležnosti do izbora novog Gradskog vijeća. Ovakav zaključak proizilazi iz volje ustavotvorca i zakonodavca (*ratio legis*), a do njega (navedenog zaključka) može se doći ciljnim i sistematskim tumačenjem odgovarajućih ustavnih i zakonskih normi. Ustav i zakoni ne sadrže norme iz kojih bi se izveo drugačiji zaključak. Bez postojanja i funkcioniranja Gradskog vijeća, ni Grad Mostar, kao jedinica lokalne uprave i samouprave, ne može funkcionirati. Sadašnje “funkcioniranje” Grada Mostara (bez funkcioniranja Gradskog vijeća), je svojevrsna “političko-pravna” imitacija Grada Mostara, koja ima izuzetno naglašene štetne posljedice za sve stanovnike grada.

Na pitanje iz tačke 3 ovog priloga — ima li Grad Mostar Gradsko vijeće, odgovor je: Grad Mostar ima Gradsko vijeće koje ne funkcionira. Razlozi za nefunkcioniranje Gradskog vijeća nisu pravne, nego političke prirode.

#### 4. Zaključak

Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine<sup>17</sup> po svom sadržaju (a i zbog neizvršenja od strane Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine) nije mogla imati utjecaja na (ne)raspisivanje i (ne)održavanje izbora za Gradsko vijeće Grada Mostara, razlozi su navedeni, te su ti izbori trebali biti raspisani i održani istovremeno kada su održani lokalni izbori u Bosni i Hercegovini. Kako to neosnovano nije učinjeno, to se pravilnim tumačenjem (ciljnim i sistematskim) odgovarajućih ustavnih i zakonskih odredbi može izvesti sasvim uvjerljiv pravni zaključak, da Gradsko vijeće Grada Mostara kome je istekao četverogodišnji mandat treba nastaviti svoje funkcioniranje (vršiti ustavne, zakonske i statutarne nadležnosti) do izbora novog Gradskog vijeća.

<sup>17</sup> Odluka broj U 9/09 od 26. 11. 2010.

Sadržaj:

1. Uvod .....	13	3. O nezavisnosti ustavnog sudstva i njenom jemstvu u Ustavu Crne Gore iz 2007. godine — da li je Ustavni sud stvarno nezavisan? .....	15
2. Pravna priroda i položaj Ustavnog suda u ustavnom sistemu Crne Gore — Ustavni sud kao politički organ, organ judikature, organ <i>sui generis</i> ili posebna grana vlasti? .....	13	4. Ustavna revizija i nezavisnost Ustavnog suda — korak naprijed ili tapkanje u mjestu? .....	17
		5. Zaključak .....	20

## 1. Uvod

Cilj ustavnosudske kontrole nije da sputava nosioce državne vlasti u vršenju njihovih ustavnih funkcija, već da njihovo djelovanje dovede u okvire ustava i ustavnosti, stajući na put svakom obliku anarhije, autokratije i bezvlašća. U tom djelovanju, ustavni sud kao nosilac ustavno-zaštitne funkcije, nema nadležnost donošenja pravnih propisa. On je negativni normotvorac, koji ne stvara pravo već utvrđuje šta je pravo, bilo kroz eliminaciju svih neustavnih akata i radnji iz pravnog poretka, bilo kroz tumačenje ustavnog teksta. Može se reći da je on indirektni normotvorac, obzirom da kroz svoju praksu može nametnuti buduće ponašanje donosiocima pravnih pravila, kazujući im u kom pravcu treba da vrše svoju funkciju uređenja društvenih odnosa, pod prijetnjom da će svako odstupanje biti sankcionisano isključenjem takvog propisa iz pravnog sistema. Iz navedenog se da zaključiti da u demokratskim državama ustavni sud ima dvojaku ulogu: da bude brana samovolji državnih vlasti, te da svakoj od grana državne vlasti — zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj ukaže na njihovo mjesto i poziciju predviđenu ustavom.

Određivanje mjesta ustavnog sudstva u jednom političkom sistemu je izuzetno kompleksno pitanje, budući da ono u odnosu na ostale državne organe ima specifičan položaj, uslovljen prirodom svog bivstvovanja, te ni pravna nauka ni pravna praksa nijesu postigli jedinstvo po pitanju prirode i pozicije ustavnog suda u pravnom poretku. Ni ustavni sistem Crne Gore po tom pitanju nije izuzetak. To je i razlog da analiza pravne prirode i položaja Ustavnog suda Crne Gore, a posebno analiza njegove nezavisnosti, budu predmet ovog rada, na način što će se prezentirati pozitivnopravna određenja ustavnog sudovanja u crnogorskom pravu, kao i efekti ustavne revizije sprovedene radi jačanja njegove nezavisnosti i samostalnosti. Težišno pitanje na koje će ova analiza nastojati da pruži od-

\* Autor je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta Mediteran u Podgorici.

govor jeste da li je promjena Ustava u oblasti nezavisnosti ustavnosudske vlasti iskorak prema stvarnom jačanju pravnog položaja ove institucije, te da li je potrebno postojeća rješenja dalje nadograđivati?

## 2. Pravna priroda i položaj Ustavnog suda u ustavnom sistemu Crne Gore

Nakon obnove nezavisnosti, 2006. godine, Crna Gora otpočela je ustavotvorni postupak, sa ciljem da se novouspostavljeni politički sistem uredi na donekle drugačijim osnovama u odnosu na period socijalističke ustavnosti, pod čijim uticajem je pisan Ustav iz 1992. godine. Logična posljedica ovog “konceptijskog zao-kreta” je i prekompozicija odnosa između organa državne vlasti, kao i potreba kvalitativno drugačijeg određenja položaja ustavnog sudstva u sistemu državne organizacije.

Uviđajući potrebu za postojanjem organa koji će, u krajnjoj instanci, štiti državnopravni poredak od svih anomalija, tvorci crnogorskog Ustava iz 2007. godine Ustavnom sudu daju položaj posebne — četvrte grane vlasti. Ustavni sud se definiše kao samostalan i nezavisan organ, koji vrši posebnu i specifičnu funkciju ustavozaštitosti, sa osnovnim zadatkom da svojom djelatnošću obezbijedi jedinstvo pravno-političkog sistema i vladavinu objektivnog prava, kroz dosljednu primjenu Ustava kao osnovnog zakona. Ustav to čini garantujući u osnovnim načelima (čl. 11) njegovu posebnost u odnosu na ostale grane vlasti<sup>1</sup> i posvećujući mu poseban, peti dio Ustava, koji se isključivo bavi regulacijom položaja Ustavnog suda.

<sup>1</sup> Čl. 11 Ustava Crne Gore propisuje: “Vlast je uređena po načelu podjele vlasti na: zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Zakonodavnu vlast vrši Skupština, izvršnu vlast vrši Vlada, a sudsku sud. Vlast je ograničena Ustavom i zakonom. Odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Crnu Goru predstavlja predsjednik Crne Gore. Ustavnost i zakonitost štiti Ustavni sud. Vojska i bezbjednosne službe su pod demokratskom i civilnom kontrolom”. Dostupno na <http://www.skupstina.me/images/dokumenti/ustav-crne-gore.pdf> (30. 09. 2013).

Dakle, Ustavni sud Crne Gore nije organ političke (legislativne ili egzekutivne) grane vlasti, iako sa njom ima određenih dodirnih tačaka i sličnosti (Ustavni sud, kao i parlament vezan je ustavom, a ne zakonima, što mu daje neophodnu dozu samostalnosti, kreativnosti i inovativnosti u vršenju funkcije; Ustavni sud ima mogućnost da djeluje *ex officio*, bez potrebe da se postupak inicira zahtjevom zainteresovanih lica; ustavnosudske odluke imaju, po pravilu dejstvo *erga omnes* i neposredno se primjenjuju, kao i akti Skupštine). Ustavni sud ne stvara pravo, makar ne direktno, već samo odlučuje šta ne može biti pravo. Njegova djelatnost nije kreacija pravne norme, već njeno uobličavanje kroz eliminaciju neustavnih i nezakonitih normi. Ustavni sud rješava pitanja iz domena svojih nadležnosti isključio putem primjene prava, ocjenjujući usklađenost osporenih akata i radnji sa ustavom, a ne putem primjene političkih kriterijuma, cijeneći političku adekvatnost i cjelishodnost u postupanju državnih organa. I na kraju, Ustavni sud je stručni organ u čijem sastavu su eminentni pravnici, “pravnička aristokratija”<sup>2</sup>, a ne politički organ, u kojem bi osnovni kriterijum za izbor sudija bila politička pripadnost a ne stručnost.

Ustavni sud se ne može posmatrati ni kao dio sudske grane vlasti, iako su sličnosti među njima brojne: označavanje sudskog karaktera u samom nazivu ovog organa, gdje se koristi imenica “sud”, koja može ukazati na težnju ustavopisaca da se Ustavni sud klasifikuje kao dio judikature; status članova Ustavnog suda ima istovjetnih karakteristika sa statusom sudija, posebno u oblasti uslova za izbor, odgovornosti, imuniteta, inkompatibilnosti sa drugim državnim funkcijama, garancijama nezavisnosti i samostalnosti; postupak donošenja ustavnosudskih odluka u najvećoj mjeri je identičan sa redovnim sudskim postupkom i sl. Međutim, iako u svom nazivu nosi naziv sud, Ustavni sud se ne može svrstati u sistem judikature vlasti, čak ni kao sud sa specijalnim statusom. Prije svega, njegova funkcija je osobena, on rješava pravne sporove kao sud, ali na drugačijoj osnovi i primjenom drugog kriterijuma — isključivo ustavnog teksta. On ne rješava svakodnevene probleme u primjeni pravnih normi već vrši jednu uzvišenu funkciju zaštite Ustava putem kontrole ustavnosti i zakonitosti, djelatnost koja ima za cilj zaštitu postulata konstitucionalizma i ustavnih vrijednosti u društvu. U svom odlučivanju vezan je pravom, ali mora i politički rezonovati, mora biti snab-

<sup>2</sup> V. Petrov, Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? — analiza pojma “istaknuti pravnik”, u: E. Šarčević (ur.), *Ko bira sudije ustavnog suda? Regionalni bilans teorije i prakse: BiH, Srbija, Hrvatska i Makedonija*, Sarajevo 2012, s. 229. Dostupno na [http://www.fcjp.ba/templates/ja\\_avian\\_ii\\_d/images/green/Vladan\\_Petrov.pdf](http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Vladan_Petrov.pdf) (30. 09. 2013).

djeven senzualitetom za pravilnu ocjenu odnosa između politike i prava, mora tumačiti ustav kao “živi” dokument, u zavisnosti kako od društvenog tako i od političkog momenta. Izbor sudija Ustavnog suda razlikuje se od izbora sudija redovnih sudova koje bira posebno, stručno tijelo (Sudski savjet), dok u izboru ustavnih sudija politika ima glavnu riječ. Ustavni sud može u određenim situacijama postupati *ex officio*, za razliku od redovnih sudova koji postupaju samo po osnovu inicijacije od strane ovlašćenih lica. Sankcije koje izriče Ustavni sud u biti se razlikuju od sankcija koje mogu izreći sudovi, budući da nemaju za cilj utvrđivanje subjektivnog prava ili postojanje njegove povrede, već utvrđivanje postojanje povreda objektivnog prava i načina na koji ih otkloniti. I na kraju, Ustavni sud nije instanciono nadređen redovnoj judikaturi niti nad njom vrši hijerarhijski nadzor kao sud posljednjeg stepena, ispitujući način primjene i tumačenja propisa, već vrši spoljnu kontrolu, koncentrišući se na utvrđivanje povrede nekog od osnovnih ustavnih prava.

Na stav o promjeni shvatanja uloge ustavnog suda i na njegovo pozicioniranje izvan trodiobe državne vlasti upućuje i značajno proširivanje njegovih nadležnosti. On više nije samo organ apstraktne normativne kontrole, već i “sud običnih građana”<sup>3</sup> koji mu se, pod strogim uslovima, mogu obraćati kad smatraju da su im pojedinačnim aktima državnih organa povrijeđena ljudska prava i slobode; instancioni sud u izbornim sporovima; sud koji rješava sukobe nadležnosti; kontrolor vladinog postupanja u vanrednim prilikama; sud koji cijeni da li je program i rad političke stranke u skladu sa ustavnim proklamacijama; organ koji učestvuje u postupku razrješenja Predsjednika države i sl. U tom smislu, crnogorski Ustav prati tendenciju modernih ustavopisaca da ustavnom sudu detaljno propišu organizaciju, nadležnost, postupak i dejstvo odluka, ne dopuštajući u ovoj oblasti pretjerano miješanje zakonodavca.

Percepcija tekovina savremenog konstitucionalizma, kojeg karakteriše povećana uloga ustavnog suda kao vrhovnog regulatora i kontrolora ustavnosti i zakonitosti u pravnom poretku, bitno je uticala na promjenu shvatanja i jačanje njegovog položaja u sistemu državnih organa Crne Gore. Potreba za “jačim” ustavnim sudom u odnosu na prethodna ustavna rješenja, uslovia je prekompoziciju tradicionalne Monteskijeove trihotomije državnih organa i uvođenje posebne, četvrte grane vlasti, koja treba da bude “efikasna kao do-

<sup>3</sup> O. Vučić, Ustavne i zakonske mogućnosti dostupnosti ustavnom sudu ili Konceptija ustavnog sudstva danas — ustavni sud između “ekskluzivnog, vrhovnog arbitra” i “suda običnih ljudi”, *O zaštiti prava*, Beograd 2010, s. 61.

bra vlada, racionalna kao idealni parlament, pravno potkovan kao najviši sud”<sup>4</sup>.

Dakle, Ustavni sud Crne Gore, imajući u vidu njegovu ulogu, pravce djelovanja, kriterijume odlučivanja i posljedice odluka, ima sve prerogative samostalne, četvrte grane vlasti. Njegov položaj i ingerencije su bitno različite u odnosu na zakonodavstvo, izvršnu vlast i sudstvo, te gotovo istog stepena značaja za društvenu zajednicu. Ustavni sud nije viša, niti instanciono nadređena vlast ni legislativi ni egzekutivi ni judikauri. On ne može cijeliti cjelishodnost njihovih akata i radnji i određivati politički kurs, već se, budući da ima ustavom tačno propisano mjesto, nadležnost i ovlašćenja, isključivo stara o nadzoru nad ustavnošću njihovih djelatnosti. Prema tome i on je organ koji se nalazi pod “ustavnom kapom”, koji ne može mijenjati, već samo “stvaralački tumačiti” Ustav, tražeći pravo značenje ustavnih normi u datom društveno-političkom momentu. U svom djelovanju posjeduje potpunu autonomiju i *de iure* je nezavisan od ostalih grana vlasti.

### 3. Nezavisnost Ustavnog suda prema Ustavu Crne Gore iz 2007. godine

Za postojanje institucije ustavnog sudstva u savremenom društvu neophodno je ispunjenje tri uslova: tehničkog — postojanje hijerarhije pravnih normi; političkog — poštovanje ljudskih prava i sloboda i organizaciono-funkcionalnog — nezavisnost i samostalnost ustavnog suda.

Ustavni sud mora biti nezavisan i to je osnovna premisa svake ustavne države, jer se u suprotnom obesmišljava ovaj oblik kontrole ustavnosti. Nezavisnost ustavnog suda ogleda se, prije svega u njegovoj nepodložnosti uticajima političkih elita, ali i u njegovoj odvojenosti od ostalih, “stručnih” državnih organa (prevashodno mreže sudske grane vlasti). Međutim, potpuna depolitizacija ustavnog sudstva je ideal koji je u današnjem obliku egzistencije društvenih zajednica nemoguć, neodrživ pa čak i nepotreban i nepoželjan. Naime, nijedan državni organ, pa ni ustavni sud ne može biti u potpunosti odvojen od politike niti može djelovati bez političke podrške. Svaka institucija je neminovno okružena politikom, ona prožima sve sfere društvenog sistema, ulazi u sve pore društvene zajednice i nužan je pratilac svih društvenih dešavanja. Donošenjem ustava, ne legitimizuje se samo faktičko pravno stanje već se legitimizuje i postojeća konstelacija političkih odnosa u državi. Ustav donose vladajuće političke elite, krojeći ga shodno svojim mjerama i potrebama. Pravni položaj i ustavne garancije ne daju ustavnom

<sup>4</sup> V. Petrov, Novi Ustavni sud Srbije, *Sveske za javno pravo*, Sarajevo 9/2012, s. 30.

sudu potpuni imunitet u odnosu na politiku, budući da je politika ta koja odlučuje o sastavu ustavnog suda, te da se sudije ustavnih sudova ne biraju na neposrednim izborima, već se imenuju od strane politizovanih organa, što politiku čini aktivnim sudionikom u uređivanju personalnog sastava ustavnih sudova. Politika (kroz legislativu) odlučuje i o širini i dometima ustavnosudske djelatnosti, određuje pravno dejstvo njegovih odluka i u krajnjem se stara o njihovom poštovanju i izvršenju. “San o ustavnom sudu koji ima potpuno nepolitički karakter, sasvim je nerealan” napisali su *Meni i Knap*<sup>5</sup>.

Američki pravnik *Kramer* smatra da će se u “21. vijeku svijet podijeliti na dva različita područja: područje politike i područje prava. U politici vlada narod. Ali, narod ne vlada u pravu. Pravo je prepušteno obučenoj eliti sudija i advokata, čiji je profesionalni zadatak implementacija formalnih političkih odluka”<sup>6</sup>. Iz tog razloga u odnosu između ustavnog suda i političkih struktura mora postojati ekvilibrijum — ustavni sud mora paziti da svoju jedinstvenu moć podvođenja pod ustav ne zloupotrebi, tj. da se “juridizacija politike” ne iskrene u “politizaciju sudstva”<sup>7</sup> a politika se mora uzdržavati od svakog neprimjerenog miješanja i uticaja na rad ustavnog suda. U svojim djelovanjima oba subjekta moraju uspostaviti određene granice primjerenosti, u okviru kojih će se uspostaviti balans između ovlašćenja i odlučivanja ustavnog suda i težnje politike da ustavni sud zadrži pod svojim uticajem i da mu nametne kurs koji bi trebalo da prati. Jedino na taj način će ustavni sud zadržati, gotovo jednovjekovnom praksom izboren, položaj neprikosnovenog čuvara ustava, prevashodno u odnosu na pretenzije političkih elita.

Tri su oblasti u kojima je potrebno obezbijediti garancije ustavnosudske nezavisnosti: personalna nezavisnost, koja se odnosi na izbor i mandat ustavnih sudija; procesna nezavisnost, koja se odnosi na nadležnost, postupanje i dejstvo ustavnosudskih odluka i materijalna (finansijska) nezavisnost.

Bazičnim tekstom Ustava Crne Gore, bilo je propisano da se Ustavni sud sastoji od predsjednika i šest sudija, koje na prijedlog Predsjednika Crne Gore bira Skupština, većinom od ukupnog broja poslanika, na mandat od devet godina. Ovakvo rješenje predstavljalo je izuzetak od komparativnih iskustava i nije u primjerenoj mjeri obezbjeđivalo nezavisnost vrhovnog arbitra zaštite ustavnosti i zakonitosti. Prvi razlog odnosio se na način izbora po kome ne samo ustavne sudije, već i Pred-

<sup>5</sup> Citirano prema: I. Pejić, Uloga ustavnog suda u očuvanju ustavne demokratije, *Pravni život*, Beograd 12/2006, s. 1166.

<sup>6</sup> L. Kramer, *The People Themselves — Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford 2004, s. 364.

<sup>7</sup> S. Sokol/B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb 2007, s. 200.

sjednika Ustavnog suda predlaže Predsjednik Crne Gore, a bira Skupština, dakle oba organa sa dominantnim političkim predznakom. Izmještanje postupka izbora Predsjednika Ustavnog suda iz okrilja samih ustavnih sudija predstavlja ozbiljan atak na nezavisnost ove institucije. Ovakvo rješenje nije poznato u uporednom pravu, a uslovljeno je specifičnim načinom određivanja uloge Predsjednika Crne Gore u političkom sistemu<sup>8</sup>. Drugi razlog odnosio se na pitanje skupštinske većine koja bira ustavne sudije, a koja, prema izvornom ustavnom tekstu (većina od ukupnog broja poslanika, a ne neka “veća”, kvalifikovana većina) u potpunosti isključuje mogućnost postizanja konsenzusa ili većeg obima parlamentarne saglasnosti i eliminiše svaki oblik miješanja parlamentarne opozicije u izbor ustavnih sudija. Time se favorizuje izbor ustavnih sudija na osnovu trenutnog političkog interesa parlamenta. I, na kraju, mandat sudija Ustavnog suda iznosio je devet godina, uz mogućnost neograničenog broja reizbora, što nije bilo usklađeno sa uporednom praksom, koja predviđa ili kraće trajanje mandata sa mogućnošću reizbora ili duži mandat bez prava na ponovni izbor. Na ovaj način došlo se u situaciju da sudije Ustavnog suda, imajući u vidu njihov politički izbor, imaju iste preferencije kao i partije koje su ih izabrale (ideološki konsenzus), te da ustavne sudije, u želji da održe dobre relacije sa partijama koje su ih izabrale, a radi budućih reizbora, mogu poseći za neprofesionalnim ponašanjima i djelovanjima. Mogućnost reizbora sudija Ustavnog suda mogla bi dovesti do neprimjerenog i nedozvoljenog političkog pritiska na sudije, jer je neminovno da se njihove odluke odnose na propise i akte koje donosi Skupština, nakon čega ta ista Skupština treba da odlučuje o njihovom reizboru. Isto tako Ustavni sud treba da odlučuje o “impichmentu” šefa države, koji je jedini predlagatelj kandidata za izbor/reizbor ustavnih sudija.

Personalnu komponentu nezavisnosti ustavnosudske vlasti garantuju i ustavne norme o načinu prestanka funkcije ustavnih sudija. One su strogo i precizno formulisane, te ne ostavljaju mogućnost zakonodavnog miješanja u ovu oblast. Prema čl. 154 Ustava, Predsjedniku i sudiji Ustavnog suda funkcija prestaje prije isteka vremena na koje je izabran ako to sam zatraži, kad ispuni uslove za starosnu penziju ili ako je osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora. Predsjednik i sudija Ustavnog suda razrješava se dužnosti ako je osuđen za

<sup>8</sup> E. Šarčević je utvrdio da Predsjednik Crne Gore “ima ovlaštenja koja se ne mogu uporediti sa predsjednicima u drugim državama” te da je on “zaista nosilac upravne vlasti koja izrasta i prerasta same funkcije upravne vlasti, i to se vidi po izboru ustavnih sudija”, usp. isti, diskusija u Zborniku radova *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, Beograd 2010, s. 81.

djelo koje ga čini nedostojnim za vršenje funkcije, ako trajno izgubi sposobnost za vršenje funkcije ili javno ispoljava svoja politička uvjerenja. Do razrješavanja može doći i ukoliko ustavni sudija ne poštuje ustavnu normu o nespojivosti ustavnosudske funkcije sa drugim javnom službom i profesionalnom djelatnošću. Dodatna garancija nezavisnosti predviđena je propisivanjem da nastupanje razloga za prestanak funkcije ili razrješavanje utvrđuje Ustavni sud na sjednici i o tome obavještava Skupštinu.

Rješenje prema kojem se Predsjednik i sudija Ustavnog suda razrješava dužnosti ako javno ispoljava svoja politička uvjerenja otvara prostor za arbitrnost i neprimjerene atake na nezavisnost ustavnih sudija, dovodeći u pitanje njihovu samostalnost u obavljanju funkcije, jer omogućava parlamentu većini da pod ovim izgovorom razriješi “nepodobnog” ustavnog sudiju. Kako bi se obezbijedila puna nezavisnost ustavnih sudija neophodno je ograničiti pravo parlamenta da razrješava sudije Ustavnog suda, izuzev u slučajevima kada počine krivično djelo ili drugi prekršaj koji ih čini nedostojnim funkcije.

Ustavni sud ima standardne ustavnosudske nadležnosti, propisane čl. 149 Ustava, koji mu daje u zadatak da samostalno odlučuje: o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima; o saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom; o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava; da li je predsjednik Crne Gore povrijedio Ustav; o sukobu nadležnosti između sudova i drugih državnih organa, između državnih organa i organa jedinica lokalne samouprave i između organa jedinica lokalne samouprave; o zabrani rada političke partije ili nevladine organizacije; o izbornim sporovima i sporovima u vezi sa referendumom koji nijesu u nadležnosti drugih sudova; o saglasnosti sa Ustavom mjera i radnji državnih organa preduzetih za vrijeme ratnog i vanrednog stanja, te vrši i druge poslove utvrđene Ustavom, kao što je npr. praćenje ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti i obavještavanje Skupštine o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti. O svim ustavnim sporovima<sup>9</sup> Ustavni sud odlučuje sa punim stepenom autonomije, nezavisnosti i samostalnosti, budući da je njegova odluka konačna, opšteobavezujuća i izvršna, te se protiv nje ne može izjaviti nijedan pravni lijek niti pravno sredstvo. Na taj način je obezbijedena potpuna in-

<sup>9</sup> Jedini izuzetak od pravila da su odluke Ustavnog suda konačne i izvršne, jeste odlučivanje o pitanju da li je predsjednik Crne Gore povrijedio Ustav, obzirom da konačnu odluku o “krivici” šefa države donosi parlament, ali tek nakon “pozitivnog” mišljenja Ustavnog suda.

stitucionalna nezavisnost Ustavnog suda, izuzev u oblasti ljudskih prava i sloboda) gdje ustavni sudovi polako gube ulogu vrhovnog arbitra prepuštajući je Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, koji postaje korektiv konačnih odluka ustavnog suda, na isti način na koji je i ustavni sud korektiv konačnih odluka sudske vlasti u nacionalnom pravnom poretku.

Procesna nezavisnost ogleda se i u pravu Ustavnog suda da, bez ikakvih ograničenja sam pokrene postupak ocjene ustavnosti i zakonitosti ili da to čini na inicijativu bilo kog lica, a ne da čeka da se neko od izuzetno uskog kruga ovlašćenih predlagača “sjeti” da mu se obrati.

Jemstvo materijalno-finansijske nezavisnosti Ustavnog suda nije predmet ustavne regulacije, već je u isključivom domenu *materie legis*. Ustavni sud se finansira kao i ostali budžetski korisnici, iz sredstva koje odredi parlament u budžetu, koji se usvaja na predlog vlade, bez posebne mogućnosti Ustavnog suda da utiče na visinu opredijeljenih sredstava za rad. Ustavni sud ima samo pravo predlaganja razdjela godišnjeg budžeta, ali je konačna odluka na vladi odnosno parlamentu. Drugim riječima “zakonodavstvo drži kesu a vlada drži mač”<sup>10</sup>. Puna finansijska nezavisnost Ustavnog suda može biti obezbijedena jedino na način da Ustavni sud autonomno kreira svoj predlog budžeta prema Skupštini, koji bi nakon usvajanja postao sastavni dio “glavnog” državnog budžeta. U najmanju ruku Ustavnom sudu bi trebalo dati pravo da sa svojim prijedlogom budžeta, sa kojim vlada nije saglasna, izađe pred Skupštinu, koja bi donijela konačnu odluku o visini godišnjih sredstava za ustavnosudsku vlast. Upravo nedostatak finansijskih sredstava, te nemogućnost angažovanja dodatnog stručnog osoblja, Ustavni sud vidi kao glavni izvor njegove neažurnosti<sup>11</sup>.

Navedenim ustavnim normiranjem, osnovni postulati ustavnog sudovanja — njegova nezavisnost, nepristrasnost i samostalnost bili su u samom korjenu sasječeni, te su ustavne sudije od momenta izbora morale da se nose sa teškim bremenom političke i partijske identifikacije i materijalne zavisnosti od političke vlasti. Osnovna zamjerka, još od samog proglašenja Ustava, odnosila se na preveliki i neprimjereni uticaj politike na izbor i funkcionisanje ustavnosudske vlasti, tj. na nedostatak volje političkih elita da se odreknu uticaja na ovu granu vlasti. Izbor ustavnih sudija pretvorio se

<sup>10</sup> M. Marković, izlaganje u Zborniku radova (bilj. 8), s. 74.

<sup>11</sup> Usp. npr. Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore u 2012. godini, s. 31, dostupno na <http://www.ustavni.sud.me/slike/ustavnisud/aktuelnosti/P%20R%20E%20G%20L%20E%20D%20rada%20Ustavnog%20suda%20za%202012.pdf> (30. 09. 2013).

u odabir prije nego li u jasan izbor po neupitnim kriterijumima stručnosti.

Neodrživost ovog rješenja bila je više nego evidentna, na što je ukazivala kako domaća javnost, tako i međunarodna stručna tijela, posebno Venecijanska komisija<sup>12</sup>. Iz tih razloga, Ustav Crne Gore je, pod dominantnim međunarodnim uticajem<sup>13</sup>, amandmanski revidiran 31. jula 2013. godine, a jedna od glavnih izmjena odnosila se upravo na pitanje organizacije, načina izbora i mandata sudija Ustavnog suda.

#### 4. Ustavna revizija i nezavisnost Ustavnog suda — korak naprijed ili tapkanje u mjestu?

Preovlađujuće mišljenje o načinu izmjene Ustava formulisano je na skupštinskom Ustavnom odboru, uz pozitivno mišljenje Venecijanske komisije<sup>14</sup>, mada je ustavnopravna nauka imala drugačijih prijedloga<sup>15</sup>.

Amandmanima na Ustav Crne Gore, između ostalog, izmijenjen je način izbora ustavnih sudija, tako da sada Skupština bira i razrješava ustavne sudije, na mandat od 12 godina, bez reizbora i to: dvoje sudija na prijedlog Predsjednika Crne Gore, a pet sudija na prijedlog nadležnog radnog tijela Skupštine, po raspi-

<sup>12</sup> Usp. Mišljenja Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) CDL-AD(2007) 047 §§ 122, 123 i CDL-AD(2012) 024 § 35, u kojima je istaknuto da ovaj način izbora ustavnih sudija ozbiljno podrijava nezavisnost Ustavnog suda i da ne obezbjeđuje uravnoteženi sastav, kao i da to nije u skladu sa međunarodnim standardima. Venecijanska komisija je stoga, preporučila da, ukoliko Skupština bira sudije Ustavnog suda (mada se favorizuje mogućnost da druge državne institucije imenuju sudije Ustavnog suda — Mišljenje CDL-AD(2012)009 § 8)) njihov izbor treba da se vrši dvotrećinskom većinom, uz mehanizam za sprečavanje zastoja u radu, kao i da ne bi trebalo da postoji mogućnost obnavljanja mandata sudija Ustavnog suda. Mišljenja su dostupna na <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=120&year=all> (10. 08. 2013).

<sup>13</sup> Ustavna revizija bila je ključni uslov otvaranja pregovaračkih poglavlja 23 i 24, za pridruživanje Crne Gore Evropskoj Uniji.

<sup>14</sup> Usp. Nacrt Mišljenja Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) o nacrtu izmjena i dopuna tri ustavne odredbe koje se odnose na Ustavni sud, Državno tužioca i Sudski savjet Crne Gore (CDL(2013)033). Dostupno na [http://www.skupstina.me/images/dokumenti/Nacrt\\_misljenja\\_Venecijanska\\_komisija.pdf](http://www.skupstina.me/images/dokumenti/Nacrt_misljenja_Venecijanska_komisija.pdf) (11. 08. 2013).

<sup>15</sup> Tako M. Vukčević predlaže “mješoviti sistem izbora sudija Ustavnog suda na način da sudije na tripartitnoj osnovi, između više kandidata, biraju: Predsjednik Crne Gore, Skupština Crne Gore i Sudski savjet kao nezavisno tijelo” dok “predsjednika Ustavnog suda, po uzoru na brojne evropske zemlje, treba da biraju sudije između sebe, na period od tri godine, bez mogućnosti ponovnog izbora”. Detaljnije M. Vukčević, Refleksije o položaju Ustavnog suda u Ustavu Crne Gore, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta “Mediterran”*, Podgorica, 1/2008, s. 48.

sanom javnom pozivu koji sprovode predlagači. Izbor se u prvom glasanju vrši dvotrećinskom većinom, a u drugom glasanju, najranije nakon mjesec dana tropećinskom većinom ukupnog broja poslanika. Predsjednika Ustavnog suda biraju ustavne sudije iz svojih redova, na mandat od tri godine, bez prava reizbora. Promijenjen je i način odlučivanja u postupku po ustavnoj žalbi, na način da o ustavnoj žalbi odlučuje tročlano vijeće, konsenzusom i u punom sastavu, dok u slučaju nepostojanja jednoglasnosti odluku donosi plenum.

Dakle, u načinu izbora ustavnih sudija iskorak je učinjen u pravcu da šef države više nije ekskluzivni predlagač kandidata za izbor ustavnih sudija, već to pravo sada dijeli sa Skupštinom, i to na osnovu sprovedenog javnog oglašavanja. Veoma šturi uslovi za izbor ustavnih sudija propisani Ustavom (ugled istaknutog pravnog stručnjaka, sa najmanje 40 godina života i 15 godina rada u struci, bez posebnog preciziranja šta znači pojam "istaknuti pravni stručnjak") ne garantuje potrebnu diverzifikaciju u sastavu ovog organa, koja je od nasušnog značaja za donošenje teških i kompleksnih odluka, kao što su odluke u ustavnim sporovima. Naime, ustavni sporovi predstavljaju najsloženije pravne sporove, u kojima postoji tanka nit između prava i neprava, a na ustavnim sudijama je da tu granicu jasno uoče i donesu odgovarajuću odluku. Jedini način na koji se to može adekvatno učiniti jeste posmatranje ustavnog spora iz različitih pravnih vizura. Prema tome, Ustavni sud mora biti sastavljen od karijernih pravnika, koji imaju različite poglede na ustavni problem, zavisno od stepena obrazovanja, prethodne prakse, nacionalnog, vjerskog i kulturološkog porijekla, stepena ideološke obojenosti, konzervativnog ili liberalnog opredjeljenja, otpornosti na različite nedozvoljene uticaje i dr. Svi ovi činioci određuju širinu vizure u kojoj ustavne sudije posmatraju i cijene ustavnost akata i radnji državnih organa. Posebno značajnu ulogu u radu ustavnog suda treba da imaju sudije iz reda profesora pravnih fakulteta, čija je teorijska i komparativna podloga neuporedivo šira od sudija iz drugih pravnih branši. Profesori imenovanje u ustavni sud vide kao krunu svoje pravne karijere i žele da ostave što dublji trag o svom radu i da svoje ideje, koje nijesu u mogućnosti materijalizovati u praksi, istaknu i ostvare kroz ustavno sudovanje. Upravo su profesori ti koji se slijepo ne pridržavaju forme i ustaljenih pravila, već uvijek traže šire značenje i apeluju na širi domašaj ustavnosudskih odluka. Time ukazuju na potrebu šireg sagledavanja i tumačenja ustava kao živog dokumenta koji se stalno mijenja i koji se stalno mora prilagođavati interesima prava i pravice, čak i kada to ne proizilazi iz doslovnog tumačenja ustavne norme. Imajući u vidu sastav ustav-

nih sudova, ustavne sudije koje ne dolaze iz redova judikature ponekad jedino na ovaj način mogu obezbijediti neki oblik kontrole ustavnosti akata i radnji sudske grane vlasti, budući da ordinarne sudije, koje dobijaju "unapređenje" u ustavni sud, najčešće sa sobom nose drugačiji smisao kontrole ustavnosti akata i radnji judikature, pokušavajući da ustavni sud pretvore u instancioni organ. Ovakvo ponašanje je i razumljivo, budući da redovni sudija najveći dio svog profesionalnog angažmana posvećuje kontroli sudskih akata na bitno drugačijim osnovama od onih na koje pažnju obraća ustavni sud.

Dakle, u sastav Ustavnog suda trebaju ući ne samo istaknuti pravnici, već i predstavnici pravosuđa (misli se na pojam pravosuđa u širem smislu koji obuhvata sudije, tužioce i advokate), kao i pravne nauke (profesori ustavnog prava). Na taj način će se obezbijediti transparentniji, objektivniji i nezavisniji izbor sudija Ustavnog suda, zaštićen od političkog uticaja, ali će se obezbijediti i širi krug mogućih kandidata za sudije Ustavnog suda što će doprinijeti kvalitetnijem i efikasnijem radu. Samo na taj način se može obezbijediti kvalitetna i uspješna zaštita ustavnosti i zakonitosti, imajući u vidu različite vizure i način pristupanja rješavanju ustavnog spora od strane teorije i prakse. Iako potpuna depolitizacija bilo kojeg državnog organa, pa ni Ustavnog suda niti je moguća, niti je poželjna, ipak je neophodno obezbijediti sve preuslove da se izabrane ustavne sudije, nakon izbora oslobode neprimjerenog političkog uticaja.

Zato bi bilo poželjno da Ustavni sud zadrži sadašnji broj sudija (sedam), imajući u vidu broj ustavnosudskih predmeta, ali da se izmijeni postupak njihovog izbora, kombinacijom njemačkog i italijanskog izbornog modela, na način što bi Sudski savjet birao jednog člana iz reda sudija Vrhovnog suda; jednog člana bi birao Tužilački savjet iz reda zamjenika Vrhovnog državnog tužioca; jednog člana bi birala Skupština advokatske komore iz reda advokata; dva člana iz reda istaknutih pravnika birala bi Skupština, na predlog Predsjednika Crne Gore, koji bi bio obavezan da predloži makar jednog profesora pravnog fakulteta iz oblasti ustavnog prava ili srodne oblasti, dok bi dva člana imenovao Predsjednik Crne Gore i to jednog na predlog Udruženja pravnika, a jednog iz reda profesora ustavnog prava, na predlog zajedničke sjednice dekana pravnih fakulteta univerziteta u Crnoj Gori. Na taj način bi se predlagači onemogućili da, kao u dosadašnjoj praksi, za ustavne sudije predlažu i biraju politički "podobne" pravnike<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> U sadašnjem sastavu Ustavnog suda čak tri sudije dolaze direktno iz političke "arene", a svega jedan ustavni sudija ima naučnu titulu (doktor pravnih nauka).

Uvođenjem deblokirajućeg mehanizma radi sprečavanja zastoja ili blokade izbora, konkretno propisivanjem manjeg oblika kvalifikovane većine u drugom krugu glasanja o kandidatima, izigrava se smisao same norme, koja ima za cilj da motiviše predstavnike izbornih organa za postizanje saglasja za izbor najkvalitetnijih, a ne politički najpogodnijih ustavnih sudija, lica za koja se bez sumnje može ustvrditi da posjeduju potreban i nesporan autoritet i dignitet za nezavisno, nepristrasno i stručno obavljenje ove izuzetno odgovorne i kompleksne društvene funkcije. Na način propisan ustavnim amandmanima politička većina se motiviše ne da traži šire društveno-političko saglasje, već da pravi politički kompromis sa nekom strankom iz opozicije, u zamjenu za mjesto u Ustavnom sudu ili neku drugu privilegiju. Jedini način sprječavanja blokade rada Ustavnog suda jeste propisivanje da ustavni sudija koji je ispunio uslove za prestanak mandata, ostaje na funkciji do preuzimanja dužnosti ustavnog sudije koji ga treba zamijeniti. Na ovaj način se onemogućuje blokada u radu usljed krnjeg sastava, a politički činioци se motivišu da traže dogovor o izboru novog ustavnog sudije. Dakle, prilikom izbora trebala bi se primjenjivati jedino kvalifikovana, dvotrećinska većina, jer uvođenje mehanizma za deblokadu procesa izbora može da obeshrabri postizanje dogovora na osnovu kvalifikovane većine kao prve instance.

I na kraju, povećanje mandata ustavnih sudija na 12 godina, bez mogućnosti ponovnog izbora, utiče na jačanje nezavisnosti ustavnih sudija, koji ne moraju udovoljavati političkim prohtjevima radi ponovnog izbora, ali posredno eliminiše kandidovanje pravničke elite — pripadnika pravničke “aristokratije” iznad 55 godina starosti. Naime, na snazi je ostala ustavna norma da sudiji Ustavnog suda mandat prestaje sticanjem uslova za starosnu penziju, koja će prema sadašnjem Zakonu o penzijsko-invalidskom osiguranju, do 2025. godine iznositi 67 godina. Imajući u vidu suštinu pravne norme o trajanju mandata, koja podrazumijeva da je lice koje pretenduje da bude izabrano u mogućnosti da “isluži” pun mandat, ostaje otvorena mogućnost da lica koja se prijave na javnom pozivu, a imaju iznad 55 godina, budu diskvalifikovana iz daljeg postupka, jer nemaju mogućnost da na funkciji ostanu do isteka mandata. Iz tog razloga bi bilo neophodno revidirati i ustavnu normu o starosnoj penziji kao uslovu za prestanak mandata, kako bi se omogućilo najiskusnijim pravnicima koji se nalaze u životnoj dobi kada mogu najviše doprinijeti funkcionisanju ove institucije, da dođu u poziciju da svoje stečeno znanje primijene u praksi zaštite ustavnosti.

Najveća sporenja i rasprave u crnogorskoj javnosti nisu izazvali amandmani na Ustav, već Ustavni zakon

za sprovođenje Amandmana I do XVI na Ustav Crne Gore<sup>17</sup>, koji u čl. 5 propisuje da će se Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore uskladiti sa Amandmanima u roku od 45 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona, a javni poziv za izbor svih sudija Ustavnog suda raspisaće se u roku od 30 dana od dana usklađivanja propisa. Sudije Ustavnog suda smatraju da je na ovaj način došlo do kršenja principa nezavisnosti ustavnog sudstva, budući da do prestanka njihovog mandata dolazi na način koji nije propisan ustavnim normom. Tako aktuelni Predsjednik Ustavnog suda M. Marković smatra da je novim ustavnim rješenjima izvršen atak na nezavisnost i samostalnost Ustavnog suda i omogućena veća politizacija u izboru sudija, te da se “prekidom mandata sudijama prije isteka roka narušava princip vladavine prava i pravne države, odnosno princip pravne predvidljivosti”<sup>18</sup>. M. Latković, sudija Ustavnog suda daje oštriju kritiku smatrajući da je Ustavni zakon “izašao iz svojih okvira i stavio se iznad Ustava, jer se bavi sprovođenjem ustavnih odredbi koje nijesu izmijenjene amandmanima i u materijalnom smislu na neustavan način mijenja Ustavom zagaranтовane uslove za prestanak funkcije predsjednika i sudija Ustavnog suda prije isteka vremena na koje su izabrani”, ocjenjujući da bi “raspisivanje javnog poziva za izbor sudija Ustavnog suda, bez prethodnog utvrđivanja ustavnih razloga za prestanak funkcije ili razrješenje sudija i o tome obavještanja Skupštine, predstavljalo pravno nasilje sa nesagledivim posljedicama na pravni sistem i poredak u Crnoj Gori”<sup>19</sup>. Drugačije mišljenje imaju predstavnici ostale pravničke javnosti, kojima je doduše glavni izgovor za prijevremenu “sječū” ustavnih sudija njihova navodna servilnost i zavisnost od vladajućih političkih struktura u periodu sudovanja. Tako je Blažić smatrao da je na taj način omogućeno da se Ustavni sud “dovede na nivo državne institucije Crne Gore a ne izvršnog organa vladajućih partijskih oligarhija”, dok je Uljarević tvrdio da su sudije Ustavnog suda “same kreirale nivo ‘zavisnosti’ od političkog uticaja, u čemu im je pomogao dosadašnji način izbora”<sup>20</sup>.

Stav šire pravne zajednice se čini ispravnijim iz prevashodno pravnih razloga. Naime, donošenjem ustav-

<sup>17</sup> Ustavni zakon je objavljen u *Sl. l. CG*, 38/2013 od 02. 08. 2013., a stupio je na snagu 31. 07. 2013.

<sup>18</sup> Vidjeti [http://www.dan.co.me/?nivo=3&rubrika=Politika&clanak=391816&datum=2013-08-06&naslov=Ko\\_%20gu bi%20funkciju%20nema%20pravo%20da%20se%20luti](http://www.dan.co.me/?nivo=3&rubrika=Politika&clanak=391816&datum=2013-08-06&naslov=Ko_%20gu bi%20funkciju%20nema%20pravo%20da%20se%20luti) (10. 09. 2013).

<sup>19</sup> Vidjeti <http://www.vijesti.me/vijesti/miodrag-latkovic-ras-pisivanje-javnog-poziva-izbor-sudija-pravno-nasilje-clanak-148070> (10.09.2013).

<sup>20</sup> Vidjeti <http://www.vijesti.me/vijesti/blazic-nije-tacno-da-se-narusava-nezavisnost-ustavnog-suda-clanak-142719> (10.09.2013).

nih amandmana stvorena je nova ustavna realnost i novo ustavno stanje koje svi pravni subjekti treba da poštuju. Ranija ustavna rješenja postaju relikv prošlosti, te ustavne sudije ne bi imale puni legitimitet da odlučuju, ukoliko nijesu birane na način koji predviđa revidirana ustavna norma. Sa druge strane, Ustavni zakon za sprovođenje amandmana je po svojoj prirodi akt koji uređuje prelazni period u kojem su svi državni organi, pa i Ustavni sud dužni da se prilagode novoj ustavnoj zbilji, a sloboda je Ustavnog zakona da sam odredi na koji će se način omogućiti prelazak sa jednog ustavnog stanja na drugi: nastavkom nosilaca ustavnosudske funkcije da obavljaju djelatnost ili izborom novih ustavnih sudija. Odabir drugog rješenja je u potpunosti ustavan i legitiman, te mu se ne mogu upućivati prigovori pravne prirode. U prilogu tome govori i činjenica da dosadašnje ustavne sudije nijesu diskvalifikovane iz postupka izbora, te da imaju pravo da se ponovo kandiduju, ukoliko smatraju da ih dosadašnji rad kvalifikuje za reizbor na ovu poziciju.

## 5. Zaključak

Nakon usvajanja amandmana na Ustav Crne Gore, iniciranih postojanjem neprimjerenog političkog uticaja na pravosuđe i Ustavni sud, postavilo se pitanje da li je revizijom načina izbora ustavnih sudija postignut napredak u depolitizaciji ove institucije. Iz navedene analize da se izvući zaključak da ustavna revizija jeste iskorak prema boljem rješenju, ali nije ni približno idealno rješenje, budući da ne garantuje obezbjeđenje potrebnog diverziteta u sastavu Ustavnog suda, niti suštinski obezbjeđuje potrebnu depolitizaciju i nezavisnost ove institucije, posebno finansijsku samostalnost. Narodnim riječima “tresla se gora, rodio se miš”. Iz tog razloga, postoji opravdana bojazan da će Ustavni sud biti na tapetu budućih promjena ustavnog teksta.

### Summary

*The constitutional revision is a step towards a better solution, however, it is far from a perfect solution, since it is not guarantee to secure necessary diversity as part of the Constitutional Court neither to essentially provide the essentiality de-politicization and independence of these institutions, especially financial independence. There is reasonable concern that the Constitutional Court will be a subject to future changes in the constitutional text.*



Sadržaj:

1. Uvod .....	21	4. Odredbe o obvezama tijela javne vlasti kao predmet inspekcijskog nadzora .....	25
2. Generalni pregled odredaba		5. Određivanje službenika za informiranje: uvjeti te objava relevantnih podataka .....	26
III. dijela ZPPI-ja .....	22	6. Zaključak .....	30
3. Egzempcija od obveza tijela javne vlasti .....	23		

**1. Uvod**

Cilj ovog rada sastoji se u analizi odredbi III. dijela hrvatskog Zakona o pravu na pristup informacijama<sup>1</sup>, kao novog propisa koji je reformirao pravno područje pristupa informacijama; još preciznije radi se o odredbama čl. 10-14 ZPPI-a<sup>2</sup>. Iako se ne radi o jednim odredbama koje pred tijela javne vlasti postavljaju stanovite organizacijsko-funkcionalne zadaće, u citiranim odredbama koncentrirano su postavljene najvažnije zadaće te vrste (a ujedno ih je i najviše), pa stoga traže posebnu pozornost i analizu<sup>3</sup>. Kako i inače u doktrini postoji nestašica analiza poput ove čini mi se još važnijim pristupiti analizi ovako određenog sadržaja.

Potrebno je imati na umu i to da su standardi Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Europska konvencija)<sup>4</sup> u ovom pravnom području, kako ih tumači kroz svoje odluke Europski sud za ljudska

prava (dalje: Europski sud), daleko od potpune dovršenosti. U dokaz toga dostatno je navesti tek nekoliko — ipak izuzetno značajnih — presuda Europskog suda koje se odnose na slobodu pristupa informacijama a pod egidom čl. 10 Europske konvencije<sup>5</sup>. Pomaci su očitno učinjeni obzirom na osobe tražitelja informacija a ostaje vidjeti koliko će se takav smjer prakse Europskog suda odraziti na dužnosti tijela javne vlasti<sup>6</sup>. U sadašnjem trenutku još uvijek ne postoji obveza dotičnih tijela da prikupljaju informacije<sup>7</sup>, ali informacije koje su javnopravnim tijelima već na dispoziciji (ili su njihovo vlasništvo), a od interesa su za javnost koju predstavljaju nevladine organizacije<sup>8</sup>, odnosno pripad-

\* Autor je magistar pravnih znanosti i viši predavač na Veleučilištu "Nikola Tesla" u Gospiću.

<sup>1</sup> Zakon o pravu na pristup informacijama (NN 25/13; dalje: ZPPI)

<sup>2</sup> Prema čl. 5/t. 3 ZPPI-a "informacija" je svaki podatak koji posjeduje tijelo javne vlasti u obliku dokumenta, zapisa, dosjea, registra ili u bilo kojem drugom obliku, neovisno o načinu na koji je prikazana (napisani, nacrtani, tiskani, snimljeni, magnetni, optički, elektronički ili neki drugi zapis).

<sup>3</sup> Prema čl. 5/t. 2 ZPPI-a "tijela javne vlasti" su tijela državne uprave, druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima i druge osobe na koje su prenesene javno ovlasti, pravne osobe čiji je osnivač Republika Hrvatska ili jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave, pravne osobe i druge osobe koje obavljaju javnu službu, pravne osobe koje se u cijelosti financiraju iz državnog proračuna ili iz proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, kao i trgovačka društva u kojima Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave imaju zasebno ili zajedno većinsko vlasništvo. Osim u navedenim odredbama organizacijske i/ili funkcionalne dužnosti tijela javne vlasti mogu se pronaći i u nekim drugim odredbama ZPPI-a; e. g. u čl. 17/1/1, čl. 60/2-3 itd. Posebnu grupu čine, pak, postupovne odredbe sadržane u čl. 17-26 ZPPI-a.

<sup>4</sup> Neslužbeni prijevod Europske konvencije na hrvatski nalazi se na web-stranici [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_HRV.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_HRV.pdf) (pristupljeno 02. 05. 2013).

<sup>5</sup> V. opširnije kod A. Peters/T. Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention (mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz)*, München 2012, ss. 95-96 koji posebno razlikuju aktivni i pasivni segment slobode pristupa informacijama. Aktivni bi se odnosio na slobodno širenje informacija a pasivni slobodan pristup informacijama.

<sup>6</sup> A. Peters/T. Altwicker (bilj. 5), s. 96, prihvaćaju rezultate dosadašnje prakse Europskog suda uz sugestiju potrebne prilagodbe sadašnjem stanju razvoja tehnologije. Kao posljedica toga autori predlažu dokidanje razlike između "opće pristupačnih izvora" informacija i ostalih izvora.

<sup>7</sup> Tako Europski sud u slučaju *Guerra i dr.* (presuda od 19. 02. 1998), par. 53. U rečenom slučaju odlučivalo se o pritužbi grupe građana koji su tvrdili da im je povrijeđeno, među ostalim, i pravo na pristup informacijama kao sastavni slobode izražavanja a zbog neinformiranosti o učincima emisija obližnje kemijske tvornice. Stav Europskog suda bio je dijametralno suprotan te je sloboda izražavanja odbačena kao prihvatljiva pravna osnova pritužbe.

<sup>8</sup> V. presudu Europskog suda u slučaju *Társaság a szabadságjogokért* (presuda od 14. 04. 2009) u kojoj je nevladina udruga tražila pristup ustavnoj tužbi koju je podnio zastupnik mađarskog parlamenta. Iako su mađarski sudovi tvrdili da zbog zaštite osobnih podataka ne mogu dostaviti udruzi ustavnu tužbu Europski je sud zaključio da bi pozivanje na zaštitu osobnih podataka (a zapravo osobne stavove javnih osoba) bilo pogubno po razvoj slobode izražavanja kao jedne od ključnih vrijednosti Europske konvencije (par. 37 navedene presude).

nici znanstvene zajednice<sup>9</sup> trebale bi istoj toj javnosti biti dostupne. Međutim, niti jedna od navedenih odluka nije problematizirala postojanje dužnosti — odnosno njezin opseg — objavljivanja stanovitih informacija vezanih za javnopravna tijela odnosno način na koji se, primjerice, imaju odrediti službenici ovlašteni na rješavanje odgovarajućih zahtjeva. To znači da će do trena u kojem će Europski sud odlučiti o ovim pitanjima glavnu riječ i nadalje imati nacionalni zakonodavci. Proučavanje, sistematiziranje te poboljšavanje odgovarajućih nacionalnih zakonskih akata, stoga je, od krucijalne važnosti.

Uzimajući u obzir prethodno rečeno pristupam analizi na način da ponajprije opišem sadržaj razmatranih normi da bi potom na sve konkretnijim razinama usmjerio istraživački fokus na odredbe koje omogućavaju egzemplaciju od nekih obveza tijela javne vlasti, zatim raščlanjujem ZPPI-em postavljeni plan inspeksijskog nadzora nad izvršavanjem analiziranih odredbi a posebnu pozornost, prije zaključnih razmatranja, posvećujem zahtjevima koje zakonodavac postavlja pred tijelo javne vlasti kada određuje posebnog službenika za informiranje. Naznačeni pristup motiviran je prije svega postojanjem egzemplivnih odredbi koje, uobičajeno i bez izuzetka, razvodnjaju uzakonjene obveze ali jednako tako i okolnost da je u ZPPI-u zakonodavac prilično povećao normativni prostor u kojem se uređuje inspeksijski nadzor. Ako tome dodamo i okolnost da se ZPPI mora čitati, tumačiti pa shodno tome i primjenjivati paralelno s drugim propisima — napose s onim postupovnim — jasno je da analiza koju poduzimam može pa i hoće naići na nepredviđene zakonske posljedice<sup>10</sup>.

## 2. Generalni pregled odredaba III. dijela ZPPI-a

Promatrane generalno i paralelno sve analizirane odredbe sadrže obveze — ili kako se gdjgdje nazivaju “dužnosti” — tijela javne vlasti koje su ili organizacijskog ili funkcionalnog tipa. Tako u prvu skupinu spadaju odredbe iz čl. 13 ZPPI-a koje uređuju dužnost

postavljanja službenika za informiranje unutar organizacijske strukture pojedinog tijela uz ocrtavanje nadležnosti istog službenika, dok u drugoj skupini nalazimo odredbe poput čl. 10 ili 12 ZPPI-a sa brojnim i potanko razrađenim odredbama o obvezama tijela u njihovom svakodnevnom funkcioniranju. Nadalje, većina postavljenih obveza (dužnosti) određena je na apsolutan način što znači da ne ostavlja tijelima kao adresatima odnosnih normi mogućnost korištenja ikakvih iznimki. Ipak, u dvije od navedenih normi (čl. 10 i čl. 12 ZPPI-a) zakonodavac je utkao egzemplativne klauzule koje tijelima javne vlasti dopuštaju odstupanje od postavljenih obveza. U tom pogledu dotične odredbe zahtijevaju posebnu pozornost. Promatrane isključivo na generalno-deskriptivnoj razini rečene odredbe od tijela javne vlasti zahtijevaju redom: a) objavu raznovrsnih informacija (čl. 10), provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupku izrade zakona i podzakonskih akata uz objavu krucijalnih dokumenata u tom postupku (čl. 11), publiciranje informacija kojima će se omogućiti neposredan uvid u rad tijela javne vlasti (čl. 12), određivanje službenika za informiranje (čl. 13), te konačno vođenje službenog upisnika o ostvarivanju prava na pristup informacijama (čl. 14).

Nešto detaljniji pregled obveza otkriva da tijela javne vlasti moraju na svojim internetskim stranicama na lako pretraživ način objaviti barem petnaest vrsta informacija, a neke od njih i dostaviti u Središnji katalog službenih dokumenata RH (koji katalog vodi Hrvatska informacijsko-dokumentacijska referalna agencija: HIDRA)<sup>11</sup>, zatim transparentno na planskoj razini objavljivati koje propise namjeravaju donijeti (tzv. “godišnji plan normativnih aktivnosti”), kao i sve konkretne primjedbe i prijedloge na nacрте propisa koji su dani tijekom održanog savjetovanja sa zainteresiranom javnošću, objaviti dnevni red sjednica svojih tijela, vrijeme njihova održavanja te mogućnosti neposrednog uvida u njihov rad kao i broj osoba koji može neposredno prisustvovati sjednicama/radu tijela javne vlasti, te konačno odrediti posebnog službenika za informiranje, objaviti relevantne službene podatke o tom službeniku kao i obavijestiti o tome Povjerenika

<sup>9</sup> V. presude Europskog suda u slučaju *Kenedi* (presuda od 26. 05. 2009) odnosno u slučaju *Gillberg* (presuda Velikog vijeća Europskog suda od 03. 04 2012). Sličnost oba slučaja sastoji se u činjenici da su određene informacije bile nedostupne znanstvenicima koji su dokazali potrebu pristupa određenim podacima; u slučaju *Kenedi* radilo se o podacima kojima su raspolagala državna tijela, a u slučaju *Gillberg* podaci su (kao rezultat prethodnog znanstvenog istraživanja) bili u posjedu jednog sveučilišta.

<sup>10</sup> O mogućnostima da regulativa poluču posve suprotne od namjeravanih učinaka v. instruktivan esej C. R. Sunsteina, *Paradoxes of the Regulatory State* koji je dostupan na [http://muwww-new.marshall.edu/cber/le691/Sunstein\\_Paradoxes\\_of\\_the\\_Regulatory\\_State.pdf](http://muwww-new.marshall.edu/cber/le691/Sunstein_Paradoxes_of_the_Regulatory_State.pdf) (pristupljeno 02. 05. 2013).

<sup>11</sup> Tako su, među ostalima, tijela javne vlasti dužna objaviti sljedeće informacije: a) zakone i ostale propise koji se odnose na njihovo područje rada, b) opće akte i odluke koje donose, kojima se utječe na interese korisnika, s razlozima za njihovo donošenje, c) podatke o izvoru financiranja, proračunu i izvršenju proračuna, d) informacije o svom unutarnjem ustrojstvu, s imenima čelnika tijela i voditelja ustrojstvenih jedinica i njihovim podacima za kontakt, e) zapisnike i zaključke sa službenih sjednica tijela javne vlasti i službene dokumente usvojene na tim sjednicama, te informacije o radu formalnih radnih tijela iz njihove nadležnosti, f) registre i baze podataka ili informacije o registrima i bazama podataka iz njihove nadležnosti i načinu pristupa (čl. 10 ZPPI-a).

za informiranje, odnosno poštivati ZPPI-em određen djelokrug poslova istog službenika, te konačno, kao što je već spomenuto, voditi poseban službeni upisnik o konkretnim postupcima pristupa i ponovne uporabe informacija.

Potrebno je napomenuti odredbe i norme iz III. dijela ZPPI-anisu, eufemistički rečeno, najviše nomotehničke kvalitete. Uzroka tome ima više; negdje je terminologija zakonskog teksta neujednačena (gdjegdje se koristi izraz “obveze tijela javne vlasti” — kao u čl. 10 ZPPI-a — a ponekad i “dužnosti”, kao u čl. 11 istog akta), ponekad teško shvatljiva (npr. u čl. 11 nije jednostavno razabrati misli li se na pojedina interna tijela u sastavu tijela javne vlasti ili se ovaj izraz koristi generički), a ponekad su razmatrane odredbe, pak, nedovršene ako se pod time razumije propisivanje sankcija za svaku obvezu (dužnost) sadržanu u rečenim odredbama (*leges imperfectae*). U tom smislu dovoljno je usmjeriti pogled na prekršajne sankcije iz čl. 61 ZPPI-a. Izravno se spominju novčane kazne za prekršaj koji tijelo javne vlasti počini kada djeluje suprotno obvezama (dužnostima) iz čl. 10/1, čl. 11, čl. 13/1 ZPPI-a; niti za jednu drugu obvezu (dužnost) predviđenu razmatranim odredbama nije predviđena novčana kazna ili druga prekršajna sankcija. Tako nedostavljanje određenih dokumenata predviđenih čl. 10/2 u Središnji katalog službenih dokumenata RH ili neobjavljivanje informacija o radu tijela iz čl. 12 ZPPI-a nije ni na koji izravni način sankcionirano kao ni neobjavljivanje podataka o službeniku za informiranje (čl. 13/2 istog akta) ili primjerice nepostupanje sukladno čl. 14/1 ZPPI-a (određivanje posebnog službenika za informiranje). Stoga se potpuno opravdano može govoriti o neuravnoteženosti sankcioniranja tijela javne vlasti za postupke suprotne ZPPI-u u promatranom segmentu ovog propisa. Osobito je zanimljivo da u dva (čl. 12 odnosno čl. 13/2 ZPPI-a) od navedena četiri nesankcionirana slučaja nedostaje sankcija za one radnje tijela javne vlasti koje izravno omogućavaju svim korisnicima prava na pristup informacijama lakše snalaženje odnosno korištenje rečenog prava — *sapienti sat!*

### 3. Egzempcija od obveza tijela javne vlasti

Fokus analize u ovom dijelu rada zadržat ćemo na dvije egzemptivne klauzule sadržane u čl. 10/4 odnosno u čl. 12/2 ZPPI-a. Zbog njihove neosporne važnosti citiramo ih u cijelosti:

Čl. 10/4: “*Odredbe ovog članka ne primjenjuju se na informacije za koje postoje ograničenja prava na pristup prema odredbama ovog Zakona*”.

Čl. 12/2: “*Tijela javne vlasti nisu dužna osigurati neposredan uvid u svoj rad kada se radi o pitanjima u*

*kojima se po zakonu javnost mora isključiti, odnosno ako se radi o informacijama za koje postoje ograničenja prava na pristup prema odredbama ovog Zakona*”.

Već *prima facie* obje klauzule pokazuju slično usmjerenje; oslobođenje tijela javne vlasti od obveza sadržanih u prethodnim stavcima odnosnih članaka čim dotične obveze tangiraju informacije za koje su predviđena ograničenja pristupa. Pri tome je nomotehnički nešto potpunija i jasnija druga klauzula (čl. 12/2 ZPPI-a), ali i nedvojbeno šira po doseg. Naime, dok se odredba čl. 10/4 odnosi samo na ograničenja pristupa predviđena ZPPI-em, druga egzemptivna klauzula doseže i preko granica ZPPI-a. Ona, naime, obuhvaća i sve slučajeve u kojima po slovu bilo kojeg drugog zakona mora doći do isključenja javnosti. Pri tome se mora raditi o materijalnopравnim odredbama drugih zakona odnosno o osobama koje nemaju stranački status u postupcima vođenim temeljem postupovnih kodifikacija obzirom na sadržaj čl. 1/3 ZPPI-a<sup>12</sup>.

Međutim, pozitivne nomotehničke karakteristike obje egzemptivne klauzule nestaju kada se analizi podvrgne onaj njihov dio koji se odnosi na “ograničenja prava na pristup prema odredbama” ZPPI-a. Problem nastaje kada se uoči da ograničenja pristupa informacijama koja predviđa ZPPI nisu istovrsna, već ovise o sadržaju i vrsti zaštićenih interesa. U nekim slučajevima pristup je pravilo (čl. 15/1), a u drugima tek mogućnost (čl. 15/2-3), pa je stoga opravdano postaviti pitanje koje slučajeve obuhvaćaju spomenute egzemptivne klauzule<sup>13</sup>. Na ovom mjestu potrebno je podsjetiti na preporučljivost uskog tumačenja svake egzemptivne odredbe (*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*) što između više interpretativnih opcija uvijek zagovara odabir one koja ima najuži egzemptivni doseg. Promatrano iz tako opisanog rakursa nije teško izvršiti odabir; valjalo bi favorizirati takvo shvaćanje — pa shodno tome i primjenu — analiziranih klauzula koje obuhvaća isključivo situacije iz čl. 15/1 ZPPI-a. To, drugačije rečeno, znači da bi jedino u slučajevima informacija iz čl. 15/1 ZPPI-a moglo doći do njihova neobjavlivanja ako su iste informacije predmetom obveza tijela javne vlasti iz čl. 10/1 i čl. 12/1 ZPPI-a. Drugačije, šire tumačenje postavljenih egzemptivnih

<sup>12</sup> Čl. 1/3 ZPPI-a glasi:

“Odredbe ovog Zakona ne primjenjuju se na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom”. Primjer odredbe na koju upućuje čl. 12/2 ZPPI-a nalazimo u Zakonu o javnoj nabavi (NN 90/11) u kojem se izriječkom navodi da sjednice Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave nisu javne (osim ako samim Zakonom o javnoj nabavi nije drugačije određeno — v. čl. 171/2 Zakona o javnoj nabavi).

odredaba dovest će do izuzeća od obveze objavljivanja većine informacija odnosno od omogućavanja pružanja uvida u rad tijela javne vlasti u pretežitom broju slučajeva. Takvo što bi zapravo predstavljalo inverziju pravila javnosti i iznimke tajnosti i to na način da bi tajnost rečenih informacija postala pravilo a javnost iznimka. Već samo postojanje takve normativne mogućnosti, držim, predstavlja potpuno neprihvatljiv rezultat primjene ZPPI-a pa stoga, promatrano iz tako označene perspektive, postoji isključivo jedan, prethodno opisan, način tumačenja analiziranih odredaba.

U svim ostalim situacijama trebalo bi smatrati da postoji obveza (dužnost) objave odnosnih informacija. Naravno da se i glede ostalih informacija na koje se odnosi obveza (dužnost) objave može pojaviti potreba za ograničenjem pristupa — kako to i predviđaju čl. 15/2-3 ZPPI-a — ali tada bi bilo uputno pristupiti testu razmjernosti i javnog interesa koji inače tijelo javne vlasti nije dužno provesti u ovovrsnim situacijama. Ovdje je potrebno razjasniti doseg odredbi ZPPI-a (čl. 16) koje se odnose na test razmjernosti i javnog interesa. Sukladno normativnom izričaju u spomenutom članku, poziciji unutar ZPPI-a te svim ostalim referentnim pokazateljima ovaj test ima se provoditi isključivo u pojedinačnim postupcima iniciranim postavljenim zahtjevom za pristupom informacijama od strane korisnika prava a što proizlazi iz izričaja čl. 16/1<sup>14</sup>. *Arg. a contrario* ukazuje da se u slučajevima

koje razmatramo — a za koje je karakteristična obveza (dužnost) tijela javne vlasti na objavu različitih informacija neovisno o postavljenom zahtjevu — takav test ne treba provoditi. Dakle, prilikom udovoljenja svojim obvezama (dužnostima) iz čl. 10/1 te čl. 12/1 ZPPI-a tijela javne vlasti su snagom egzemptivnih klauzula ovlaštena bez prethodno provedenog testa razmjernosti i javnog interesa ograničiti pristup inače javnim te informacijama koje bi trebale biti lako dostupne (*arg ex* čl. 10/4 i 12/2).

U namjeri da se onemogući takva upotreba egzemptivnih klauzula koja bi zapravo predstavljala neizravnu i vrlo jednostavnu evaziju obveza (dužnosti) tijela javne vlasti, prethodno sam predložio odgovarajuću interpretativnu liniju zasnovanu na uskom tumačenju egzemptivnih klauzula iz čl. 10/4 i čl. 12/2 ZPPI-a te ekstenzivnoj primjeni testa razmjernosti i javnog interesa. Njezino bi prihvaćanje vrlo vjerojatno osiguralo ispunjenje normativne svrhe odredbe koju je njezin predlagatelj označio kao “poticanje tijela javne vlasti da što veći broj informacija kojima raspolažu učine dostupnim građanima”<sup>15</sup>. Naravno, primjena ovakvog prijedloga također bi ponekad bila okončana ograničenjem objave nekih od informacija iz čl. 10/1 i čl. 12/1 ZPPI-a no prednost predloženog načina primjene analiziranih odredbi sastojala bi se u prethodno provedenom postupku. Postupak u pitanju uvijek bi obuhvaćao provođenje testa razmjernosti i specifično “vagiranje” javnog interesa umjesto unaprijed određenog i neprovjerenog odustajanja od objave predmetnih informacija. U tom smislu cilj ne samo dotične odredbe već i cijelog ZPPI-a bio bi lakše ostvariv. Jednako se važnim čini i to da bi razina otvorenosti te javnosti djelovanja tijela javne vlasti bila značajno unaprijeđena. Naravno, jasno je da moj prijedlog u ovom trenu ostaje na razini doktrinarne ideje ali sam uvjeren da bi vrlo bitne zadaće Povjerenika za informiranje — vodeći računa o njegovim ovlastima iz čl. 35/3 (osobito al. 4 i 7) — trebale biti upravo sugestivno-reformatorske<sup>16</sup>. Shodno tome bi prihvaćanje ovako formuliranog prijedloga od strane Povjerenika za informiranje kao preporučene prakse za tijela javne vlasti dovelo do balansiranijeg ispunjavanja zakonskih obveza (dužnosti) ovih tijela i/ili do inicijative za ponovno normativno

<sup>13</sup> Spomenute odredbe čl. 15 ZPPI-a glase:

“(1) Tijela javne vlasti ograničit će pristup informacijama koje se tiču svih postupaka koje vode nadležna tijela u predistražnim i istražnim radnjama za vrijeme trajanja tih postupaka. (2) Tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informaciji: 1) ako je informacija klasificirana stupnjem tajnosti, sukladno zakonu kojim se uređuje tajnost podataka; 2) ako je informacija poslovna ili profesionalna tajna, sukladno zakonu; 3) ako je informacija porezna tajna, sukladno zakonu; 4) ako je informacija zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka; 5) ako je informacija u postupku izrade unutar tijela javne vlasti, a njeno bi objavljivanje prije dovršetka izrade cjelovite i konačne informacije moglo ozbiljno naručiti proces donošenja odluke; 7) ako je pristup informaciji ograničen sukladno međunarodnim ugovorima; 7) u ostalim slučajevima utvrđenim zakonom. (3) Tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informaciji ako postoje osnove sumnje da bi njezino objavljivanje: 1) onemogućilo učinkovito, neovisno i nepristrano vođenje sudskog, upravnog ili drugog pravno uređenog postupka, izvršenje sudske odluke ili kazne, 2) onemogućilo rad tijela koja obavljaju upravni nadzor, inspeksijski nadzor, odnosno nadzor zakonitosti, 3) povrijedilo pravo intelektualnog vlasništva, osim u slučaju izričitoga pisanog pristanka autora ili vlasnika”.

<sup>14</sup> Relevantni dio spomenute odredbe glasi: “Tijelo javne vlasti nadležno za postupanje po zahtjevu za pristup informaciji...dužno je, prije donošenja odluke, provesti test razmjernosti i javnog interesa”.

<sup>15</sup> Citat potječe iz Konačnog prijedloga Zakona o pravu na pristup informacijama, s. 30. (obrazloženje čl. 10 Konačnog prijedloga koji odgovara sadašnjem čl. 10 ZPPI-a), dostupnog na web-stranici Hrvatskog sabora <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=52753> (pristupljeno 24. travnja 2013).

<sup>16</sup> U tom smislu relevantne su odredbe čl. 35/3/al. 4 i 7 koje kao ovlasti Povjerenika za informiranje navode predlaganje tijelima javne vlasti poduzimanje mjera radi unapređivanja ostvarivanja prava na pristup informacijama odnosno iniciranje donošenja ili izmjena propisa radi provedbe i unapređenja prava na pristup informacijama.

uređenje predmetnog mjesta<sup>17</sup>. Bilo kako bilo, potrebno je još nešto prostora posvetiti analizi odredbi čl. 10-14 ZPPI-a iz perspektive nadzornih ovlasti nadležnih tijela.

#### 4. Odredbe o obvezama tijela javne vlasti kao predmet inspekcijskog nadzora

Ovako postavljena perspektiva, također, upućuje na nepostojanje dostatno uravnoteženog pristupa zakonodavca. Inspektori iz Ureda Povjerenika za informiranje ovlašteni su za provođenje inspekcijskog nadzora nad primjenom ZPPI-a, a objekt njihovog nadzora određen je u čl. 45 ZPPI-a<sup>18</sup>. Iako naveden tek kao egzemplarni zamjetno je da popis radi neopravdanu razliku unutar obveza tijela javne vlasti sadržanih u odredbama čl. 10-14. To je vidljivo iz okolnosti da se kao po važnosti primarne ocjenjuju te shodno tome inspiciraju obveze tijela javne vlasti iz čl. 10/1 (objava informacija), određivanje i djelovanje službenika za informiranje (čl. 13), odnosno vođenje posebnog upisnika (čl. 14). Međutim, nije jasan kriterij po kojem su obveze tijela javne vlasti iz čl. 11 (u provođenju savjetovanja sa zainteresiranom javnošću) ili obveze iz čl. 12 (informiranje javnosti o radu internih tijela) izlučene iz prioritarnog popisa te označene kao drugorazredne u kontekstu inspiciranja nad provođenjem ovog segmenta ZPPI-a. Iako ne tvrdim da su važnije od drugih obveza, vjerujem da su barem jednako važne kao i obveze evidentiranja postavljenih zahtjeva za pristupom informacijama odnosno inspiciranja rada službenika za informiranje. Takav zaključak dodatno je osnažen okolnošću da su obveze evidentiranja te postupanja službenika za informiranje predmetom i

<sup>17</sup> Naravno, preporuka Povjerenika za informacije neće imati snagu uzakonjene norme. Sažet prikaz regulacije sadržane u američkom Government in the Sunshine Act koja može poslužiti kao smjerokaz v. kod A. Rajko, *Informacijsko upravno pravo*, Zagreb 2011, s.119.

<sup>18</sup> Čl. 45/1 ZPPI-a glasi:

“U obavljanju inspekcijskog nadzora nad primjenom ovog Zakona inspektori nadziru osobito:

— da li je u tijelu javne vlasti određen službenik za informiranje i da li službenik za informiranje postupa u skladu s ovlastima propisanim ovim Zakonom;

— vodi li tijelo javne vlasti poseban službeni upisnik o zahtjevima, postupcima i odlukama o ostvarivanju prava na pristup informacijama i ponovnu uporabu informacija;

— objavljuje li tijelo javne vlasti visinu naknade za pristup informacijama i ponovnu uporabu informacija, sukladno članku 19. stavku 2. ovog Zakona;

— objavljuje li tijelo javne vlasti izvješće sukladno članku 60. ovoga Zakona;

— pravilnost primjene odredbi ovog Zakona povodom zahtjeva za pristup informacijama i zahtjeva za ponovnu uporabu informacija;

— poduzimanje ostalih radnji povodom zaprimljenih zahtjeva za pristup informacijama i zahtjeva za ponovnu uporabu”.

upravne inspekcije<sup>19</sup>, dok su obveze tijela javne vlasti u provođenju savjetovanja sa zainteresiranom javnošću samo djelomično predmetom istovrsne inspekcije Ureda za zakonodavstvo Vlade RH<sup>20</sup>. Ako tome dodamo da se obje grupe u čl. 45 ZPPI-a nespomenutih obveza tijela javne vlasti izravno odnose na prava građana i ostalih korisnika prava na pristup informacijama kao ustavnog prava — a to nije slučaj barem s regulatorskim obvezama iz čl. 14 ZPPI-a — jasno je da je zakonodavac trebao drugačije strukturirati popis prioriteta za inspiciranje u čl. 45/1 ZPPI-a.

Na ovom mjestu valja podsjetiti da su obveze objave iz čl. 12/1 ZPPI-a obuhvaćene egzemptivnom klauzulom (čl. 12/2), pa kada tome dodamo i njihovo ispuštanje s popisa prioriteta prilikom inspiciranja rada tijela javne vlasti dobiva se, držim, neprihvatljiva slika normativnog tretiranja jedne od obveza koja bi trebala imati važnu ulogu u ostvarivanju transparentnog djelovanja tijela javne vlasti. Ne iznenađuje stoga niti spoznaja da zanemarivanje obveza iz čl. 12/1 ZPPI-a nije prekršajno sankcionirano jer bi to — iako predstavlja očiti znak minoriziranja obveze transparentnog djelovanja tijela javne vlasti — bilo u nesrazmjeru s prethodno opisanim zakonodavnim tretiranjem ovih obveza. Ocjenu o neprihvatljivosti normativnog stanja stvari, nažalost, posljednjenavedena spoznaja samo dodatno potvrđuje.

Glede obveza iz čl. 11 ZPPI-a (u području savjetovanja sa zainteresiranom javnošću) ovakav normativni kontekst gotovo da dosiže postojanje posebne egzemptivne klauzule iako ona izrijeком nije sadržana u tekstu tog članka. Ako se tome doda i relativizirajući jezični izričaj s kojim je zakonodavac uzakonio obveze tijela javne vlasti iz tog članka — koje niže egzemplarno izlažem — postaje jasnija tvrdnja o neformalnoj egzemptivnoj klauzuli. Dodatnu argumentaciju crpim i iz činjenice da zakonodavac donoseći ZPPI očito nije pretjerano brinuo o njegovom odnosu u razmatranom segmentu naspram ZPUP-a jer da jest sumnjam da bi pravnu prazninu iz ZPUP-a (koji propis ne uređuje obveze jedinica lokalne i područne samouprave i njihovih akata) popunio na način koji *a limine* oduzima mogućnost provođenja strožega inspekcijskog nadzora. To se primarno odnosi na čl. 11/4 koji je, istina, statuirao obvezu provođenja postupka savjetovanja sa zainteresiranom javnošću i glede općih akata spomenutih lokalnih/područnih jedinica odnosno pravnih osoba s javnim ovlastima ali je to razvodnio do granice

<sup>19</sup> V. čl. 12-13 Zakona o upravnoj inspekciji (NN 63/08).

<sup>20</sup> I to samo u dijelu koji se odnosi na provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupku donošenja zakona (čl. 28 Zakona o procjeni učinaka propisa: NN 90/11; dalje: ZPUP).

normativne neprepoznatljivosti sa sintagmom “na odgovarajući način”. Dakle, i nadalje ostaje upitno kako se dotični postupak ima točno primijeniti prilikom koncipiranja općih akata jedinica lokalne i područne samouprave odnosno pravnih osoba s javnim ovlastima. Jednako tome, odnos ZPPI-a i ZPUP-a nije vrijedan pohvale niti u dijelu u kojem ZPPI razvodnjuje inače čvrsto postavljenu dužnost obveznika ZPUP-a a koja se dužnost odnosi na rok provođenja savjetovanja sa zainteresiranom javnošću. Naspram minimalnog 30-dnevnog roka iz čl. 19/2 ZPUP-a (koji se, ovisno o složenosti materije, može produžiti) ZPPI je ovaj rok postavio tek kao pravilo od koje su iznimke moguće i u suprotnom smjeru: dakle, i u smjeru skraćivanja roka (čl. 11/2).

Već navedeni primjeri — a nisu jedini — ukazuju na neopravdano relaksiran stav zakonodavca naspram odnosa ZPPI-a i ZPUP-a. Zbog nedvojbenog statusa ZPPI-a kao organskog zakona odnosno njegove specijalnosti i kasnijeg donošenja u odnosu na ZPUP evidentno je da je ZPPI u dijelu u kojem regulira identične odnose kao i ZPUP modificirao sadržaj potonjeg propisa na način koji je netom prikazan. Stoga se nameće zaključak da je ZPPI snizio umjesto povisio (ako već ne zadržao istu) razinu obveza tijela javne vlasti. Činjenica, međutim, da se u istom trenu kada se reguliraju obveze tijela javne vlasti reguliraju (izravno ili neizravno) i pretpostavke te postupak ostvarenja ustavnog prava korisnika na pristup informacijama djeluje još razornije na ocjenu kvalitete ZPPI-a. Već prvi primjeri postupanja u ovom segmentu važenja nakon stupanja na snagu ZPPI-a potvrđuju ovakav zaključak<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Iako, naravno, ne predstavljaju pouzdan uzorak nekoliko primjera savjetovanja sa zainteresiranim javnošću iz tekuće, 2013. godine koja su bila provedena od strane središnjih tijela državne uprave odmah po stupanju na snagu ZPPI-a ukazala su ponekad i na gotovo apsurdne rezultate relativiziranja analizirane obveze tijela javne vlasti. Tako je npr. Ministarstvo kulture RH u slučaju Nacrta Pravilnika o dopunama Pravilnika o izboru i utvrđivanju programa javnih potreba u kulturi provelo savjetovanje koje je trajalo ukupno 6 dana (od 28. ožujka do 3. travnja uključivo i blagdanske dane Uskrsa i Uskrsnog ponedjeljka), a u slučaju Programa dodjele bespovratnih sredstava neprofitnim medijima provelo savjetovanje koje je trajalo ukupno 14 dana (od 23. 04. do 07. 05 uključivo i blagdan Praznika rada). Istodobno Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture RH u periodu od 22. 03. pa do 16. 05. provelo je tri savjetovanja sa zainteresiranom javnošću i ni u jednom slučaju rok savjetovanja nije dosegno 30 dana već je svaki put bio kraći (glede Nacrta prijedloga Zakona o željeznici rok je trajao od 06. do 16. 05, glede Nacrta prijedloga Zakona o sigurnosti i interoperabilnosti željezničkog sustava od 22. 03 do 10. 04. te glede Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama od 12. do 29. travnja). Naposljetku, primjeri provođenja savjetovanja sa zainteresiranom javnošću od strane Ministarstva poljoprivrede ukazuju na identičnu tendenciju; savjetovanje o Nacrtu

## 5. Određivanje službenika za informiranje: uvjeti te objava relevantnih podataka

Jedna od obveza tijela javne vlasti odnosi se na određivanje posebnog službenika za informiranje odnosno objavu dotične odluke (čl. 13/1-2 ZPPI-a). Ovlasti i dužnosti službenika za informiranje opisane su u čl. 13 st. 3 ZPPI-a te je jasno da on, među ostalim, vodi postupak i odlučuje u postupku zahtjeva za pristupom informacijama i ponovne uporabe informacija te pruža pomoć korisnicima prava (čl. 13/1 i 3)<sup>22</sup>. Držim da se, obzirom na ustavnopravni status ovog prava, radi o najvažnijim ovlastima/dužnostima službenika za informiranje, pa je posebnu pozornost potrebno posvetiti upravo svim pretpostavkama i uvjetima realizacije istih.

Iako u sadašnjoj verziji ZPPI-a ne postoji posebna odredba koja bi ZUP učinila supsidijarno primjenjivom postupovnom kodifikacijom, nije teško zaključiti da je postupak pristupa informacijama odnosno ponovne uporabe informacija upravni postupak<sup>23</sup>. Za takav zaključak postoji više argumenata; najprije je potrebno ukazati na pravnu zaštitu osiguranu u dotičnom postupku. Sudska zaštita osigurana je pred Visokim upravnim sudom RH, što nesumnjivo i snažno indicira upravno-postupovnu narav dotičnog postupka, pa shodno tome i supsidijarnu relevantnost ZUP-a<sup>24</sup>. Nadalje, snagu dokaza trebala je imati odredba čl. 2/1 ZUP-a koja sadrži legalnu definiciju upravne stvari no zbog cirkularnosti rečene definicije njezina snaga ne može prekoraciiti granicu između indicije i dokaza<sup>25</sup>. Međutim, u

teksta fitosanitarne strategije za razdoblje od 2013-2016. trajalo je sedam dana (od 4. do 11. 03.), a savjetovanje o novom Programu ruralnog razvoja za razdoblje od 2014-2020. trajalo je petnaest dana (od 18. 04. do 03. 05).

<sup>22</sup> Sukladno čl. 13/3 krug nadležnosti službenika za informiranje obuhvaća: a) poslove redovitog objavljivanja informacija kao i rješavanja pojedinačnih zahtjeva za pristup informacijama i ponovne uporabe informacija, b) unapređivanje načina obrade, ravrstavanja, čuvanja i objave informacija koje su sadržane u službenim dokumentima koji se odnose na rad tijela javne vlasti, c) osiguravanje neophodne pomoći podnositeljima zahtjeva u vezi s ostvarivanjem prava iz samog zakona.

<sup>23</sup> V. čl. 9 Zakona o pravu na pristup informacijama iz 2003.

<sup>24</sup> V. čl. 26/1 ZPPI koji ustanovljava nadležnost Visokog upravnog suda RH.

<sup>25</sup> Sukladno svojem čl. 1, ZUP moraju primjenjivati javnopravna tijela (tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe koje imaju javne ovlasti) kada u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima. Međutim, u zakonskoj definiciji upravne stvari u čl. 2 ZUP-a navodi se da se takvom stvari smatra “svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka ... neposredno

smjeru primjenjivosti ZUP-a u postupku pristupa informacijama mnogo uvjerljivije djeluje čl. 3/2 ZUP-a; naime, dotična odredba predviđa primjenu ZUP-a — doduše, “na odgovarajući način” — za svako postupanje javnopravnih tijela iz područja upravnog prava koje ima neposredan učinak na prava, obveze ili pravne interesa stranaka, ako zakonom nije drukčije propisano. Dakle, navedena odredba određuje mjerodavnost ZUP-a i u postupku pristupa informacijama. Posljedica je to pravnih posljedica koje postupanje javne vlasti u istom postupku ima na subjektivna prava korisnika prava pristupa informacijama ali i okolnosti da se radi o pravnom području upravnog prava<sup>26</sup>. Primjena ZUP-a “na odgovarajući način” već je bila predmetom vrlo uvjerljive i utemeljene kritike pa se na ovom mjestu takvoj kritici pridružujemo<sup>27</sup>. Nakon utemeljenja primjene ZUP-a analiza će se koncentrirati na one njegove odredbe koje su od primarne važnosti i primjene u postupku pristupa informacijama. S obzirom na predmet ovog poglavlja od važnosti je svakako odredba čl. 23 ZUP-a koja statuirá uvjete koje mora ispuniti svaka službena osoba koja postupa i/ili odlučuje u upravnom postupku<sup>28</sup>.

Promatrana iz perspektive čl. 13 ZPPI-a, netom spomenuta odredba ZUP-a ukazuje na uvjete koje neka službena osoba mora prethodno zadovoljiti da bi mogla biti određena kao službenik za informiranje a potom i punovažno odlučivati o zahtjevima za pristup informacijama. Čl. 13 odnosno niti jedna druga odredba ZPPI-a ni na koji način ne mijenja uvjete određene u čl. 23 ZUP-a, pa je potonja odredba logičan izbor za nastavak analize<sup>29</sup>. Sukladno čl. 23/1 ZUP-a

primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje” (istaknuo autor). U istom smjeru i D. Medvedović, *Utjecaj Zakona o općem upravnom postupku i Zakona o upravnim sporovima na novo zakonodavstvo*, u ZUP — iskustva u praksi i primjeri, Zagreb 2011, s. 24, koji izražava sumnju u korisnost gorenavedene zakonske definicije upravne stvari iako bez navođenja posebne argumentacije.

<sup>26</sup> Argumentaciju u pogledu primarne i supsidijarne primjene ZUP-a v. kod I. Šprajc, *Upravni postupak prema Zakonu o općem upravnom postupku (NN 47/09) — predavanje i vježbe*, Zagreb 2010 (recenzirani nastavni materijal) na web-stranici [www.velegs-nikolatesla.hr](http://www.velegs-nikolatesla.hr), ss. 3-4.

<sup>27</sup> U tom smjeru i smislu v. negativan stav o primjeni ZUP-a “na odgovarajući način” kod Medvedovića (bilj. 25), koji na s. 23 navodi: “Nerijetko je posljedica bila da su se neke norme takvog propisa tumačile i selektivno primjenjivale u konkretnim predmetima”.

<sup>28</sup> U osnovi se uvjeti iz čl. 23 ZUP-a svode na to da svaka službena osoba koja vodi upravni postupak ili rješava o upravnim stvarima mora posjedovati odgovarajuću stručnu spremu, potrebno radno iskustvo i položen državni stručni ispit. U slučaju, pak, da u nekom javnopravnom tijelu ne postoji niti jedna službena osoba koja ispunjava rečene uvjete nadležnost za postupanje i/ili odlučivanje u upravnom postupku tada je na čelniku tijela.

uvjet postojanja posebne pravne norme kojom se određuje ustroj tijela javne vlasti te u njoj sadržano ovlaštenje za vođenje postupka i/ili rješavanje o upravnim stvarima je neizravno i asignativno zadovoljen odredbom čl. 13/3/1 ZPPI-a<sup>30</sup>. Problemi, međutim, nastaju kada se u analizu uvede i čl. 23/2 ZUP-a; uvjeti navedeni u dotičnoj odredbi poprilično su zahtjevni jer traže od svakog službenika za informiranje odgovarajuću stručnu spremu, potrebno radno iskustvo te položen državni stručni ispit. Na ovaj način svaki službenik za informiranje mogao bi biti imenovan tek nakon ispunjenja rečenih uvjeta.

Konkretizacija svakog od postavljenih uvjeta kao kriterija za određivanje službenika za informiranje nužno će varirati obzirom na učestalost tzv. “neodređenih pravnih pojmova” u svakom osim u posljednjem uvjetu<sup>31</sup>. Što je, naime, “odgovarajuća” stručna sprema te kakvo i koliko je radno iskustvo “potrebno” ovisit će o mnogim faktorima u raznim upravnim područjima što se logično odnosi i na područje pristupa informacijama. U sadašnjem trenutku primjene ZPPI-a naglasak je na razumijevanju navedenih uvjeta od strane tijela javne vlasti. Trenutno stanje u tijelima javne vlasti u tom pogledu izrazito je šaroliko; stručna sprema službenika za informiranje varira po vrsti pa je tako moguće konstatirati da poslove službenika za informiranje obavljaju pored pravnika (Grad Split), kulturolozi (Ministarstvo kulture RH), novinari (Ministarstvo zdravlja

<sup>29</sup> Posebne napomene vrijedna je okolnost — na koju upozorava i D. Medvedović (bilj. 25), s. 28 — da je čl. 23 lociran među temeljne odredbe ZUP-a što znači da se posebnim zakonima ne može odstupati od čl. 23.

<sup>30</sup> Izravno zadovoljenje rečenog uvjeta biti će izvršeno putem posebnih propisa o ustrojstvu javnopravnog tijela u pitanju; e. g. može se raditi o pravilniku o unutarnjem redu. O tome ali i o drugim načinima ispunjenja rečenog uvjeta v. kod Š. Kasabašić, *Praksa u primjeni Zakona o općem upravnom postupku i donošenje rješenja i vođenje uredskog poslovanja prema novoj Uredbi o uredskom poslovanju*, u: ZUP — iskustva u praksi i primjeri, Zagreb 2011, ss. 122-124.

<sup>31</sup> Neodređeni pravni pojmovi predstavljaju doktrinalni odnosno upravnosudski institut posebno razvijen u njemačkom te austrijskom pravnom sustavu. Nerijetko se neodređeni pravni pojmovi suprotstavljaju slobodnoj (diskrecionoj) ocjeni a kao razlikovni elementi se ističu: a) mogućnost potpune konkretizacije neodređenih pravnih pojmova, b) potpuna sudska provjerljivost ovih pojmova te c) okolnost da se neodređeni pravni pojmovi odnose na činjenično stanje konkretnog slučaja. Shodno rečenome, u gorenavedanim pravnim sustavima neodređeni pravni pojmovi su potpuno judicijabilni pa je odluka o postojanju slobodne (diskrecione) ocjene ili neodređenog pravnog pojma ključna za demarkiranje opsega sudske kontrole rada javne uprave. V. поближе kod A. Kahl/K. Weber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 2007, ss. 104-106, te posebno kod M. Jestaedt, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, u: H-U Erichsen-D. Ehlers (Hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin/New York 2010, ss. 337-351.

RH i Hrvatska energetska regulatorna agencija), ekonomisti (Financijska agencija, d. d.), sociolozi (Grad Labin), komunikolozi (Sveučilište u Dubrovniku) itd. Čak i da se složimo da sve navedene stručne spremne po vrsti osiguravaju zadovoljenje prvopostavljenog uvjeta postavlja se pitanje kakva je veza između studija kulturologije i/ili komunikologije i vođenja upravnog postupka u prvom stupnju (jednako pitanje može se, u većoj ili manjoj mjeri, postaviti i za sve ostale nepravne struke). Očito je da je sadašnje stanje hrvatske državne uprave te javnog sektora u promatranom segmentu takvo da se praktički niti jedna vrsta stručne spremne unaprijed ne isključuje kao neodgovarajuća, što vodi k zaključku o većoj važnosti ostalih uvjeta obzirom da se zbog uočene "šarolikosti" ne može izlučiti niti jedan relevantni zajednički element koji bi određene vrste stručne spremne diskvalificirao kao neodgovarajuće. Posebno treba naglasiti da pravničko obrazovanje u tom pogledu ne predstavlja nikakvu prednost pa ćemo pravni element, za kojeg držimo da bi morao biti obligatorni zajednički nazivnik, morati potražiti u ostalim uvjetima.

Uvjet potrebnog radnog iskustva je s jedne strane usko vezan na prethodni uvjet (odgovarajuća stručna sprema), a s druge strane toliko neodređen da niti u njegovoj primjeni ne možemo izolirati onaj element temeljem kojeg bi mogli odreći mogućnost pristupa svakoj osobi koja posjeduje makar kakvo radno iskustvo. Naime, ako stručna sprema službenika za informiranje ne mora biti isključivo pravna, tada ni radno iskustvo ne mora biti stečeno odnosno ostvareno isključivo na pravnim poslovima. Neodređenost kao posljedica škrteg zakonskog teksta također potvrđuje ovo rezoniranje, pa osim eliminacije osoba koje nemaju baš nikakvo radno iskustvo ne vidimo nikakvu drugu mogućnost eliminacije primjenom ovog uvjeta. Iz rečenog, naravno, proizlazi da se niti u ovom uvjetu ne može pronaći potrebni pravni element koji bi opravdao ovlast odlučivanja o tako važnom ustavnom pravu kao što je pravo na pristup informacijama.

Stoga je uvjet polaganja državnog stručnog ispita preostao kao jedini unutar kojeg možemo tražiti pravni element minimalno potreban za osiguranje zakonitosti odlučivanja u upravnom postupku. Dakako, da bi to postigli potrebno je da prvo, svaki službenik za informiranje položi državni stručni ispit (ili da je potrebno pravno znanje stekao na drugi način)<sup>32</sup>, te drugo, da se

<sup>32</sup> V. u tom smislu čl. 56/2-3 Zakona o državnim službenicima (NN 92/05 do 38/13; dalje: ZODS) koji u citiranim odredbama predviđa mogućnost izuzimanja od obveze polaganja državnog stručnog ispita za one državne službenike koji su položili pravosudni ispit odnosno su stekli akademsko znanje magistra ili doktora znanosti u relevantnom području.

radi o takvom programu državnog stručnog ispita koji minimalno obuhvaća ključne pravne akte poput Ustava RH, Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, relevantne propise EU-a, te na kraju ali nikako ne i najmanje važno, ZPPI-a odnosno ZUP-a<sup>33</sup>. Naime, samo spomenute pretpostavke jamče da će službenici za informiranje biti sposobni zakonito i pravilno odlučivati u prvom stupnju postupka za pristup informacijama koji je, kako smo prethodno pokazali i dokazali, inherentno upravni postupak te u kojem je neizbježna primjena europskih pravnih izvora. Nastavno, time se osigurava i praktična realizacija instituta službene osobe iz čl. 23. ZUP-a kao stručne, profesionalne osobe čija stručna osposobljenost onemogućava politizirano i birokratizirano arbitriranje u upravnom postupku<sup>34</sup>.

Pravna kompetentnost službenika za informiranje čini se osobito vrijedna inzistiranja ako se istaknu slijedeći momenti koji naglašavaju ne samo važnost poznavanja, već i konkretne primjene prethodno navedenih pravnih izvora. Tako je jasno da će službenici za informiranje prvo, provoditi upravni postupak koji niti u svojim jednostavnijim inačicama nije jednostavan pravni postupak; drugo, službenici za informiranje u pojedinim će slučajevima provoditi i europske pravne izvore što ljestvicu kompetencije podiže na znatno višu razinu (dostatno je u tom pogledu uputiti na potrebu poznavanja prakse europskih foruma poput Europskog suda za ljudska prava odnosno Europskog suda pravde)<sup>35</sup>; treće, postupak pristupa informacijama kako je propisan ZPPI-em pretpostavlja vrlo složene radnje poput provođenja testa razmjernosti i javnog interesa, istovremenog korištenja više načela unutar istog postupka odnosno općeg upravnog postupka; te konačno i četvrto, odluka službenika za informiranje u prvostupanjskom postupku postavlja pojedinačno pravilo u području važenja ustavnog prava građana što od slučaja do slučaja može obuhvatiti i tako delikatne

Glede, pak, radnih mjesta državnih službenika na određeno vrijeme u kabinetu ministra iz čl. 74b/1 ZODS-a — a za koje državne službenike ne postoji obveza polaganja državnog stručnog ispita (sukladno čl. 74.c/3 ZODS-a — smatramo da dotični državni službenici upravo iz tog razloga ne bi ni mogli biti određeni kao službenici za informiranje.

<sup>33</sup> Već površna analiza programa državnog stručnog ispita pokazuje da se u samo tri slučaja (kada se ovaj ispit polaže za informacijsko-dokumentacijske poslove, za poslove opće uprave te za informatičke poslove) istodobno ispituje poznavanje ZUP-a i ZPPI-a istodobno. V. t. LI, XLVIII i IL Uredbe o postupku, načinu polaganja i programu državnog stručnog ispita (NN 61/06 i 145/12).

<sup>34</sup> U osnovi tako i Medvedović (bilj. 25), s. 28, koji navodi da je *ratio legis* rečene odredbe ZUP-a "depolitizacija i profesionalizacija javne uprave".

<sup>35</sup> U tom kontekstu valja ukazati na brojem neveliki ali po važnosti daleko značajniji korpus presuda Europskog suda, *supra* u tekstu između bilješki 4 i 9.

radnje poput ograničavanja ustavnog prava<sup>36</sup>. Stoga je formalna potvrda poznavanja mjerodavnog materijalnog i postupovnog prava *condicio sine qua non* pravne osposobljenosti službenika za informiranje. Nasuprot tome, već prvi uvidi u načine na koji tijela javne vlasti u Hrvatskoj danas shvaćaju i provode odredbu čl. 13 ZPPI-a ne mogu ne izazvati opravdanu zabrinutost u realnost dosizanja svrhe citirane odredbe.

Ako službenik za informiranje nije položio državni stručni ispit u opsegu koji sugeriramo ili ga uopće nije položio — a to je vrlo česta pojava u području važenja ZPPI-a danas<sup>37</sup> — suočavamo se sa stanjem koje karakterizira otvorena mogućnost gdje gdje i potpuno laičkog, odnosno čak i isključivo politički motiviranog odlučivanja o ustavnom pravu građana. Štoviše, svi prethodno navedeni pravni izvori (neki od njih europske provenijencije) postaju irelevantni, a svaka tako donesena odluka je lagana meta za različite pravne lijekove. Naravno, najprije putem korištenja žalbe i prigovora kao redovitih pravnih lijekova u upravnom postupku, ali ništa manje i putem korištenja obnove postupka kao izvanrednog pravnog lijeka u istom postupku.

Korištenje žalbe odnosno prigovora primarno ovisno o okolnosti donošenja ili nedonošenja rješenja u postupku pristupa informacijama, pri čemu u oba slučaja rješavanje od strane službenika za informiranje koji ne udovoljava uvjetima iz čl. 23 ZUP-a predstavlja, držimo, bitnu povredu pravila postupka<sup>38</sup>. Identičan nedostatak, međutim, može biti indicacija i za korištenje obnove postupka; radi se o pravnoj situaciji iz čl. 123/1/3 ZUP-a. U dotičnoj odredbi sadržan je jedan od razloga za obnovu postupka a koji predleži onda kada “je rješenje donijela osoba koja nije bila ovlaštena za njegovo donošenje (...)”. To je, dakle, nezakonita situacija u kojoj je rješenje morala donijeti ili druga službena osoba unutar tijela javne vlasti koja udovoljava rečenim uvjetima ili ako takve nema — čelnik tijela javne vlasti (sukladno čl. 23/3 ZUP-a)<sup>39</sup>. Oči-

<sup>36</sup> V. u potvrdu podjednako na generalnoj i konkretnoj razini kod A. Rajko (bilj. 17), ss. 59-60.

<sup>37</sup> Autor rada u posjedu je više službenih odgovora tijela javne vlasti u kojima se navodi da službenici za informiranje nisu položili državni stručni ispit. E. g. odgovori Sveučilišta u Dubrovniku, Ministarstva kulture RH, Zagrebačkog holdinga itd.

<sup>38</sup> V. u tom smislu odnos između čl. 23 i čl. 117/1/2 ZUP-a. U potonjoj odredbi se nepoštivanje pravila postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari označuju kao indicacija za poništavanje rješenja od strane žalbene instance.

<sup>39</sup> Tako i Z. Turčić, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Zagreb 2011, s. 55. Ipak, isti autor navodi i situaciju u kojoj nepoštivanje odredbe o kvalifikacijama službene osobe ne bi bilo po njegovom mišljenju pobjojno; radi se o slučaju u kojem čelnik tijela odluči upravnu stvar umjesto nadležne službene osobe.

glednost i težina pogreške koju čini u smislu ZUP-a neovlašteni službenik za informiranje kada odlučuje u postupku pristupa informacijama uvjeravaju nas u visoku vjerojatnost uspjeha korištenja navedenih pravnih lijekova. No, da bi stranka u postupku — korisnik prava mogao koristiti pravne lijekove potrebno je da mu je poznata okolnost (ne)ovlaštenosti službenika za informiranje.

Odgovor na to pitanje — kako će korisnik prava uopće znati za okolnost da nadležni službenik za informiranje zadovoljava ili ne zadovoljava ZUP-om postavljene uvjete — ne bi trebalo ovisiti o dobroj volji tijela javne vlasti. Mjerodavna odredba čl. 13/2 ZPPI-a, naime, traži od tijela javne vlasti da “upozna javnost sa službenim podacima o službeniku za informiranje”. Postavlja se pitanje dosega dotične obveze; obuhvaća li dotična obveza objavu svih podataka koji potvrđuju ispunjenje uvjeta iz čl. 23/1 ZUP-a ili je dovoljno objaviti o kojoj se osobi radi uz navođenje kontaktnih podataka (kako se to uobičajilo u hrvatskoj upravnoj praksi)<sup>40</sup>, ako se takve informacije uopće objave (što jednako tako nije neuobičajena pojava)<sup>41</sup>?

Uvjeren sam da je navedenu obvezu iz čl. 13/2 ZPPI-a jedino moguće zadovoljiti objavom svih relevantnih i službenih podataka o službeniku za informiranje; dakle, objava ne samo imena, prezimena i kontaktnih podataka već i podataka o stečenoj stručnoj spremi, radnom iskustvu te položenom stručnom ispitu. Ovakvom zaključku u prilog ide ne samo odredba čl. 23 ZUP-a već i prethodno spomenuta odredba čl. 13/2 ZPPI-a. Naime, obveza objave svih službenih podataka o službeniku za informiranje — memento, u dotičnoj odredbi nema niti specifikacije podataka koji se objavljuju niti na drugi način izraženog sužavanja liste podataka — odnosi se na sve službene podatke relevantne za njegovo vođenje i/ili rješavanje u postupku pristupa informacijama. Rečena odredba, dakle, postavlja viši stupanj transparentnosti relevantnih službenih podataka što u potpunosti odgovara cilju ZPPI-a izraženom u čl. 3 kojeg citiramo u cijelosti:

“Cilj ovog Zakona je omogućiti i osigurati ostvarivanje Ustavom Republike Hrvatske zajamčenog prava na pristup informacijama, kao i na ponovnu uporabu informacija fizičkim i pravnim osobama

<sup>40</sup> V. takav pristup objavi dotičnih podataka kod Zagrebačke županije ([http://www.zagrebackazupanija.hr/static/files/misc/pravo\\_na\\_pristup\\_informacijama/sluzbenik\\_za\\_informiranje.PDF](http://www.zagrebackazupanija.hr/static/files/misc/pravo_na_pristup_informacijama/sluzbenik_za_informiranje.PDF), pristupljeno 2. svibnja 2013), te kod Primorsko-goranske županije (<http://www.sn.pgz.hr/default.asp?Link=odluke&id=3241>, pristupljeno 3. svibnja 2013).

<sup>41</sup> V. primjerice web-stranicu Veleučilišta u Karlovcu na kojoj ne postoje podaci o službeniku za informiranje (<http://www.vuka.hr/index.php?id=6>, pristupljeno 3. svibnja 2013),

putem otvorenosti i javnosti djelovanja tijela javne vlasti”.

Lapidarnost i logičnost citirane odredbe ne ostavlja previše dvojbi u izboru argumentacije u dotičnom prijeporu: svi relevantni službeni podaci o službeniku za informiranje moraju biti objavljeni kako bi se ostvarili svi ciljevi primjene ZPPI-a. U suprotnom, a to u mnogočemu znači zadržavanje postojećeg stanja, jedna od mogućih žalbenih odnosno osnova za iniciranje obnove postupka ostat će tek mrtvo slovo na papiru, a ustavno pravo na pristup informacijama vrijedit će barem jednu nijansu manje no što bi to prema Ustavu RH trebalo.

## 6. Zaključak

Analiza obveza tijela javne vlasti prema novom ZPPI-u — prethodno ograničena na obveze sadržane u III. dijelu ovog propisa (čl. 10-14) — pruža nam sljedeće spoznaje:

a) novi je hrvatski Zakon o pravu na pristup informacijama zamišljen kao propis koji će dodatno podići razinu javnosti/transparentnosti rada tijela javne vlasti u RH. U tom smislu zakonodavac je logično posegnuo za povećanjem opsega obveza tijela javne vlasti kojih je cilj veća dostupnost informacija o djelovanju tijela javne vlasti;

b) međutim, već u zakonodavnoj provedbi ovako postavljenog cilja novog ZPPI-a došlo je do stvaranja svojevrsnih “informativnih barijera” koje posjeduju znatan potencijal za umanjivanje normativne vrijednosti ZPPI-a;

c) prethodni zaključak odnosi se na egzemptivne klauzule iz čl. 10/4 i čl. 12/2 ZPPI-a. Tako članci koji predviđaju objavu raznovrsnih informacija (čl. 10) te omogućavanje neposrednog uvida u rad tijela javne vlasti (čl. 12) bivaju relativizirani mogućnošću koje pružaju spomenute klauzule. Osobito treba upozoriti na okolnost da primjena ovih egzemptivnih klauzula ne mora uslijediti nakon vršenja testa razmjernosti i javnog interesa što tijelima javne vlasti pruža potpunu kontrolu nad dimenzioniranjem opsega obveza iz predmetnih članaka ZPPI-a. Da bi se izbjegla takva situacija — u kojoj tijela javne vlasti kao obveznici ZPPI-a sama odlučuju o vlastitim obvezama — predlažem ekstenzivnu primjenu testa razmjernosti i javnog interesa koji bi se morao provesti svaki onaj put kada

---

a jednaki primjer pruža i web-stranica Kliničkog bolničkog centra u Osijeku (<http://www.kbo.hr/default.htm>, pristupljeno 3. svibnja 2013) odnosno web-stranica Državnog hidrometeorološkog zavoda ([http://klima.hr/razno.php?id=o\\_nama](http://klima.hr/razno.php?id=o_nama), pristupljeno 4. svibnja 2013).

se tijelo javne vlasti primjenom egzemptivne klauzule želi osloboditi od neke od obveza propisane čl. 10/1 odnosno čl. 12/1 ZPPI-a. Naravno, riječ je o privremenom rješenju do odgovarajuće zakonske novele koja bi takav postupak formalizirala;

d) još jedan od problema u dosizanju cilja ZPPI-a uočen je u ponešto problematičnom programiranju prioriteta inspekcijskog nadzora. U tom smislu smatram da se u listu prioriteta ove vrste nadzora (koja lista je sadržana u čl. 45/1 ZPPI-a) svakako moraju uvrstiti i obveze tijela javne vlasti koje se odnose na provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću pri koncipiranju i donošenju novih propisa kao i na informacije o radu organa u tijelima javne vlasti. Naime, dotične obveze imaju bitnu ulogu u realizaciji cilja ZPPI-a pa se njihovo ispuštanje s liste prioriteta pri vršenju inspekcijskog nadzora nad tijelima javne vlasti ne može niti prihvatiti a još manje opravdati. Prvi primjeri iz prakse tijela javne vlasti u provođenju savjetovanja sa zainteresiranom javnošću jasno ukazuju koliko je u ovom segmentu potreban učinkovit inspekcijski nadzor;

e) učinkovit i temeljit inspekcijski nadzor biti će potreban i glede inspiciranja načina na koji tijela javne vlasti udovoljavaju obvezama glede određivanja službenika za informiranje kao i uvjeta koje ti službenici moraju ispuniti. Potonja tvrdnja odnosi se na zanemarivanje uvjeta koje službene osobe nadležne za postupanje i rješavanje u upravnom postupku — a postupak pristupa informacijama je, *nota bene*, tipičan primjer takvog postupka — moraju ispuniti temeljem ZUP-a. Očito je da stanoviti broj tijela javne vlasti određuje službenika za informiranje bez ikakvog obaziranja na dotične uvjete što titulare prava na pristup informacijama dovodi u lošiji položaj no što su stranke u drugim upravnim postupcima jer se s punim pravom može ustvrditi da takve službene osobe nisu osposobljene za provođenje odnosno odlučivanje u postupku pristupa informacijama. Najčešći nedostatak odnosi se na uvjet državnog stručnog ispita no osim toga vrlo je upitna i praksa neobjavlivanja podataka o službenicima za informiranje. Stoga je vrlo vjerojatan zaključak da postupak pristupa informacijama pred stanovitim brojem tijela javne vlasti neće i ne može biti vođen stručno, profesionalno, zakonito i transparentno što su ciljevi primjene kako ZPPI-a tako i ZUP-a. Upravo iz tih razloga predlažemo da se uvjeti ZUP-a glede osposobljenosti službene osobe te obveze tijela javne vlasti iz ZPPI-a glede objave podataka o službenicima za informiranje shvate i primjenjuju strogo i ekstenzivno. Sukladno tome, svaki bi službenik za informiranje morao udovoljiti svim uvjetima koje ZUP postavlja pred službenu osobu ovlaštenu za vođenje upravnog postupka i

rješavanje u istom a dokaz o ispunjenim uvjetima morali bi biti javno dostupni. U suprotnom, niti relativno duži period za prilagodbu odredbama novog ZPPI-a a kojeg je zakonodavac ostavio tijelima javne vlasti neće polučiti željenim rezultatima — otvorenim i javnim djelovanjem tijela javne vlasti kao pretpostavkama realizacije prava na pristup informacijama<sup>42</sup>. Ako tome

---

<sup>42</sup> Prema čl. 65 ZPPI-a, tijela javne vlasti moraju u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu istog zakona osigurati organizacijske, materijalne, tehničke i druge uvjete za provođenje njegovih odredaba.

dodamo i ciljeve koji proizlaze iz ZUP-a — koji se mogu sažeti kao osiguranje uvjeta za stručno te depolitizirano vođenje i odlučivanje u upravnim postupcima — tada je jasno da ispunjavanje obveza tijela javne vlasti iz ZPPI-a nije samo interno pitanje ovih tijela već istodobno i nužna pretpostavka konzumacije prava na pristup informacijama kao ustavnog prava. Iz uvjerenja da se dotično pravo može kvalitetnije realizirati i zaštititi nastao je i ovaj tekst.

### Summary

*In this paper the author displays the collection of regulations that assign the obligations of public government bodies in new Croatian Right to Access Information Act. Regulations – contained in the 3<sup>rd</sup> part of the Act – are generally analysed and their low nomotechnic quality is shown. The difference between regulations public government bodies can be freed from as well as the regulations that do not contain such clause are revealed and discussed. Similarly, the author analyses the characteristics of inspectoral supervision that will be implemented on public government bodies. Special attention is put on the institute of information officer in the public government bodies; the author argues the attitude that the regulation of the General Public Administration Procedure Law is relevant for the conditions of the appointment of mentioned officers and that all key information about these officers must be publicly distributed. Finally, the results of the analysis are summarized.*

## Sadržaj:

1. Uvod .....	32	3. Ovlaštenja ombudsmena shodno Zakonu o upravnim sporovima .....	35
2. Ovlaštenja ombudsmena shodno Zakonu o upravnom postupku .....	33	3.1. Aktivna legitimacija za pokretanje upravnog spora .....	35
2.1. Zahtjev za poništavanje i ukidanje rješenja po pravu nadzora .....	33	3.2. Zaštita prava i sloboda kod nadležnoga suda kada nije osigurana druga sudska zaštita .....	35
2.2. Prijedlog za oglašavanje rješenja ništavim ...	33	4. Zaključak .....	36

**1. Uvod**

Institucija ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine predstavila je 4. aprila 2013. godine svoj izvještaj o radu za 2012. godinu.

Dokument pod nazivom Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2012. godinu, na 133 strane predstavlja rad sedam odjela ove institucije u 2012. godini: Odjela za praćenje prava djece, Odjela za eliminaciju svih oblika diskriminacije, Odjela za praćenje prava nacionalnih, vjerskih i drugih manjina, Odjela za ekonomska, socijalna i kulturna pitanja, Odjela za praćenje prava osoba sa invaliditetom, Odjela za praćenje prava pritvorenika/zatvorenika i Odjela za praćenje političkih i građanskih prava.

Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH uspostavljena je 1996. godine u skladu s aneksima IV i VI Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini kao nezavisna institucija ustanovljena s ciljem zaštite ljudskih prava i promoviranja dobre uprave i vladavine prava<sup>1</sup>.

Pored Ustava BiH, Zakon o ombudsmenu za ljudska prava BiH<sup>2</sup> reguliše rad i djelovanje ove institucije zadužene za zaštitu prava i sloboda fizičkih i pravnih lica zagwarantiranih Ustavima i zakonima Bosne i Hercegovine, kao i ratificiranim međunarodnim ugovorima i općeprihvaćenim pravilima i standardima međunarodnog prava<sup>3</sup>.

\* Autorica je diplomirana pravica, saradnica FCJP.

<sup>1</sup> Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2012. godinu, s. 7, dostupan na <http://www.ombudsmen.gov.ba/>.

<sup>2</sup> *Sl. gl. BiH* 32/00, 19/02, 35/04, 32/06, 38/06.

<sup>3</sup> Čl. 1 Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH: "Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine je nezavisna institucija uspostavljena u cilju promoviranja dobre uprave i

Prema podacima iz Izvještaja, u 2012. godini upućene su 243 preporuke i sačinjeno je 6 specijalnih izvještaja.

Odjel za praćenje političkih i građanskih prava zaprimio je najveći broj žalbi (1737 žalbi što u odnosu na ukupan broj zaprimljenih žalbi u instituciji ombudsmena predstavlja 55,60 %). Zatim slijedi Odjel za ekonomska, socijalna i kulturna prava sa 742 zaprimljene žalbe, od kojih se njih 362 odnosilo na povrede prava iz oblasti radnih odnosa. Najmanje žalbi zaprimio je Odjel za praćenje prava nacionalnih, vjerskih i drugih manjina (ukupno 17). U pogledu žalbi koje su ovoj instituciji podnesene u vezi raznih oblika diskriminacije prema odredbama Zakona o zabrani diskriminacije BiH<sup>4</sup>, najveći broj ih se odnosi na mobing, njih 81.

Na web-stranici institucije ombudsmena BiH također je vidljivo da se od ukupno 18 izrađenih specijalnih izvještaja, njih 8 odnosi na dječija prava. U 2012. godini, od 6 specijalnih izvještaja, njih tri se odnosi na prava djece<sup>5</sup>. Ako se uzme u obzir Poglavlje VIII Izvještaja Ombudsmena za 2012. godinu<sup>6</sup>, može se vidjeti da se od ukupno 243 izdate preporuke, njih 8 odnosi na prava djeteta<sup>7</sup>. Imajući u vidu ove podatke, nejasno je zbog čega se rad institucije ombudsmena koncentrira u najvećoj mjeri na zaštitu prava djeteta.

Iz Izvještaja je vidljivo da ombudsmeni BiH niti jednom u toku 2012. godine nisu koristili svoja ovlaštenja

vladavina prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je garantirano posebno Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim sporazumima, koji se nalaze u dodatku tog Ustava, koja će s tim u vezi nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Brčko Distrikta, u skladu s odredbama ovog zakona".

<sup>4</sup> *Sl. gl. BiH* 59/09.

<sup>5</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), s. 15.

<sup>6</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), ss.114-127.

<sup>7</sup> U 2012. godini u Odjelu su zaprimljene 124 žalbe, na koje je uslijedilo osam preporuka. (Vidi Izvještaj, s. 73).

na podnošenje zahtjeva za pokretanje postupaka odnosno sporova kao ni ulaganja pravnih lijekova u cilju zaštite prava građana, a koja su im povjerena prema Zakonu o upravnom postupku<sup>8</sup> i Zakonu o upravnim sporovima<sup>9</sup>.

U takvoj situaciji postavlja se pitanje opravdanosti i svrhe postojanja institucije koja državu BiH košta 2,477.931 KM na godišnjem nivou<sup>10</sup>, kada ona samo izdaje preporuke koje su neobavezujućeg karaktera te svoj rad uglavnom koncentrira na dječija prava, a ne koristi zakonske nadležnosti koje mogu rezultirati i obavezujućim odlukama za nadležne organe-kršioce ljudskih prava.

## 2. Ovlaštenja ombudsmena shodno Zakonu o upravnom postupku

Zakon o upravnom postupku (u daljem tekstu: ZUP) daje određena ovlaštenja ombudsmenu u toku samog upravnog postupka<sup>11</sup>. Tako prema odredbi člana 49 stav 4 i 5 ZUP-a ombudsmen može, ako nađe da ima osnova, prisustvovati upravnom postupku radi ostvarivanja svojih funkcija u zaštiti prava i sloboda građanina i to do donošenja pravosnažnog upravnog akta, kao i u postupcima vanrednih pravnih lijekova. U vršenju ovog ovlaštenja, ombudsmen može pregledati sva službena dokumenta koja se odnose na upravne spise i zahtijevati saradnju službene osobe ovlaštene za rješavanje upravnih stvari u upravnom postupku i drugih službenih osoba, a posebno u pribavljanju potrebnih informacija, dokumenata i spisa koji se odnose na upravnu stvar koja je predmet upravnog postupka.

Dakle, ovim zakonskim odredbama dato je ovlaštenje ombudsmenu da prisustvuje i djeluje u upravnom postupku.

### 2.1. Zahtjev za poništavanje i ukidanje rješenja po pravu nadzora

Pored toga, ombudsmen može podnijeti zahtjev nadležnom organu da donese rješenje o poništenju i rješenje o ukidanju rješenja po službenoj dužnosti<sup>12</sup>. Riječ je o jednom od posebnih slučajeva poništavanja, ukidanja i mijenjanja rješenja<sup>13</sup>, odnosno o poništavanju i

ukidanju rješenja po pravu nadzora regulisanom članovima 260<sup>14</sup> i 261 ZUP-a.

Rješenje u ovom slučaju može poništiti ili ukinuti po pravu nadzora drugostepeni organ. Ako nema drugostepenog organa, rješenje može poništiti ili ukinuti Vlada Federacije, ako se radi o rješenju federalnog organa uprave ili federalne ustanove, odnosno vlada kantona ako se radi o rješenju kantonalnog organa uprave ili kantonalne ustanove, kao i o rješenju općinskog načelnika ili gradonačelnika, odnosno općinske ili gradske službe za upravu.

Dakle ovim odredbama ZUP-a ombudsmenima je data aktivna legitimacija da nadležnom organu podnese zahtjev za poništenje odnosno ukidanje rješenja po pravu nadzora.

### 2.2. Prijedlog za oglašavanje rješenja ništavim

Pored ovog ovlaštenja, članom 265 ZUP-a propisano je i da se rješenje može u svako doba oglasiti ništavim<sup>15</sup> po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranke, tužioca ili ombudsmena.

Ovim zakonskim odredbama ombudsmeni su aktivno legitimisani da pokrenu postupak za oglašavanje

<sup>13</sup> Poglavlje ZUP-a: XVI — Posebni slučajevi poništavanja, ukidanja i mijenjanja rješenja.

<sup>14</sup> Član 260 ZUP-a: “(1) Rješenje koje je konačno u upravnom postupku nadležni će organ poništiti po pravu nadzora: 1) ako je rješenje donio stvarno nenadležni organ a nije riječ o slučaju predviđenom u članu 264 tačka 1 ovog zakona; 2) ako je u istoj stvari ranije doneseno pravomoćno rješenje kojim je ta upravna stvar drugačije riješena; 3) ako je rješenje donio jedan organ bez saglasnosti, potvrde, odobrenja ili mišljenja drugog organa a ovo je potrebno po zakonu ili drugom propisu utemeljenom na zakonu; 4) ako je rješenje donio mjesno nenadležan organ; 5) ako je rješenje doneseno kao posljedica prisile, iznude, ucjene, pritiska ili druge nedopuštene radnj. (2) Rješenje koje je konačno u upravnom postupku može se ukinuti po pravu nadzora ako je njime očigledno povrijeđen materijalni zakon. U stvarima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima rješenje se može ukinuti samo po pristanku zainteresiranih stranaka. (3) Ako je za donošenje rješenja nadležan organ uprave odnosno gradska ili općinska služba za upravu, a rješenje je donijelo zakonodavno tijelo ili organ izvršne vlasti Federacije ili kantona ili općine odnosno grada, takvo se rješenje ne može poništiti na osnovu odredbe tačke 1. stava 1. ovog člana, zbog toga što ga nije donio nadležni organ”.

<sup>15</sup> Čl. 264 ZUP-a: “Ništavim se oglašava rješenje:

1) koje je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku; 2) koje bi svojim izvršenjem moglo prouzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu; 3) čije izvršenje uopće nije moguće; 4) koje je donio organ bez prethodnog zahtjeva stranke (član 124), a na koje rješenje stranka nije naknadno izričito ili prećutno pristala; 5) koje sadrži nepravilnost koja je po nekoj izričitoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti”.

<sup>8</sup> Sl. nov. FBiH 2/98 i 48/99.

<sup>9</sup> Sl. nov. FBiH 9/05.

<sup>10</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), s.129.

<sup>11</sup> Upravni postupak je postupak u kojem postupaju organi uprave Federacije BiH i organi uprave kantona, kao i gradske i općinske službe za upravu i drugi organi kad u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, rješavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima građana, pravnih lica ili drugih stranaka. — Čl. 1 st. 1 ZUP-a.

<sup>12</sup> Čl. 261 stav 2 ZUP-a.

rješenja ništavim. Rješenje oglašava ništavim organ koji ga je donio ili drugostepeni organ.

Navedene odredbe ZUP-a daju ombudsmenima nadležnosti koje mogu u krajnjoj liniji utjecati na donošenje odluka u upravnom postupku i koje će biti u korist stranke čija su prava povrijeđena. Takve odluke će onda biti i obavezujuće za organe uprave koji su u upravnom postupku poduzeli radnje koje za posljedicu imaju ništavost rješenja.

Sva gore navedena ovlaštenja data ombudsmenima od izuzetne su važnosti s obzirom da njihovo korištenje direktno može uticati na otklanjanje pojave kršenja ljudskih prava kroz prisustvovanje u upravnom postupku odnosno kroz ova dva posebna slučaja poništavanja, ukidanja i mijenjanja rješenja. Ova prava mnogo više mogu utjecati na zaštitu ljudskih prava i na ostvarivanje prave svrhe postojanja institucije ombudsmena nego izdavanje preporuka koje se rijetko poštuju i provode.

Naime, iz Godišnjeg izvještaja o rezultatima aktivnosti institucije Ombudsmena za ljudska prava BiH za 2012. godinu vidljivo je da su u 2012. godini izdate ukupno 243 preporuke od kojih je 81 u potpunosti i 3 djelimično realizirane. Nije realizirano 20 preporuka, a za 50 preporuka ombudsmeni nisu dobili povratne informacije o tome kako je postupljeno<sup>16</sup>. Dakle od ukupno 243 preporuke, njih 70 odnosno 28,8 % nisu proizvele nikakav efekat.

Slična je situacija bila i u 2011. godini u toku koje su ombudsmeni izdali 221 preporuku od kojih je 71 realizirana, 28 ih nije realizirano a za 57 preporuka je izostao bilo kakav odgovor<sup>17</sup>. Dakle, od 221 preporuke, 85 preporuka odnosno 38,4 % nije proizvelo nikakav uticaj.

Ako se imaju u vidu navedeni podaci u pogledu realiziranih preporuka kao i zakonsku obavezu pismenog odgovora i obavijesti ombudsmena o učinku preporuka<sup>18</sup>, jasno je da je statistika u ispunjavanju preporuka koje izdaju ombudsmeni nezadovoljavajuća.

Kada i zaprimite molbu/zahtjev stranke za korištenje navedenih ovlaštenja, ombudsmeni se pri odlučivanju o prihvatljivosti žalbe/zahtjeva stranke odnosno pri od-

lučivanju o tome da li će ombudsmen iskoristiti svoja zakonska ovlaštenja i pokrenuti postupak radi oglašavanja ništavim rješenja prvostepenog organa uprave, rukovode tumačenjem (i to pogrešnim) člana 4 Zakona o ombudsmenima.

Naime, odredba stava 2 ovog člana propisuje da se ombudsmen neće miješati u proces odlučivanja sudova, ali može pokrenuti sudske postupke ili intervenirati u toku postupka koji se vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti. Odredbom ovog člana je dakle propisano da se ombudsmeni neće miješati u proces odlučivanja sudova, što znači da oni nisu nadležni da se upuštaju u meritum sudskih odluka, niti ih mogu preispitivati u svojstvu više instance. Isti član također propisuje da ombudsmen može dati preporuke organu vlasti koji je strana u postupku ili biti konsultiran od strane u postupku.

Vodeći se ovim članom, u praksi imamo slučajeve da ombudsmeni odbijaju zahtjeve stranaka za korištenjem ovlaštenja datog članom 265 ZUP-a, pravdajući to svojim stavom da se time ombudsmen miješa u proces odlučivanja nadležnih javnih organa, te da ova institucija nema ovlaštenje da mijenja ili ukida odluke nadležnih organa<sup>19</sup>.

Međutim, korištenje ovlaštenja iz člana 265 ZUP-a ne predstavlja miješanje ombudsmena u proces odlučivanja nadležnih organa niti mijenjanje i ukidanje odluka nadležnih organa. Navedeni članovi ZUP-a ombudsmenima daju pravo da pokrenu postupak za ukidanje ništavog rješenja pred za to nadležnim organom, kada za to postoje zakonom predviđeni uslovi. Ovo ovlaštenje omogućava da se upravni postupak stavi u funkciju zaštite ljudskih prava i sloboda i dodatno opravdava postojanje institucije ombudsmena BiH te doprinosi ostvarivanju ciljeva proklamovanih u čl. 1 Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Tako npr. Odluka Ombudsmena BiH o neprihvatljivosti žalbe, br. Ž-SA-05-1100/12 od 09.10.2012. godine. U konkretnom slučaju žalitelj se obratio ombudsmenima BiH sa zahtjevom da ombudsmen, u skladu sa čl. 264 i 265 st. 1 ZUP-a FBiH, pokrene postupak radi oglašavanja ništavim (prvostepenog) rješenja općinskog organa uprave. Zahtjev je potkrijepljen dokazima o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju te o nepravilnoj primjeni materijalno-pravnih propisa. Nakon razmatranja žalbe, ombudsmeni su odlučili da je ona neprihvatljiva i neutemeljena. Ocijenili su da nema osnova za pokretanje postupka istraživanja te da institucija ombudsmena nema ovlaštenje da se miješa u proces odlučivanja nadležnih javnih organa, te da mijenja ili ukida odluke nadležnih organa. Iako pokretanje postupka po čl. 265 ZUP-a FBiH ne predstavlja miješanje u proces odlučivanja sudova (jer takav postupak nije ni pokrenut), ombudsmeni BiH upravo tu činjenicu navode kao razlog svog nedjelovanja.

<sup>20</sup> Vidi bilj. 3.

<sup>16</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), s. 14.

<sup>17</sup> Godišnji izvještaj o rezultatima aktivnosti institucije ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine za 2011. godinu, ss. 15-16, dostupan na <http://www.ombudsmen.gov.ba/>.

<sup>18</sup> Čl. 32 st. 1 Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH: "Ombudsmen može dati preporuke vladinim organima u cilju usvajanja novih mjera. Organi vlade koji dobiju takve preporuke dužni su pismeno odgovoriti i obavijestiti ombudsmena o učinku preporuka u roku koji je ombudsmen odredio".

### 3. Ovlaštenja ombudsmena shodno Zakonu o upravnim sporovima

Pored ovlaštenja propisanih u ZUP-u, Ombudsmeni imaju određena prava i po osnovu Zakon o upravnim sporovima (u daljem tekstu: ZUS).

#### 3.1. Aktivna legitimacija za pokretanje upravnog spora

Shodno čl. 2 ZUS-a pravo pokretanja upravnog spora ima pojedinac ili pravno lice koje smatra da mu je upravnim aktom povrijeđeno neko pravo ili neposredni lični interes zasnovan na zakonu, te pod istim uslovima pojedinac ili pravno lice koje je učestvovalo u upravnom postupku radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa (zainteresirano lice).

Stav 5 navedenog člana ZUS-a propisuje da ombudsmen može pokrenuti upravni spor kao i intervenirati u postupku koji je u toku, kad u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je upravnim aktom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, prava i slobode pojedinca zajamčeni Ustavom Federacije BiH i instrumentima navedenim u Aneksu toga Ustava. Također, kada ombudsmen u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom Federacije BiH i instrumentima Aneksa toga Ustava, može podnijeti zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke te zahtjev za ponavljanje postupka<sup>21</sup>.

#### 3.2. Zaštita prava i sloboda kod nadležnoga suda kada nije osigurana druga sudska zaštita.

Shodno članu 65 ZUS-a ombudsmen ima pravo pokrenuti postupak i zahtijevati zaštitu povrijeđenih prava i sloboda pojedinaca zajamčenih Ustavom Federacije BiH kod nadležnoga suda, ako nije osigurana druga sudska zaštita<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Čl. 56 ZUS-a: "Pravne lijekove iz čl. 41 i 47 ovoga Zakona može podnositi i ombudsmen kada u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je sudskom odlukom povrijeđeno ljudsko dostojanstvo, odnosno prava i slobode utvrđene Ustavom Federacije i instrumentima Aneksa toga Ustava". Zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke donijete u upravnom sporu može se podnijeti zbog povrede zakona ili drugog propisa te zbog povrede pravila zakona o postupku koja je mogla biti od utjecaja na rješenje stvari (čl. 41 ZUS-a). Zahtjev za ponavljanje postupka može se podnijeti u slučajevima kada je postupak okončan presudom ili rješenjem nadležnoga suda iz razloga koji su taksativno navedeni u članu 47 ZUS-a.

<sup>22</sup> Poglavlje VII ZUS-a: Postupak zaštite sloboda i prava pojedinaca zajamčenih Ustavom Federacije (čl. 60-72).

Riječ je o slučajevima kada su prava ili osnovne slobode zajamčene Ustavom Federacije i instrumentima Aneksa toga Ustava povrijeđene konačnim pojedinačnim aktom nadležnoga tijela, kao i o slučajevima kada su te slobode ili prava povrijeđeni radnjom službene osobe u organu uprave, odnosno odgovorne osobe u privrednom ili drugom društvu, ustanovi ili drugoj pravnoj osobi kojom se, suprotno Zakonu, određenom pojedincu direktno osujećuje ili ograničava takva sloboda ili pravo.

Ova prava podrazumijevaju, osim građanskih i političkih prava, i širok spektar socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava, prava nacionalnih, vjerskih i drugih manjina. Prema podacima iz Izvještaja za 2012. godinu vidljivo je da se najveći broj žalbi zaprimljenih u 2012. godini odnosi na zaštitu političkih i građanskih prava (1737 žalbi), a zatim i na zaštitu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava (742 žalbe)<sup>23</sup>.

U 2012. godini Odjel za praćenje političkih i građanskih prava je registrirao 1737 predmeta ili 55,60 % od ukupnog broja registriranih predmeta u Instituciji ombudsmena. U Odjelu su izdate preporuke u 127 predmeta. Od toga je realizirano 39, djelimično su realizirane dvije, ostvarena je saradnja u 48 slučajeva, nije realizirano sedam preporuka, dok je u 31 slučaju izostao odgovor<sup>24</sup>.

Odjel za ekonomska, socijalna i kulturna pitanja je tokom 2012. godinu zaprimio 742 žalbe. Od 742 zaprimljene žalbe riješena je 471, dok je u radu ostala još 271 žalba. Odjel je, postupajući po žalbama u 2012. godini, izdao ukupno 58 preporuka<sup>25</sup>.

Dakle, od ukupno 3124 žalbe zaprimljene u 2012. godini, 2479 ih se odnosi na navedene kategorije prava. S obzirom da navedeni podaci nedvosmisleno ukazuju na masovno kršenje ovih prava, začuđuje nedostatak aktivnosti ombudsmena na direktnoj zaštiti tih prava. Iz Izvještaja je vidljivo da ombudsmeni u toku 2012. godine nisu koristili navedena ovlaštenja koja su im data ZUS-om odnosno da su svoje djelovanje ograničili na izdavanje preporuka.

Stepeniskorištenostisvihsredstavakojiombudsmenima stoje na raspolaganju u cilju efikasnog obavljanja funkcije zaštite ljudskih prava ne ide u prilog ni viziji koja je navedena u Strategiji djelovanja Institucije ombudsmena za ljudska prava za period 2010-2014<sup>26</sup>, a to je da se ona razvije u jak nacionalni mehanizam za zaštitu ljudskih prava u BiH koji će osigurati građanima

<sup>23</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), s. 12.

<sup>24</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), ss. 19-40.

<sup>25</sup> Vidi Godišnji izvještaj (bilj. 1), ss. 41-42.

<sup>26</sup> <http://www.ombudsmen.gov.ba>.

uživanje Ustavom BiH garantiranih prava, te promicati vrijednosti i dobre prakse međunarodno dostignutih ljudskih prava. Godišnji izvještaj o radu ove institucije ne pokazuje da se ona razvija i da postaje institucija od značaja za državu BiH i društvo u cjelini, posebno kada se uzme u obzir stepen realiziranosti izdatih preporuka kao i neiskorištavanje ovlaštenja koja im po zakonu pripadaju.

Građani su u ostvarivanju svojih prava svakodnevno upućeni na organe i službe uprave i njima je potreban neko ko im može efikasno pomoći u slučaju da se javi potreba za tim. Iako ombudsmen često nema mehanizme koji uočenu povredu može otkloniti, njemu ipak stoje na raspolaganju i mehanizmi i ovlaštenja koja mogu direktno uticati da se uočene povrede ljudskih prava i sloboda otklone. To se prije svega odnosi na navedena ovlaštenja data ZUP-om i ZUS-om koja, iako se to navodi kao razlog njihovog neiskorištavanja, ne predstavljaju miješanje u proces odlučivanja nadležnih organa niti mijenjanje i ukidanje odluke nadležnih organa. Zakon dakle ostavlja otvorenom i mogućnost pokretanja upravnog postupka odnosno upravnog spora te učešća u njima, a shodno navedenim odredbama ZUPa i ZUSa. Pored toga, član 4 stav 2 Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH, predviđa da ombudsmen “može pokrenuti sudske postupke ili intervenirati u toku postupka koji se vodi kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju svojih dužnosti”.

Unatoč ovoj zakonskoj otvorenosti za aktivno djelovanje Ombudsmena i u pravcu pokretanja upravnog i sudskog postupka, u instituciji ombudsmena dominira tumačenje i stav prema kojem bi korištenje ovih ovlaštenja predstavljalo direktan uticaj na rad javnih organa odnosno sudova.

Za vladavinu ljudskih prava i sloboda i njihovu stvarnu afirmaciju bitno je stvoriti ambijent koji će omogućiti i njihovo ostvarivanje u praksi a upravo instituciji ombudsmena stoje konkretna ovlaštenja koja mogu povećati stepen zaštićenosti garantiranih prava i sloboda.

U tom smislu institucija ombudsmena treba da pruži dodatne mogućnosti zaštite garantiranih prava u svim onim slučajevima kad su ta prava ugrožena ili povrijeđena djelovanjem organa vlade.

Institucija ombudsmena treba da bude spona u odnosima između države i građana. On treba da predstavlja kako instrument zaštite ljudskih prava, tako i mehanizam demokratske kontrole nad upravom.

#### 4. Zaključak

Organi uprave obavljaju brojne djelatnosti od vitalnog interesa za život građana koje iz tog razloga moraju biti pravno regulisane i podvrgnute kontroli.

Jednu vrstu kontrole rada subjekata koji vrše javnu službu obavljaju i ombudsmeni. Nadležnosti institucije ombudsmena u BiH prvenstveno su određene Zakonom o ombudsmenu za ljudska prava BiH. Osnovna nadležnost ombudsmena je da kontroliše povrede prava učinjene činjenjem ili nečinjenjem od strane organa uprave. Ona se odnosi ne samo na kontrolu zakonitosti rada kontrolisanih organa, već i na cjelishodnost u radu, ažurnost, odnos administracije prema građanima, razne administrativne greške i nepravde kao što su npr. kašnjenje u postupanju, nedostaci u pravilima i procedurama, grubost i nekorektno postupanje službenika i sl.

Zakonom je određen krug subjekata koje ombudsmen, kao institucija nezavisne spoljne kontrole, kontroliše, a to su sve institucije, organi, ustanove i sve druge institucije vlasti u BiH, državne, entitetske, vlasti Brčko Distrikta BiH, kantonalne i opštinske vlasti, kao i pravne ustanove koje obavljaju javne dužnosti<sup>27</sup>.

Kontrolna funkcija ombudsmena se dakle odnosi na državne organe koji svojim činjenjem odnosno nečinjenjem mogu dovesti do povrede prava građana, ali i na sve druge organe, ustanove i organizacije koje vršeći javna ovlaštenja rješavaju o pravima i obavezama građana.

Pored navedenog zakonskog propisa, ombudsmeni svoja ovlaštenja crpe i iz Zakona o upravnom postupku i Zakona o upravnom sporu. Riječ je o ovlaštenjima koja u krajnjoj liniji mogu rezultirati otklanjanjem eventualnih povreda ljudskih prava od organa uprave. Pa ipak, iako njima mogu u većoj mjeri, posebno u odnosu na preporuke, zaštititi ljudska prava odnosno doprinijeti kvalitetnijem radu državnih organa, ombudsmeni se ne odlučuju na njihovo korištenje.

Neophodno je da institucija ombudsmena bude efiksnija sa stanovišta zaštite prava i sloboda građana posebno u onim oblastima u kojima su postojeća sredstva zaštite nedovoljna i neprimjerena. Podaci iz Izvještaja za 2012. godinu jasno pokazuju da se ove zakonske ovlasti u u bosanskohercegovačkoj praksi još ne koriste, što svakako predstavlja propust.

Neophodno je da ombudsmeni koriste svoja zakonom data ovlaštenja te preuzmu aktivniju ulogu kako u iniciranju tako i u učešću u upravnim i sudskim postupcima kako bi u većoj mjeri doprinosili zaštiti ljudskih prava. Jer ljudska prava garantirana ustavima, zakonima kao i međunarodnim aktima nemaju stvarnu vrijednost ako oni koji su njihovi titulari nemaju stvarne mogućnosti djelotvornih pravnih sredstava za njihovu zaštitu.

<sup>27</sup> Čl. 1 st. 2 Zakona o ombudsmenu za ljudska prava BiH.

## Sadržaj:

1. Uvod .....	37	3. Normativni sadržaj .....	39
2. Leksičko značenje .....	37	3.1. Formalistička i supstancijalistička	
2.1. Prevodilačka praksa .....	37	shvatanja .....	40
2.2. Porijeklo ideje .....	38	3.2. XXI. stoljeće: sinteza .....	41
		4. Zaključak .....	42

**1. Uvod**

Krajem 80-ih godina u Jugoslaviji, u tadašnjem srpsko-hrvatskom jeziku, učestalije pojavljivanje izraza “vladavina prava” vezano je za procese koji su najavljalivali slom jednopartijskog sistema. Kao prevod engleskoga *rule of law*, “vladavina prava” spada u niz zahtjeva koje osamostaljeni segmenti civilnoga društva postavljaju pred ideološki integriranu državu koju potresa legitimacijska kriza. Ove zahtjeve (među kojima su još poštivanje prava čovjeka, demokratija, socijalna pravda...) široko prenose i amplificiraju masovni mediji koji se upravo u to vrijeme oslobađaju od državno-partijske kontrole, doprinoseći tako izgradnji onoga što će postati leksički i konceptualni fond demokratizacije u bivšoj Jugoslaviji.

Mnogo rjeđe, uglavnom u stručnim priložima, naporedo se javlja i izraz “vladavina zakona”, kao prevod iste engleske sintagme *rule of law*. U ovom radu ispitujem:

- je li, s obzirom na temeljnu dvoznačnost engleskoga *law*, izraz *rule of law* prikladnije prevoditi kao “vladavina prava” ili “vladavina zakona”; i
- šta taj koncept sadržajno obuhvata.

**2. Leksičko značenje**

Kako je poznato, englesko *law* znači i pravo (*jus*) i zakon (*lex*), pa kod prevođenja odlučuje kontekst: *Roman law* je “rimsko pravo”, a *prohibition law* je “zakon o zabrani alkohola”. U nekim situacijama, međutim, to nije dovoljno da bismo se opredijelili, jer kontekst ne nudi dovoljno elemenata, a postoje dobri razlozi i za jedno i za drugo rješenje.

*2.1. Prevodilačka praksa*

Kod odlučivanja hoćemo li *rule of law* prevesti kao “vladavina prava” ili “vladavina zakona”, na raspolaganju nam je metod koji je više pragmatičan nego naučan: pogledati kako se pred engleskim *law* snalaze prevodioci u druge jezike, budući da i oni imaju isti problem.

Najpouzdaniji vodič je prevodilačka praksa međunarodnih organizacija s više jezika u službenoj upotrebi, kakva su Ujedinjene nacije. Npr., Generalna skupština UN usvojila je na svome 61. zasjedanju rezoluciju čiji je engleski naziv *The rule of law at the national and international levels*<sup>1</sup>; na francuskom, drugom službenom jeziku UN, ista rezolucija zove se *L'État de droit aux niveaux national et international*<sup>2</sup>. Francuski prevodioci, dakle, nisu pokušavali da izraz prevedu doslovno, npr. kao *le gouvernement du droit* ili *la règle de la loi*, već su se opredijelili za *l'État de droit*, što je uobičajen — i doslovan i tačan — francuski prevod njemačkoga *der Rechtsstaat*, “pravna država”.

Ova prevodna ekvivalencija (*rule of law* = *l'État de droit*) nalazi se i u svim drugim dokumentima UN<sup>3</sup>, već desetljećima, te je izvjesno da ne bismo bili mnogo pogriješili da smo od početka sistematski prevodili *rule of law* kao “pravna država”, budući da je ovaj pojam u kontinentalnoj pravnoj tradiciji znatno ranije usvojen.

<sup>1</sup> A/RES/61/39, dostupno na <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/496/77/PDF/N0649677.pdf?OpenElement>.

<sup>2</sup> Dostupno na [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/39](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/39).

<sup>3</sup> Vidi npr. debate Vijeća sigurnosti (S/PRST/2003/15, S/PRST/2004/2, S/PRST/2004/32, S/PRST/2005/30, S/PRST/2006/28), ili istu web-stranicu na engleskom (United Nations and the Rule of Law, <http://www.un.org/en/ruleoflaw/>) i francuskom jeziku (L'ONU et l'État de droit, <http://www.un.org/fr/ruleoflaw/>).

\* Autor je doktor političkih nauka, profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

Čini se da je sada kasno za takvu korekciju. Naši prevodioci i publicisti nastavit će da *rule of law* prevode doslovno, i ostaje nam da vidimo da li bi u ovom slučaju bilo tačnije prevesti *law* kao “pravo” (*jus*) ili kao “zakon” (*lex*).

## 2.2. Porijeklo ideje

Svi pouzdani priručnici napominju da je izraz *rule of law* ušao u širu upotrebu s djelom britanskog pravnika A. V. Diceyja (1835-1922), ali da se u engleskom jeziku javlja još u 17. stoljeću. Ipak, u evropskom filozofskom nasljeđu neke slične ideje izražene su znatno ranije, u drugim jezicima, kao odgovor na pitanje koje mislioci postavljaju još u antici: *ko treba da vlada?*, ili *kome treba da se pokoravaju članovi zajednice?*

Homer piše o događajima što su se zbili u XII. st. p. n. e., u mikenskoj civilizaciji, no njegovi spjevovi nose trag vremena u kojem su nastali, a to je kraj “mračnih stoljeća” i početak arhajske civilizacije (polovina VIII. st. p. n. e.). Otud on prenosi dvojbe vlastitog doba, u kojem nastaje *polis*, grad-država, dok se ustanove ranijeg feudalnog poretka dovode u pitanje.

Za njega lično, međutim, još uvijek nema nikakve sumnje — kroz usta Odiseja on potvrđuje da vlast, po božanskom pravu, treba da pripadne pojedincu:

Valjda nećemo svi kraljevati ovdje Ahejci!  
Nije mnogovlađe dobro — nek jedan bude gospodar,  
Neka kraljuje jedan, što skeptar i suđenje dobi  
Od sina lukavca Krona, nek upravlja po njima druge.

*Ilijada*, II, 203-206<sup>4</sup>

*Polis* ne nastaje po jedinstvenom obrascu, i grčki gradovi-države ne prolaze istu evoluciju, a naročito ne u isto vrijeme. Na pitanje “ko treba da vlada?” odgovor ne daju samo mislioci (poput Sedmorice mudraca), već ljudska masa u neprekinutom kretanju koja, od kraja 7. st. p. n. e., iznalazi, popravlja, prilagođava i ukida ustanove koje više ništa ne duguju religiji: sada se racionalnim pobudama — a ne više voljom bogova — pravda opredjeljenje za tiranidu, ili za oligarhiju, ili za sudjelovanje *demosa* u vođenju države (skupa s postupcima izbora dužnosnika, ili njihovog imenovanja žrijebom)<sup>5</sup>.

Koncept isonomije (*ισονομία*), poretka u kojem niko po prirodi ne zapovijeda drugima već se svi pokoravaju

<sup>4</sup> Preveo T. Maretić (pregledao i priredio S. Ivšić), Matica hrvatska-Zora, Zagreb 1965 (6. izdanje).

<sup>5</sup> Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Age*, Pariz 1998, s. 59.

zajedničkom pravilu, objedinjuje dvije velike ideje toga vremena, ideju jednakosti (*ισότης*) i ideju zakona (*νόμος*). Tadašnja jednakost je još uvijek hijerarhijska, i odgovara “položajnoj pravdi”: ona ne znači da je svaki čovjek ravan svim drugim ljudima, već da “svako treba da dobije dio (vlasti, bogatstva, počasti...) jednak svome položaju u državi, jednak onome što doprinosi zajedničkom dobru”<sup>6</sup>. Građani pripadaju različitim staležima, “dijelovima” države od čijeg sklada zavisi njena postojanost i ukupna dobrobit; a taj sklad različitih elemenata postiže se njihovom jednakošću pred zakonom, koja je uvjet građanskog mira. Jer, “jednakost ne izaziva rat”, smatra Solon (640-558. p. n. e.), jedan od Sedmorice mudraca koji je i atenski zakonodavac, i čije reforme atenskog uređenja predstavljaju, kako će reći Plutarh, “preobražaj države u skladu s razumom i zakonom” (*ἡ ὑπὸ λόγου καὶ νόμου μεταβολή*)<sup>7</sup>.

Tako se prvi puta u povijesti političke misli na Zapadu javlja figura zakona (*νόμος*), kao jasno razlučenog od vlasti (*κράτος*) kojom su se odlikovali raniji državni oblici. Zakon uspostavlja mir među ljudima “ne prisilom, nego zato što većina ljudi voljno prihvata da mu se pokorava”<sup>8</sup>. A oni to čine zato što su rasuđivanjem (*λογισμός*) došli do zaključka da im se to više isplati: kada je putujući filozof Anaharsis, u posjeti Ateni, ismijavao Solona zato što misli da će suzbiti nepravdu i lakomost sugrađana pisanim zakonima “koji se ništa ne razlikuju od paučine, nego će, kao i ona, zadržati slabe i malene kad se uhvate, a moćni će ih i bogati raskinuti”, Solon je odgovorio da se ljudi pridržavaju i ugovora kada nijednoj od stranaka ne ide u korist da ih gazi, pa je i on tako “prilagodio zakone građanima, da pokaže svima da je bolje vršiti pravdu nego činiti bezakonje”<sup>9</sup>.

Više od dvjesto godina kasnije, Platon, izrazit protivnik demokratije, razvija učenje o idealnoj državi u kojoj vlast treba da vrše odabrani — moralna i intelektualna elita, filozofi koji su jedini u stanju da sagledaju istinu i državnici koji posjeduju znanje zapovijedanja. Najbolje je kada su te dvije osobe, državnik i filozof, objedinjene u samo jednoj, kralju-filozofu koji je idealan vladar i kome ne trebaju zakoni. Jer zakoni, zbog svoje uopštenosti, “nikada neće moći u jedan mah obuhvatiti sve ono što je najbolje i najpravednije za sve, pa naredivati ono što je najprikladnije”: ljudi i stvari su u stalnom kretanju, odnosi među njima se mijenjaju, zbog

<sup>6</sup> Nemo (bilj. 5), s. 81.

<sup>7</sup> Plutarh, *Solon*, 14.3. Usp. *Usporedni životopisi I* (preveo Z. Dukat), August Cesarec, Zagreb 1988, s. 146.

<sup>8</sup> Philippe (bilj. 5), s. 80.

<sup>9</sup> Plutarh, *Solon*, 14.5. Usp. *Usporedni životopisi I* (bilj. 7), s. 140.

čega nijedno umijeće ne pruža neko jednostavno pravilo koje bi vrijedilo za sve slučajeve i za svako vrijeme. Otud je za Platona zakon “kao tvrdoglav i neuk čovjek, koji ne dopušta ni da iko išta radi protiv njegove odredbe ni da ga iko išta pita čak ni kada ima neku zamisao koja bi bila bolja od naloga koji je on dao”<sup>10</sup>. Solonovi argumenti njemu ništa ne znače: zakon je nužno zlo, i “najbolje je da snagu nemaju zakoni, nego da je ima kraljevski čovjek obdaren razboritošću”<sup>11</sup>.

Pretresajući ovo pitanje u trećoj knjizi *Politike*, Platonov učenik Aristotel preuzima od svoga učitelja formulaciju problema: “Prvo pitanje u ovom istraživanju glasi: je li korisnije potčinjavati se najboljem čovjeku ili najboljim zakonima?”<sup>12</sup>. I nakon što je iznio iznijansiranu argumentaciju — ne treba zaboraviti da njegov glavni protivnik nije vladavina pojedinca već vladavina svjetine (δημος), gdje se o svemu odlučuje glasovima većine a ne prema pravu, — Platon daje nedvosmislen odgovor: “Bolje je, dakle, da vlada zakon nego jedan između građana”<sup>13</sup>.

Rimski autori preuzimaju od grčkih tematiku “najboljeg uređenja”: zakon je, kako je poznato, u središtu Ciceronovog zanimanja, i “njemu dugujemo više savim prikladnih formulacija slobode u skladu s pravom”<sup>14</sup>. Ciceron prvi govori o tome da se zakonu pokoravamo kako bismo bili slobodni (*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*), i da je sudac samo “zakon koji govori” (*magistratum legem esse loquentem*)<sup>15</sup>, no najtačnije iskazan odgovor na pitanje koje nas ovdje zanima nalazimo kod Tita Livija: “Vladavina zakona moćnija je od vladavine ljudi” (*imperia legum potentiora quam hominum*)<sup>16</sup>.

U engleskom prevodu Livijevog djela, koji godine 1600. objavljuje u Londonu Philemon Holland, ove riječi glase: “*the authority and rule of laws, more powerful and mighty than those of men*”<sup>17</sup>. To je prvo posvjedočenje imenske sintagme *rule of law(s)* u engleskom jeziku; imenica *law* stoji u množini, *laws*, kao prevod latinskoga *leges*, te nema sumnje da se radi o “zako-

nima” a ne o “pravu” (kako primjećuje F. Hayek, to je prvi puta i da je izraz *rule* u engleskom upotrijebljen u značenju “vladavine” ili “dominacije”, pored osnovnog značenja “pravila”<sup>18</sup>). I Thomas Hobbes spominje zakone (*laws*), na mjestu u *Leviathanu* (1651) gdje osuđuje gore navedeni Aristotelov stav: “I stoga je još jedna zabluda Aristotelove politike da u dobro uređenoj državi ne treba da vladaju ljudi, nego zakoni”<sup>19</sup> (Hobbes ide i dalje, smatrajući da monarhiju ništa tako ne slabi kao kad mladi ljudi čitaju knjige grčkih i rimskih pisaca o državnom uređenju, što izravno vodi u krvoproliće, i otud “ništa nije plaćeno tako skupo kao što je kupovina grčkog i latinskog jezika u zapadnim zemljama”<sup>20</sup>). Replicirajući Hobbesu nekoliko godina kasnije, James Harrington će na samom početku svoga djela *The Commonwealth of Oceana* (1656) potvrditi da je upravljanje državom (*government*) “umijeće kojim se građansko društvo ljudi ustanovljava i održava na temeljima zajedničkog prava ili zajedničkog interesa; ili, prema Aristotelu i Titu Liviju, vladavina zakonâ (*empire of laws*), a ne ljudi”<sup>21</sup>.

Ovaj kratak pregled pokazuje da je ideja “vladavine zakona a ne ljudi” preuzeta od Aristotela, a da sintagma *rule of law(s)* potječe iz engleskog prevoda djela Tita Livija, u kojem bez ikakve dvosmislenosti znači “vladavinu zakona” (*imperia legum*). Otud slijedi da i danas, u modernoj upotrebi, *rule of law* treba prevoditi u naš jezik kao “vladavina zakona” a ne kao “vladavina prava”.

Ostaje da se vidi koji normativni sadržaj odgovara tom konceptu.

### 3. Normativni sadržaj

“Shvatanja vladavine zakona ima skoro koliko i ljudi koji vladavinu zakona zagovaraju”<sup>22</sup>. Jedni smatraju da ona uključuje zaštitu individualnih prava, drugi - da je demokratija njen dio. Jedni tvrde da je vladavina zakona čisto formalna, i da zahtijeva samo da zakoni budu doneseni unapred, izraženi jasno i na uopšten način, i da se jednako primjenjuju na sve. Za druge, “vladavina zakona obuhvata ’socijalne, ekonomske, obrazovne i kulturne uvjete u kojima se mogu ostvariti čovjekove legitimne težnje i njegovo dostojanstvo”

<sup>10</sup> Platon, *Državnik*, 294a-294c.

<sup>11</sup> Platon, *Državnik*, 294a.

<sup>12</sup> Aristotel, *Politika*, 1286a.

<sup>13</sup> Aristotel, *Politika*, 1287a.

<sup>14</sup> F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960 (“The Origins of the Rule of Law”); nav. prema francuskom prevodu *La Constitution de la liberté* (prev. R. Audouin/J. Garello), Pariz 1994, s. 165.

<sup>15</sup> *Pro Cluentio*, 53; *De legibus*, III, 122.

<sup>16</sup> *Ab urbe condita*, II, 1.1.

<sup>17</sup> *The Romane Historie* Written by T. Livius of Padua. Also, the Breviaries of L. Florus: with a Chronologie to the whole Historie: and the Topographie of Rome in old time. A. Islip, London 1600, s. 44. Nav. prema Hayek (bilj. 14), s. 457.

<sup>18</sup> Hayek (bilj. 14), s. 457.

<sup>19</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, XLVI, “On Darkness from Vain Philosophy and Fabulous Traditions”.

<sup>20</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, XXI, “Of The Liberty Of Subjects”.

<sup>21</sup> Tekst Harringtonove *Oceane* može se naći na <http://soc.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/harrington/oceana>.

<sup>22</sup> O. Taiwo, The Rule of Law: The New Leviathan?, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 12/1999, ss. 151-152.

pa je s obzirom na različitost shvatanja pojam “vladavine zakona” sličan pojmu ‘dobra’, u tom smislu da se svi za nj zalažu, ali imaju oprečna uvjerenja o tome šta ono jest”<sup>23</sup>.

### 3.1. Formalistička i supstancijalistička shvatanja

To mnoštvo shvatanja može se ipak razvrstati u dvije glavne porodice: formalistička i supstancijalistička poimanja vladavine zakona. Formalisti ne donose sud o pravednosti samog zakona o kome je riječ, već utvrđuju formalna i proceduralna svojstva koja pravni okvir mora imati da bi udovoljio zahtjevu za vladavinom zakona; supstancijalisti, povrh toga, zahtijevaju da “zakon koji vlada” ima određena materijalna svojstva, tj. da uključuje neka osnovna individualna prava<sup>24</sup>. I unutar te dvojne podjele postoje razlike s obzirom na obim zahtjeva, pa se i formalistička i supstancijalistička poimanja dalje dijele prema tome jesu li “rijetka” ili “gusta”, kako vidimo iz donje tablice:

Alternativne formulacije vladavine zakona					
Od rijetkih		→	ka	→	gustima
Formalističke verzije	<b>1. Vladavina pomoću zakona</b>		<b>2. Formalna zakonitost</b>		<b>3. Demokratija + zakonitost</b>
	- zakon kao oruđe državnog djelovanja		- opšti, neretroaktivan, jasan, izvjestan		- pristanak određuje sadržaj zakona
Supstancijalističke verzije	<b>4. Individualna prava</b>		<b>5. Pravo na dostojanstvo i/ili pravdu</b>		<b>6. Društveno blagostanje</b>
	- vlasništvo, ugovor, privatnost, autonomija				- supstancijalna jednakost, blagostanje, očuvanje zajednice

Današnja pravopolitička teorija uglavnom je prihvatila ovu klasifikaciju, iako se mišljenja razlikuju oko toga šta spada u koju kategoriju. Tako autor od kojeg je preuzimamo smatra demokratiju formalnim svoj-

<sup>23</sup> B. Z. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge 2004, s. 3.

<sup>24</sup> Vidi P. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, *Public Law*, 1997, s. 467.

<sup>25</sup> B. Z. Tamanaha (bilj. 23), s. 91. U bilješci Tamanaha upućuje na Summersa (R. S. Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law*, *Ratio Juris*, 6/1993, ss. 127-142) kao npr. autora koji demokratiju svrstava u supstancijalna svojstva vladavine zakona.

stvom<sup>25</sup>, što se može prihvatiti samo ako se ona svede na donošenje opšteobavezujućih odluka većinom glasa u predstavničkom tijelu, bez obzira na sadržaj tih odluka.

Najrjeđa formalistička formulacija shvata zakon kao način na koji država upravlja: “šta god država radi, treba to da radi putem zakona”<sup>26</sup>. Otud ovoj formulaciji bolje odgovara naziv vladavine *pomoću zakona* (*rule by law*), i u tom smislu ona predstavlja “praznu tautologiju a ne politički ideal” (J. Raz): svaka moderna država ostvaruje svoje ciljeve donoseći zakone, i ako apstrahiramo njihov normativni sadržaj može se reći da svaka moderna država ima vladavinu zakona u ovom užem smislu, koji ne konotira da isti zakon i samoj državi postavlja granice u njenom djelovanju<sup>27</sup>. Danas to shvatanje brane tek malobrojni azijski (uglavnom kineski) teoretičari prava i mnogobrojni azijski političari, za koje “zakon postoji ne da bi ograničio državu već da bi poslužio njezinoj moći”<sup>28</sup>.

Većina angloameričkih autora usvaja drugu formalističku verziju, u gornjoj klasifikaciji nazvanu “formalna zakonitost”. Tako je već spomenuti britanski pravnik Albert V. Dicey, koji je prvi sistematizirao pojam vladavine zakona (u upotrebi, vidjeli smo, već od XVII. stoljeća)<sup>29</sup> isticao da je uspostavljanje stabilnog

<sup>26</sup> N. B. Reynolds, *Grounding the Rule of Law*, *Ratio Juris*, 2/1989, s. 3.

<sup>27</sup> B. Z. Tamanaha (bilj. 23), s. 92.

<sup>28</sup> T. Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs*, 77/1998, s. 97.

<sup>29</sup> A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London-New York 1889, ss. 171-192.

pravnog sistema važnije od potencijalne nepravde do koje može doći primjenom nepravednih zakona, i odricao je građanima pravo da se ne obaziru na takve zakone<sup>30</sup>. Dicey je naglašavao tri aspekta vladavine zakona: a) svako može biti kažnjen samo zbog kršenja zakona koje se dokaže pred redovnim sudom, b) niko nije iznad zakona, i svi su pred zakonom jednaki bez obzira na društveni, ekonomski ili politički status i c) vladavina zakona uključuje rezultate sudskih odluka koje utvrđuju prava privatnih lica. U zagovornike formalne zakonitosti možemo svrstati i Josepha Raza koji je 1970-ih godina ponudio nešto širi skup načela što uključuje, između ostalog, nezavisnost pravosuđa, neteroaktivnost zakona i jasne zakonodavne postupke, ali je insistirao da vladavinu zakona “ne treba brkati s demokratijom, pravdom, jednakošću (pred zakonom ili kakvom drugom), pravima čovjeka bilo koje vrste ili poštivanjem osoba ili ljudskog dostojanstva”<sup>31</sup>.

### 3.2. XXI. stoljeće: sinteza

Početak XXI. stoljeća obilježen je uzmahom poimanja koja formalnu zakonitost nadograđuju i obogaćuju sadržajnim elementima, približavajući je na taj način supstancijalizmu. Njihovo je promicanje djelo međunarodnih ustanova i njihovih politika, a ne više mislilaca pojedinaca. Na prvom mjestu su Ujedinjene nacije: tako generalni sekretar UN, u svome izvještaju *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, definira vladavinu zakona kao “načelo upravljanja prema kojem sve osobe, ustanove i javni i privatni organizmi, uključujući i samu državu, moraju da se pridržavaju zakona javno obznanjenih, provedenih jednako prema svima i podijeljenih od nezavisnih instanci, zakona koji su u skladu sa međunarodnim normama i standardima u oblasti prava čovjeka”. Vladavina zakona, isto tako, “zahtijeva mjere za osiguranje poštivanja načela vrhovnosti zakona (*supremacy of law*), jednakosti pred zakonom, odgovornosti pred zakonom, poštene primjene zakona, odjeljenosti vlasti, sudjelovanja u odlučivanju, pravne sigurnosti, suzdržavanja odsamovolje i transparentnosti zakonodavnih postupaka”<sup>32</sup>. Pravna semantika dozvoljava da “sudjelovanje u odlučivanju” ovdje identificiramo kao demokratski proces, dok je zahtjev da traženje i sankcija pravne norme budu u skladu sa “međunarodnim ... standardima u oblasti prava čovjeka”

<sup>30</sup> Usp. [http://en.wikipedia.org/wiki/A.\\_V.\\_Dicey](http://en.wikipedia.org/wiki/A._V._Dicey).

<sup>31</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, *The Law Quarterly Review*, 93/1977, s. 195.

<sup>32</sup> *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General*, 2004, III, § 6, s. 4, <http://www.unrol.org/doc.aspx?n=2004%20report.pdf>.

sasvim jednoznačan: vladavina zakona više se ne shvata kao formalna zakonitost.

Međunarodno udruženje odvjetnika (*International Bar Association*) usaglasilo se 2009. oko vlastite definicije temeljnih načela vladavine zakona iz odvjetničke perspektive: “nezavisno i nepristrano pravosuđe; pretpostavka nevinosti; pravo na pošteno i javno suđenje bez bezrazložnog odlaganja; racionalan i srazmjeran pristup kažnjavanju; snažna i nezavisna advokatura; stroga zaštita povjerljivih komunikacija odvjetnika i klijenta; jednakost svih pred zakonom”. U skladu s tim, neprihvatljivi su “samovoljna hapšenja; tajna suđenja; dugotrajno zadržavanje u pritvoru bez suđenja; surovo ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje; zastrašivanje ili podmićivanje u izbornom procesu”<sup>33</sup>. Primijetiti će se da u ovom iscrpnom sadržajnom određenju figuriraju glavna prava iz kataloga *ljudskih* prava, a da spominjanje “izbornog procesa” (*the electoral process*) otvara vrata i prema *građanskim* pravima.

Sasvim na drugoj strani spektra, najgušće supstancijalističke formulacije uključuju formalnu zakonitost, prava čovjeka kao i prava građanina (tj. demokratiju), ali tome dodaju i “pravo na društveno blagostanje”: jer, “sloboda izražavanja ne znači ništa nepismenom čovjeku; pravo glasa može se izopačiti u oruđe tiranije koju demagozi provode nad neprosvijetljenim biračkim tijelom; sloboda od državnog upletanja ne smije imati za posljedicu slobodu siromašnih i potrebitih da skapaju od gladi”<sup>34</sup>.

Nije teško sagledati teškoće koje nastaju kada se ovi zahtjevi ugrade u pojam vladavine zakona. Individualna prava već se nalaze u potencijalnom sukobu s demokratijom (shvaćenom kao donošenje opšteobavezujućih odluka većinskim glasanjem), a “dodavanje u tu smjesu prava na društveno blagostanje samo uvećava broj potencijalnih srazova, naročito kada se suče lična sloboda i supstancijalna jednakost”. Time se debata o društvenim vrijednostima pretvara u borbu oko sadržaja pojma vladavine zakona, koji onda “služi kao zamjensko bojno polje za spor o širim društvenim pitanjima” i u tom procesu biva ispražnjen od svakog specifičnog značenja. Ipak, “vladavina zakona ne može se ticati svega što ljudi žele od države”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> *Resolution of the Council of the International Bar Association of October 8, 2009, on the Commentary on Rule of Law Resolution (2005)*, na <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9925C6FD-5804-407F-9D39-ECB9D6A8B9D4>.

<sup>34</sup> International Commission of Jurists, *The Rule of Law in a Free Society: A Report of the International Congress of Jurists*, Ženeva 1959. Nav. prema B. Z. Tamanaha (bilj. 23), ss. 112-113.

<sup>35</sup> B. Z. Tamanaha (bilj. 23), s. 113.

Po našem mišljenju, kod sadašnjeg stanja pravne nauke i pravne filozofije mogu se iznositi uvjerljivi pragmatički razlozi da se prihvati sadržajno određenje vladavine zakona koje nudi World Justice Project (WJP), nevladina organizacija posvećena unapređenju vladavine zakona širom svijeta. Za WJP, vladavina zakona je sistem koji se temelji na četiri univerzalna načela:

1. Državna vlast (*government*) i njeni dužnosnici i službenici podložni su zakonu;
2. Zakoni su jasni, javno obznanjeni, trajni, poštenu (*fair*) i štite temeljna individualna prava, uključujući sigurnost osoba i vlasništva;
3. Postupci donošenja i primjene zakona i dijeljenja pravde su dostupni, poštenu i djelotvorni;
4. Za pristup pravosuđu brinu se stručni, nezavisni i etični suci, odvjetnici ili pravozastupnici, i sudski službenici kojih ima dovoljan broj, koji posjeduju odgovarajuće resurse i čiji sastav odražava sastav zajednice kojoj služe<sup>36</sup>.

Ovo poimanje je nesumnjivo supstancijalističko, iako ne ide tako daleko da zahtijeva pravo na blagostanje. No, za njega se opredjeljujemo nezavisno od njegovih konceptualnih kvaliteta, zato što je u današnjim globalnim promjenama društvenih i političkih odnosa ono jedino koje je *djelatnopovijesno*: na osnovu njega je organizacija World Justice Project izradila indeks (sastavljen od 9 pokazatelja i 52 potpokazatelja) kojim mjeri stupanj praktičnog ostvarenja vladavine zakona u pojedinim zemljama<sup>37</sup>. Moguće je da će učesnici u nikad završenoj debati filozofa prava o nosivim konceptima njihove discipline naći neke slabosti u gornjim načelima, i predložiti poboljšanja. No ti doprinosi neće biti istoga reda kao i definicija koju je ponudio WJP: oko ove potonje možda i ne postoji univerzalni kon-

senzus, ali se u skladu s njom odvija globalno širenje vladavine zakona, i teško je zamisliti da bi u dogledno vrijeme neka druga definicija mogla zauzeti njeno mjesto i postići bolji rezultat.

#### 4. Zaključak

Pojam pravne države (*der Rechtsstaat*) kako ga je u kontinentalnoj tradiciji razvila njemačka pravna misao, i koji je u početku — kao zahtjev za zakonskim ograničenjem vršenja državne vlasti — samo bio suprotstavljen pojmu države zasnovane na samovoljnom korištenju moći (*der Machtsstaat*, rjeđe *der Obrighkeitsstaat*), danas uključuje i materijalne elemente (prava i slobode čovjeka i građanina, pravednost/moralna ispravnost zakona)<sup>38</sup>, i po tome se približava supstancijalističkim poimanjima vladavine zakona. Stoga jezičko izjednačavanje pravne države (*der Rechtsstaat*) i vladavine zakona (*rule of law*) koje sistematski provode francuski autori nije pogrešno: iako se, u vrijeme njihovog nastanka, radilo o različitim pojmovima, njihova povijesno objašnjiva konvergencija dovela je do toga da ih je danas moguće izjednačiti. “Pravna država” i “vladavina zakona” izražavaju, na ovom početku XXI. stoljeća, supstancijalno istu ideju: djelovanje nosilaca državne vlasti, izabranih i imenovanih, ograničeno je zakonima koje oni sami nisu donijeli niti ih mogu mijenjati; ti su zakoni, koji građane štite od samovoljnog vršenja vlasti, moralno ispravni tj. *pravedni* (prema prevlađujućem shvatanju pravde), a građani sudjeluju u njihovom donošenju; građani uživaju određena pretpolitička prava i slobode koje država mora poštivati da bi bila legitimna, a njihovu zaštitu građani mogu ostvariti pred nezavisnim sudovima.

<sup>36</sup> V. <http://www.worldjusticeproject.org/what-rule-law>.

<sup>37</sup> V. <http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>.

<sup>38</sup> V. historijski i problematski prikaz ove evolucije u E. Šarčević, *Der Rechtsstaat*, Leipzig 1996.

## Sadržaj :

1. Uvod .....	43	4.3. Postupak registracije i razlike u postupku registracije .....	48
2. Istorijski razvoj zakonskog uređivanja položaja crkava i verskih zajednica .....	43	5. Pravni položaj crkava i verskih zajednica	
3. Ustavni model odnosa između države i crkava i verskih zajednica .....	44	5.1. Autonomija crkava i verskih zajednica .....	50
4. Pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica		5.2. Prava i položaj sveštenika i verskih službenika .....	51
4.1. Crkve i verske zajednice kao subjekti verske slobode .....	46	5.3. Delatnosti crkava i verskih zajednica .....	52
4.2. Sticanje i karakter pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica .....	47	5.3.1. Bogoslužbena delatnost .....	52
		5.3.2. Obrazovna delatnost .....	53
		6. Zaključak .....	55

**1. Uvod**

U ovom radu biće analizirana pitanja ustavnopravnog osnova, sadržine i karaktera, zakonskog uređivanja pravnog položaja crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji. Osnovni razlog za takvu analizu leži u činjenici da je Zakon o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije koji je donesen 2006. nakon svog stupanja na snagu izazvao dosta kritika koje su problematizovale i osporavale Zakonom ustanovljeni odnos između države i crkve i isticale da Zakon nije pravedan prema svim crkvama i verskim zajednicama<sup>1</sup>. U skladu sa takvim kritikama, i na osnovu njih, Ustavnom sudu Republike Srbije je upućeno više inicijativa kojima se zahtevala ocena ustavnosti Zakona, kao i ocena usaglašenosti Zakona sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava. Povodom tih inicijativa Sud je pokrenuo postupak normativne kontrole Zakona. U svojoj Odluci<sup>2</sup>, Ustavni sud je zauzeo stav o nizu značajnih pitanja pravnog položaja crkava i verskih zajednica na koja će se ukazati na odgovarajućim mestima u ovom radu. Međutim, i nakon rešavanja niza spornih ustavnopravnih pitanja od strane Ustavnog suda, u delu naučnih analiza i dalje se izražava "sumnja da su nedoumice oko ustavnosti pojedinih odredbi Zakona o crkvama i verskim zajednicama definitivno otklonjenje", jer Ustavni sud "nije pružio uverljivo i konzistentno obrazloženje" za sve odredbe Zakona<sup>3</sup>. Zbog toga je potrebno svestrano sagledati

\* Autor je naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

<sup>1</sup> M. Radulović, *Crkva i država u svetlu Zakona o crkvama i verskim zajednicama*, Pogovor izdanju Zakona o crkvama i verskim zajednicama, Beograd 2006, s. 48.

<sup>2</sup> IUz-455/2011 — *Sl. gl. RS* 23/2013.

zakonsko uređivanje pravnog položaja crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji i razmotriti da li je njegovo osporavanje utemeljeno, a unapređivanje potrebno i moguće. Prvi korak u toj analizi je sagledavanje istorijskog razvoja zakonskog uređivanja položaja crkava i verskih zajednica.

**2. Istorijski razvoj zakonskog uređivanja položaja crkava i verskih zajednica**

Istorija zakonskog uređivanja pravnog položaja crkava i verskih zajednica u Srbiji započinje u 19. veku, nakon sticanja autonomije u odnosu na turske vlasti. Od kada je Srbija postala autonomna kneževina, stekli su se uslovi da se nacionalnim pravnim aktima uredi pravni položaj crkava i verskih zajednica. Budući da su u Srbiji većinu stanovništva činili pripadnici pravoslavne vere i da je na području Srbije delovala Pravoslavna crkva, jasno je da se u prvim pravnim aktima regulisao položaj Pravoslavne crkve.

Ustavi koji su u Srbiji donošeni tokom 19. veka uglavnom su na jednoobrazan način regulisali položaj Crkve i odnos između države i crkve. Njima je bilo predviđeno da vladar mora biti pravoslavne veroispovedi, da je vladajuća vera istočno-pravoslavna, ali i da je zajamčena sloboda svih drugih priznatih vera i zakonska zaštita prilikom vršenja obreda. Priznanje je davano zakonom, ili posebnim ukazom vladara<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> M. Draškić, *Ustav Srbije: striktna ili kooperativna odvojenost*, *Sveske za javno pravo* 12/2013, s. 39.

<sup>4</sup> Tako je, prema članu 119 Ustava iz 1869, bilo predviđeno da "slobodno javno izvršivanje verozakonih obreda imaju veroispovedi, koje su u Srbiji priznate, ili koje osobenim zakonom budu priznate".

Na osnovu odredbi raznih ustava, u Srbiji 19. veka donošeni su zakoni kojima je posebno regulisan pravni položaj Pravoslavne crkve. Prvi zakon kojim je uređeno to pitanje bio je Načertanije o duhovnim vlastima iz 1836. Ređali su se zatim zakoni iz 1847<sup>5</sup>, 1862<sup>6</sup> i 1890<sup>7</sup>. Osim što je tim aktima bio posebno uređen položaj samo jedne crkve, njihova opšta karakteristika ogledala se u tome što su, uz izvesne tendencije emancipacije, ipak ustanovljavali kontrolnu funkciju države nad Crkvom, a što je proisticalo iz dosledne primene sistema državne crkve<sup>8</sup>. Godine 1863. donesen je Zakon o vakupskim zemljama, da bi sloboda ispovedanja islama bila priznata 1868. Uoči prvog svetskog rata, Kraljevina Srbija je zaključila Konkordat sa Svetom stolicom<sup>9</sup>.

Nakon Prvog svetskog rata, pitanje pravnog uređenja položaja i delovanja crkava i verskih zajednica u zajedničkoj državi Južnih Slovena, bilo je regulisano posebnim zakonima koji su donošeni o svakoj crkvi i verskoj zajednici posebno i kojima je regulisan pravni položaj svake od njih ponaosob. U ustavnopravnoj teoriji tog vremena isticano je da je s pogledom na raznovrsnost veroispovednih organizacija gotovo nemoguće o svim veroispovedima doneti jedan isti zakon<sup>10</sup>. Zbog toga su u Kraljevini Jugoslaviji doneseni sledeći zakoni: Zakon o Srpskoj Pravoslavnoj Crkvi<sup>11</sup>, Zakon o islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije<sup>12</sup>, Zakon o Evanđeličko-hrišćanskim crkvama i o Reformovanoj hrišćanskoj crkvi Kraljevine Jugoslavije<sup>13</sup> i Zakon o verskoj zajednici Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji<sup>14</sup>. Reč je bilo o zakonskom priznanju pravnog subjektiviteta navedenih verskih organizacija, tako da su ti zakoni zapravo imali, kako to ističe Slobodan Jovanović, karakter naročitog zakonodavnog odobrenja<sup>15</sup>.

Nakon Drugog svetskog rata, u skladu sa ideološkom orijentacijom novih vlasti, pravni položaj verskih zajednica uopšte nije bio regulisan u periodu od 1945-1953. Prvi Zakon o pravnom položaju verskih zajednica je u nekadašnjoj socijalističkoj Jugoslaviji done-

sen 1953. na saveznom nivou<sup>16</sup>. Nakon ustavnih promena početkom sedamdesetih godina i donošenja Ustava iz 1974. materija regulisanja pravnog položaja crkava i verskih zajednica prešla je u nadležnost republika članica, uprkos činjenici da su skoro sve crkve i verske zajednice imale jedinstvenu upravljačku strukturu i organizaciju na nivou čitave države. Bilo kako bilo, sve republike su tokom sedamdesetih godina donele svoje, donekle slične, zakone. Zakon o pravnom položaju verskih zajednica SR Srbije iz 1977.<sup>17</sup> predviđao je sličan sistem kao i zakon iz 1953. prema kome su građani koji osnivaju versku zajednicu dužni da opštinskom organu uprave nadležnom za unutrašnje poslove podnesu prijavu o osnivanju u roku od 30 dana.

Zakon o pravnom položaju verskih zajednica SR Srbije je 1993. stavljen van snage. Stavljanjem van snage Zakona iz 1977. nije bio rešen prelazni pravni režim, tako da su se država i crkve i verske zajednice, do donošenja Zakona o crkvama i verskim zajednicama 2006, u pravnom poretku susretale sa nizom nerešenih odnosa i otvorenih pitanja. Donošenjem Zakona o crkvama i verskim zajednicama (u daljem tekstu: ZCVZ) na sveobuhvatan način uređen je pravni položaj crkava i verskih zajednica u pravnom poretku Republike Srbije, kao i odnosi između države i crkava i verskih zajednica, što je dodatno regulisano donošenjem Ustava 2006.

### 3. Ustavni model odnosa između države i crkava i verskih zajednica

Pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji i njegovo zakonsko uređivanje prevashodno su opredeljeni Ustavom određenim odnosom između države i crkava i verskih zajednica.

Ustav u okviru osnovnih načela, u članu 11 čiji je rubrum "svetovnost države" propisuje da je Srbija svetovna država i opredeljuje smisao tog pojma. Naime, dok u st. 1 tog člana Ustav određuje da je Srbija svetovna država, dotle u st. 2 predviđa da su crkve i verske zajednice odvojene od države, a u st. 3 da se nijedna religija ne može uspostaviti kao državna ili obavezna. Na osnovu izložene ustavne odredbe može da se zaključiti da svetovni karakter države ima dve osnovne komponente — 1. odvojenost crkava i verskih zajednica od države i 2. zabranu uspostavljanja državne ili obavezne religije. Dok je druga komponenta u ustavnim određenju svetovnog karaktera Srbije sasvim razumljiva i ZCVZ takođe uređena, a znači da se Srbija ne identifikuje ni sa jednom posebnom religijom i da crkve nisu državne, dotle je odvojenost crkava i ver-

<sup>5</sup> Ustrojenije duhovnih vlasti Knjaževstva Serbskoga iz 1847.

<sup>6</sup> Zakon o crkvenim vlastima pravoslavne vere iz 1862. koji je 1882. izmenjen i dopunjen.

<sup>7</sup> Zakon o crkvenim vlastima istočno-pravoslavne crkve.

<sup>8</sup> D. Novaković, *Državno zakonodavstvo o Pravoslavnoj crkvi u Srbiji od 1804. do 1914. godine*, Beograd 2010, s. 218.

<sup>9</sup> Zakon o konkordatu između Kraljevine Srbije i Svete Stolicе (Odluka Narodne skupštine Kraljevine Srbije od 26. 07. 1914. godine), *Srpske novine* 199/1914.

<sup>10</sup> S. Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1995, s. 512.

<sup>11</sup> *Sl. n. Kraljevine Jugoslavije* 269/1929.

<sup>12</sup> *Sl. n. Kraljevine Jugoslavije* 29/1930.

<sup>13</sup> *Sl. n. Kraljevine Jugoslavije* 95/1930.

<sup>14</sup> *Sl. n. Kraljevine Jugoslavije* 301/1929.

<sup>15</sup> S. Jovanović (bel. 10), s. 511.

<sup>16</sup> *Sl. l. FNRJ* 22/1953.

<sup>17</sup> *Sl. gl. SRS* 44/1977.

skih zajednica od države pojam koji zahteva dodatno tumačenje. Naime, na osnovu ustavnog određenja da su crkve i verske zajednice odvojene od države, *prima facie* nije jasno šta je smisao i domašaj odvojenosti, da li Ustav nalaže da između države i crkava i verskih zajednica ne sme da bude bilo kakvog vida pomoći, saradnje, dijaloga i razmene mišljenja i informacija, i, sa druge strane, ukoliko takvu pomoć i saradnju ne isključuje, ne zabranjuje, gde su granice takve saradnje?

U uporednom pravu postoje različiti vidovi odnosa između države i crkava i verskih zajednica. Modeli odnosa između države i crkava i verskih zajednica kreću se u širokom luku, od relativno striktno odvojenosti države i crkava i verskih zajednica, ali bez izostanka veza i podrške, što je prisutno u Francuskoj i Holandiji, do postojanja državnih crkava, ili dominantnih religija, kao što je to slučaj u Ujedinjenom Kraljevstvu, Danskoj i Finskoj. Da li Ustav Republike Srbije sadrži elemente na osnovu kojih je moguće odrediti prirodu odvojenosti crkava i verskih zajednica od države? Šta obuhvata ustavni princip odvojenosti države i crkava i verskih zajednica i u kakvoj je vezi sa načelom sekularnosti?

U vezi sa izloženim pitanjima, u delu domaće pravne nauke ističe se da se Ustav od 2006. opredelio za strogu odvojenost crkve i države, jer ništa u Ustavu ne dopušta da se načelo svetovnosti države protumači u smislu kooperacije, već upravo suprotno, da istorijsko i sistematsko tumačenje jasno navode na zaključak da je ustavotvorac imao na umu sistem stroge, a ne kooperativne odvojenosti<sup>18</sup>? Do takvog se zaključka inače dolazi na osnovu stava da je od 2006. opredeljenje za svetovnu državu ne samo Ustavom izričito zajemčeno (za razliku od Ustava od 1990), već i da je uzdignuto na rang ustavnog načela, da su pisci i donosioci aktuelnog ustava imali na umu odredbe prethodnog ustava, kao i Zakona o crkvama i verskim zajednicama koji je usvojen pre važećeg Ustava, te da izostanak pominjanja materijalne ili neke druge pomoći u Ustavu nije slučajaj, već da izražava nameru da se princip separacije dosledno sprovede<sup>19</sup>. Sa druge strane, u pojedinim radovima izloženo je shvatanja prema kome ustavno načelo o odvojenosti crkava i verskih zajednica od države i njen sekularni karakter mogu da znače i saradnju crkava i verskih zajednica sa državom. Stoji se na stanovištu da ništa ne protivreči normativnom pristupu prema kome svetovnost dozvoljava kooperaciju, jer Ustav u pitanje tipa sistema odvojenosti uopšte ne

zalazi. Uostalom, ističu pobornici takvog stava, sama reč sekularnost *nema* određeno pravno-tehničko značenje, a ni njeno pominjanje ne implicira sistem *striktno odvojenosti*<sup>20</sup>.

Čini se da u Ustavu ima dovoljno elemenata za tumačenje pojma odvojenosti crkava i verskih zajednica od države. Pre nego što se ti elementi sagledaju, treba načelno istaći da je prema jezičkom tumačenju ustavnih odredaba, odvojenost crkava i verskih zajednica od države jedna od komponenti svetovnosti države i da se stoga iz svetovnog karaktera države ne može izvoditi zaključak o karakteru odvojenosti crkava i verskih zajednica od države. Naprosto, svaka država koja proklamuje odvojenost crkava i verskih zajednica od države je svetovna i iz tog karaktera ne saznaje se ništa o prirodi i domašaju odvojenosti crkava i verskih zajednica od države. Koji su onda elementi presudni za odgonetanje karaktera odvojenosti crkava i verskih zajednica od države?

U članu 44. Ustava, nakon stava 1 koji propisuje da su crkve i verske zajednice ravnopravne i odvojene od države, sledi st. 2 koji, čini se, utire put odgovoru na pitanje o karakteru odvojenosti crkava i verskih zajednica od države. U tom stavu ponavlja se da su crkve i verske zajednice ravnopravne i dodaje se da su one *slobodne da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, da osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju, u skladu sa zakonom*. Upravo je ta sloboda da se, u skladu sa zakonom, samostalno uređuje unutrašnja organizacija, verski poslovi, da se javno vrše verski obredi, osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da se njima upravlja mera i sadržaj odvojenosti crkava i verskih zajednica od države. Drugim rečima, crkve i verske zajednice su odvojene od države zato što su slobodne, odnosno autonomne, da u skladu sa zakonom samostalno uređuju pojedina pitanja i vrše određene, Ustavom opredeljene, aktivnosti. Dakle, na osnovu takvog shvatanja izložene ustavne odredbe, može da se dođe do zaključka da odvojenost o kojoj je reč u prvom redu znači da postoje određena pitanja u kojima su nadležne crkve i verske zajednice i da država ne može da ih reguliše, ili ih reguliše samo okvirno. Razume se da iz toga sledi i da postoje određena pitanja, naročito u javno-pravnoj sferi u koja crkve i verske zajednice ne smeju da ulaze.

<sup>18</sup> T. Marinković, Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2011, s. 383.

<sup>19</sup> *Ibid.*; videti i M. Draškić (bel. 3), s. 38.

<sup>20</sup> S. Avramović, Poimanje sekularnosti u Srbiji — refleksije sa javne rasprave u Ustavnom sudu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2-2011, ss. 297-298. — Štaviše, zaključuje ovaj autor, sekularnost je do te mere neodređene sadržine i u vanpravnom prostoru (politikološkom, sociološkom, filozofskom, istorijskom, itd.), a kamo li u pravnom rečniku, da taj pojam još uvek predstavlja kvadraturu kruga i predmet nebrojenih sporenja u teoriji.

Da li je takva odvojenost stroga, da li iz takvog tumačenja ustavne odredbe proističe da država i crkve i verske zajednice ne mogu da sarađuju, da nemaju zajedničke ciljeve i da ne postoje pitanja u kojima je njihova saradnja nužna, a prožimanje zasnovano na Ustavu?

Ustavno načelo odvojenosti crkve i verskih zajednica od države u Srbiji ne može da bude shvaćeno kao stroga odvojenost koja isključuje saradnju i prožimanje. Sudeći prema pojedinim rešenjima sadržanim u samom Ustavu, odvojenost crkava i verskih zajednica od države kooperativnog je karaktera jer podrazumeva prožimanje državnog i autonomnog prava i saradnju države i crkava i verskih zajednica na realizaciji pojedinih državnih ciljeva. U izvesnom smislu, nije moguće ni zamisliti da nema saradnje između crkava i verskih zajednica i države, ako ni u čemu drugom, a onda upravo u cilju ostvarivanja slobode veroispovesti, odnosno omogućavanja crkvama i verskim zajednicama da regulišu sopstveno delovanje i slobodno upravljaju svojim poslovima. Ustav izričito predviđa pravo crkava i verskih zajednica da osnivaju izvesne ustanove, uključujući i javne službe, što, samo po sebi, podrazumeva javna ovlašćenja. Štaviše, u pojedinim odredbama Ustava sadržan je pravni osnov za eventualnu saradnju države i crkava i verskih zajednica. Tako, prema čl. 48 i 81 Ustava država, svojim merama, u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja, podstiče razumevanje, uvažavanje i saradnju, odnosno duh tolerancije i međukulturnog dijaloga među svim ljudima, bez obzira na njihov verski identitet. Teško je, bez saradnje sa crkvama i verskim zajednicama, zamisliti kako bi država u svim navedenim sferama društvenog života mogla da podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje verskog identiteta njenih građana koji istovremeno pripadaju tim crkvama i verskim zajednicama, ili kako bi, bez saradnje sa crkvama i verskim zajednicama, mogla da podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga. Kako država može da podstiče duh međukulturnog dijaloga ako sama nije spremna na dijalog? Takođe, kooperativni odnos između države i crkava i verskih zajednica je i evropski standard, a evropski principi i vrednosti, prema Ustavu čine osnove na kojima je zasnovana Srbija kao država.

Slično je u svojoj Odluci o ustavnosti ZCVZ rezonovao i Ustavni sud. Naime, Sud je polazeći od odredbe čl. 11 i čl. 44 st. 1 i 2 Ustava “konstatovao da navedene ustavne odredbe, same po sebi, ne znače sistem potpune separacije crkve od države, već da nema državne crkve i da nema identifikacije države sa posebnom religijom ili religijom uopšte, te da su crkve i verske zajednice slobodne da samostalno utvrđuju svoju unutrašnju organizaciju i verske poslove i da država ne sme da ometa donošenje i primenu autonomnih propisa i odluka”.

Štaviše, Sud je na osnovu rešenja sadržanih u pojedinim zakonima, kao što su Zakon o radiodifuziji i Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja kojima je predviđeno učešće predstavnika crkava i verskih zajednica u pojedinim telima čije je postojanje predviđeno tim zakonima, izveo zaključak da “u Republici Srbiji ne postoji sistem stroge odvojenosti crkve i države, odnosno da se ne može govoriti o apsolutnoj odvojenosti crkve od države, nego o sistemu kooperativne odvojenosti”. Stav Ustavnog suda prema kome u Republici Srbiji postoji sistem kooperativne odvojenosti države i crkava i verskih zajednica je od dalekosežnog značaja za poimanje niza zakonskih rešenja koja su sadržana u ZCVZ (domašaj autonomnog prava, prava sveštenika, delatnost crkava i verskih zajednica u javnoj sferi, itd.).

#### 4. Pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica

##### 4.1. Crkve i verske zajednice kao subjekti verske slobode

Ni Ustav Republike Srbije, ni Zakon o crkvama i verskim zajednicama ne određuju pojam crkve i verske zajednice. Ustav Republike Srbije sadrži posebne odredbe o crkvama i verskim zajednicama, *što ih svrstava u posebnu ustavnu kategoriju*.

ZCVZ u članu 4 određuje subjekte verske slobode, u smislu Zakona, kao tradicionalne crkve i verske zajednice, konfesionalne zajednice i druge verske organizacije. Dakle, zakonodavac je stao na stanovište da su crkve i verske zajednice, kao verske organizacije, subjekti verske slobode. Reč je o korporativnoj verskoj slobodi. Takav pristup je potpuno opravdan budući da sloboda veroispovesti nije isključivo individualno pravo. Naime, prema karakteru subjekata koji je uživaju i načinu uživanja, sloboda veroispovesti je individualno pravo, ali i pravo koje se uživa u zajednici sa drugima<sup>21</sup>, odnosno ta sloboda podrazumeva i institucionalnu versku slobodu koju ponekad teorija čak naziva korporativna sloboda<sup>22</sup>. Jednostavno rečeno — sloboda veroispovesti obuhvata dve stvari: slobodu javnog ispovedanja i vršenja vere, sa jedne strane i *slobodu verskog udruživanja*. Svi međunarodnopravni akti koji proklamuju slobodu veroispovesti predviđaju da se sloboda veroispovesti ispoljava pojedinačno, ili u zajednici sa drugima<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> V. Dimitrijević/M. Paunović, *Ljudska prava*, Beograd 1997, s. 176.

<sup>22</sup> S. Avramović, *Crkva i država u savremenom pravu* u: S. Avramović, *Prilozi nastanku državno-crkvenog prava u Srbiji*, Beograd 2007, s. 98.

<sup>23</sup> Evropski sud za ljudska prava stoji na stanovištu da se član 9 Konvencije koji garantuje slobodu veroispovesti

ZCVZ subjekte verske slobode klasifikuje u tri različite kategorije: 1. tradicionalne crkve i verske zajednice u koje ubraja SPC, Rimokatoličku crkvu, Slovačku evangeličku crkvu a. v. Reformatsku hrišćansku crkvu, Evangeličku hrišćansku crkvu a. v. Islamsku versku zajednicu i Jevrejsku versku zajednicu, 2. konfesionalne zajednice i 3. druge verske organizacije. Zbog toga se u postupku normative kontrole ZCVZ pred Ustavnim sudom postavilo pitanje da li se izloženom zakonskom podelom povređuje načelo ravnopravnosti crkava i verskih zajednica pred Ustavom, niti sloboda svakog vernika da ispoljava svoju veru ili ubeđenje veroispovedanja”, pa time ni sloboda veroispovesti onih vernika koji su sledbenici ne-tradicionalnih crkava i verskih zajednica. “Označavanje da su subjekti verske slobode crkve ili verske zajednice koje su kvalifikovane kao tradicionalne iz određenih istorijskih razloga, odnosno konfesionalne zajednice i sve ostale verske organizacije, samo po sebi”, po shvatanju Ustavnog suda, “nije u suprotnosti sa opštom zabranom diskriminacije, odnosno načelom ravnopravnog tretmana svih crkava i verskih zajednica ili slobodom veroispovesti”. Sud je izveo zaključak da “puko terminološko razlikovanje crkava i verskih zajednica ... može da bude tolerisano i sa ustavnopravnog stanovišta”. Posebno treba istaći zaključak Ustavnog suda prema kome se članom 44 Ustava “*jemči ravnopravnost crkava i verskih zajednica, a ne njihova jednakost*”. Prilikom zauzimanja ovakvog stava, zasnovanog na principu “različito, ali ravnopravno”, Ustavni sud se izričito pozvao na dokumente OEBS-a i Venecijanske komisije<sup>24</sup>. Na taj način, Ustavni sud je ravnopravnost crkava i verskih zajednica poimao u skladu i sa uporednim standardima u ovoj oblasti, jer ravnopravnost crkava i verskih zajednica nije tumačio kao безусловnu jednakost i identičnost, niti je prihvatio da je takvo tumačenje moguće.

---

mora tumačiti i u kontekstu člana 11 Konvencije koji garantuje slobodu udruživanja i štiti udruženja od neopravdanog mešanja države jer verske zajednice tradicionalno postoje u vidu organizovanih struktura. U toj perspektivi, prema shvatanju Suda, pravo vernika na slobodu veroispovesti koje obuhvata i pravo na ispoljavanje vere u zajednici sa drugima, obuhvata i očekivanje da će im biti dopušteno da se udružuju slobodno, bez proizvoljnog mešanja države — Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova, br. 45701/99, st. 118.

<sup>24</sup> “Zakonodavstvo koje priznaje istorijske razlike u ulogama koje su različite religije igrale u istoriji određene države jeste dozvoljeno, sve dok se te razlike ne upotrebljavaju kao opravdanje za diskriminaciju” — *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, OSCE & European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2004, s. 10.

Imajući u vidu da Ustavni sud ravnopravnost crkava i verskih zajednica nije tumačio kao njihovu jednakost, postavlja se pitanje da li je u pravnom poretku Republike Srbije prisutno i dozvoljeno ikakvo razlikovanje između crkava i verskih zajednica, naročito u njihovom pravnom položaju i delatnosti. Međutim, pre nego što se razmotre ta pitanja, valja sagledati kako se stiče i kakav je pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica.

#### 4.2. *Sticanje i karakter pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica*

Ustav ne sadrži odredbe o pravnom subjektivitetu crkava i verskih zajednica, niti o karakteru tog subjektiviteta. ZCVZ jasno propisuje čl. 9 st. 1 da crkve i verske zajednice koje su registrovane imaju svojstvo pravnog lica. Postupak sticanja svojstva pravnog lica kroz upis u odgovarajući registar, po svojoj pravnoj prirodi, posebni je upravni postupak koji vodi ministarstvo nadležno za poslove vera.

Budući da je Zakon predvideo da se pravni subjektivitet crkava i verskih zajednica stiče registracijom i da se vodi poseban registar crkava i verskih zajednica, u primeni Zakona, ali i u postupku pred Ustavnim sudom, postavilo se pitanje da li su crkve i verske zajednice po svom ustavnom položaju, pravnoj prirodi i karakteru, jednake udruženjima.

Ustavni sud je, ocenjujući ustavnost Zakona, stao na stanovište da “ustavni položaj, pravna priroda i karakter verskih zajednica u najširem smislu nisu jednaki udruženju...”. Sud je smatrao da “registar crkava i verskih zajednica, po svojoj prirodi, predstavlja javnu evidenciju o osnovanim verskim organizacijama” i da se “može prihvatiti da i u demokratskom društvu država ima legitimno pravo da uspostavi i vodi javnu evidenciju o verskim organizacijama koje su na njenoj teritoriji osnovane i deluju”. “Propisivanje mogućnosti da se ‘versko udruženje’, koje jeste udruživanje građana, ali nije udruženje građana, upiše u javnu evidenciju koju država ustanovljava, ne utiče na suštinu zajemčene slobode veroispovesti...”, stav je Ustavnog suda Srbije. Dakle, Sud je u svojoj Odluci smatrao da su crkve i verske zajednice oblik udruživanja, *ali da po svojoj pravnoj prirodi nisu udruženja građana*. Slobodno se može istaći da je na taj način Ustavni sud, ako već nije potvrdio poseban karakter pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica, nedvosmisleno porekao mogućnost njihovog izjednačavanja sa “običnim” udruženjima građana. Jasno je i da je verski karakter udruživanja ljudi upravo ona razlika koja je presudna i koja iziskuje poseban registar i poseban postupak upisa. Sa druge strane, čl. 2 st. 2 Zakona o

udruženjima građana Republike Srbije predviđeno je da se odredbe tog Zakona shodno primenjuju na crkve i verske zajednice u pitanjima koja nisu regulisana ZCVZ<sup>25</sup>.

ZCVZ je propustio da bliže odredi karakter pravnog subjektiviteta koji crkve i verske zajednice uživaju. Pojedini autori, imajući u vidu zakonska rešenja, stoje na stanovištu da su crkve i verske zajednice pravna lica *sui generis* koja na osnovu svoje autonomije, osim prava na samoodređenje, samostalno uređivanje i sprovođenje svog poretka i organizacije, imaju i pravo da budu nosioci i generatori pravnog subjektiviteta, odnosno da svojim organizacionim jedinicama i ustanovama daju i ukidaju svojstvo pravnog lica<sup>26</sup>. Čl. 9 st. 2 ZCVZ predviđeno je da organizacione jedinice i ustanove crkava i verskih zajednica mogu da steknu svojstvo pravnog lica u skladu sa autonomnim propisima crkve, odnosno verske zajednice, dok je stavom 3 propisano da crkve i verske zajednice mogu svojim aktima menjati i ukidati svoje organizacione jedinice, organe i ustanove koje imaju svojstvo pravnog lica i zahtevati njihovo brisanje iz Registra. Štaviše, ukoliko se ima u vidu da je čl. 44 st. 2 Ustava, između ostalog, propisano da su crkve i verske zajednice slobodne da osnivaju i upravljaju i socijalnim i dobrotvornim ustanovama koje imaju svojstvo javne službe, moglo bi se stati na stanovište da one, budući da *ex constitutione*, bez zakonskog odobrenja, mogu da stvaraju javne službe, imaju i javna ovlašćenja, ili izvesne elemente javno-pravnog statusa, iako pravni poredak Republike Srbije ne poznaje takvu kategorizaciju pravnih subjekata<sup>27</sup>.

#### 4.3. Postupak registracije i razlike u postupku registracije

Budući da se zakonodavac opredelio za sistem registrovanja crkava i verskih zajednica u centralni registar, trebalo je odrediti da li su sve crkve i verske zajednice u obavezi da se registruju, odnosno da li sve crkve i verske zajednice na identičan način stiču svojstvo pravnog lica. Imajući u vidu da su određene crkve i verske zajednice svojstvo pravnog lica imale i pre stupanja na snagu ZCVZ, pred zakonodavca se postavilo pitanje da li je potrebno učiniti izvesno razlikovanje u pogledu osnova sticanja svojstva pravnog lica.

<sup>25</sup> Sl. gl. RS 51/2009.

<sup>26</sup> M. Radulović, *Obnova srpskog državno-crkvenog prava*, Beograd 2009, s. 118.

<sup>27</sup> Pojedini autori stoje na stanovištu da crkve i verske zajednice, zajedno sa sindikatima, udruženjima poslodavaca, političkim strankama, zadužbinama i fondacijama, čine pravna lica javnog prava — videti M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2007, s. 26.

ZCVZ u čl. 18 st. 1 propisuje da se za upis u Registar crkava i verskih zajednica podnosi prijava koja sadrži naziv crkve ili verske zajednice, adresu sedišta crkve ili verske zajednice i ime, prezime i svojstvo lica ovlašćenog da predstavlja i zastupa crkvu ili versku zajednicu. Prema stavu 2. verske organizacije, osim tradicionalnih, za upis u Registar podnose ministarstvu zahtev koji sadrži 1) odluku o osnivanju verske organizacije sa imenima, prezimenima, brojevima identifikacionih dokumenata i potpisima osnivača od najmanje 0,001 % punoletnih državljana Republike Srbije koji imaju prebivalište u Republici Srbiji prema poslednjem zvaničnom popisu stanovništva ili stranih državljana sa stalnim boravkom na teritoriji Republike Srbije, 2) statut ili drugi dokument verske organizacije koji, između ostalog, sadrži opis organizacione strukture, način upravljanja i prava i obaveze članova, 3) prikaz osnova verskog učenja, verskih obreda, verskih ciljeva i osnovnih aktivnosti verske organizacije, kao i 4) podatke o stalnim izvorima prihoda verske organizacije. Na osnovu izloženih odredbi ZCVZ, jasno je da se u postupku registracije pravi razlika između tradicionalnih crkava i verskih zajednica, sa jedne, i ostalih crkava, verskih zajednica i verskih organizacija, sa druge strane. ZCVZ u čl. 10 određuje da su tradicionalne crkve i verske zajednice sve one koje u Srbiji imaju viševjekovni istorijski kontinuitet i čiji je pravni subjektivitet stečen na osnovu posebnih zakona, izričito ih navodeći. Tim crkvama i verskim zajednicama zakonodavac je čl. 11-15 priznao kontinuitet sa pravnim subjektivitetom stečenim na osnovu posebnih zakona, uglavnom onima koji su doneseni za vreme Kraljevine Jugoslavije.

Imajući u vidu da je tradicionalnim crkvama i verskim pravnim subjektivitet priznat samim zakonom, zbog čega one u postupku registracije podnose samo prijavu sa osnovnim podacima, u primeni ZCVZ, ali i postupku ocene njegove ustavnosti, postavilo se pitanje da li takve razlike dovode do povrede načela jednakosti i povrede prava na jednaku zakonsku zaštitu, odnosno da li čine diskriminaciju. Razume se da su inicijatori postupka ocene ustavnosti stajali na stanovištu da takvo razlikovanje predstavlja diskriminaciju, dok je, sa druge strane, Zakonodavni odbor Narodne skupštine Republike Srbije u svom odgovoru koji je prosleđen Ustavnom sudu, smatrao da se izloženim odredbama Zakona uređuje postupak registracije *svih* verskih organizacija, kako onih kojima Zakon određuje status tradicionalnih, tako i ostalih verskih organizacija. Odbor je smatrao da je razlikovanje u upravnom postupku registracije između tradicionalnih crkava i verskih zajednica i verskih organizacija koje se tek obrazuju, razlikovanje između različitih pravnih situacija koje nisu uporedive.

Ustavni sud je u svojoj Odluci delimično prihvatio stavove Narodne skupštine Republike Srbije, odnosno njenog Zakonodavnog odbora. Naime, Sud je "konstatovao da se tradicionalne crkve i verske zajednice, sa jedne strane, i sve ostale verske organizacije, sa druge strane, ne nalaze u formalno analognim situacijama kada pokušavaju da se registruju". Do takvog zaključka Sud je došao na osnovu stava da "razlika prilikom registracije tradicionalnih crkava i verskih zajednica, sa jedne strane, i svih ostalih verskih organizacija, sa druge strane, prema osporenim odredbama člana 18 Zakona, postoji u pogledu pružanja dokaza u postupku registracije...". Brižljivo analizirajući razlike u postupku registracije, kako između subjekata verske slobode i udruženja građana, tako i između samih verskih organizacija, Ustavni sud je najpre zaključio da "crkva i verska zajednica koja se *ex lege* upisuje u Registar, odnosno verska organizacija koja na ovaj način stiče pravni subjektivitet, dostavljanjem dokaza koje je Zakon propisao u članu 18 stav 2 Zakona, zapravo podnose iste dokaze koje podnosi i udruženje u svakoj drugoj oblasti udruživanja, a zarad toga da dokaže kakva je organizacija, odnosno da jeste verska organizacija a ne neka druga organizacija....", a zatim je, upravo polazeći od ključnog elementa postupka registracije, a reč je o dokazivanju da je jedno udruživanje ljudi po svojoj prirodi versko, stao na stanovište da nejednak tretman tradicionalnih i netradicionalnih crkava i verskih zajednica ne dovodi, prilikom registracije, do nepovoljnije pozicije crkava i verskih zajednica koje nisu tradicionalne. Sud je smatrao da se "i u odnosu na te crkve i verske zajednice postavljaju isti uslovi koje moraju ispuniti i tradicionalne crkve i verske zajednice", a da je "razlika ... samo što su tradicionalne crkve i verske zajednice taj uslov ispunile u prošlosti, zbog čega im je posebnim zakonima i bio priznat pravni status".

Dakle, Sud je stao na stanovište da razlikovanje između tradicionalnih crkava i verskih zajednica, sa jedne, i ostalih crkava i verskih zajednica, odnosno verskih organizacija, sa druge strane, nije diskriminatorno. Sud u svojoj Odluci jasno "konstatuje da zabrana diskriminacije ne znači da je svako pravno razlikovanje među pojedincima i kolektivitetima nedozvoljeno", te da su "određene razlike među pojedincima i grupama ljudi legitimne, a ponekad i nužne...". Međutim, ukoliko je kriterijum razlikovanja legitiman, jer se odnosi na podnošenje dokaza da je reč o verskoj, a ne o nekoj drugoj organizaciji, što je inače uslov koji su prema tumačenju ZCVZ koje je dao Ustavni sud tradicionalne crkve i verske zajednice ispunile u prošlosti, utoliko nije jasno zašto Ustavni sud nije stao na stanovište da su taj uslov u prošlosti ispunile i konfesionalne zajednice, odnosno zašto u odluci nije izveo nikakav za-

ključak u pogledu legitimnosti razlikovanja između tradicionalnih crkava i verskih zajednica i konfesionalnih zajednica. Naime, u izloženoj zakonskoj odredbi čl. 18 primetno je izostavljanje konfesionalnih verskih zajednica, koje Zakon u čl. 16 određuje kao sve one crkve i verske organizacije čiji je pravni status bio regulisan prijavom u skladu sa Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica iz 1953. i Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica iz 1977.

U objašnjenju zakonskih rešenja u pogledu konfesionalnih zajednica, u domaćoj teoriji istaknut je stav da konfesionalnim zajednicama zakonom nije mogao da bude vraćen status istorijsko-pravnih entiteta, zapravo javnih zajednica, pošto takav status nisu ni imale<sup>28</sup>. Problem međutim nije status konfesionalnih zajednica, već to što bi usko jezičko tumačenje izložene odredbe čl. 18 st. 2 Zakona moglo da vodi čudnom zaključku da konfesionalne verske zajednice u Srbiji, da bi se upisale u registar i stekle svojstvo pravnog lica, treba ponovo da donesu odluku o osnivanju koja bi mogla da ima posledice po pravni kontinuitet njihovog postojanja, uprkos tome što je njihov pravni status bio regulisan zakonima koji su važili za vreme socijalističkog perioda. Čini se, ipak, da to nije pravi smisao zakonskih rešenja. Naime, ZCVZ u čl. 16 zaista koristi prošlo vreme kada propisuje da su konfesionalne zajednice crkve i verske organizacije čiji je pravni status *bio* regulisan određenim zakonima, ali se na osnovu te odredbe ne može tumačiti da se takvim organizacijama oduzima svojstvo pravnog lica, već samo da su prestali da važe propisi u skladu sa kojima je njihov status bio regulisan. Otuda je jasno da se takođe ne može smatrati, ali ni dopustiti, da takve zajednice, ako zaista postoje, pravno izumru, ostajući bez institucionalne mogućnosti da svoj pravni subjektivitet održe *a fortiori* jer ZCVZ u čl. 4 jasno propisuje da su konfesionalne zajednice, uz tradicionalne i druge verske organizacije, subjekti verske slobode. No, pre nego što se zaključi kakvo bi pravno rešenje tog problema moglo da bude, nameće se pitanje zašto je zakonodavac uopšte napravio razlikovanje u postupku registracije između tradicionalnih crkava i verskih zajednica, sa jedne, i konfesionalnih zajednica, sa druge strane, kada i jedne i druge imaju istorijsko utemeljenje i u čemu može da se sastoji eventualna legitimnost takvog razlikovanja kada takvo razlikovanje, po shvatanju Ustavnog suda, ne čini diskriminaciju.

Odgovor na izložena pitanja donekle se može pronaći u odgovoru koji je Zakonodavni odbor Narodne skupštine uputio Ustavnom sudu. Naime, Zakonodavni odbor je stao na stanovište da organi Republike Srbije,

<sup>28</sup> M. Radulović (bel. 26), s. 128.

naročito nakon 13 godina od stavljanja van snage Zakona iz 1977, nisu imali, a nisu ni mogli da imaju, jasnu sliku o broju i osnovnim podacima u vezi sa crkvama i verskim zajednicama koje su bile prijavljene prema zakonima iz 1953. i 1977. jer ti zakoni nisu predviđali centralni registar prijavljenih verskih zajednica, a pojedine od njih su bile prijavljene u drugim republikama bivše Jugoslavije. Otuda je razumno i opravdano, smatrao je Zakonodavni odbor, da država, ukoliko usvoji postojanja centralnog registra crkava i verskih zajednica, za takve verske organizacije propiše obavezu (pre)registracije i podnošenja dodatnih dokumenata na osnovu kojih bi se nesumnjivo ustanovio kontinuitet njihovog delovanja i minimalni broj vernika koje okupljaju, pa time i njihov pravni subjektivitet.

Dakle, Zakonodavni odbor Narodne skupštine RS je u postupku ocene ustavnosti ZCVZ stao na stanovište da konfesionalne zajednice treba da se *preregistruju*. Ovo takođe može da vodi zaključku da ZCVZ ne treba tumačiti na način da se njime oduzima pravni subjektivitet takvim subjektima verske slobode, što upućuje na rešenje pitanja njihove registracije koja ne bi podrazumevala sticanje novog subjektiviteta, već održavanje postojećeg.

## 5. Pravni položaj crkava i verskih zajednica

### 5.1. Autonomija crkava i verskih zajednica

ZCVZ uređuje autonomiju crkava i verskih zajednica. Čl. 6 ZCVZ propisano je da su crkve i verske zajednice nezavisne od države i jednake pred zakonom, da su slobodne i autonomne u određivanju svog verskog identiteta, da imaju pravo da samostalno uređuju i sprovode svoj poredak i organizaciju i da samostalno obavljaju svoje unutrašnje i javne poslove. U sklopu regulisanja autonomije crkava i verskih zajednica, posebno je uređeno pitanje primene njihovih autonomnih propisa. Država, prema ZCVZ, ne može da ometa primenu autonomnih propisa crkava i verskih zajednica, ali treba da pruža odgovarajuću pomoć za izvršenje pravosnažnih odluka i presuda koje izdaju nadležni organi crkava i verskih zajednica, na njihov zahtev, a u skladu sa zakonom. Dok je u pogledu zabrane ometanja primene autonomnih propisa sasvim jasno da se zaista odnosi na autonomni domen crkava i verskih zajednica, dotle odredba o državnoj pomoći u izvršenju odluka i presuda verskih organizacija zavređuje posebnu pažnju jer upućuje na prožimanje državnog i autonomnog prava. Upravo zbog toga, to rešenje bilo je osporeno u postupku pred Ustavnim sudom sa argumentacijom da odluke crkvenih organa “ne proizvode dejstvo u sistemu državnih organa, i da je Ustavom pred-

viđeno koji akti predstavljaju izvore prava u Republici Srbiji, a da presude crkvenih sudova, niti druge odluke crkvenih tela, svakako ne spadaju u te akte”. Nakon odluke Suda još uvek ima stavova prema kojima osnovno pitanje koje se pokazuje kao problematično u odnosu na ovu osporenu zakonsku odredbu, jeste upravo to da li je takva saradnja državnih i crkvenih organa prihvatljiva sa stanovišta ustavnog načela o svetovnosti države, koje jasno propisuje da su crkve i verske zajednice odvojene od države<sup>29</sup>.

Ustavni sud nije prihvatio stavove podnosilaca inicijativa da izložena odredba čl. 7 st. 2 ZCVZ kojom je predviđena državna pomoć za izvršavanje pravosnažnih odluka i presuda crkava i verskih zajednica nije u skladu sa Ustavom. Sud je stao na stanovište da “sistem kooperativne odvojenosti crkve od države ... ne može da doseže dotle da odluke crkvenih organa imaju karakter izvršnih isprava, odnosno izvršnih naslova i da se mogu izvršavati na način na koji se u izvršnom, krivičnom ili upravnom postupku izvršavaju odluke sudova, odnosno drugih nadležnih organa državne uprave, odnosno imalaca javnih ovlašćenja, budući da bi tada morao postojati neki poseban postupak uređen posebnim zakonom, koji bi mogla pokrenuti crkva ili verska zajednica i kojim bi bila uređena procedura priznavanja i izvršavanja odluka nadležnih organa autonomnog crkvenog prava, a takav poseban postupak u pozitivnom pravu Srbije ne postoji”. Međutim, Sud je, polazeći od stava da “ne postoji potpuna separacija između crkve i države”, ipak ocenio da je “pod određenim uslovima, u okviru ustavnih granica, i pomoć države u izvršenju ‘crkvenih’ odluka moguća, ali naravno, ne na uštrb i ne na račun dovođenja eventualno u pitanje ostvarivanja Ustavom zajemčenih prava...”. Izražavajući shvatanje prema kome je pružanje pomoći u izvršavanju odluka i presuda crkava i verskih zajednica “izuzetak po samom Zakonu”, Sud je našao da državni organ “u svakom konkretnom slučaju ceni da li će pružiti odgovarajuću pomoć”, što “znači da ima slobodno polje procene da li će se tu umešati, ili ne, strogo poštujući načelo ravnopravnosti verskih zajednica, ne ponašajući se diskriminatorски, budući da bi bilo kakav izuzetak u ovom pogledu bio ustavnopravno neprihvatljiv”.

Izloženo rezonovanje i tumačenje Ustavnog suda zavređuje poseban komentar. Naime, Sud je u svojoj odluci, upućujući na slobodno polje procene državnog organa, propustio da utvrdi na koji način bi se u vršenju slobodne procene onemogućilo da se državni organ, u pružanju odgovarajuće pomoći, ponaša selektivno i narušava ravnopravnost crkava i verskih zajednica,

<sup>29</sup> M. Draškić (bel. 3), s. 39.

ukoliko već i sam Sud ističe da ne postoji poseban, zakonom uređeni postupak priznavanja i izvršavanja njihovih odluka, kao i na koji način obezbediti jednoobrazno postupanje različitih državnih organa. Svakako da je tačna konstatacija da je jedno od obeležja Zakona o crkvama i verskim zajednicama mešanje domena državnog i autonomnog. Međutim, moglo bi se rezonovati da takvo mešanje nije izraz pukog voluntarizma zakonodavca, već, bar što se tiče autonomnog i državnog prava, donekle ima i svoje ustavno uporište. Naime, čl. 142 st. 2 Ustava predviđa da sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, ali prema čl. 195 st. 1 Ustava, u podzakonske opšte akte spadaju i opšti akti udruženja građana. Budući da po shvatanju Suda, crkve i verske zajednice jesu oblik udruživanja, ali ne i udruženja građana, postavlja se pitanje da li se izložena odredba prema kojoj sudovi sude i na osnovu podzakonskih opštih akata udruženja, može odnositi i na opšte akte crkava i verskih zajednica.

Obaveza pružanja pomoći u izvršavanju odluka nadležnih organa crkava i verskih zajednica, predviđena ZCVZ, nije bezuslovna, ali na osnovu Zakona, a ni Odluke Ustavnog suda, nije nedvosmisleno jasno u čemu se sastoji uslov za pružanje takve pomoći. Međutim, pažljivije čitanje odgovarajuće odredbe može da vodi zaključku da ona izričito propisuje jedan uslov za takvu pomoć — uslov je sadržan je u određenju prema kome se pomoć pruža za izvršenje *pravosnažnih* odluka i presuda nadležnih organa crkava i verskih zajednica. Na koji način bi odluke i presude koje izdaju nadležni organi crkava i verskih zajednica mogle u pravnom poretku da steknu svojstvo pravosnažnosti relevantno za državne organe?

ZCVZ ne daje odgovor na to pitanje, ali bi se sistemskim tumačenjem, na osnovu celokupnog pravnog poretka, moglo odgonetnuti na koji način bi crkvene odluke i presude mogle da steknu svojstvo pravosnažnosti. Zakonom o udruženjima čije se odredbe shodno primenjuju na crkve i verske zajednice u pitanjima koja nisu uređena ZCVZ, predviđeno je da svaki član udruženja može pokrenuti postupak pred nadležnim osnovnim sudom za utvrđivanje ništavosti opšteg akta udruženja koji je donet suprotno statutu ili drugom opštem aktu udruženja, odnosno za utvrđivanje ništavosti pojedinačnog akta udruženja koji je donet suprotno zakonu, statutu ili drugom opštem aktu udruženja, u roku od petnaest dana od dana saznanja za akt, a najkasnije u roku od šest meseci od dana donošenja akta. Postavlja se pitanje da li bi, u svetlu izložene odredbe čl. 20 st. 1 Zakona o udruženjima, svaki pripadnik crkve ili verske zajednice mogao da pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje ništavosti opšteg i pojedinačnog akta crkve ili verske zajednice, što

prema članu 20 st. 2 Zakona o udruženjima ne bi diralo u prava stečena od strane trećih saveznih lica. Razume se da, ukoliko bi odgovor bio pozitivan, takva mogućnost ne bi bila neograničena, već da bi se odnosila samo na slučajeve koji nisu isključivo obuhvaćeni autonomijom crkava i verskih zajednica, odnosno da bi se odnosila na slučajeve kada akti crkava i verskih zajednica prevazilaze isključivi domen autonomnog i zalaze u pitanja koja su od šireg društvenog i državnog značaja i kada mogu da imaju pravnih posledica i u društvenim odnosima izvan autonomnog domena.

## 5.2. Prava i položaj sveštenika i verskih službenika

ZCVZ upućuje na primenu autonomnog prava u regulisanju položaja i prava sveštenika, odnosno verskih službenika propisujući da sveštenike, odnosno verske službenike biraju i postavljaju crkve i verske zajednice, u skladu sa svojim autonomnim propisima (čl. 8 st. 1) i da se vršenje svešteničke, odnosno verske službe reguliše autonomnim propisima (st. 2). Osim izloženih odredbi, ZCVZ predviđa i da su sveštenici, odnosno verski službenici slobodni i nezavisni u obavljanju bogoslužbene delatnosti koja se vrši u skladu sa zakonom i autonomnim pravom (čl. 8 st. 3). Izuzev pojedinih rešenja koja su u pravnom poretku bila zajamčena i pre stupanja na snagu ZCVZ, kao što je zabrana pozivanja sveštenika da svedoči o činjenicama i okolnostima koje je saznao prilikom ispovesti (čl. 8 st. 7), ZCVZ propisuje određena prava koja se ostvaruju u javnoj sferi, prilikom javnog delovanja crkava i verskih zajednica, i/ili iziskuju saradnju države i crkava i verskih zajednica u njihovoj realizaciji. Zbog takvog karaktera i sadržine, ona su bila predmet ocene u postupku koji se o ustavnosti ZCVZ vodio pred Ustavnim sudom.

Reč je najpre o zakonskoj odredbi prema kojoj sveštenici, odnosno verski službenici ne mogu da budu pozvani na odgovornost za svoje postupanje pri obavljanju bogoslužbene delatnosti koja se vrši u skladu sa zakonom i autonomnim pravom. Ona je osporavana sa argumentacijom da uspostavlja imunitet sveštenika za "postupanje", kao bilo koju radnju — verbalnu ili fizičku koju sveštenik preduzme za vreme bogoslužjenja, a što sveštenike čini privilegovanim u odnosu na sva ostala lica. Ustavni sud međutim nije imao takvo shvatanje. Naime, Sud je, "budući da sveštenici, odnosno verski službenici nesporno nisu nosioci javnih funkcija, a slobodni su i nezavisni u obavljanju bogoslužbene delatnosti kada je vrše u skladu sa zakonom i autonomnim pravom crkve ili verske zajednice i tad ne mogu biti pozvani na odgovornost pred državnim organima za svoje postupanje" ocenio da "se ... osporenim odredbom čl. 8 st. 4 Zakona ne stvara imunitet

sveštenika' (od sankcije)" i da "inicijator pogrešno tumači odredbu čl. 8 st. 4 Zakona i daje joj smisao koji ona nema".

U grupu zakonskih rešenja koja su u delu stručne i političke javnosti smatrana spornim, spada i norma ZCVZ kojom je predviđeno da zaštitu službene uniforme i njenih delova, kao i zaštitu obeležja čina i dostojanstva sveštenih lica, u skladu sa zakonom i autonomnim pravom, vrši država. Ustavni sud je u svojoj odluci odbacio inicijative za ocenu ustavnosti izložene odredbe. Sud je najpre istakao "da način slobode ispoljavanja vere predstavlja i mogućnost nošenja službene uniforme sveštenih lica, što podrazumeva da su ta lica slobodna da nose odoru i obeležja svoje vere na službi i van nje", a zatim je rezonovao da "na osnovu toga proizlazi obaveza države da u slučaju da je to neophodno u demokratskom društvu, radi zaštite života i zdravlja ljudi, morala demokratskog društva, sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom, javne bezbednosti i javnog reda ili radi sprečavanja izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje, štiti nošenje službene uniforme i njenih delova, kao obeležja čina i dostojanstva sveštenih lica odnosno verskih službenika".

Sa stanovišta ustavnog načela o odvojenosti države i crkve, najdiskutabilnijim rešenjem u vezi sa položajem sveštenika i verskih službenika smatrana je odredba čl. 29 st. 2 koja predviđa da se radi unapređivanja verske slobode, u saglasnosti sa crkvama i verskim zajednicama, sredstva za zdravstveno, penzijsko i invalidsko osiguranje sveštenika, odnosno verskih službenika mogu obezbediti u budžetu Republike. Osnovni argumenti koji su isticali u osporavanju ustavnosti takvog zakonskog rešenja su da uloga države nije da finansira verske slobode, da finansiranje o kojem je reč posebno znači diskriminaciju ateista jer stavlja u neravnopravan položaj građane koji imaju pravo da ne budu vernici i da bi država, da bi obezbedila stvarnu ravnopravnost i zabranu diskriminacije, morala da finansira i organizaciju koja bi bila za promovisanje tih prava. Ustavni sud međutim, ne stoji na istovetnom stanovištu. Sud je naime, nakon opsežne analize zakonskih rešenja o zdravstvenom, penzijskom i invalidskom osiguranju, ocenio da "mogućnost propisana u čl. 29 st. 2 Zakona o crkvama i verskim zajednicama da se sredstva za zdravstveno i penzijsko i invalidsko osiguranje sveštenika, odnosno verskih službenika mogu obezbediti u budžetu Republike Srbije, nije izuzetak u odnosu na pravni sistem i nije izuzetna samo u odnosu na ovu kategoriju lica" i zaključio da "osporena odredba čl. 29 st. 2 Zakona nije takve prirode da dovodi u poseban položaj samo jednu kategoriju lica, odnosno sveštenike i verske službenike, niti je ovo garantovano pravo, već

je to mogućnost data u skladu sa odgovarajućim zakonima". Pažljivijom analizom izloženog stava Ustavnog suda, može se uočiti da Sud ne stoji na stanovištu da je zakonska odredba o zdravstvenom, penzijskom i invalidskom osiguranju sveštenika njihovo pravo, već jedna zakonska mogućnost<sup>30</sup>.

### 5.3. Delatnosti crkava i verskih zajednica

ZCVZ reguliše bogoslužbenu, obrazovnu i kulturnu delatnost crkava i verskih zajednica. Posebno treba sagledati rešenja o delatnosti crkava i verskih zajednica u javnoj sferi i zbog toga će pažnja biti usmerena na pitanja bogoslužbene i obrazovne delatnosti.

#### 5.3.1. Bogoslužbena delatnost

Iako možda deluje čudno što zakon reguliše materiju kao što je bogoslužbena delatnost, koja nesumnjivo spada u autonomni domen crkava i verskih zajednica, ipak je reč o regulisanju pojedinih pitanja u vezi sa tom delatnošću u kojima se prelama širi kontekst odnosa između države i crkava i verskih zajednica i ostvarivanje slobode veroispovesti u javnoj sferi. Zakon u čl. 31 st. 2 propisuje da crkve i verske zajednice obavljaju bogoslužbenu delatnost u hramovima, drugim zgradama i prostorijama u njihovom vlasništvu, kao i u iznajmljenom prostoru. Bogoslužbena delatnost se međutim može, u skladu sa zakonom, obavljati i na javnim mestima, odnosno otvorenim prostorima, kao i na mestima vezanim za značajne istorijske događaje ili ličnosti (čl. 31 st. 2). ZCVZ predviđa da se, na zahtev nadležnog organa, bogoslužbena delatnost i verski obredi mogu vršiti i u bolnicama, vojnim i policijskim objektima, zavodima za izvršenje krivičnih sankcija i drugim institucijama i objektima, a u školama i ustanovama socijalne i dečje zaštite samo u prigodnim prilikama (st. 3). Nadležni organi navedenih institucija dužni su, prema zakonu, da, u skladu sa mogućnostima, obezbede vršenje bogoslužbenja i verskih obreda na zahtev članova tih institucija, ili na zahtev korisnika njihovih usluga, a crkve i verske zajednice, u dogovoru sa nadležnim organom, određuju način i uslove pod kojima će udovoljiti tim zahtevima.

Osnovno pitanje koje se nameće u vezi sa izloženim odredbama ZCVZ je da li se njima narušava svetovni karakter javnog prostora i javnih institucija i službi. Budući da je ustavnost ZCVZ osporavana i u vezi sa

<sup>30</sup> U praksi je takv mogućnost ostvarena donošenjem Uredbe o uplati doprinosa za penzijsko i invalidsko i zdravstveno osiguranje za sveštenike i verske službenike — *Sl. gl. RS* 46/2012. Uredbom je predviđeno da se uplata doprinosa vrši za sveštenike i verske službenike svih registrovanih crkava i verskih zajednica.

izloženim odredbama valja ukazati na shvatanje Ustavnog suda. Sud je u svojoj Odluci najpre ocenio da se “načelo iz čl. 11 Ustava (svetovnost države — prim.V. Đ.), svakako, odnosi i na prostor koji koriste različite državne institucije, kao što su bolnice, vojni i policijski objekti, zatvori, škole, te ustanove socijalne i zdravstvene zaštite”, ali je, uzimajući u obzir odnos između unutrašnjeg aspekta slobode misli, savesti i veroispovesti (*forum internum*-a) i njene spoljašnje dimenzije (*forum externum*-a) smatrao da se “korišćenjem prostora državnih institucija, odnosno javnih mesta i otvorenih prostora za odvijanje verskih obreda, ne narušava svetovni karakter tog prostora, a svakom verniku omogućava ... da slobodno i nesputano izrazi svoje verovanje i da bi sloboda ispovedanja vere ili uverenja na takvim mestima mogla biti ograničena samo zakonom koji bi bio u skladu sa uslovima ograničenja uživanja tog prava”.

Ukoliko bi se produbljenije sagledala ova materija, utoliko se može zaključiti da vršenje bogoslužnja i verskih obreda u državnim institucijama u sebi zapravo sadrži dva posebna, ali međusobno uslovljena i prožeta pitanja — pitanje pristupa sveštenika takvim institucijama u cilju vršenja bogoslužnja i verskih obreda, sa jedne, i prava zaposlenih i lica koja su u tim institucijama smeštena, odnosno koja su korisnici njihovih usluga, da im se obezbede verski obredi, sa druge strane. U pogledu pristupa sveštenika državnim institucijama u cilju vršenja bogoslužnja, treba istaći da, prema relevantnim smernicama, takva mogućnost uvek nameće brigu da li je predviđena na neutralan način svim verskim grupama<sup>31</sup>. Ukoliko se taj standard provere primeni na izložene odredbe ZCVZ, utoliko može da se dođe do zaključka da je pristup sveštenika i verskih službenika državnim institucijama predviđen na neutralan način svim verskim grupama, iz čega sledi da mogućnost takvog pristupa ne narušava svetovni karakter države, jer svetovnost znači neutralan odnos države spram različitih veroispovesti. Budući da bogoslužnje i verski obredi u državnim institucijama nisu obavezni, jasno je da njihovo vršenje ne narušava načelo odvojenosti crkava i verskih zajednica od države.

Da eventualno vršenje bogoslužnja i obreda u državnim institucijama ne narušava načelo odvojenosti crkava i verskih zajednica od države, jasnije je i nakon analize zakonskih odredbi o pravu zaposlenih i lica koja su u tim institucijama smeštena, odnosno koja su korisnici njihovih usluga. U mnogim državama postoji

takva mogućnost, ali pravila kojima se to pitanje uređuje zavisi od prirode tih institucija<sup>32</sup>. Dužnost udovoljavanja zahtevu za bogoslužnjem i verskim obredima “članova” institucija i korisnika njihovih usluga koju ZCVZ predviđa, ne narušava odvojenost crkava i verskih zajednica od države, jer je smisao te dužnosti državnih organa da se udovolji religioznim potrebama individua, a ne crkava i verskih zajednica i zbog toga što se prema Zakonu sprovodi u skladu sa mogućnostima. Ukoliko se sprovodi prema mogućnostima i ukoliko predstavlja zadovoljavanje verskih potreba individua, utoliko je jasno da ne predstavlja svakodnevnu aktivnost i da ne utiče na sadržinu delatnosti tih institucija koja ostaje verski neutralna, iz čega sledi i da ne narušava načelo odvojenosti.

### 5.3.2. Obrazovna delatnost

Obrazovna delatnost crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji odnosi se na: 1. osnivanje i rad verskih obrazovnih ustanova, 2. osnivanje i rad obrazovnih ustanova čiji su osnivači crkve i verske zajednice i versku nastavu u državnim i privatnim obrazovnim ustanovama.

ZCVZ najviše odredbi koje regulišu obrazovnu delatnost crkava i verskih zajednica posvećuje verskim obrazovnim ustanovama. Te ustanove crkve i verske zajednice mogu osnovati radi obrazovanja budućih sveštenika, odnosno verskih službenika, unapređenja duhovne i teološke kulture i drugih srodnih ciljeva. Crkve i verske zajednice mogu da pokrenu postupak verifikacije, odnosno akreditacije, radi uključivanja takvih ustanova u sistem obrazovanja. Verifikovane, odnosno akreditovane, verske obrazovne ustanove imaju pravo na finansiranje iz budžeta, srazmerno broju vernika, a njihova svedočanstva i diplome imaju isto pravno dejstvo, kao i odgovarajuća svedočanstva i diplome stečene u državnim obrazovnim ustanovama. Redovni učenici i studenti verskih obrazovnih ustanova imaju pravo na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, kao i na učenički i studentski standard, kao i učenici i studenti u državnim ustanovama.

Osim verskih obrazovnih ustanova, ZCVZ predviđa u čl. 35 da crkve i verske zajednice mogu da budu, u skladu sa zakonom, osnivači drugih vaspitnih i obrazovnih ustanova.

Posebno važna, ali i, sa stanovišta ustavnosti, diskutabilna odredba sadržana je u članu 40 kojim se jemči pravo na versku nastavu u državnim i privatnim osnovnim i srednjim školama, u skladu sa zakonom. Inače, budući da je verska nastava u javne škole u

<sup>31</sup> Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief OSCE & European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2004, s. 16.

<sup>32</sup> *Ibid.*, s. 21.

Srbiji uvedena i pre stupanja na snagu ZCVZ<sup>33</sup>, pitanje njene ustavnosti pokrenuto je i, od strane Ustavnog suda, rešeno<sup>34</sup> i pre nego što se Ustavni sud, u sklopu ocene ustavnosti ZCVZ izjasnio o ustavnosti člana 40. To pitanje je bilo predmet i zanimljive naučne rasprave<sup>35</sup>.

Autori koji su stajali na stanovištu da uvođenje verske nastave nailazi na nepremostive teškoće zbog ustavnog proklamovanja načela odvojenosti crkve od države, smatrali su da verske zajednice imaju pravo da obavljaju versku nastavu i organizuju verske škole, ali izvan javnopravne sfere kojoj pripadaju laička država i državne škole, i da je sekularna država dužna da formira javni poredak koji je vrednosno neutralan u odnosu na bilo koja duhovna uverenja svojih građana<sup>36</sup>. Štaviše, budući da je verska nastava organizovana samo za tradicionalne crkve i verske zajednice, iznošeno je shvatanje prema kome to nikako nije smelo da bude ograničeno na tradicionalne religije ili na religije i verska uverenja koja su institucionalizovana<sup>37</sup>.

Sa druge strane, u delu naučnih radova isticano je da odvojenost države od crkve, nigde u Evropi ne znači nepremostivi jaz i apsolutno nemešanje i da postojanje verske nastave u državnim školama ne narušava pravo na neizjašnjavanje o verskom uverenju<sup>38</sup>. Činjenicu da se verska nastava koju plaća država ne organizuje za pripadnike svih verskih zajednica, autori koji su veronauku u javnim školama smatrali ustavnom, obrazlagali su stavom da jednakost verskih zajednica ne znači i njihovu identičnost, već da podrazumeva adekvatno uživanje zakonom garantovanih prava, uz razlike koje proizilaze iz zdravog razuma i u granicama koje su određene zakonom, tako da je jednakost paradigma koja garantuje puno poštovanje verske slobode, a ne identičnost prava<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Uredbom o organizovanju i ostvarivanju verske nastave i nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi — *Sl. gl. RS 46/01*.

<sup>34</sup> IU -214/2002 — *Sl. gl. RS 119/2003*.

<sup>35</sup> M. Draškić, Pravo deteta na slobodu veroispovesti u školi, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1-4/2001*, ss. 511–523; S. Avramović, Pravo na versku nastavu u našem i uporednom evropskom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1-2005*, ss. 46–64; Marija Draškić, O veronauci u državnim školama, drugi put, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1-2006*, ss. 135–151; S. Avramović, Ustavnost verske nastave u državnim školama — *res iudicata*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2-2006*, ss.251–257.

<sup>36</sup> M. Draškić, Pravo deteta na slobodu veroispovesti u školi, (bel. 35), s. 520.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 515.

<sup>38</sup> S. Avramović, Pravo na versku nastavu u našem i uporednom evropskom pravu (bel. 35), ss. 48 i 51.

<sup>39</sup> *Ibid.*, s. 55, sa pozivom na G. Robbers, Religious Freedom in Germany, *Brigham Young University Law Review*, 25-2001, s. 666.

Ustavni sud je svojevremeno stao na stanovište da uvođenje verske nastave, uz alternativni predmet, nije nesaglasno sa načelom o odvojenosti države i crkve. Sud je istakao da se verska nastava izvodi kao jedan od fakultativnih, odnosno izbornih predmeta. U pogledu određivanja tradicionalnih crkava i verskih zajednica za koje država finansira izvođenje verske nastave, što je rešenje koje je sadržano i u sada važećim zakonskim aktima<sup>40</sup>, Sud je smatrao da nije diskriminatorno imajući u vidu da ono ne lišava “nijednu versku zajednicu prava na samostalno izvođenje verske nastave ukoliko žele da je samostalno finansiraju, ali, isto tako, ne nameću ni državni obavezu da finansira versku nastavu za sve verske zajednice. To nije u suprotnosti sa članom 27 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima prema kome manjine “... ne mogu biti lišene prava ...da ispovedaju svoju sopstvenu veroispovest i obavljaju verske dužnosti...”<sup>41</sup>. Zapravo, izloženim rezonovanjem, Ustavni sud je stao na stanovište da sve crkve i verske zajednice imaju ista prava, ali da u finansiranju ostvarivanja nekog prava za pojedine crkve i verske zajednice učestvuje država, što se ne smatra diskriminacijom. Drugim rečima, Sud je potvrdio da jednakost verskih zajednica ne znači i njihovu identičnost, već da podrazumeva adekvatno uživanje zakonom garantovanih prava, pri čemu manjine nisu lišene svojih verskih prava.

U predmetu ocene ustavnosti ZCVZ Ustavni sud je najpre “konstatovao da je ustavna obaveza države da stvori uslove za uživanje i ostvarivanje Ustavom garantovanih ljudskih i manjinskih prava i sloboda...”. U tom smislu, “budući da se osporenim odredbom Zakona “... omogućava, putem školskog obrazovanja i školskog sistema, ostvarivanje prava na pristup religijskom ili verskom obrazovanju, u skladu sa željom detetovih roditelja (staratelja) i dece” i “budući da merama u obrazovanju ... Republika Srbija podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje razlika koje postoje zbog posebnosti ... verskog identiteta njenih građana (čl. 48 Ustava)”, Ustavni sud je “ocenio da osporena odredba čl. 40 Zakona nije nesaglasna Ustavu”.

Imajući u vidu izloženo, jasno je da je domaće pravo usklađeno sa međunarodnim standardima budući da predviđa nediskriminirajuće izuzetke<sup>42</sup>, odnosno da predviđa alternativno opredeljenje između veronauke i

<sup>40</sup> Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja — *Sl. gl. RS 72/2009 i 52/2011*.

<sup>41</sup> IU -214/2002 — *Sl. gl. RS 119/2003*.

<sup>42</sup> Komitet za ljudska prava UN smatra da javno obrazovanje koje uključuje nastavu pojedine religije ili verovanja nije u skladu sa slobodom roditelja da deci obezbede versko i moralno obrazovanje, u skladu sa sopstvenim ubeđenjima, osim ukoliko odredba ne predviđa nediskriminirajuće izuzetke ili alternative — videti Opšti komentar br. 22 iz 1993.

drugog predmeta (građanskog vaspitanja)<sup>43</sup>, kao i da se takvim rešenjem ne narušava ni načelo odvojenosti države i crkava i verskih zajednica, niti se njime narušava sloboda roditelja da deci obezbede obrazovanje u skladu sa sopstvenim ubeđenjima.

## 6. Zaključak

Zakonsko uređivanje pravnog položaja i delovanja crkava i verskih zajednica koje je izvršeno ZCVZ označilo je početak izgradnje sistema državnog crkvenog prava u Republici Srbiji i novu fazu u odnosima između države i crkava i verskih zajednica. Iako usvojen pre stupanja na snagu Ustava iz 2006, ZCVZ je obnovio i vizionarski utro put daljem razvitku modela kooperativne odvojenosti države i crkava i verskih zajednica za koji se, u kasnije usvojenom Ustavu, mogu pronaći odgovarajuća uporišta. Zakon priznaje kontinuitet tradicionalnim crkvama i verskim zajednicama, uređuje upravni postupak registracije crkava i verskih zajednica i reguliše niz pitanja u vezi sa njihovom delatnošću koja su, do njegovog usvajanja, pod uticajem ideološkog jednumalja, bila na marginama društvenog života i izvan pravnog regulisanja. Na taj način, ZCVZ nesumnjivo stvara neophodne pravne pretpostavke za uživanje slobode veroispovesti i uređuje način njenog ostvarivanja.

ZCVZ se opredelio za model registracije crkava i verskih zajednica, ali je predvideo izvesne razlike u postupku registracije između tradicionalnih crkava i verskih zajednica, sa jedne, i ostalih crkava, verskih zajednica i verskih organizacija, sa druge strane. Upravo je ta karakteristika ZCVZ, zajedno sa rešenjima kojima se upućuje na prožimanje državnog i autonomnog prava, primenu autonomnog prava i pomoć države u njegovom izvršavanju, izazvala najviše kritika i ospo-

<sup>43</sup> Preporuka o nediskriminirajućim izuzecima je ispunjena, prema shvatanju Savetodavnog komiteta eksperata za slobodu veroispovesti OEBS, ukoliko su pojedini daci oslobođeni obaveze pohađanja takvog predmeta, ili ukoliko je predmet opcioni — videti Toledo Guiding Principles on Teaching About Religions and Beliefs in Public Schools, prepared by the Odihr Advisory Council of Experts on Freedom of Religion or Belief, OSCE — ODIHR, 2007, s. 69.

ravanja koje su rezultirale i pokretanjem postupka ocene ustavnosti tog akta i njegove usklađenosti sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustavni sud je odbio i odbacio predloge i inicijative za ocenu ustavnosti ZCVZ, potvrđujući da u Srbiji postoji ustavni odnos kooperativne odvojenosti između države i crkava i verskih zajednica i afirmišući ravnopravnost, ali ne i jednakost crkava i verskih zajednica, koja nije narušena nejednakim tretmanom crkava i verskih zajednica u postupku registracije, budući da se one, u tom postupku, ne nalaze u formalno analognim situacijama, jer je nejednak tretman posledica toga što su pojedine crkve i verske zajednice u prošlosti već ispunile osnovni zahtev postupka registracije koji je Sud video u potrebi da se dokaže da je jedno udruživanje ljudi po svojoj prirodi versko.

Međutim, iako je ZCVZ nesporno usklađen sa Ustavom, uporednim rešenjima i međunarodnim standardima slobode veroispovesti, izvesne nomotehničke nepreciznosti i pravne praznine tog akta, kao i nedorečenosti Odluke Ustavnog suda, iziskuju unapređivanje zakonskog regulisanja pravnog položaja crkava i verskih zajednica. Koji je pravni put uspostavljanja potpunog sistemskog kvaliteta zakonskog regulisanja položaja crkava i verskih zajednica? Ne dirajući u osnovna rešenja ZCVZ, treba izvršiti njegovo autentično tumačenje kojim bi se omogućio kontinuitet priznatog pravnog subjektiviteta ne samo tradicionalnih, već i konfesionalnih verskih zajednica. Za to bi bilo potrebno predvideti dostavljanje svih dokaza na osnovu kojih bi se takav kontinuitet ustanovio, a naročito prijava koje su te zajednice podnosile nadležnim organima prema odredbama ranije važećih zakona i izjava vernika o pripadnosti konfesionalnoj zajednici u broju koji je potreban za osnivanje nove verske organizacije. Takođe, autentičnim tumačenjem bi se moglo precizirati, ili urediti kriterijumi koje bi sudska i ustavnosudska praksa naknadno razvili, kada odluke i akti crkava i verskih zajednica mogu da imaju posledice po društvene odnose izvan autonomnog domena, što bi bilo od presudnog značaja za obezbeđivanje sistemskog kvaliteta u primeni autonomnog prava i pružanju odgovarajuće pomoći za njegovo izvršavanje.

## Sadržaj:

1. Uvod .....	56	3.3. Dokazni standard u postupku oduzimanja imovine i karakter postupka .....	60
2. Pravni osnov i motivi uvođenja instituta oduzimanja imovine .....	57	3.4. Pravna priroda oduzimanja imovine .....	62
3. Koncept i pravna priroda oduzimanja imovine		4. Ustavopravni aspekt oduzimanja imovine	
3.1. Oduzimanje imovine u pravu RS .....	59	4.1. Pravo na imovinu .....	63
3.2. Razlike između rešenja u novom i starom zakonu .....	60	4.2. Pravo na pravično suđenje .....	65
		4.3. Zabrana retroaktivne primene kazne .....	65
		5. Zaključna razmatranja .....	65

**1. Uvod**

Oduzimanje imovine koja je pribavljena konkretnim krivičnim delom od lica koje je za to isto krivično delo osuđeno nije sporno. Radi se o klasičnom pravnom načelu da se iz protivpravnog ponašanja ne može izvući korist (*ex injuria ius non oritur*), pa samim tim “niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom” (čl. 91 st. 1 Krivičnog zakonika — dalje u radu: KZ). Zbog toga se navedena korist oduzima sudskom odlukom kojom je utvrđeno krivično delo (čl. 91 st. 2 KZ). Iz navedenih zakonskih odredbi nesumnjivo proizlazi da se oduzima svaka, dakle, čak i manja imovinska korist, pa “i ona koja je neznatnog karaktera”<sup>1</sup>.

Predmet ovog rada je institut oduzimanja imovine iz važećeg (novog) Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela<sup>2</sup> (dalje u radu nZOI), kojim se omogućava da se licu koje učini određeno krivično delo (iz inventara najozbiljnijih krivičnih dela) oduzme imovina za koju se pretpostavlja da potiče iz kriminalnih aktivnosti. Stoga celokupna imovina počinioca krivičnog dela, osim one za koju počinioc dokaže da je stekao legalnim putem, može biti predmet oduzimanja. Dakle, teret dokazivanja se prebacuje na počinioca.

Zakonodavac koristi termin “oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela” čime se želela istaći razlika u odnosu na “institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom” (čl. 91 KZ). Razlikovanje nije naročito uspešno učinjeno, pre svega zbog poj-

movne sličnosti termina “imovina” — “imovinska korist”, odnosno izraza “proističe” — “pribavljena”. Iako “imovina“ predstavlja širi pojam od “imovinske koristi” u oba slučaja se navodi da ona potiče iz krivičnog dela. A upravo je tu ključna razlika, jer je imovina iz čl. 91 KZ koja se oduzima direktno vezana za krivično delo utvrđeno sudskom odlukom, dok se za imovinu koja se oduzima prema nZOI pretpostavlja da potiče iz krivičnog dela koje nije utvrđeno sudskom odlukom. Imajući u vidu navedeno, kao i radi lakšeg razlikovanja ovih instituta, terminološki je ispravnije koristiti oduzimanje imovine pribavljene “kriminalnom aktivnošću”, “kriminalnom delatnošću”, “kriminalom” ili govoriti o “proširenom oduzimanju imovine”<sup>3</sup>. Uporedno pravno se uvrežio termin “konfiskacija imovine”. Ovaj termin je u srpskom pravnom sistemu označavao meru potpuno drugačijeg karaktera. Tako je u čl. 28 tač. 6 Krivičnog zakonika iz 1947. godine<sup>4</sup> bila predviđena konfiskacija imovine kao jedna od kazni koja se može izreći učiniocu krivičnog dela. Odredbama člana 36 istog zakonika bilo propisano da se kazna konfiskacije sastoji u oduzimanju, bez naknade, u korist države celokupne imovine (potpuna konfiskacija) ili tačno određenog dela imovine (delimična konfiskacija) fizičkog ili pravnog lica i da, ako u zakonu nije izričito određeno kakva će se konfiskacija izreći, sud može, s obzirom na prirodu i društvenu opasnost dela i učinioca, izreći potpunu ili delimičnu konfiskaciju.

Iako će se u radu koristiti termin “oduzimanje imovine proistekle iz kriminalne aktivnosti”, bilo kakvo po-

\* Autor je MA i mlađi savjetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije. E-mail: [savomanojlovic@yahoo.com](mailto:savomanojlovic@yahoo.com).

<sup>1</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd 2005, s. 325.

<sup>2</sup> *Sl. gl. RS* 32/03.

<sup>3</sup> Slično O. Lajić, *Institut oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom*, Novi Sad 2011, ss. 276-278. Up. i T. Lukić, *Oduzimanje imovine kriminalcima*, Beograd 2009, ss. 32-33.

<sup>4</sup> *Sl. list FNRJ* 106/47.

minjanje oduzimanja imovine, osim ako drugačije nije naznačeno, podrazumevaće institut oduzimanja predviđen nZOI.

Ovaj institut predstavlja raskrnicu na kojoj se susreću izuzetno kontroverzna pitanja krivičnog materijalnog i procesnog prava. Međutim, fokus ovog rada je na ustavnopravnom aspektu ovog instituta — (in)kompatibilnosti sa Ustavom zajemčenim (osnovnim) pravima. S obzirom da su navedena osnovna prava iz Ustava sadržana i u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (u daljem radu: EKLJP ili Konvencija), kao i da navedeni institut egzistira i u drugim uporednim pravima, u radu se institut oduzimanja imovine razmatra kroz optiku uporednopravne teorije i prakse, stanovišta Evropskog suda za ljudska prava (u daljem radu: ESLJP) i stavova Ustavnog suda RS izraženih u Rešenju IUZ 117/09 od 30. juna 2011. godine (dalje u radu: Rešenje), u kome je cenjena saglasnost instituta oduzimanja imovine stečene krivičnim delom sa Ustavom RS i potvrđenim međunarodnim ugovorom.

Institut oduzimanja imovine stečene krivičnim delom se može raščlaniti, pa se određeni njegovi pojavni oblici, odnosno mere u cilju obezbeđivanja njegovog sprovođenja, mogu do izvesnog stepena autonomno, ali ne i potpuno separatno, ceniti sa ustavnopravnog aspekta. To su oduzimanje imovine naslednika i trećih lica; privremeno oduzimanje imovine; kao i prodaja privremeno oduzete imovine.

Pitanja od ustavnopravnog značaja obrađena u analizi su: 1) da li je oduzimanje imovine opravdano sa aspekta prava na mirno uživanje svojine; 2) kakav je postupak oduzimanja imovine u odnosu na pravo na pravično suđenje; i 3) da li kod oduzimanja imovine može doći do retroaktivne primene krivičnog zakona?

Ostala razmatranja u analizi su u meri potrebnoj za pružanje odgovara na ova tri pitanja. Otuda su pre prelaska na njih izloženi pravni osnov i motivi uvođenja ovog instituta u pravni sistem RS; upoređena zakonska rešenja važećeg i prethodnog zakona; izloženi stavovi o konceptu i pravnoj prirodi oduzimanja imovine.

## 2. Pravni osnov i motivi uvođenja instituta oduzimanja imovine

Za razumevanje navedenog instituta korisno je osvrnuti se na motive i — uslovno rečeno — “pravni osnov” instituta oduzimanja imovine koji se nalazi u međunarodnim ugovorima koji se bave ovim pitanjem. *Ratio* uvođenja ovog instituta u značajnoj meri utiče na poimanje pravne prirode instituta oduzimanja imovine (usp. pod 3.4).

Visoka profitabilnost organizovanog kriminala u globalnom društvu učinila je da kriminalne organizacije postaju jedni od centara finansijske moći<sup>5</sup>. U literaturi se otuda navodi da finansijska moć “najuspešnijih” kriminalnih organizacija često premašuje budžete pojedinih država<sup>6</sup>. Pravna država i organizovani kriminal se nalaze u permanentnom sukobu. Članovi mafijaške organizacije u toj borbi kada su u situaciji da brane svoje živote, slobodu i bogatstvo, spremni su da sve svoje ekonomske kapacitete ulože u opstanak svoje kriminalne aktivnosti ili ih investiraju u razvoj novih. Predstavnici organizovanog kriminala, kako navodi *Laudati*, ogromnim količinama novca ulaze u institucije sistema (kupuju medije, potplaćuju javne službenike, utiču na izborne procese...), “ugrožavajući sam opstanak demokratije”<sup>7</sup>. Kriminalne organizacije postaju paradržavne strukture koje mogu voditi prave ratove protiv državnih struktura. Nastanku instituta oduzimanja imovine je neretko prethodio otvoreni sukob države i kriminalnih organizacija u kome nije izostala ni egzekucija najeksponiranijih boraca protiv kriminala i najviših državnih funkcionera<sup>8</sup>. U Srbiji se npr. ubistvo premijera Zorana Đinđića navodi kao inicijalna kapisla za uvođenje novih mehanizama u borbi protiv organizovanog kriminala<sup>9</sup>. Zato bi se kao osnovni motiv uvođenja instituta oduzimanja imovine mogao smatrati njegov *preventivni karakter* kojim se kriminalne organizacije lišavaju sredstava koja će koristiti u daljem razvoju kriminalnih aktivnosti i borbi protiv države. Zasnovanost ovog stava potkrepljen je i time što je zakonskim odredbama (čl. 43 st. 3 nZOI) predviđeno oduzimanje imovine od trećih lica i pravnih sledbenika na koje je imovina prenetu “u cilju osujećenja oduzimanja”, čime je jasno ucrtan preventivni karakter ovog instituta.

<sup>5</sup> G. Ilić/M. Majić/B. Nikolić/Đ. Melilio, *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (sa pregledom relevantnih međunarodnih dokumenata, uporednopravnih rešenja i prakse Evropskog suda za ljudska prava)*, Beograd 2009, s. 5.

<sup>6</sup> Takođe se navodi da je prema istraživanju časopisa *Economy* krajem 2003. godine prihod italijanske mafije iznosio 85 milijardi evra, a imovina mafije 1000 milijardi evra. Reč je o sumi koja je predstavljala 7% ukupnog bruto društvenog proizvoda Italije. *Ibid.*, s. 5.

<sup>7</sup> A. Laudati, *Il sistema di contrasto alla ricchezza illecita leislazione europea*, Beograd 2009, s. 28.

<sup>8</sup> U Italiji je 1982. ubijen političar La Torea, a 1992. tužilac Borsellini i sudija Falcone. U obe navedene godine zakonodavstvo je reagovalo uvođenjem mehanizama koji su se ticali instituta oduzimanja imovine. U literaturi se navodi da je član 416 bis koji je donet 1982. poznat kao La Tore akt. (O. Lajić [bel. 3], s. 73). U Irskoj je institut oduzimanja uveden nakon ubistva policijskog istražitelja *Gerryja McCabela* i novinarku *Veronice Guerin*. (B. Vettori, *Tough on Criminal Wealth — Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Berlin 2006, s. 70).

<sup>9</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 7.

Restorativni karakter se u literaturi vrlo često ističe kao dominirajući<sup>10</sup> ili kao značajan, gotovo ravnopravan sa preventivnim karakterom<sup>11</sup>, a njegovo opravdanje se vrši ukazivanjem na “moralno-pravednu” komponentu da niko ne može izvući korist iz nepravog činjena. Iako veoma prisutna, restorativna komponenta nije bila odlučujući motiv za nastanak ovog instituta.

Retributivnost navedenog instituta<sup>12</sup>, o čemu će biti više reči kasnije (pod 3.4), takođe nije bila primaran motiv za nastanak ovog instituta, iako lica kojima se imovina oduzima sigurno osećaju oštricu ove mere, koja ih mnogo više zaseca nego određene novčane kazne. Nesumnjivo je da navedeni institut — zbog svog retributivnog karaktera — ima i snažno demotivirajuće dejstvo na kriminalne aktivnosti (čime ostvaruje preventivne efekte), jer se udara u temelje finansijske isplativosti. Tako se kriminalci više ne mogu rukovoditi principom da se zatvorska kazna za jedno od mnogobrojnih krivičnih dela isplati, ukoliko ih nakon izlaska iz zatvora čekaju milioni koje su stekli iz krivičnih dela koja nisu utvrđena sudskim odlukama. Zato se ukazuje da se oduzimanjem imovine kriminalcima udara u najbolniju tačku<sup>13</sup>.

Protivnici instituta oduzimanja imovine ukazivali su da navedeni propisi imaju prikriveni fiskalni karakter<sup>14</sup>, i da se često mogu zloupotrebljavati od strane političara, naročito ako se ima u vidu da državnih para nikad dosta<sup>15</sup>. Takođe, navodi se da se navedeni institut u praksi može izvitoperiti populističkim pristupom u dnevno-političke ili lično-promotivne svrhe<sup>16</sup>.

Osnovni razlog nastanka ovog instituta je — načelno gledano — prevencija u borbi protiv organizovanog kriminala, dok su sporedni efekti, zavisni od svakog sistema pojedinačno, retributivni i restorativni efekti. Dnevno politička zloupotreba instituta predstavlja potencijalnu opasnost u konkretnoj primeni, koja može obesmisлити ovaj institut i izložiti građane plaćanju visokih odštetnih zahteva<sup>17</sup>, ali takvoj vrsti zloupotrebe podležu i drugi tradicionalni, nesporni instituti (krivičnog) prava.

Od izuzetnog značaja za legitimizaciju oduzimanja imovine su ratifikovani međunarodni ugovori. Odredbe ovih ugovora se mogu podeliti na one kojima se predviđaju obaveze inkriminisanja pranja kriminalne dobiti, odnosno pretvaranja ili prenosa imovine proistekle iz kriminalne delatnosti, a u cilju skrivanja ili prikrivanja nezakonitog porekla. Takve su recimo sadržane u Krivičnompravnoj konvenciji o korupciji<sup>18</sup> i Konvenciji Ujedinjenih nacija o korupciji<sup>19</sup>. Drugu grupu bi predstavljale odredbe kojima se propisuju značenja određenih pojmova karakterističnih za institut oduzimanja imovine. Tu su najznačajnije one koje definišu najbitnije institute oduzimanja imovine. Tako, pojmovi “zamrzavanja” (“privremeno oduzimanje”) i “konfiskacije” (trajno oduzimanje) su predmet člana 2 tač. f Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala sa dopunskim protokolima<sup>20</sup> i člana 1 tač. g Konvencije Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma<sup>21</sup>. Prvom grupom se legitimizacija instituta oduzimanja vrši tezom da se njime ispunjavaju međunarodne obaveze. Kako je reč o šire postavljanim obavezama ova teza se svodi na vrednosno afirmativan doživljaj instituta oduzimanja kao efektivnog sredstva u ostvarivanju kriminalno-političkih ciljeva. Druga grupa predstavlja neku vrstu direktnog (konkretnijeg) pravnog osnova za uvođenje ovog instituta<sup>22</sup>. Tako je Ustavni sud ukazao da osporeni nZOI “predstavlja novinu u našem pravnom sistemu kojom Republika Srbija ujedno ispunjava i obaveze proistekle iz potvrđenih međunarodnih ugovora koji su, saglasno čl. 194 st. 4 Ustava, sastavni deo našeg pravnog poretka”<sup>23</sup>. Međutim, iako navedeni akti legitimiziraju, oni ne konstitucionaliziraju navedeni institut, imajući u vidu da su ustavne odredbe hijerarhijski superiorne u odnosu na međunarodne ugovore (čl. 167 st. 1 tač. 2 Ustava RS)<sup>24</sup>.

<sup>10</sup> M. Levi/L. Osofsky, *Investigating, seizing and confiscating the proceeds of crime*, London 1995, s. 12.

<sup>11</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), ss. 38-59 i dalje.

<sup>12</sup> Videti: Lajić (bel. 3), ss. 30-31.

<sup>13</sup> H. Nelsen, *Hit them where it hurts most? — The proceeds of crime approach in the Netherlands*, *Crime, Law & Social Change*, 41 (5), 2004. preuzeto iz: Lajić (bel. 3), s. 317.

<sup>14</sup> Nelsen (bel. 13), preuzeto iz: Lajić, (bel. 3), s. 31.

<sup>15</sup> W. Buggish, *Confiscation of profits and the fight against money laundering. Critical remarks on two financial-oriented crime fighting tools*, [http://www.cross-border-crime.net/freecopy/CCC\\_freecopy\\_2003b\\_ConfiscationOfProfits.pdf](http://www.cross-border-crime.net/freecopy/CCC_freecopy_2003b_ConfiscationOfProfits.pdf) (očitanje 15. 6. 2013).

<sup>16</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio, (bel. 5), s. 33.

<sup>17</sup> *Ibid.*, s. 33.

<sup>18</sup> *Sl. list SRJ* — Međ. ugovori 2/02 i *Službeni list SCG* — Međ. ugovori 18/05.

<sup>19</sup> *Sl. list SCG* — Međ. ugovori 12/05.

<sup>20</sup> *Sl. list SRJ* — Međ. ugovori 6/01.

<sup>21</sup> *Sl. gl. RS* — Međ. ugovori 20/09.

<sup>22</sup> Spisak i drugih međunarodnih ugovora koji se tiču instituta oduzimanja videti u: Rešenje Ustavnog sud RS, Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 14 i Lajić (bel. 3), ss. 59-68.

<sup>23</sup> Slično se ističe i da “hrvatski zakonodavac ima međunarodno uporište u uvođenju mogućnosti oduzimanja imovinske koristi”. E. Ivičević Karas, *Kaznenopravno oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 2/2007, s. 684.

<sup>24</sup> *Ibid.*, ss. 683-684.

### 3. Koncept i pravna priroda oduzimanja imovine

#### 3.1. Oduzimanje imovine u pravu RS

Oduzimanje imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti uvedeno je u pravni sistem RS Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz Krivičnog dela<sup>25</sup> iz 2008. (dalje u radu: sZOI), da bi trenutno pozitivno-pravno egzistiralo kroz zakon istog imena — nZOI iz 2013.

Uslov da bi se institut (trajnog) oduzimanja imovine (član 38 nZOI) primenio jeste postojanje pravnosnažne presude kojom je utvrđeno da je učinjeno krivično delo sa liste sadržane u čl. 2 nZOI. Pravna kontroverznost navedenog instituta se ogleda u tome što će, ukoliko javni tužilac na osnovu podataka prikupljenih u finansijskoj istrazi dokaže da je imovina vlasnika čija se oduzimanje imovine traži u nesrazmeri sa zakonitim prihodima vlasnika, a vlasnik ne dokaže njeno legalno sticanje, ta imovina biti oduzeta. Time se konstruiše pretpostavka da je imovina koja se oduzima stečena kriminalnim aktivnostima, iako za njen — najčešće veći deo — nije pravnosnažnom presudom utvrđeno iz kog kriminalnog dela potiče. Lista krivičnih dela (čl. 2 nZOI), za koje je potrebna pravnosnažna presuda data je *numerus clausus*. Na toj listi su dela organizovanog kriminala, krivična dela u vezi sa trgovinom drogom, dela kojima se nesumnjivo stiže znatna imovinska korist (prema čl. 2 nZOI od milion i petsto hiljada dinara), kao i druga dela kod kojih je “društvena opasnost nesumnjivo izražena”<sup>26</sup>. Nakon što se pravnosnažnom presudom utvrdi postojanje krivičnih dela sa liste, dolazi do proširenog oduzimanja. Primenjuje se pretpostavka da je i ostala imovina stečena kriminalnim aktivnostima, što je u stvari eufemizam za krivična dela koja nisu utvrđena sudskom odlukom. Samim tim može doći i do oduzimanja imovine stečene krivičnim delima van liste. Krivično delo sa liste je otuda kvalifikacioni uslov, nakon koga cela imovine potpada pod proveru gde se kao osnovni kriterijum uspostavlja

<sup>25</sup> *Sl. gl. RS 97/08.*

<sup>26</sup> Lajić (bel. 3), s. 274. To su krivična dela: 1) organizovanog kriminala; prikazivanje pornografskog materijala i iskorišćavanje dece za pornografiju (čl. 185. st. 2 i 3 KZ); 2) protiv privrede (član 223. st. 3, čl. 224 st. 2, čl. 225 st. 3, čl. 226 st. 2, čl. 229. st. 2. i 3, čl. 230. st. 2. i čl. 231. st. 2. KZ); 3) neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246. st. 1. i 2. KZ); 4) protiv javnog reda i mira (čl. 348. st. 3. i čl. 350. st. 2 i 3 KZ); 5) protiv službene dužnosti (čl. 359 st. 3, čl. 363 st. 3, čl. 364 st. 3, čl. 366 st. 5, član 367 st. 1 do 3, 5 i 6 i član 368 st. 1 do 3 i 5 KZ); 6) protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 372 st. 1, čl. 377, čl. 378 st. 3, čl. 379 stav 3, čl. 388 do 390 i čl. 393 KZ).

zakonitost stečene imovine. Teret dokazivanja — što je tačka koja otvara pitanje pretpostavke nevinosti — se zatim prebacuje na vlasnika imovine koji ukoliko želi da zadrži imovinu ne može nastupati iz pasivno-defanzivne pozicije, već sam mora dokazivati zakonitost sopstvene imovine. To ne znači da je sav teret dokazivanja prebačen na njega, jer tužilaštvo u svome zahtevu (čl. 38 st. 2 tač. 5 nZOI) i na glavnom ročištu (čl. 43 st. 2 nZOI) navodi, odnosno iznosi dokaze o razlici između imovine koju je vlasnik posedovao i zakonitih prihoda. Navedeni dokazi — što je ključno za razumevanje instituta — moraju ukazivati na *očiglednu nesrazmeru* između imovine i zakonitih prihoda. “Zakonodavac je korišćenjem termina ‘očigledno’ isključio mogućnost da svaka nesrazmera sa zakonitim prihodima proizvodi pretpostavku kriminalnog porekla imovine, već se mora raditi o visokom stepenu nesrazmere, tj. o takvoj nesrazmeri koja upadljivo ili višestruko prevazilazi zakonite prihode”<sup>27</sup>. Imovina se oduzima okrivljenima, pravnim sledbenicima, kao i trećim lica koja su imovinu stekla bez naknade, odnosno uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj imovini, s tim što se od trećih lica oduzima ako je na njih preneti *u cilju osujećenja oduzimanja* (čl. 43 st. 3).

Od značaja je i institut privremenog oduzimanja imovine, kada se imovina “zamrzava”. S obzirom da do privremenog oduzimanja dolazi “kada postoji opasnost da bi kasnije (trajno, S. M.) oduzimanje imovine (...) bilo otežano ili onemogućeno” (čl. 23 st. 1), reč je o meri koja služi kao sredstvo obezbeđenja. Radi očuvanja vrednosti privremeno oduzete imovine Direkcija za upravljenje imovinom (u daljem radu: Direkcija) može radi očuvanja privremeno oduzete imovine prodati *pokretnu* imovinu (čl. 55 st. 1). Vlasniku privremeno oduzete imovine za koju je utvrđeno da ne potiče iz krivičnog dela (kriminalnih aktivnosti) vraćaju se novčana sredstva dobijena prodajom imovine, uvećana za prosečnu kamatu (čl. 60 st 1).

U slučaju kada Direkcija nije upravljala privremeno oduzetom imovinom kao dobar domaćin, vlasnik kome su vraćena — u nZOI (čl. 61 st. 1) se navodi samo (*sic!*) — *novčana* sredstva, može u roku od 30 dana podneti Direkciji zahtev za naknadu štete prouzrokovane privremenim oduzimanjem, a u slučaju neusvajanja zahteva, tužbu sudu za naknadu štete. Takođe, zakonskim odredbama nije predviđena nadoknada pokretnih stvari koja su — u slučaju da nisu mogla biti prodana — poklonjena u humanitarne svrhe ili uništena (čl. 58 st. 1 nZOI). Jedino ustavnopravno prihvatljivo tumačenje navedenih odredbi u praksi je da se za slu-

<sup>27</sup> N. Vazić, *Deileme u praktičnoj primeni Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, Beograd 2/2011, s. 38.

čajeve neadekvatnog upravljanja privremeno oduzetom imovinom koja se vraća (a nisu novčana sredstva) i u slučaju poklanjanja u humanitarne svrhe ili uništavanja privremeno oduzete imovine za koju se utvrdi da ne potiče iz kriminalnih aktivnosti, primeni redovan obligacionopravni put naknada štete.

### 3.2. Razlike između rešenja u novom i starom zakonu

U pojmovnom i konceptualnom smislu instituta oduzimanja imovine, novi zakon nije doneo značajnije promene. Mnoge odredbe sadrže identične formulacije. Razlike, međutim, postoje i one nisu zanemarljive. Ključna promena ogleda se u tome što saglasno čl. 38 st. 1 nZOI javni tužilac zahtev za trajno oduzimanje imovine podnosi u roku od tri meseca od dana dostavljanja pravnosnažne presude kojom je utvrđeno da je učinjeno krivično delo sa liste (čl. 2). Prema prethodnom rešenju (čl. 28 sZOI), zahtev se podnosio nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, a najkasnije u roku od godinu dana po pravosnažnom okončanju krivičnog postupka, ali je i tada donošenje odluke o trajnom oduzimanju takođe bilo vezano za donošenje pravnosnažne presude (čl. 29 st. 2 sZOI). U praksi RS, tužilaštvo uopšte nije podnosilo zahtev za trajno oduzimanje imovine pre pravosnažnog okončanja krivičnog postupka rukovodeći se praktičnim razlozima<sup>28</sup>. Stoga je usvojena promena bila ozakonjenje postojeće prakse. Ovom promenom se odbijaju eventualni prigovori da je sud “motivisan” da utvrdi postojanje krivičnog dela imajući u vidu da je sudbina zahteva za oduzimanje imovine vezana za njegovu odluku o krivičnom delu. Skraćivanje roka — u odnosu na pravosnažno okončanje krivičnog postupka — sa godinu dana na tri meseca je u funkciji ojačavanja standarda pravne sigurnosti, ali imajući u vidu svrhu instituta oduzimanja imovine, ni rok od godinu dana ne bi se mogao smatrati nerazumno dugim.

Kritički osvrt zaslužuje promena ranijeg rešenja da direktor Direkcije ne može biti član političke stranke (čl. 11 st. 4 sZOI), već — prema novom rešenju (čl. 11 st. 4) — član *organa* političke stranke. Iako olako proklamovanje političke nezavisnosti i inkompatibilnosti određenih javnih funkcija sa stranačkom pripadnošću u (post)tranzicionim sistemima vrlo retko nosi iskren otklon od strančarenja, već ga najčešće samo prikriva, ovo svedeno vraćanje stranačkog uticaja ukazuje na ružan manir odavno prisutan u legislativnoj praksi, gde se zakonska rešenja i određeni standardi, koji su u pojedinim zemljama stvar političke ili ustavne konvencije, menjaju i prilagođavaju trenutnoj političkoj potrebi.

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 280.

### 3.3. Dokazni standard u postupku oduzimanja imovine i pravni karakter postupka

Institut oduzimanje imovine koja proističe iz kriminalnih aktivnosti potiče iz — kako se često navodi — pragmatičnog anglosaksonskog prava<sup>29</sup>. Od kraja prošlog veka, on pravno egzistira i u zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Uporednopravno gledano, oduzimanje imovine se sprovodi u sudskom parničnom i krivičnom postupku, dok postoji i oduzimanje u nesudskom — upravnom (administrativnom) postupku. Najčešće se navodi da je parnični postupak *ad rem* uperen protiv stvari i može biti sproveden paralelno ili nezavisno od krivičnog postupka. Takođe se ističe da oduzimanje imovine stečene kriminalom u krivičnom postupku karakteriše *in personam* pristup<sup>30</sup>. No klasični *ad rem* postupak je samo jedan vid građansko pravnog oduzimanja imovine koji je u svom tradicionalnom, “čistom” vidu usmeren direktno prema stvarima i primenjuje se kada je, primera radi, vlasnik nepoznat ili nedostupan državnim organima<sup>31</sup>. Postoji i građanskopravni, *in personam*, postupak koji je usmeren prema vlasniku imovine, ali se dokazivanje vrši u skladu sa građanskopravnim standardima<sup>32</sup>. Oduzimanje imovine u RS je usmereno ka stvari, iako se sprovodi pred krivičnim sudom. Ono se sprovodi nakon odlučivanja o krivičnom delu i nije vezano direktno za učiniooca krivičnog dela, već se vezuje za imovinu.

Administrativno oduzimanje imovine vrše organi uprave. Tako se u SAD, npr., prisvaja imovina u slučaju da lice kod koga je pronađen novac ili neka vredna imovina negira vlasništvo. Time se razrešava pat pozicija u slučaju da vlasnik ne može da dokaže zakonski osnov sticanja imovine, koja je najčešće stečena upravo kriminalnom aktivnošću, a državni organi nemaju dovoljno dokaza za krivično gonjenje. Sličan je model “oporezivanja kriminalne dobiti”<sup>33</sup> koji karakteriše Severnu Irsku. Takvim oporezivanjem se suštinski oduzima veći deo imovine, ponekad i celokupna, koja nije bila predmet redovnog poreskog postupka, a koja najčešće potiče upravo iz kriminalnih aktivnosti<sup>34</sup>. Ovakvi vidovi oduzimanja primenljivi su

<sup>29</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 8.

<sup>30</sup> *Ibid.*, s. 8 i Lajić (bel. 3, Rešenje Ustavnog suda RS), ss. 258 i dalje..

<sup>31</sup> Lajić (bel. 3), s. 258.

<sup>32</sup> *Ibid.*, ss. 260-262.

<sup>33</sup> P. Alldridge, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford 2003, s. 247.

<sup>34</sup> R. E. Bell, Proving the Criminal Origin of Property in Money-Laundering Prosecutions, *Journal of Money Laundering Control*, Bradford 4/2000, s. 24.

u sistemima gde su ustanovljeni izuzetno efikasni poreski sistemi i vidljivi tokovi novca, što nije karakteristika (post)tranzicionih država poput Srbije. Oni, kao što se može primetiti, nisu direktno vezani za krivična dela koja se utvrđuju sudskim odlukama.

Osnovna karakteristika sistema oduzimanja imovine stečene krivičnim delom, bilo da se sprovodi u građanskom postupku ili, čak, i u slučaju da se sprovodi u krivičnom postupku, jeste snižavanje dokaznog standarda koji je bliži građanskom pravu, nego standardima koji postoje u krivičnom pravu i koji su brana kršenju pretpostavke nevinosti. Tako je u Ujedinjenom Kraljevstvu standard dokaza na nivou građanskopravnog standarda ravnoteže verovatnoće<sup>35</sup>. Slično se i u Holandiji, prema standardu dovoljnih dokaza, dokazuje da je umešanost u kriminalne akte, koji nisu predmet krivičnog gonjenja, dovela do uvećanja imovine<sup>36</sup>. U SAD se zahteva pretežnost dokaza<sup>37</sup>, što je najniži standard dokazivanja, umesto najvišeg krivičnog standarda van razumne sumnje. Inače standard pretežnosti dokaza podrazumeva da je veća verovatnoća da je tvrdnja istinita, nego lažna, te je postojanje činjenice verovatnije od njenog nepostojanja<sup>38</sup>, dok se kod standarda van razumne sumnje stepen sigurnosti maltene graniči sa izvešnošću. Tako je Vrhovni sud SAD izneo stav da standardi krivičnog postupka podrazumevaju da se optuženi uvek oslobodi ako se elementi krivičnog dela nisu dokazali sa najvišim standardom koji pravo poznaje<sup>39</sup>. Određeni autori su, želeći da procentualno prikažu dokazne standarde, ukazivali da pretežnost dokaza podrazumeva uverenost veću od 51 %, dok standard van razumne sumnje iznad 90 %<sup>40</sup>. Bajovićeva navodi da bi anglosaksonski standard “van razumne sumnje” trebalo primeniti i u pravu RS, koje poznaje standard “jasnog i uverljivog dokaza”<sup>41</sup>.

Problem dokazivanja u postupku oduzimanja imovine jeste što odbrana po pravilu nije dužna da nešto do-

<sup>35</sup> Vettori (bel. 8), s. 104.

<sup>36</sup> *Ibid.*, s. 104.

<sup>37</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 22.

<sup>38</sup> Više o dokaznim standardima: M. Graham, Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases, *Criminal Law Bulletin* 1/2009, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1348135](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348135) (očitanje 10. 07. 2013), ss. 1-33 i V. Bajović, *Teret dokazivanja u krivičnom postupku* — rad je prihvaćen za objavljivanje u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, priredio Đ. Ignjatović, Beograd 2013.

<sup>39</sup> In re Winship, 397 U.S. 358 (1970) preuzeto iz: Bajović (bel. 38).

<sup>40</sup> Iznad ova dva standarda nalazi se i standard jasnog i uverljivog dokaza (*clear and convincing evidence*) koji zahteva uverenost između 70 % i 90 %. Videti: V. C. Ball, The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof, *Vanderbilt Law Review*, Nashville 14/1961, ss. 807-830, J. Kaplan, Decision Theory and the factfinding Process, *Stanford Law Review*, Stanford 20/1968, ss. 1065-1080.

<sup>41</sup> Bajović (bel. 38).

kazuje. I u parničnom postupku onaj koji tuži dužan je da to i dokaže. Na tuženom nije teret dokazivanja, “ali pasivnim držanjem rizikuje gubitak spora (...), dok je aktivno držanje i dokazivanje činjenica u njegovom interesu”<sup>42</sup>. U postupku oduzimanja se nesumnjivo remeti klasična simetrija dokaznog standarda koju poznaje krivično pravo. Naime, zakonom je dozvoljeno konstruisanje pretpostavke: ako se utvrdi postojanje krivičnog dela otvara se mogućnost primene instituta oduzimanja imovine. Reč je dakle o mogućnosti, a ne *ex officio* postupanju. Inicijativa tužilaštva ne prebacuje automatski teret dokazivanja na vlasnika imovine čije se oduzimanje traži, već tužilaštvo u svom zahtevu ukazuje na razliku između imovine i zakonitih prihoda. Takođe, iznošenje dokaza podrazumeva dokaze “o okolnostima koje ukazuju na postojanje očigledne neraszmere između imovine i zakonitih prihoda” (čl 43 nZOI), što nesumnjivo ukazuje da je reč o visokom stepenu sumnje u legalnost stečenog dobra. Stoga, u pravu RS ostaje sporno oduzimanje imovine koja je proistekla iz krivičnog dela, a to delo nije sudskom odlukom registrovano. Time se otvara pitanje kršenja pretpostavke nevinosti, ali se taj prigovor otklanja uvođenjem *in rem* pristupa — postupak je usmeren prema stvari. Niko ne odgovara za “krivično delo” koje nije utvrđeno odlukom suda, a svaki vlasnik može u postupku osporavati navode tužilaštva, kako se ispravno ukazuje, dokazivanjem zakonskog sticanja imovine. Princip *in dubio pro reo* koji je ovde najsporniji se u kontinentalnom pravu vezuje samo za činjenice od kojih zavisi odluka o krivici<sup>43</sup>, a pitanje krivice nije predmet postupka oduzimanja imovine.

Iako je institut oduzimanja imovine u funkciji ostvarivanja kriminalno-političkih ciljeva, usmerenost postupka oduzimanja imovine ka stvari (*in rem*) legitimiše

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> M. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss\\_papers&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Fcustom%3Fclient%3Dpub-3794288947762788%26forid%3D1%26channel%3D5480255188%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26safe%3Dactive%26cof%3DGALT%253A%2523008000%253BGL%253A1%253BDIV%253A%2523336699%253BVLC%253A663399%253BAH%253Acenter%253BBGC%253AFFFFFF%253BLBGC%253A336699%253BALC%253A0000FF%253BLC%253A0000FF%253BT%253A000000%253BGFNT%253A0000FF%253BGIMP%253A0000FF%253BFORID%253A1%26hl%3Den%26q%3DEvidentiary%2BBarriers%2Bto%2BConviction%2BAnd%2BTwo%2BModels%2Bof%2BCriminal%2BProcedure%253A%2BA%2BComparative%2BStudy#search=%22Evidentiary%20Barriers%20Conviction%20Two%20Models%20Criminal%20Procedure%3A%20Comparative%20Study%22](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2581&context=fss_papers&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Fcustom%3Fclient%3Dpub-3794288947762788%26forid%3D1%26channel%3D5480255188%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26safe%3Dactive%26cof%3DGALT%253A%2523008000%253BGL%253A1%253BDIV%253A%2523336699%253BVLC%253A663399%253BAH%253Acenter%253BBGC%253AFFFFFF%253BLBGC%253A336699%253BALC%253A0000FF%253BLC%253A0000FF%253BT%253A000000%253BGFNT%253A0000FF%253BGIMP%253A0000FF%253BFORID%253A1%26hl%3Den%26q%3DEvidentiary%2BBarriers%2Bto%2BConviction%2BAnd%2BTwo%2BModels%2Bof%2BCriminal%2BProcedure%253A%2BA%2BComparative%2BStudy#search=%22Evidentiary%20Barriers%20Conviction%20Two%20Models%20Criminal%20Procedure%3A%20Comparative%20Study%22) (očitanje 15. 06. 2013), ss. 541-542.

redukovanje dokaznog standarda koji karakteriše krivičnopравни postupak, zbog čega ceo institut ima hibridnu prirodu.

### 3.4. Pravna priroda oduzimanja imovine

Ključno pitanje pravne prirode instituta oduzimanja imovine koja proističe iz kriminalnih aktivnosti jeste da li je reč o kazni (krivičnoj sankciji), pravnoj posledici krivičnog dela ili meri<sup>44</sup>? Pojedini autori ovaj institut smatraju (opravdanom) *dopunskom kaznom*, koja nije vid sankcije poput novčane i zatvorske kazne, pa je stoga bliža meri<sup>45</sup>. Drugi je ocenjuju kao čistu dopunsku kaznu<sup>46</sup>. Navodi se da ovaj ovaj institut ima kazneni karakter u Francuskoj gde ga sud može primeniti kao glavnu ili sporednu kaznu, a može biti i zamenjen kaznom zatvora,<sup>47</sup> dok je u drugim sistemima pre *posledica krivičnog dela* ili *mera*, ali isti autor, takođe, primećuje da ovaj institut ipak ima i izvesne “kaznene efekte”.

Od značaja za navedeno pitanje je Presuda ESLJP u predmetu *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>48</sup> (dalje u radu: UK) u kome je Sud uspostavio kriterijume za ustanovljavanje da li oduzimanje imovine ima kazneni karakter. To su: 1) da li je mera izrečena nakon utvrđivanja krivice za određeno krivično delo; kakva je priroda i svrha navedene mere; kakva je kvalifikacija navedene mere prema domaćem pravu; kakav je postupak u kome je mera izrečena; i kakva je težina mere. U navedenom slučaju, ESLJP je ocenio da je navedena mera imala karakter kazne, ne sporeći da je pored represivnih, navedeni institut imao i preventivni karakter. U navedenom sporu postojala je mogućnost da sud, u slučaju neplaćanja, oduzimanje imovine zameni zatvorskom kaznom. Donošenje odluke o oduzimanju imovine u navedenom slučaju analogno je postupku određivanja kazne, naročito imajući u vidu strogost naloga plaćanja novčane kazne i mogućnost supstitucije kaznom zatvora. U brojnim drugim slučajevima ESLJP je zauzimao stanovište da je reč o *merama* preventivnog

<sup>44</sup> Tako Lajić (bel. 3), s. 80.

<sup>45</sup> R. Bowles/M. Faure/N. Garoupa, Economic analysis of the removal of illegal gains, *International Review of Law and Economics* 20/2000, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=4636> (očitanje 15. 06. 2013), s. 534.

<sup>46</sup> Alldridge (bel. 33), s. 110.

<sup>47</sup> M. Kilching, Tracing, Seizing and Confiscating, Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct), *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 4/2001, s. 270.

<sup>48</sup> Presuda (App. no 17440/90) od 09. 02. 1995. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22%3A%22Welch%22%2C%22languageisocode%22%3A%22ENG%22%2C%22respondent%22%3A%22GBR%22%2C%22documentcollectionid2%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57927%22%7D> (očitanje 10. 09. 2013).

karaktera i da se ne mogu porediti sa krivičnom sankcijom<sup>49</sup>.

U srpskoj pravnoj literaturi preovlađuje mišljenje da navedeni institut ima pre svega preventivni karakter, kao i da se njime oduzima imovinska korist stečena kriminalnom aktivnošću, što je približava meri oduzimanja imovine stečene krivičnom delom (KZ) i ukazuje i na *restorativnu* prirodu ove *sui generis* mere<sup>50</sup>. Navedeno stanovište je prihvatio i Ustavni sud RS. Tako Ustavni sud navodi da ako bi “trajno oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela bilo izjednačeno sa krivičnom sankcijom, onda bi se kao i svaka krivična sankcija svelo na lišavanje ili ograničavanje slobode ili prava lica prema kojem se primenjuje, ili upozorenje da do toga može da dođe u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog dela”. Time je Sud *in text* preuzeo stavove teorije<sup>51</sup>. Ustavni sud je takođe ukazao na preventivni i restorativni karakter navedenog instituta u srpskom pravu i istakao paralelu, “sličnost koja postoji sa institutom oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom” (čl. 91 st. 1 KZ). Takođe, istaknuto je da sud u krivičnom postupku, saglasno čl. 94 st. 2 KZ, nakon što utvrdi da je određeno lice učinilo krivično delo, mora da odluči o kazni (izričući je okrivljenom, ili ga eventualno oslobađajući), dok donošenje odluke o krivici ne uslovljava nužno i odlučivanje o oduzimanju imovine. Ono se vrši nezavisno od odluke kojom je utvrđeno krivično delo, koje je svakako uslov, ali sud odlučuje o zahtevu tužilaštva. Ustavni sud je u svom obrazloženju posebno ukazao na distinkciju između instituta oduzimanja u pravu RS i “konfiskacije” u engleskom pravnom sistemu koja je bila predmet navedene odluke ESLJP u predmetu *Welch protiv UK*. Ustavni sud je istakao da, za razliku od tadašnjeg rešenja iz engleskog prava, u pravnom sistemu RS “sud ne postupa *ex officio* u pravcu utvrđivanja imovine koja bi bila predmet trajnog oduzimanja. Povrh svega, za razliku od rešenja usvojenog u engleskom Zakonu iz 1986. godine koje je analizirao Evropski sud za ljudska prava, obim imovine koja se trajno oduzima nije ni u kakvoj vezi sa stepenom krivice optuženog, već se utvrđuje primenom potpuno drugačijeg kriterijuma — merom u kojoj imovina premašuje zakonite prihode izvornog vlasnika”<sup>52</sup>.

Nesumnjivo je da različiti pojavni oblici u uporednim pravnim sistemima određuju i različitu pravnu prirodu

<sup>49</sup> Videti listu predmeta u: Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), ss. 31-33.

<sup>50</sup> *Ibid.* i Lajić (bel. 3), ss. 86-87 i šire.

<sup>51</sup> Up. Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 57. Navedena identična formulacija je korišćena i u Mišljenju Narodne skupštine od 03. 03. 2010. (predmet Ustavnog suda IUz 117/09).

<sup>52</sup> Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

ovog instituta. Od značajnog uticaja na teorijsko određivanje pravne prirode je i lično poimanje motiva i svrhe ovog instituta (pod 2). Načelan odgovor — na liniji prakse ESLJP — je da u slučajevima kada je navedeni institut vezan za krivicu osuđenog, kao i kada se može izraziti kao glavna kazna ili biti zamenjen kaznom zatvora, institut “uprkos prividu”, kako je to istakao i ESLJP u Odluci *Welch protiv UK*, kada se “razmotri stvarna situacija”, nesumnjivo ima karakter *kazne*.

U pravnom sistemu RS, treba odbaciti stanovište da je reč o pravnoj posledici krivičnog dela. Iako je vezano za odluku krivičnog suda kojom je utvrđeno krivično delo, oduzimanje imovine se sprovodi u posebnom postupku, koji je potencijalno poprište suočavanja argumenta tužilačke strane i lica kojima se oduzima imovina. Odluka suda može biti pozitivna ili negativna. Zatim, iako je odlukom suda utvrđeno krivično delo uslov i osnov pokretanja postupka oduzimanja imovine koja proističe iz kriminalne aktivnosti, institut oduzimanja imovine prevazilazi domete same presude. *Ratio* uvođenja instituta je upravo da se oduzme šira imovina od one koja proističe iz (odlukom suda utvrđenog) krivičnog dela. Za oduzimanje imovinske koristi koja proizilazi iz krivičnog dela utvrđenog sudskom odlukom je dovoljan institut — oduzimanja imovine iz KZ. Kod oduzimanja imovine stečene kriminalnom aktivnošću oduzima se sva imovina za koju vlasnik ne dokaže zakonito sticanje. Hipotetički moguće je da nakon pokretanja postupka za oduzimanje imovine stečene kriminalnom aktivnošću dođe do oduzimanja samo imovine koja proističe iz krivičnog dela utvrđenog sudskom odlukom (vlasnik dokaže da je sva ostala njegova imovina zakonito stečena). No, ni tada oduzimanje imovine nije posledica krivičnog dela, već okolnosti da je sud u određenom, po pravilu, većem delu ocenio neosnovanim zahtev tužilaštva. Nesumljivo je, međutim, da navedeni institut oduzimanja imovine proistekle iz kriminalne aktivnosti korene vuče — i u pravu RS i u uporednopravno gledano — iz navedenog instituta oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom (čl. 91 KZ).

Oduzimanje imovine u pozitivnom pravu RS je *sui generis* mera. Ipak, ne bez ikakvih kaznenih efekata, kako proizilazi iz Rešenja Ustavnog suda.

#### 4. Ustavnopravni aspekt oduzimanja imovine

##### 4.1. Pravo na imovinu

Pravo na imovinu zajemčeno je Ustavom RS, dok je istovrsno pravo (na mirno uživanje imovine) garan-

<sup>53</sup> Up. čl. 58 Ustava RS i čl. 1 Protokol 1 EKLJP.

tovano i EKLJP. Razlika između ove dve garancije, međutim, postoji<sup>53</sup>.

Za razliku od EKLJP, koja lišavanje imovine dozvoljava u *javnom interesu i uslovima predviđenim zakonom* (i potvrđenim međunarodnim ugovorima), Ustav RS propisuje još jedan, kumulativni uslov — *naknadu koja ne može biti niža od tržišne*.

ESLJP je u više svojih odluka oduzimanje imovine smatrao opravdanom merom u opštem (javnom interesu), s obzirom da je reč o imovini koja se dalje može upotrebiti na štetu zajednice. Kriterijumima srazmernosti i neophodnosti se, prema praksi ESLJP, uspostavlja pravična ravnoteža između interesa zajednice i zaštite pojedinca<sup>54</sup>. Takođe, ESLJP je istakao da je opšti interes opravdan, naročito ako se ima u vidu opasna ekonomsku moć “organizacije kao što je mafija” (*Raimondo protiv Italije*)<sup>55</sup>, čime je suštinski prihvatio osnovne motive koji legitimizuju ovaj institut.

Institut privremenog oduzimanja je ustanovljen radi ispunjavanja svrhe osnovnog instituta — trajnog oduzimanja. Činjenica da do izvesnog ograničenja imovine dolazi — pre bilo kakve sudske odluke, takođe nije naročito problematična. Brojni su instituti iz krivičnopravnog arsenala koji služe kao mera obezbeđivanja krajnjih ciljeva, a kojima se dotiču određena zajemčena prava, pre donošenja konačnih, utvrđujućih odluka (pritvor, suspenzija sa posla...). “Razlozi kojima se opravdava potreba za privremenim oduzimanje imovine mogu se uporediti sa razlozima za određivanje pritvora prema okrivljenom u krivičnom postupku po osnovu opasnosti od bekstva ili koluzione opasnosti (...), jer i u slučajeva imovine za koju se osnovano sumnja da je kriminalnog porekla, postoji opasnost da će ‘pobeći’, tj. da može biti otuđena, uništena, sakrivena ili na drugi način izmenjena”<sup>56</sup>.

I ESLJP ukazuje da smisao ovog instituta nije lišavanje vlasništva, već sprečavanje upotrebe ove imovine<sup>57</sup>. Privremeno oduzimanje imovine u pravnom sistemu RS je dodatno ojačano time što je propisano, kako ističe i Ustavni sud, da se oduzetom imovinom upravlja sa pažnjom dobrog stručnjaka, odnosno dobrog domaćina. To su najviši standardi pažnje u obligacionim odnosima, te su stoga dodatna garancija da će oduzeta imovina biti očuvana i prodana samo u Zakonom predviđenim slučajevima, uz ispunjenje propisanih uslova<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> K. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima (vodič za praktičare)* 2, Beograd 2007, s. 531.

<sup>55</sup> Presuda ESLJP u predmetu *Raimondo protiv Italije* (App. no 12954/87) od 22. 02. 1994.

<sup>56</sup> Važić (bel. 27), s. 43.

<sup>57</sup> *Raimondo protiv Italije* (bel. 55).

<sup>58</sup> Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

Postavlja se, takođe, pitanje osnovanosti prodaje privremeno oduzete imovine. Tako je u jednoj od inicijativa podnetih Ustavnom sudu isticano da je prodaja privremeno oduzete imovine protivustavna, jer dolazi do otuđenja stvari “koje pripadaju nekom drugom u situaciji kada još uvek nema presude, protivno pravnom principu da niko na drugog ne može preneti više prava nego što sam ima”<sup>59</sup>. Ipak, kako ističe Ustavni sud, prodaja pokretne imovine se “vrši u cilju očuvanja vrednosti oduzete imovine, a samim tim i ostvarenja krajnjeg cilja zbog kojeg je i doneto rešenje o privremenom oduzimanju imovine — odlučivanja o ispunjenosti uslova za trajno oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela”. Takođe, reč je o “meri privremenog karaktera kojom se meritorno ne zadire u pitanje prava i obaveza”; a postoji i mogućnost naknade štete (usp. pod 3.1, ss. 59-60). Sve to kvalifikuje ovaj institut kao “srazmerno i dozvoljeno mešanje države”<sup>60</sup>.

Najosetljivije je pitanje zaštite imovine trećih lica. Problemi u zaštiti se prevazilaze *in rem* karakterom postupka, jer se prati stvar, a ne lice. U teoriji se ističe potreba za zaštitom savesnih lica koji su imovinu stekli *bona fide*<sup>61</sup>. To bi podrazumevalo neznanje sticaoca o poreklu stečene imovine. Ova zaštita u pravu RS je u značajnoj meri ispunjena standardom da će se imovina oduzimati od trećih lica samo u slučaju da je na njih preneti radi “osujećenja oduzimanja” (čl 43 st. 3 nZOI). Veoma je zanimljivo kako će se “osujećenje oduzimanja” dokazivati u praksi. Nesumnjivo je da veći iznosi prebacivanja imovine, osim ako se ne dokaže suprotno, ukazuju da je predata u cilju osujećenja. To znači da bi i ovde trebalo primeniti “dokaznu inverziju”.

Uočeno je da je ESLJP u slučajevima koji su se ticali oduzimanja imovine (konfiskacije) — i to šire gledano, dakle ne samo kod instituta oduzimanja imovine stečene kriminalnom aktivnošću — “pretežno zainteresovan za zaštitu opšteg interesa”<sup>62</sup>, kao i “da su se drakonska ovlašćenja oduzimanja (...), pokazala kao prihvatljiva, ukoliko su poštovani minimalni zahtevi za procesnim garancijama”<sup>63</sup>. Stoga instituti oduzimanja imovine razrađeni u nZOI ispunjavaju zahteve prava na imovinu garantovanog čl. 1 Protokola 1 Konvencije.

Problem, ipak, postoji u dopunskom uslovu, propisanom čl. 58 st. 2 Ustava, da oduzimanje može biti

učinjeno (pored ispunjenosti javnog interesa utvrđenog na osnovu zakona), samo *uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne*, što totalno obesmišljava institut oduzimanja imovine! Spas bi se mogao tražiti u odredbi čl. 58 st. 1 Ustava koja jemči uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih *na osnovu zakona*. Ukoliko lice za koje je sudskom odlukom utvrđeno da je počinilo krivično delo, u postupku oduzimanja imovine ne dokaže da ju je steklo zakonitim putem, na tu imovinu se ne primenjuju garancije iz čl. 58 Ustava.

Pisci Ustava Srbije su olako, u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu, dizali lestvicu zajemčenih ljudskih prava<sup>64</sup>. Tako je Venecijanska komisija u svom mišljenju na Ustav Srbije “izrazila zabrinutost”, kao i u drugim sličnim slučajevima<sup>65</sup>, da olako garantovanje socijalnih i ekonomskih prava može “dovesti do nerealnih očekivanja”<sup>66</sup>. Takođe i vodeći poslenici srpske ustavopravne nauke su nakon donošenja Ustava ukazali da bi prema Ustavu, “ispalo da je Srbija vodeća zemlja u Evropi po broju ljudskih prava i brizi o njihovoj zaštiti”<sup>67</sup>.

Prilikom propisivanja ustavne odredbe kojom se jemči pravo svojine, očigledno su ustavopisci imali na umu pitanje eksproprijacije i nisu shvatali kompleksnost osnovnih ljudskih prava. Nivo zaštite ljudskih prava koju pruža ESLJP, svakako, treba posmatrati kao minimalni standard i poželjno je da države potpisnice Konvencije u svojim sistemima podižu lestvicu zajemčenih ljudskih prava. To je bolje činiti zakonskim razradama i postupanjem u praksi, umesto ustavnim proširivanjem koje dovodi do paralize sistema i onemogućava uvođenje legitimnih pravnih instituta. Takođe je činjenica da iako stavovi ESLJP predstavljaju minimalne standarde, oni su za post-tranziciona društva poput Srbije i dalje *de facto*, u većini slučajeva, cilj kome se teži. Olakim proširivanjem standardnih garancija nastaju sistemski problemi, koji se prevladavaju ili izvesnom pravnom “gimnastikom” ili tumačenjem *contra constitutionem*. U određenim situacijama se valja spustiti sa deklarativnih i dekorativnih

<sup>59</sup> Predmet IUz 117/09.

<sup>60</sup> Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

<sup>61</sup> Tako: Ivičević Karas (bel. 23), s. 691-692 i Alldidge (bel. 33), ss. 62-63.

<sup>62</sup> Lajić (bel. 3), s. 241.

<sup>63</sup> K. Rid (bel. 54), s. 342.

<sup>64</sup> Isto je, primera radi, učinjeno sa pravom na (delotvorno) pravno sredstvo čija se ostvarljivost u određenim pitanjima takođe čini nemogućom kod rešavanja određenih zakonodavnih pitanja. O tome videti S. Manojlović, Pravo na delotvorne pravno sredstvo i član 9. Zakona o bankama, *Izbor iz sudske prakse* 11/10, ss. 13-17.

<sup>65</sup> Videti Mišljenja o nacrtu Ustava Ukrajine, CDL-Inf(1996)006, o Ustavu Ukrajine, CDL-Inf(1997)002 i Privremeno mišljenje o ustavnoj reformi u Republici Kirgistan, CDL-AD(2005)022.

<sup>66</sup> CDL-AD(2007)004.

<sup>67</sup> R. Marković, Ustavni sud u ustavu Republike Srbije od 2006. godine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2007, s. 11.

visina u realnost, a ona je takva da su standardi Konvencije i tumačenja još uvek gornja (ciljna) lestvica pravnog sistema RS i da preširoko postavljanje određenih prava onemogućava ostvarivanje legitimnih i legalnih opštih ciljeva jednog društva.

#### 4.2. Pravo na pravično suđenje

Zbog redukovanja dokaznog standarda u postupka oduzimanja imovine, otvara se pitanje kršenje pretpostavke nevinosti. Prema praksi ESLJP od značaja je da pretpostavka nije neoboriva, da ne dolazi do "automatske primene pretpostavke", kao i da sudovi imaju pravo diskrecione ocene (*Salabiaku protiv Francuske*<sup>68</sup>).

Pitanje pretpostavke nevinosti u najvećoj meri zavisi od karaktera postupka oduzimanja imovine, koji je u mnogo čemu određen pravilima nacionalnih zakonodavstava. U predmetu *Phillips protiv UK*<sup>69</sup>, ESLJP je presudio da nije bilo povrede prava na pravično suđenje, jer je okrivljeni propustio da preduzme jednostavne radnje kojima bi pobio navode tužioca i koji bi bili uobičajeni koraci u slučaju da su njegove tvrdnje bile tačne. U literaturi se navodilo da je ESLJP, nakon predmeta *Phillips protiv UK*<sup>70</sup> i *Van Offeren protiv Holandije*<sup>71</sup>, odlučujući u predmetu *Geerings protiv Holandije*<sup>72</sup>, podigao lestvicu primenljivosti pretpostavke nevinosti koja zahteva obavezu nacionalnog suda da adekvatno oceni razloge i dokaze odbrane, kao i da je zahtevao "viši i delotvorniji nivo garancija utvrđenih Konvencijom na polju materijalnog i procesnog prava". Međutim, nova interpretacija je, zapravo, "određena posebnim okolnostima predmeta, a ne različitom evaluacijom apstraktne prirode instituta oduzimanja"<sup>73</sup>. I sam ESLJP je istakao da slučaj *Geerings protiv*

<sup>68</sup> Presuda u predmetu *Salabiaku protiv Francuske* od 07. 10. 1988. godine (App. no 12954/87), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Salabiaku}&languageisocode:ENG&respondent:FRA&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-57570> (očitanje 10. 09. 2013).

<sup>69</sup> Presuda u predmetu *Phillips protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 05. 06. 2011. (App. no. 41087/98), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Phillips}&languageisocode:ENG&respondent:GBR&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-59558> (očitanje 10. 09. 2013).

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Odluka u predmetu *Van Offeren protiv Holandije* od 05. 06. 2005. (App. no 19581/04).

<sup>72</sup> Presuda u predmetu *Gerrings protiv Holandije* od 01. 06. 2007. godine (App. no 30810/03), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#?{fulltext:Van Offeren}&languageisocode:ENG&respondent:NLD&documentcollectionid2:GRANDCHAMBER,CHAMBER&itemid:001-79657> (očitanje 10. 9. 2013. godine).

<sup>73</sup> Ilić/Majić/Nikolić/Melilio (bel. 5), s. 38. Takođe za komentare na širu praksu ESLJP videti presudu iz bel. 72, ss. 31-41 i dalje.

*Holandije* "ima dodatne karakteristike koje ga čine drukčijim od slučajeva *Phillips* i *Van Offeren*"<sup>74</sup>.

Da li primenom instituta oduzimanja imovine dolazi do povrede principa pretpostavke nevinosti iz čl. 6 st. 2 Konvencije? Shodno zakonskim odredbama, oduzima se imovina koja proističe iz "krivičnog dela", "kriminalne aktivnosti", a samo krivično delo, niti bilo kakva kriminalna aktivnost iz koje proističe imovina koja se oduzima, nisu utvrđeni sudskom odlukom. Ovaj problem se prevazilazi *in rem* pristupom, gde se postupak oduzimanja vezuje za imovinu, a ne za utvrđivanje krivice.

Ispunjavanjem osnovnih kriterijuma: jasna odvojenost postupka oduzimanja imovine od odlučivanja o krivici, mogućnost obaranja pretpostavke nevinosti, kao i mogućnost slobodne procene suda, čine institut oduzimanja imovine u pravnom sistemu RS kompatibilnim sa pravom na pravično suđenje, što je stanovište i Ustavnog Suda RS<sup>75</sup>.

#### 4.3. Zabrana retroaktivne primene zakona<sup>76</sup>

Nakon ustanovljavanja instituta oduzimanja imovine može se postaviti pitanje da li se time neko kažnjava sankcijom koja u vreme izvršenja krivičnog dela nije bila predviđena. Dilema o (ne)postojanju (in)kompatibilnosti oduzimanja imovine sa zabranom retroaktivne primene zakona se svodi na pitanje da li je oduzimanje imovine kazna.

Najznačajnija je presuda ESLJP u predmetu *Welch protiv UK* (usp. pod 3.4), gde je, iako je utvrđena povreda Konvencije, jasno ukazano da institut oduzimanja imovine nije *per se* kaznenog karaktera. Da li retributivni tragovi čine oduzimanje imovine inkompatibilnim sa zabranom retroaktivne primene? Imajući u vidu koncept ovog instituta i postupak oduzimanja u pravnom sistemu RS, odgovor na ovo pitanje je negativan. Preventivni karakter je dominirajući, zatim sledi restorativni, dok je retributivni u tragovima. Slično stanovište je zauzeo i Ustavni sud, s tim što je oduzimanje imovine posmatrao kao ravnopravno preventivno-restorativni institut, odričući mu bilo kakve retributivne elemente.

### 5. Zaključna razmatranja

Institut oduzimanja imovine postao je neophodno sredstvo u borbi protiv organizovanog kriminala. Nje-

<sup>74</sup> *Geerings protiv Holandije* (bel. 72).

<sup>75</sup> Rešenje Ustavnog suda RS IUz 117/09 od 30. 06. 2011.

<sup>76</sup> Ovo pravo je zajemčeno čl. 7 Konvencije i čl. 34 Ustava RS.

ga su kao sredstvo počele da primenjuje zemlje sa izuzetno razvijenim demokratskim institucijama i značajnom finansijskom moći (SAD, Nemačka, Francuska, UK). Njegova uporednopravna egzistencija, kao i legitimizacija kroz međunarodne sporazume, svakako su otvorile put da ovaj institut zaživi i u institucionalno i finansijski manje razvijenim zemljama.

Oduzimanje imovine kojim se slabi moć organizovanog kriminala u daljem vršenju kriminalnih aktivnosti jasno ukazuje na preventivnu svrhu ovog instituta. Ona se u pravnom sistemu RS ostvaruje standardima da se postupak oduzimanja pokreće samo u slučaju “očigledne nesrazmere” između imovine i zakonitih prihoda, kao i da se od trećih lica oduzima samo u slučaju da je preneti radi “onemogućavanja oduzimanja”. Iako to nije bio primarni motiv nastanka ovog instituta, on je poprimio i restorativni karakter. Prema pravnim sledbenicima koji se ne bave kriminalnim aktivnostima, institut nema nikakav preventivni, već samo restorativni karakter. Takođe, ne može se negirati — za razliku od mišljenja Ustavnog suda RS i vodećih stavova u srpskoj teoriji — da institut prema licima koja su imovinu stekla kriminalnom aktivnošću (naročito iz njihove subjektivne perspektive) ima i retributivne efekte.

Koncept oduzimanja imovine u RS uvažava kriterijume ESLJP i uvažava uporednopravne hibridne elemente ovog instituta da se imovinskopравни institut praćenja stvari (*in rem* postupak) primeni u postupku pred krivičnim sudom. Time je legitimizovana i redukcija u klasičnom krivičnom postupku visokog dokaznog standarda. Takođe, u postupku oduzimanja je ostavljeno dovoljno prostora da ne budu povređeni osnovni postulati prava na pravično suđenje.

Zaštita javnog interesa, koju je u više svojih odluka prepoznao ESLJP, trebalo je da bude dovoljan osnov za odbranu ovog instituta od tvrdnji o povredi prava na imovinu. Analiza ukazuje na problem da ustavnim odredbom (čl. 58 Ustava) svako oduzimanje ili ograničenje imovine može biti učinjeno samo u slučaju, pored postojanja javnog interesa utvrđenog zakonom, *uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne*. Rešenje problema tumačenjem da se jemči mirno uživanje samo imovine stečene na osnovu zakona (čl. 58 st. 1 Ustava RS), te se st. 2 ne odnosi na lice koje u postupku oduzimanja nije dokazalo da je imovinu steklo zakonitim putem, bilo bi moguće, ali je nategnuto. Ono je izvodljivo i kod oduzimanja imovine trećim licima, jer bi se mogla prihvatiti teza da je imovina preneti zbog “osujećenja oduzimanja” nezakonito stečena. Kod oduzimanja imovine od strane pravnih sledbenika bilo bi potrebno zakonitost sticanja vezati za ostavioca, što je prilično restriktivno tumačenje ustavne formulacije kojom je zajemčeno pravo na imovinu.

Mimo ovog problema, institut oduzimanja imovine, spada u retke institute čije je presađivanje u pravni sistem RS urađeno uz pažljivo odmeravanje javnog interesa koje društvo ima u borbi protiv organizovanog kriminala, s jedne strane, i zaštite osnovnih prava, s druge. Ključnu ulogu u tome svakako su imali zakonopisci, koji su kasnijim komentarom<sup>77</sup> izvršili uticaj na razumevanje ovog instituta i čiju je argumentaciju prihvatio Ustavni sud baveći se pitanjem ustavnosti instituta oduzimanja imovine.

<sup>77</sup> Pojedini autori (Ilić/Majić/Nikolić/Melilio [bel. 5]) su učestvovali u pisanju Nacrta sZUI u okviru Radne grupe Ministarstva pravde.

### Summary

*The paper deals with the confiscation of the property that originates from criminal activities, its legal nature and particularities in evidential procedure. Serbian law allows its confiscation, if the owner does not prove its legality, what is in the line with the solutions in other countries. The purpose of this paper is to examine compatibility of this institute with the basic rights like rights to the fair trial, rights to the property and prohibition of the retroactive application of criminal law. The author used domestic and foreign legal theory and decisions of the European Court for human rights and Constitutional Court of Serbia.*

*Particular attention is given to the various reflection of the right on the property that is guaranteed by the ECHR and the same, but differently defined right from the Serbian Constitution.*

Sadržaj:

1. Uvod .....	67	3. Mogućnost opravdanja? .....	69
2. Diferenciranje građanstva .....	67	4. Pravna (ne)odbranljivost .....	70
		5. Zaključak .....	71

## 1. Uvod

Jedna od karakteristika ustavnih sistema u BiH, pa i onog Federacije BiH, jeste postojanje interne antinomičnosti koja se ogleda u činjenici da su “pojedina ustavna rješenja uzajamno proturječna, i da se, unatoč jednakoj pravnoj snazi, uzajamno isključuju”<sup>1</sup>. Ekspertna grupa za reformu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine (Ekspertna grupa) za regulativno područje ljudskih prava i osnovnih sloboda u Ustavu FBiH zapaža da u smislu antinomičnosti postoji “nekonzistentnost” između garantovanih ljudskih prava. Posebno se ističe pravo na nediskriminaciju iz normativnog dijela i preambule Ustava FBiH, gdje se vrši “nominalno razlikovanje” nosilaca suvereniteta, a što u konačnici vodi “različit[om] tretman[u] u pravima”<sup>2</sup>.

U “Preporukama za promjenu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine”<sup>3</sup>, Ekspertna grupa pristupa rješa-

\* Autor je magistar prava i saradnik FCJP.

<sup>1</sup> E. Šarčević, *Ustav iz nužde: konsolidacija ustavnog prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2010, s. 314. Usp. također: E. Šarčević, *Dejtonski ustav: karakteristike i karakteristični problemi*, Sarajevo 2009, s. 75. Općenito: Frédéric Rouvillois (ur.), *Pravo: uvod, izbor tekstova, komentari, podsjetnik*, Sarajevo 2004, ss. 191-193.

<sup>2</sup> Ekspertna grupa za reformu FBiH, *Ustavna reforma Federacije Bosne i Hercegovine: analiza opravdanosti* Mostar/Sarajevo/Tuzla 2013, s. 8 (dalje u tekstu: “Analiza”). Dostupno na *Ustavna reforma FBiH*, 31. 05. 2013, <http://ustavnareformafbih.blogspot.com> (pristupljeno 09. 06. 2013). Za općeniti prikaz fenomenologije takvog različitog postupanja, usp. N. Kulenović, I. Hadžialić-Bubalo i M. Korajlić, *Presuda Sejdić/Finci protiv Bosne i Hercegovine: Konkretna posljedice — prvi pregled, Sveske za javno pravo*, Sarajevo 1-2/2010, ss. 18-36.

<sup>3</sup> Ekspertna grupa za reformu FBiH, *Preporuke za promjenu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine*, 29. 05. 2013. (Preporuke). Dostupno na: *Ustavna reforma FBiH*, 31. 05. 2013, <http://ustavnareformafbih.blogspot.com> (pristupljeno 09. 06. 2013).

vanju ovog “temelnog problema”<sup>4</sup>, kroz proces značajnijeg uključivanja do sada diskriminiranih grupa u strukture vlasti u FBiH. Preporuke, koje se u ovoj formi trebaju shvatati kao “pluraliziranje etnokratije”<sup>5</sup>, prvi put u normativnom dijelu ustavnog teksta cijepaju do sada jedinstvene kategorije “Ostalih” na dvije grupe, odnosno na pripadnike nacionalnih manjina i na etnički neopredijeljene građane. Pripadnost jednoj od ove dvije grupe za posljedicu ima dalje statusno razlikovanje koje se, barem po jednom čitanju predmetnih preporuka, ogleda u mnogostrukoj diskriminaciji pripadnika nacionalnih manjina. U nastavku ove analize slijedi osvrt na način na koji je Ekspertna grupa pristupila ovom pitanju.

## 2. Diferenciranje građanstva

Federacija se u Preporukama definiše kao “zajednica jednakopravnih građana” (§ 3). S obzirom na princip “diferenciranog građanstva”, koji je po Ekspertnoj grupi imanentan podijeljenim društvima<sup>6</sup>, prethodno spomenuta zajednica građana sastoji se iz sljedećih kategorija:

- “pripadnika konstitutivnih naroda (Bošnjaka, Hrvata, Srba)”;
- “pripadnika nacionalnih manjina” i
- “onih koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda (jer se ne mogu ili ne žele tako odrediti)”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Iz izlaganja Krešimira Zubaka, člana Ekspertne grupe, na skupu Strategija ustavnih promjena: preporuke za promjenu Ustava FBiH, u organizaciji Centra za javno pravo, Sarajevo, 03. 07. 2013.

<sup>5</sup> E. Hodžić i N. Stojanović, *Novi-stari ustavni inženjering?*, Sarajevo 2011, s. 15.

<sup>6</sup> V. Analiza (bilj. 2), s. 9.

<sup>7</sup> Bez ulaženja u detalje, treba primijetiti da su po ovoj koncepciji konstitutivni narodi, odnosno njihovi pripadnici, nužno i građani, odnosno da je “građanin” superordiniran

Ogledni primjer ovakve diferencijacije vidljiv je u prijedlogu koji se tiče minimalne zastupljenosti u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije BiH, gdje su konstitutivni narodi zastupljeni sa najmanje četiri člana, pripadnici nacionalnih manjina sa dva, dok najmanje jedan član dolazi “iz reda građana koji ne pripadaju ni konstitutivnim narodima ni nacionalnim manjinama” (§ 56)<sup>8</sup>. S obzirom da je treća kategorija građana najbliža političkom statusu koji bi se mogao označiti kao “apstraktni građanin”, ironično je, iako objašnjivo u kontekstu bosanskohercegovačkog ustavnopravnog uređenja, da postoji nužnost da se toj kategoriji garantuje minimalna zastupljenost u parlamentarnom domu koji bi po definiciji trebao da bude predstavništvo (apstraktnih) građana.

Bitno je također primijetiti zasebnost treće kategorije (“oni koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda”), koja ne uključuje drugu, odnosno pripadnike nacionalnih manjina. Ovo je jasno i iz prijedloga koji se tiče izmjene preambule Ustava FBiH, gdje se čini jasno razlikovanje dvije kategorije (§ 12)<sup>9</sup>. Na mjestima gdje se vrši trodijelna diferencijacija građanstva<sup>10</sup>, kao u prethodnom primjeru minimalne zastupljenosti u Predstavničkom domu, sumnje nema. Ipak, treba primijetiti da i u takvim slučajevima imenovanje ove grupe nije izvršeno dosljedno, te se koriste različite varijante: “onih koji se tako [kao pripadnici konstitutivnih naroda i nacionalnih manjina, op. a.] ne izjašnjavaju” (§ 14), “iz reda građana koji ne pripadaju ni konstitutivnim narodima ni nacionalnim manjinama” (§ 56), “građan[i] koji se ne žele opredijeliti kao pripadnici etničkih grupa i nacionalnih manjina” (§ 126), “oni koji ne pripadaju konstitutivnim narodima” (§ 131, 150), te “etnički neopredijeljeni” (§ 165, 166). Tamo gdje se vrši dvodijelna diferencijacija<sup>11</sup>, u pojedinim slučajevima moglo bi se razumno tvrditi da se radi o trećoj kategoriji — npr. “koji se ne žele opre-

---

pojam. Stoga, ne čini se dosljednim nastavak diskursa o jednakopravnosti građana i naroda (Analiza, bilj. 2, s. 4; Preporuke, bilj. 3, § 7, § 128). Također, nije jasno da li druga kategorija pravi razliku između priznatih i nepriznatih nacionalnih manjina. Konačno, nije sasvim jasno ni šta bi značilo da se određeni građanin “ne može” izjasniti kao pripadnik konstitutivnog naroda, osim ako se ova modalna tvrdnja ne odnosi na kognitivnu disonancu “biranja” (npr. miješani brakovi).

<sup>8</sup> Usp. također prijedlog § 150 (kod broja ministarstava u vladi kantona “voditi računa o proporcionalnoj zastupljenosti konstitutivnih naroda, nacionalnih manjina, a najmanje jedan ministar mora biti iz kategorije onih koji ne pripadaju konstitutivnim narodima”), § 83 (sastav Vlade Federacije).

<sup>9</sup> V. Analiza (bilj. 2), s. 8.

<sup>10</sup> V. Preporuke (bilj. 3): § 14, § 56, § 131, § 150, § 165, te § 166.

<sup>11</sup> V. Preporuke (bilj. 3): § 60, § 62, § 63, § 67, § 70, § 82, § 83, § 105, § 123, § 124, § 126, § 167, § 174, § 175.

dijeliti kao pripadnici etničkih grupa” (§ 176) — s obzirom da je etnički element konstitutivni dio pravne definicije (priznate) nacionalne manjine<sup>12</sup>. Međutim, u najvećem broju slučajeva koristi se izraz “iz reda”, odnosno “iz grupe građana koji se *ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda*”. Da li taj izraz uključuje i drugu i treću kategoriju, odnosno i nacionalne manjine i etnički neopredijeljene<sup>13</sup>, ili samo treću? I pored nedosljednosti u imenovanju, odnosno razlikovanju te dvije kategorije, s obzirom na način definisanja Federacije, a u vezi s prijedlogom izmjene preambule Ustava FBiH, odnosno imajući na umu relevantne dijelove Analize i Preporuka, može se zaključiti da se radi samo o trećoj kategoriji<sup>14</sup>.

Prethodni zaključak je značajan zato što se u Prijedlozima na više mjesta, shodno ideji diferenciranog građanstva, vrši razlikovanje tri kategorije građana i to s obzirom na spektar političkih prava koja im se garantuju. Kao što je već istaknuto, dosadašnja kategorija “Ostalih” se raslojava na dvije, odnosno pripadnike nacionalnih manjina, te one koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda. Ove dvije kategorije ne tretiraju se jednako, tako da u barem jednom prijedlogu — minimalna zastupljenost u Predstavničkom domu (§ 3) — pripadnici nacionalnih manjina imaju povoljniji položaj u odnosu na treću grupu građana. Ipak, u najvećem broju prijedloga pripadnici nacionalnih manjina bivaju diskriminirani, tako što su u potpunosti isključeni iz režima podjele vlasti sa pripadnicima konstitutivnih naroda. Takvo isključivanje učinjeno je u sljedećim slučajevima:

— izbora predsjednika i tri potpredsjednika Predstavničkog doma (§ 60);

— sastav Doma naroda (§ 62);

— izbor predsjednika i tri potpredsjednika Doma naroda (§ 67);

— minimalna zastupljenost kod raspodjele ključnih funkcija (§ 123);

---

<sup>12</sup> V. čl. 3. Zakona o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina (*Sl. Gl. BiH* 12/03, 76/05 i 93/08) i Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina u Federaciji Bosne i Hercegovine (*Sl. nov. FBiH* 56/08), odnosno čl. 2 Zakona o zaštiti prava pripadnika nacionalnih manjina (*Sl. gl. RS* 2/05).

<sup>13</sup> Ovo bi sugerisala preporuka koja se tiče sastava Ustavnog suda FBiH. Ona naglašava da je već sada “osigurana [...] nacionalna izbalansiranost, uključujući i zastupljenost onih koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda” (§ 105), a imajući u vidu da trenutne odredbe koje Preporukama, u ovom dijelu, nisu mijenjane, spominju samo tzv. “Ostale”.

<sup>14</sup> V. Preporuke (bilj. 3) § 3, § 12, § 14, § 131, § 150; Analiza (bilj. 2), ss. 4 i 8.

- minimalna zastupljenost u općinskim i gradskim vijećima (§ 167);
- izbor gradonačelnika Grada Sarajeva (§ 174);
- minimalna zastupljenost u Gradskom vijeću Grada Sarajeva (§ 175).

U određenom broju prijedloga, koji se tiču popunjavanja višečlanih pozicija i funkcija, sastav se ograničava isticanjem da ih ne mogu obnašati pripadnici istog konstitutivnog naroda ili pripadnici iz one grupe građana koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda<sup>15</sup>. To bi sugerisalo da se ovakvo ograničenje ne odnosi na pripadnike nacionalnih manjina.

Mimo ovog nominalnog razlikovanja dvije kategorije građana unutar prijašnje kategorije tzv. “Ostalih”, što vodi njihovom različitom uživanju prava, nužno je istaći da pripadnici konstitutivnih naroda i dalje imaju dominantnu ulogu<sup>16</sup>. Tako se, na primjer, u samim Prijedlozima ne ističe izričito da li će pripadnici nacionalnih manjina i pripadnici onih koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda u Domu naroda imati mogućnost formiranja svog kluba, od čega, po postojećim rješenjima, zavisi mogućnost njihovog efektivnog učestvovanja u vlasti<sup>17</sup>. Šta više, tamo gdje se izričito spominju klubovi, oni se ističu samo u odnosu na konstitutivne narode, odnosno vrši se različito postupanje u odnosu na druge dvije kategorije<sup>18</sup>.

### 3. Mogućnost opravdanja?

Ekspertna grupa se u Prijedlozima ne bavi izričito pitanjem pravnog ili političko-teorijskog opravdanja prethodnih rješenja. Kao što je istaknuto, sama ideja “diferenciranog građanstva” seuzima kao *konceptualna* nužnost u podijeljenim društvima, koja također ne zahtijeva naročitu eksplikaciju. S obzirom da se Ekspertna grupa kreće od *statusa quo* prema pluralizaciji postojećih etnokratskih aranžmana, moguće je anticipirati pojedine argumente koji bi se mogli ispostaviti u ovoj raspravi.

<sup>15</sup> To je slučaj sa pozicijama predsjednika i dva potpredsjednika Federacije (§ 70), odnosno predsjednika i tri potpredsjednika vlade Federacije (§ 82).

<sup>16</sup> Tako i kod samog imenovanja — usp. bilj. 7.

<sup>17</sup> V. čl. 23, čl. 24, čl. 25, čl. 32, čl. 35, čl. 36, čl. 39, čl. 42, čl. 76, čl. 81, čl. 87, čl. 88, čl. 90, čl. 94, čl. 97, čl. 100, čl. 108, čl. 111, čl. 115, čl. 118, čl. 155, čl. 165, čl. 217, čl. 222, čl. 234, čl. 261. Poslovnika Doma naroda Parlamenta FBiH (*Sl. nov. FBiH* 27/03). Ovo je problem u praksi, čak i ako je tačno mišljenje Josepha Marka da je postojeći ustavni tekst moguće tumačiti na neisključujući način — v. N. Ademović, J. Marko i G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 353.

<sup>18</sup> V. Prijedloge (bilj. 3), § 69, § 70, § 84, te indirektno § 184.

Poseban status pripadnika konstitutivnih naroda nije sporan u postojećoj bosanskohercegovačkoj pravno-političkoj paradigmi. Ovdje se princip konstitutivnosti naroda smatra “natkrovljujući[m] princip[om] Ustava BiH”<sup>19</sup>. Ekspertna grupa odbacuje svaku lažnu političku korektnost kada ističe da “[s]tatus kategorije ‘konstitutivnih naroda’ čini opravdanom konstataciju da je Federacija BiH multinacionalan entitet BiH *za ta tri naroda*” (naglasak dodat).<sup>20</sup> Tako poseban status, prava i privilegije za pripadnike ove grupacije proističu iz činjenice njihovog dijeljenja vlasti u sadašnjem konsocijacijskom političkom režimu u BiH<sup>21</sup>.

Nacionalne manjine su, do sada, bile drugi kolektivitet kojemu se priznava posebna prava u ustavnopravnom uređenju BiH. Takva prava pripadnici nacionalnih manjina crpe kako iz međunarodnih instrumenata na snazi u BiH (Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, te Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina)<sup>22</sup>, tako i domaćim zakonodavstvom, naročito zakonima o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina<sup>23</sup>. Pravno razlikovanje ove grupacije i konstitutivnog naroda je u tome što ovaj drugi “*per definitionem* nije manjina, čak i ako brojčano posmatrano jeste manjina”<sup>24</sup>, te samim tim ne može uživati one privilegije koje su predviđene za nacionalne manjine<sup>25</sup>.

U Preporukama se po prvi put, na institucionalnoj razini<sup>26</sup>, uvodi i treća grupa onih koji se ne izjašnjavaju kao pripadnici konstitutivnih naroda, odnosno etnički neopredijeljeni. Pripadnicima ove kategorije se sada izričito garantuju posebna prava. Takva bi se pozicija, naročito u odnosu na pripadnike nacionalnih manjina, mogla pravdati izrazito nepovoljnim političkim položajem etnički neopredijeljenih u ustavnopravnom uređenju BiH. Naime, ova treća grupa, odnosno njeni

<sup>19</sup> Odluka Ustavnog suda BiH [“USBiH”] br. U-5/98-III, tačka 63. V. također odluke USBiH: U-5/98-III, tačka 60; U-44/01, tačka 55; U-4/04-1, tačke 111, 117-118, 146; U-4/05, tačka 21; U-13/09, tačka 35.

<sup>20</sup> Analiza (bilj. 2), s. 9.

<sup>21</sup> G. Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, Beograd/Sarajevo 2012, s. 335 i dalje; F. Bieber i S. Keil, Power-Sharing Revisited: Lessons Learned in the Balkans?, *Review of Central and East European Law*, 2009, br. 34, ss. 344-355, Ademović i dr. (bilj. 17), s. 330, 338.

<sup>22</sup> V. Aneks I na Ustav BiH (tačke 14 i 15), Aneks Ustava FBiH (tačke 19, 21, 22).

<sup>23</sup> V. bilj. 12.

<sup>24</sup> N. Ademović i C. Steiner (ur.), *Ustav Bosne i Hercegovine. Komentar*, Sarajevo 2010, s. 70.

<sup>25</sup> V. Odluka USBiH br. U-10/05, tačka 50.

<sup>26</sup> Na teorijskoj razini ova grupa je bila prepoznata kao nužna komponenta pojma “Ostalih”. Usp. npr. D. Abazović i dr. (ur.), *Mjesto i uloga “Ostalih” u Ustavu Bosne i Hercegovine i budućim ustavnim rješenjima za Bosnu i Hercegovinu*, Sarajevo 2010, *passim*.

pripadnici, ne uživaju posebna prava i privilegije ni iz statusa konstitutivnog naroda, ni iz statusa nacionalne manjine. Sve navedeno bi se dodatno moglo smjestiti i u okvir postojećih opravdavajućih argumenata koji se tiču trenutnih društvenih i političkih uvjeta života u BiH<sup>27</sup>. Ipak, kao što će se ukratko pokazati u nastavku, ovakva vrsta različitog postupanja teško bi se mogla pravno opravdati.

#### 4. Pravna (ne)odbranljivost

Čak i ako se na ovom mjestu ne problematizira trenutno ustavnopravno uređenje u BiH, već se razmotri ovo pitanje unutar postojeće paradigme, nemoguće je izbjeći zaključak da su sporni prijedlozi pravno neodbranjivi, kako s aspekta domaćeg prava, tako i međunarodno-pravnih standarda.

Nužno je prisjetiti se načina na koji je Ustavni sud BiH prvobitno izvršio balansiranje između etničkog i građanskog principa u “Odluci o konstitutivnosti naroda”:

(N)ijedna odredba Ustava ne omogućava zaključak da se ova specijalna prava za zastupanje i učestvovanje konstitutivnih naroda u institucijama BiH mogu primijeniti također i na druge institucije ili procedure. Naprotiv, u onoj mjeri u kojoj bi ova specijalna kolektivna prava mogla kršiti odredbe o nediskriminaciji [...] ona su legitimizirana samo njihovim ustavnim rangom i, stoga, moraju biti usko formulirana. Posebno, ne može se zaključiti da Ustav BiH predviđa opći institucionalni model koji se može prenijeti na nivo entiteta, ili da slične, etnički definirane institucionalne strukture na nivou entiteta, ne moraju zadovoljavati globalni obavezujući standard nediskriminacije Ustava BiH prema članu II/4. Ustava BiH, ali ustavni princip jednakosti konstitutivnih naroda<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> V. npr. Odluka USBiH, br. U-9/09, tačka 70. Usp., također: Z. Begić i Z. Delić, Constituency of peoples in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina: Chasing fair solutions, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), s. 465.

<sup>28</sup> Odluka USBiH br. U-5/98-III, tačka 68 (naglasak dodati). V. također tačku 124 (“Takav kombinirani sistem etničkog zastupanja i veto moći [u Ustavu FBiH — op. a.] samo za jednu grupu — koja je definirana kao konstitutivni narod, ali čini parlamentarnu manjinu — ne samo da krši pravo kolektivne jednakosti konstitutivnih naroda, već također krši pojedinačno pravo biranja i pravo istupanja kao kandidat svih ostalih građana do te mjere da su sama suština i efektivnost ‘slobodnog izražavanja mišljenja građana u izboru zakonodavstva’ ozbiljno umanjeni”), odnosno tačku 78 (test za utvrđivanje diskriminatorne namjere i efekta kod pojedinačne diskriminacije).

Kao što je poznato, u provođenju navedene odluke Ustavnog suda BiH, nije se stalo samo na uklanjanju neustavnih odredaba iz ustava entiteta, već se pristupilo sveobuhvatnijim revizijama ustavnih tekstova koji su u konačnici rezultirali proširenjem postojećih isključujućih konsocijacijskih aranžmana i na niže nivoe vlasti<sup>29</sup>. Ukoliko hoćemo ozbiljno shvatiti prethodni stav Ustavnog suda BiH, on se mora tumačiti tako da se odredbe ustava entiteta koji u potpunosti isključuju pojedine grupe građana iz uživanja političkih prava<sup>30</sup>, ne mogu smatrati ustavno valjanim. Različito postupanje *takvog* opsega i intenziteta — čak i ako slijedi legitiman javni interes, a vidjeli smo da se on izričito ne identifikuje u Prijedlozima i Analizi — ne zadovoljava princip proporcionalnosti.

Također, kakvi god se drugi zaključci mogli izvoditi iz presude u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*<sup>31</sup>, nema sumnje da ovakva vrsta različitog postupanja predstavlja diskriminaciju, te je samim tim pravno neodrživa. S tim u vezi, značajan je i sljedeći stav Suda:

[I]ako se Sud slaže s Vladom da nijedna odredba Konvencije ne traži potpuno napuštanje mehanizama podjele vlasti koji su svojstveni Bosni i Hercegovini i da možda još uvijek nije sazrelo vrijeme za politički sistem koji bi bio samo odraz principa vladavine većine, Mišljenja Venecijanske komisije [...] jasno pokazuju da postoje takvi mehanizmi podjele vlasti koji *ne vode automatski do potpunog isključenja* predstavnika ostalih zajednica<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Za posebne sumnje i kritike ovakvog pristupa, usp. npr. F. Bieber, “S više kompleksnosti ka boljem vršenju vlasti?”, u: *Bosna i Hercegovina na putu ka modernoj državi? Perspektive i prepreke*, Sarajevo 2004, s. 80; N. Stojanović, Put ka integraciji ili dezintegraciji društva, *Puls demokratije: zajednica neistomišljenika*, 19. 12. 2007, <http://arhiva.pulsdemokratije.net/index.php?id=640&l=bs>; Ademović i dr. (bilj. 17), s. 355.

<sup>30</sup> Na ovom mjestu ne možemo razmatrati pitanje da li i etnički veto spada u politička prava koja trebaju biti otvorena i “Ostalima”. Vidi: Odluka USBiH br. AP-2821/09, tačka 31 (“[P]ravo na zaštitu vitalnih interesa [je] pravo koje ima političku prirodu”). Joseph Marko je među autorima koji odgovara potvrdno — v. N. Ademović i dr. (bilj. 17), s. 353. Za suprotno mišljenje, v. G. Marković, Učešće “Ostalih” u političkim institucijama BiH, u: Abazović i dr. (bilj. 26), s. 123, ff. 11.

<sup>31</sup> Za autore koji, na osnovu presude, sugerišu nužnost proširenja principa kolektivne jednakosti i na tzv. “Ostale”, vidi, npr.: J. Marko, Doprinos presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine* daljem razumijevanju zaštite kolektivnih i individualnih prava, u: Abazović i dr. (bilj. 26), s. 143; Ademović i dr. (bilj. 17), s. 134; Kulenović i dr. (bilj. 2), *passim*.

<sup>32</sup> *Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija br. 27996/06 i 34836/06, od 22. 12. 2009, st. 48 (naglasak dodati). Usp. također st. 44 (“Sud također smatra da se

## 5. Zaključak

U ovom veoma kratkom osvrtu razmotrene su posljedice koje dalja institucionalizacija “diferenciranog građanstva” ima po prava pripadnika grupe koja se prethodno imenovala kao “Ostali”. Iako nisu provedena dublja teorijska razmatranja samog koncepta “diferenciranog građanstva”, i njegove opravdanosti u bosanskohercegovačkom kontekstu, uočen je značajan stepen nekonzistentnosti u njegovom modeliranju u Preporukama ekspertne grupe. Naime, ovakvo rješenje može rezultirati daljim različitim postupanjem, sada između dvije kategorije “Ostalih”, odnosno pripadnika nacionalnih manjina i etnički neopredijeljenih, a čije je barem pravno opravdanje veoma upitno.

Ako je ovo zaista bila *namjera* Ekspertne grupe takva vrsta sistematskog isključivanja jedne kategorije građana iz participacije u strukturama vlasti FBiH zahtijevala bi naročitu vrstu opravdanja — kako s aspekta prava, tako i političke teorije — a koja ni u Preporukama, ni u Analizi, nije ponuđena. Ukoliko je, me-

---

nijedna vrsta različitog postupanja koja se isključivo ili u kritičnom obimu zasniva na etničkom porijeklu pojedinca ne može objektivno opravdati u savremenom demokratskom društvu koje je izgrađeno na principima pluralizma i poštovanja različitih kultura”). Za općenitu kritiku ovakvog pristupa Suda u Strasbourgu, tj. korištenje rigorozne analize u ocjeni konsocijacijskih aranžmana, v. C. McCrudden i B. O’Leary, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford 2013, *passim*.

đutim, ovo posljedica *omaške* u formulisanju preporuka, nužno je pristupiti njihovom temeljitom usklađivanju, od definicije Federacije pa na dalje, s obzirom da se ova “greška” spominje u više od dvadeset preporuka.

Mora se na kraju upozoriti da još uvijek postoji teorijsko neslaganje u pogledu izvršenja balansiranja između etničkog i građanskog elementa u ustavnopravnom uređenju BiH. To je rezultiralo različitim institucionalnim modelima, od onog na nivou države i entiteta, do Brčko Distrikta BiH, odnosno Kantona Sarajevo, koji se karakterišu različitim intenzitetom etniziranja prava, odnosno diferenciranja građanstva. Nužno je biti pažljiv kako se u daljim pokušajima pluralizacije postojećih etnokratskih aranžmana na nivou entiteta ne bi prekludirala mogućnost da se naročito u kantonima — koji će sada postojati kao pojedinačne “laboratorije etničkog upravljanja”<sup>33</sup> — osigura veći spektar prava pripadnicima nacionalnih manjina i etnički neopredijeljenim od onoga što je moguće ostvariti na Federalnom i višim nivoima vlasti.

---

<sup>33</sup> F. Bieber, *Post-War Bosnia: Ethnicity*, New York 2006, s. 152 (izvorno u kontekstu Brčko Distrikta). V. također *New Age Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), suprotno mišljenje sudije Brandeisa, s. 311 (“Jedna je od sretnih okolnosti federalnog sistema što jedna hrabra država može, ako njeni građani tako odluče, služiti kao laboratorija, i iskušati nove socijalne i ekonomske eksperimente bez rizika za ostatak države”).

NERZUK ĆURAK

## *Pledoaje za javno djelovanje: politologija i politička filozofija pravnih preporuka*

Na Konferenciji održanoj u hotelu "Sarajevo" 15. maja 2013. godine, a u povodu javnog predstavljanja preporuka ekspertnog tima za reformu Ustava FBiH, učesnici te važne debate civilnog društva iznijeli su zanimljive prijedloge, konkretna očitovanja na preporuke ekspertne grupe, bilo je korisnih sugestija, dilema koje su ostale nerazriješene, ali ono što se može generalizirati kao opći ton skupa, bila je vrlo jasna fokusiranost na same preporuke. I intencija Konferencije bila je vrlo pragmatična: radom u nekoliko tematskih grupa, plus centralna panel diskusija, odrediti se prema preporukama kao ozbiljnom intelektualnom i stručno-pravnom poduhvatu skupine vrijednih i kompetentnih ljudi koji nisu lišeni empatijskog obrasca, a koji u ova-ko složenoj zemlji nije ništa manje važan od jurisprudencije.

Sa stanovišta moralne neutralnosti ili pak čiste znanosti koja sama sobom proizvodi neku višu svrhu, pristup koji u proizvodnji najvišeg pravnog akta više računa na povijesno konfliktni logos bosanskohercegovačke konsocijacijske egzistencije nego na *ukupnost diskursa o pravu*, može se izložiti naglašenoj kritičkoj osudi, ali takva kritika, zanemarujući snagu etnonacionalističkog političkog Levijatana, *de facto*, priziva *status quo* jer zaboravlja da ono što je stvoreno u umu nikada se ne može ostvariti kao čista umnost. Da može, vratimo se Šekspiru, *onda bi stračare bile dvorci a prosjaci bi bili kraljevi*.

S druge strane, apsolutno robovanje tzv. realnosti koja nas priječi da mislimo pravnu stečevinu izvan ambijentalnosti proizvedene nasiljem, ukida budućnost kao mogućnost drugačiju od organizirane anarhije koju živimo unutar dejtonskog surugata države.

Iako je 188 preporuka za promjenu jednog entitetskog ustava u Bosni i Hercegovini generirana iz zatečenog stanja, koje jeste rezultat nasilja, preporuke impliciraju mogućnost da se neteritorijalnim normativnim djelovanjem izvrši pionirska relativizacija rezultata nasilja kroz nedvosmisleni etički imperativ kojim se rukovodila ekspertna grupa: *oni hoće i žele uspostavu pravne zajednice*<sup>1</sup> unutar političkog poretka čiji je in-

\* Autor je profesor na Fakultetu političkih nauka Univerziteta u Sarajevu.

stitucionalni dizajn parainstitucionalan o čemu dovoljno svjedoči način funkcioniranja vlasti u FBiH.

U našem prekrasnom entitetu, svaki zakon, pa i najviši, podređen je političkoj moći i nema snage da se prostre Federacijom kao apstraktno, bezlično načelo, kao Zakon. Budući da živimo u prostoru bezakonja možemo pristati ili na daljnje ozakonjenje bezakonja ili proizvodnju zakonske norme koja je daleko od idealnotipske ali je, barem u pokušaju, pravednija, socijalnija i jeftinija.

Autoritet Vlade SAD, koja u organizacionom smislu stoji iza ovog ekspertskog poduhvata, omogućio je veću prohodnost same ideje i njenog pravnonormativnog sadržaja, što je, imajući u vidu strukturu države, važna pozitivna činjenica. Upravo je ta nenametljiva podrška američke ambasade u Sarajevu učinila od *Preporuka za promjenu Ustava Federacije Bosne i Hercegovine* vidljiv dokument koji pored stručnopravne ima i političku težinu.

Ona je došla do izražaja i kroz promptno stavljanje ovog dokumenta na dnevni red jedne naročite junske sjednice federalnog parlamenta<sup>2</sup> što je poduhvat vrijedan iskrenog čestitanja: dok državni parlament izbacuje Centar civilnih inicijativa, jer ne haje za glas civilnog društva, niži nivo zakonodavne vlasti stavlja na svoj dnevni red jednu razložnu i iznimno važnu građansku inicijativu. To je povijesni momentum jer je na

<sup>1</sup> Da bi postojao pretpolitički konsenzus kao osnova izgradnje političke zajednice, treba "htjeti ustanoviti pravnu zajednicu", bez obzira kako tu zajednicu "pojedinačno — etnički, moralno, dijabolički, ustavnopatriotski, univerzalistički, partikularistički, egoistički, altruistički — doživljavamo". Tog htijenja kao političkog naloga objektivno nije bilo sve dok američka inicijativa za ustavne promjene kao vlasništvo civilnog društva nije uspjela prodrijeti u Parlament FBiH. Vidjeti u: H. Brunkhorst, *Solidarnost. Od građanskog prijateljstva do globalne pravne zajednice*, Beograd/Zagreb 2004.

<sup>2</sup> Sjednica Predstavničkog doma Parlamenta FBiH održana je 24. juna u Domu mladih sa jedinom tačkom dnevnog reda: Rasprava o inicijativi za promjenu Ustava FBiH, a na osnovu preporuka ekspertne grupe koju je formirala američka ambasada u Bosni i Hercegovini. Naročitost ove sjednice iskazana je ne samo kroz mjesto održavanja nego i kroz broj i strukturu učesnika rasprave koja je uključila ne samo federalne zastupnike, nego i članove ekspertne grupe, ali i predstavnike nižih nivoa vlasti iz FBiH.

taj način, kroz niže stubove dejtonske ustavne magle, započela promjena dejtonskog ustava, kojega je pogrešno zvati Ustav, jer se u biti radi o Aneksu. A kada bi Aneks za sva vremena određivao pravopolitičku bit neke zajednice, onda bi Sarajevo kao glavni grad Bosne i Hercegovine bio fundamentalno određen jednim svojim dijelom, dijelom grada koji se zove Aneks.

Budući da to nije tako, da ne može biti tako, interpolacija jedne civilne inicijative u parlamentarnu agoru, s punim pravom, može označiti početak izmjene Aneksa mirovnog ugovora kojega po navici zovemo Ustav. Ovo je kritični moment: da li će i sama grupa eksperata sada biti pasivizirana ili samopasivizirana pa će čekati šta će uraditi federalni parlament ili će snažno istrajavati na svome prisustvu u entitetskom parlamentu? Smatram iznimno značajnim uspostavu jednog kontinuiranog linka između stručne skupine koju podržava američka vlada i odlučivačkih struktura federalnog parlamenta kako, pod pritiskom predizborne groznice koja nas čeka većza koji mjesec, ova Inicijativa se ne rasprši, atomizira, denuncira i adaktira.

U tom kontekstu, širenje polja političke legitimnosti ove stručne i multietničke Inicijative bilo bi poželjno a to, prije svega, znači da se civilna platforma koja stoji iza 188 preporuka za promjenu Ustava FBiH dodatno osnaži komprehenzivnim glasom civilnog društva koje će insistirati da debata o promjeni Ustava FBiH postane stalno pitanje i ovog i budućeg saziva federalnog parlamenta. U biti, radi se o tome da, sada, kada su Preporuke ušle u Parlament FBiH, one ne smiju postati i ostati povlaštena stečevina parlamentaraca, već najzad pronađeni način da akteri civilnog društva uđu u zonu donošenja odluka<sup>3</sup>. U kom će smjeru krenuti debata koja uključuje i političke i nepolitičke aktere ne možemo znati ali ono što sigurno znamo — jeste neosporni fakat da sada postoje Preporuke, da one nisu jednostrane, da nisu volja samo neke određene političke opcije, te su kao takve, razumna platforma za rekonstrukciju federalne ustavne arhitekture i početak dekonstrukcije dejtonskog pravnog objekta.

Kao što možete primijetiti, u ovoj analizi primarno me zanima velika slika, jer je opće političko (dejtonski mirovni ugovor) proizvelo pojedinačne, entitetske, a zatim i niže nivoe neuspješnosti. Odlučio sam se za taj pristup, jer induktivni metod smo već apsolvirali, kako kroz sami rad skupine eksperata, tako i kroz debate koje smo imali na sarajevskoj konferenciji 15. maja

<sup>3</sup> Tek ta simbioza vodi nas ka stvaranju realiziranog političkog polja kao "pluralizovanog polja proceduralnog konsenzusa, koje regulira borbu oko političke moći i djelo je političke kompeticije ključnih političkih aktera (partija)", ali i aktera civilnog društva kao razvojnog demokratskog agensa nedovršenih država poput Bosne i Hercegovine. Detaljnije o konsenzualnom političkom polju u: M. Podunavac, *Poredak, konstitucionalizam, demokratija*, Beograd 2006.

2013, ali i danas na ovom renomiranom skupu koji je organizirao Centar za javno pravo.

Deduktivni metod nam je potreban kako bi osigurali uspjeh ove Inicijative i dugotrajnost ustavnih promjena. Šta u ovom kontekstu predstavlja deduktivni metod?

Deduktivni metod u ovom kontekstu predstavlja jednu vrstu naročitog pokušaja da se reforma federalnog ustava ne tretira kao stvar za sebe, izmještena izvan političkog i geopolitičkog konteksta dejtonskog mirovnog ugovora i njegovog aneksa koji zovemo Ustav. To znači da jedno od primarnih prethodnih određenja ovih, generalno gledano, dobrih preporuka, treba sadržavati eksplicitan stav temeljen na uvjerenju da je reforma Federacije početak ustavnih promjena u Bosni i Hercegovini koji je nužno završiti reformom oba entitetska ustava kao i reformom Aneksa 4 koji zovemo Ustav. Važnost takve eksplikacije proizilazi iz uvjerenja da će secesionistička politika (koja je, na našu žalost, uspješnija od zajedničke politike) koristiti svaku mogućnost kako bi kroz odvojenu ustavnu reformu Federacije priskrbila na međunarodnom planu dodatni legitimitet drugom entitetu kao stvarnosti odvojenoj od Bosne i Hercegovine. Nemojte sumnjati da taj proces već nije započeo! No, to nikako ne može biti i ne smije biti prepreka za reformu Federacije koja vodi i reformi Republike Srpske i Bosne i Hercegovine. Bitan je proces a ne rezultat, jer već sam proces jeste rezultat pod uvjetom da je na početku procesa opći okvir osiguran potpornim stubovima koji priječe moguće rušenje u ambis.

U kontekstu općeg okvira dilema koja se snažno razvija u mome čistom umu, izazivajući razum, inficiran diktatom aktualnog — počiva na sumnji u ispravnost imena našeg veoma kompliciranog entiteta. Kolokvijalno, u javnom govoru pa i pravnonormiranom saobraćaju, od Vašingtonskog sporazuma do danas, mi *Ovo Nešto* zovemo Federacija Bosne i Hercegovine, što implicira, u semantičkom smislu, da se Federacija sastoji od dvije pokrajine — Bosne i Hercegovine. (U nekoj budućnosti, koja se, apsolutno sam uvjeren u to, neće dogoditi, ne bih, strogo uzevši, imao ništa protiv da BiH bude organizirana kao zajednica dva pokrajinska identiteta koja nisu reducirana samo na etnicitet. Zamislite neku novu Bosnu i Hercegovinu koja uključuje pokrajinu Bosnu od Zvornika do Banjaluke, od Brčkog do Sarajeva i pokrajinu Hercegovinu od Mostara do Trebinja, od Ljubinja do Čitluka. I zamislite Parlament BiH koji pored Predstavničkog doma ima i Senat — Dom pokrajina).

Istovremeno, taj naziv, u discipliniranom značenjskom tumačenju, u svoj sadržaj uključuje značajne dijelove entiteta Republika Srpska. To što smo u javnoj komunikaciji sadržaju pojma pretpostavili ono što mi mislimo da pojam jeste i što znamo da praktično jeste,

ne apstrahira dilemu koju proizvodi samo ime. Jer, kao što znamo, nije za odbaciti sentenca *nomen est omen*. Ekspertna grupa, vjerovatno i zbog ovakvih ili sličnih razloga ponudila je promjenu imena dodajući mjesno “u” pa je entitet lociran kao Federacija u Bosni i Hercegovini.

Iako je ta ispravka od krucijalne važnosti jer sada sadržaj pojma odgovara pojmu sadržaja, na neki neuhvatljiv način ona može upućivati na betoniranje entitetske podjele zemlje, na kraj ustavnih reformi sa reformom Federacije, ili tek naustavnu transformaciju koja uključuje promjenu federalnog ustava i Aneksa 4 koji zovemo Ustav Bosne i Hercegovine, bez suštinskih promjena ustava drugog entiteta. To bi bila nedopustiva ljudska i pravnopolitička predaja. Zato je um napao razum idejom da bi ime Federacija Bosna i Hercegovina bila bolja pravna anticipacija jer je, svidalo se to nama ili ne, federalizacija ali nikako samo etnička, a na osnovu prospekcijskih uvida, najizvjesnija tendencija koja dolazi iz budućnosti i čuva zemlju na okupu.

Federacija Bosna i Hercegovina je konkretna apstrakcija, za razliku od Federacija u Bosni i Hercegovini, koja je konkretna teritorija, pored koje postoji još jedan *de facto* neovisan entitetski teritorij.

Stoga mi se čini smislenim, uz snažno insistiranje svih koji mogu tome doprinijeti, da se proces ustavnog re-dizajna Federacije označi kao permanentna aktivnost koja vodi ka konsenzusu<sup>4</sup> svih relevantnih političkih i nepolitičkih aktera i kao takva proizvodi stanje pozitivne napetosti iz kojeg se generira zahtjev za stalnošću ustavnih promjena u Bosni i Hercegovini.

U datoj političkoj konstelaciji i tek odškrinutoj parlamentarnoj deblokadi promjene jednog od ustava, od samih ustavnih promjena važnije je stvoriti uvjete da su te promjene nezaustavljive. To je moguće postići *politikama prijateljstva* koje, skrivene u našem *tymosu*, u našoj želji za priznanjem, čekaju da se otvore “*u ime neke demokratije koja dolazi*”<sup>5</sup> da probudi u građanima Bosne i Hercegovine ono zapretano, “zaboravljeno, potisnuto, nepriznato, odnosno nemišljeno”<sup>6</sup> — to je onaj zaboravljeni govor koji sve naše razlike učitava kao trajajući zajednički identitet što sve uključuje: i simplifikaciju o Bosni i Hercegovini kao multi-

<sup>4</sup> Smisao izgradnje konsenzusa nije u stavu da se sa prvom eventualno dogovorenim fazom ustavnih promjena u FBiH završava ustavna rekonstitucija, već je konsenzus plodotvoran i podsticajan ako se konstituiraju kao rezultanta političkih sila koje u trenutku konsenzusa o prvoj fazi promjena shvataju da je taj konsenzus neproduktivan, suvišan i ništavan, ako nema druge, treće, n-te faze ustavnih promjena. Ako bi se uspostavilo takvo viđenje stvari, ustavne promjene, teorijski i djelatnopolitički, su moguće.

<sup>5</sup> J. Derrida, *Politike prijateljstva*, Beograd 2001.

<sup>6</sup> *Ibid.*

kulturnom raju<sup>7</sup> i nacionalističku egzekuciju Bosne i Hercegovine i sve druge memorije smještene između tih ekstremnih pozicija. No, budući da je prijateljstvo skriveno, ono se mora *raz-otkriti* uz pomoć novog, kohezivnog angažmana međunarodne zajednice. Taj angažman suštinski izostaje zato što međunarodna zajednica sebe isključuje iz zone bosanskohercegovačkog konsenzusa, čime onemogućuje konsenzus, jer je politika međunarodne zajednice u BiH jedna od politika, pa njena *ekskluzija* ne razvija već destruiira mogućnost konsenzusa, kao što bi destrukciju konsenzusa predstavljala i *inkluzija* međunarodne zajednice u politiku bosanskohercegovačkog konsenzusa da međunarodna zajednica *nije* višegodišnji strukturalni dio bosanskohercegovačkog političkog poretka.

Ako je to već tako, ulazak međunarodne zajednice u zonu bosanskohercegovačkog konsenzusa, u ovom političkom momentu znači bezuvjetno davanje podrške reformi Federacije (ta podrška ne izostaje) ali i stvaranje povoljnih političkih uvjeta za početak promjena u Ustavu Republike Srpske.

Pozivam stoga Vladu SAD kao najautoritativnijeg predstavnika međunarodne zajednice u BiH i kao ključnog kreatora Mirovnog ugovora za Bosnu i Hercegovinu da na isti način na koji je to uradio ambasador Moon, novi ambasador SAD u BiH, okupi multietničku ekspertsku grupu građana iz Republike Srpske kako bi započela ustavna transformacija tog, imenom i sadržajem monoetničkog entiteta, čija jednostavna unutrašnja struktura čini suviše složenom Bosnu i Hercegovinu. Bez takvog angažmana međunarodne zajednice predvođene Sjedinjenim Američkim Državama, ustavne promjene u FBiH koje će život u tom entitetu, nadati se, učiniti podnošljivijim, politički artikuliranijim i socijalno i etnokulturno pravednijim, neće biti dovoljne za potpuno izvlačenje zemlje iz gliba neuspjeha i nepovjerenja.

Ne postoji nijedan razlog da se ta aktivnost ne započne kao što ne postoji ni jedan razlog da preporuke ekspertne grupe ne počnu svoj intenzivni život u parlamentarnim klupama federalnog parlamenta. A kada jednog dana usvojimo novi Ustav Federacije u Bosni i Hercegovini ili za Federaciju Bosna i Hercegovina, to bi morao biti okidač promjena i u drugom entitetu, zato što sam uvjeren u ispravnost legitimnog i na moralu zasnovanog stava da je i Republika Srpska naša domovina. A domovinu valja urediti tako da smo svi jednaki. Ako nismo, onda to nije domovina, nego epohalna infantilna država pod međunarodnom upravom.

Od sada pa do vječnosti.

<sup>7</sup> P. Valere Gagnon, *The Myth of Ethnic War. Serbia and Croatia in the 1990s*, Ithaca and London 2004.

ENVER KAZAZ

## *Bosanskohercegovačka politička kriza i promjena ustava Federacije BiH*

Sadržaj:

1. Strukturne pozadine političke krize u BiH ..... 75

### **1. Strukturne pozadine političke krize u BiH**

Bosna i Hercegovina od Daytonskog sporazuma iz 1995. godine do danas traje u stanju nezavršenog rata koji je sa vojnog prebačen u političko polje. Dayton je otud kraj jednog oblika rata, vojnog, i početak drugog, političkog, a zemlja je uprkos tome, tvrdi većina onih koji na različite načine analiziraju društvene procese, sve do 2006. godine i pada Aprilskog paketa ustavnih promjena sporo napredovala pripremajući svoj sistem za prihvaćanje standarda i pravnih normi Evropske unije<sup>1</sup>. Od tada pa do danas ona stagnira i nazaduje u procesu približavanja EU, ali i u svim drugim aspektima, ekonomskom, privrednom, kulturnom itd. Pad Aprilskog paketa razotkrio je suštinu Daytonskog sporazuma, koji je BiH definirao *nedovršivom državom* i zemljom u čiji je mirovni sporazum ugrađen ustav koji vojno osvojene teritorije tretira kao nacionalne države u nastajanju, bez obzira na njihov administrativni položaj u tom ustavu. Daytonski sporazum stoga postoji kao politički paradoks — zaustavljajući vojni rat on je otvorio onaj politički koji ne dozvoljava da se u podijeljenom bosanskohercegovačkom društvu uspostavi konačan mir.

Ne treba zaboraviti da su republičkosrpske političke oligarhije sve do Aprilskog paketa u većoj ili manjoj mjeri napadale i odbacivale Dayton, a da ga od tada žestoko brane pozivajući se, kako često ističe Milorad Dodik, *na slovo, a ne na duh Daytonu*. Razloga za to je više, a u prvom planu je svakako onaj koji nedvojbeno sugerira da je mirovnim sporazumom Republika Srpska definirana kao bosanskohercegovačka administrativno-teritorijalna jedinica koja nastoji biti državom u nastajanju. Kada su tako shvatile Dayton, te su oligarhije na svaki mogući način pokušale podržavati manji entitet u sastavu BiH, proizvodeći novu formu dru-

\* Autor je profesor na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Sarajevu.

<sup>1</sup> Usp. *BiH europska zemlja bez ustava* (zbornik radova), Sarajevo-Zagreb 2013.

2. Buridanovska dilema: naivnost, odgovornost i skepsa pred inicijativom Ambasade SAD u BiH za promjenu Ustava Federacije BiH ..... 77

štenih vrijednosti unutar bosanskosrpskog političkog i svakog drugog identiteta — republičkosrpski patriotizam. To je omogućilo i homogenizaciju republičkosrpske političke scene, a sve političke partije iz RS-a zagovaraju isti cilj u svom djelovanju u Vijeću ministara i Parlamentu BiH.

Istodobno s tim, odnosi između bošnjačkih i hrvatskih političkih oligarhija sve se više kompliciraju, a ključni događaj u tome jeste formiranje Vlade Federacije BiH nakon izbora 2010. Tada je koalicija stranaka predvođena SDP-om Zlatka Lagumdžije uz očigledno kršenje ustavnih normi u Domu naroda federalnog parlamenta uskratila mogućnost da dva HDZ-a uđu u izvršnu vlast iako su imali ogromnu većinu tzv. hrvatskih glasova. Takva poruka bošnjačkih političkih partija (SDP i SDA) otvorila je prostor za uspostavljanje čvrstog političkog saveza između SNSD-a Milorada Dodika i HDZ-a Dragana Čovića, pri čemu je očigledno da su dvije secesionističke politike našle zajednički interes u potpunom destabiliziranju zemlje. Politički sukob Lagumdžija-Čović rezultirao je savezom Dodik-Čović, a politička kriza se iz Federacije BiH prelila na razinu cijele zemlje. U takvoj situaciji republičkosrpski secesionizam ostvario je potpuni trijumf, pridobivši u borbi za svoje ciljeve osovину Čović-Ljubić. Cilj republičkosrpskih političkih oligarhija bio je da političku krizu sa razine Daytonu prenesu na razinu Washingtonskog sporazuma, kojim je 1994. zaustavljen bošnjačko-hrvatski rat i omogućeno uspostavljanje vojnog saveza između Armije BiH, HVO-a te Hrvatske vojske. Paradoks u kojem negdašnji vojni saveznici ulaze u otvoreni politički rat možda je najbolja ilustracija nesposobnosti političkih oligarhija da riješe krizu koji proizvodi Dayton i zemlju povedu u sigurnost evropskih integracija.

Dodatni problem u političkim sukobima između etničkih političkih oligarhija proizlazi iz tzv. Petrićevih amandmana iz 2002. godine, kojima su Bošnjaci i Hrvati u Parlamentu RS svedeni na tzv. Vijeće naroda, što sugerira da time gube ustavom BiH zagarantiranu

konstitutivnost u tome entitetu. Hrvatima je u Federaciji BiH tim amandmanima u Vladi namjesto ranijeg pariteta dodijeljeno 5, a Bošnjacima 8 mjesta, čime su hrvatske etnopolitičke partije dobile direktan povod za osjećaj neravnopravnosti. Na sličan način je u Vladi RS omogućena srpska dominacija nad Bošnjacima i Hrvatima. Između bošnjačkih i hrvatskih etnopolitičkih oligarhija, prije svega dva HDZ-a i SDP-a poseban sukob izazvao je slučaj Željko Komšić, na osnovu kojeg hadezeovsko vodstvo tvrdi da bošnjačke elite, kako je to učinio SDP sa Komšićem, mogu iskoristiti brojčanu nadmoć Bošnjaka i Hrvate izložiti izbornoj majorizaciji.

Petričevim amandmanima do kraja je zaokružen asimetrični politički sistem kojeg je zacrtao Dayton. Republika Srpska je postala ekskluzivno srpski entitet. Posljedica nije samo srbizacija RS-a, njegova pravoslavizacija i oživljavanje Karadžićevih političkih ciljeva u Dodikovoj politici, nego i otvorena asimilacija Bošnjaka i Hrvata, ali i drugih nesrba, njihova diskriminacija, marginalizacija i stigmatizacija. U Federaciji BiH rezultat Petričevih amandmana jeste dominacija bošnjačke nad hrvatskom etnopolitikom što je pojačalo daljnje drobljenje društva, njegovu getoizaciju i rast težnje hrvatske etnopolitike da oživi fantazmu o trećem entitetu.

Reklo bi se da se BiH našla u situaciji potpunog trijumfa Karadžić-Bobanove političke volje kojoj nije cilj pridruživanje dijelova teritorije BiH Hrvatskoj i Srbiji, nego unutarnja podjela zemlje po osnovu vojno osvojenih teritorija u tragičnom ratu, pri čemu bi se te teritorije pretvorile u federalne ili konfederalne jedinice u sastavu BiH. Drugim riječima, ideologije koje su vodile rat, ostale su na društvenoj sceni prilagođene uslovima ne vojnog, već političkog rata sa redefiniranim ciljevima — namjesto velike Srbije ili velike Hrvatske stvoriti unutar BiH srpsku i hrvatsku nacionalnu državu. Republičkosrpske elite to u ovom trenutku gotovo i da su uspjele, dok su one hrvatske iz pozicije potpune marginalizacije otvaranjem tzv. hrvatskog pitanja u BiH odustale od rješavanja krize Daytonskog i prešle na otvaranje krize Washingtonskog sporazuma. Njihov cilj nije, dakle, povratak konstitutivnosti Hrvata na cijelom prostoru BiH, nego njihova *hercegovinizacija* (Ivan Lovrenović), gdje fantazma o trećem entitetu neprestano tjera te politike u sukob sa onim bošnjačkim.

Bošnjačke etnopolitike, pak, ušle su u međusobni rat do istrebljenja nakon izbora 2010, bez izgleda da ga u ovom trenutku i prevladaju, a rezultat je njihova potpuna defanziva i na međunarodnom planu i u BiH. Istodobno s time, unutarbošnjački politički rat pokazao je da SDP ne može voditi autentičnu multietničku i

građansku politiku, ne samo zbog nesposobnosti i surove pragmatičnosti njegovog vrha i narcisoidnosti njegovog vođe nego i zato što dubinska struktura Dayton preferira etničku nad multietničkom i građanskom politikom. Sadašnja kriza u Federaciji razotkrila je sve političke subjekte, pokazujući da niti ijedan od njih nema političku viziju BiH kao evropske demokratski uređene multietničke zemlje, a pogotovu ne politički program koji bi zemlju postupno evropeizirao i harmonizirao međuetničke odnose u njoj.

Trenutna faza postdejtonske političke krize u BiH obilježena je i padom ideje građanskog modela uređenja zemlje, čiji je kredibilitet najprije razorio Haris Silajdžić, a dokrajčio Zlatko Lagumdžija, kao šefovi stranaka koji su građanskost izjednačili sa unitarnošću i centralističkim konceptima državnog uređenja. BiH je, dakle, ostala bez politike koja bi je mogla iznova konstituisati kao decentraliziranu multietničku zajednicu, a na društvenoj sceni su ostale politike koje je konceptualiziraju isključivo kao troetničku zemlju. Oni politički subjekti koji bi je eventualno željeli konstituisati kao građansku i multietničku zemlju nemaju za to ni dovoljno moći, ni dovoljno podrške u onome što se definira kao međunarodna zajednica, a očigledno je da u dogledno vrijeme neće imati ni dovoljno podrške u biračkom tijelu.

Otud se Bosna i Hercegovina danas nalazi u situaciji da može birati samo između modela uređenja svoje troetničnosti, pri čemu su forme multietničnosti potpuno nestale sa scene. Ako se troetničnost definira kao model životnih praksi jedan pored drugog, a ne skupa s njim, a multietničnost kao model zajedničkog življenja i raspodjeljivanja istih ili sličnih vrijednosti, onda je jasno da su rat i postdejtonsko stanje političkog rata u BiH proizveli sasvim novi poredak društvenih vrijednosti i jednu potpuno novu povijesnu realizaciju zemlje. Ta nova BiH ne uspijeva već skoro dvadeset godina od rata na ovamo obnoviti forme svoje interkulturalnosti i multietničnosti, niti uspostaviti dovoljno političke energije da se iznutra konstituiše kao demokratska država. Simplificirano rečeno, BiH je zemlja bez dovoljno energije da se raspadne, ali i bez dovoljno snage da se konstituiše iznutra.

Međunarodna zajednica koja ju je morala, kao garant Daytonskog sporazuma, iz postkonfliktne pretvoriti u demokratsku zemlju već odavno je odustala od tog obećanog i toliko žuđenog posla. Štaviše, moglo bi se reći kako ona nikada nije razumjela zemlju u dovoljnoj mjeri da neutralizira rezultate rata i odustane od njihove legitimizacije u ustavnim normama.

Rat koji je konstituisao Daytonsku BiH neće ni moći preći u mir sve dok se njegova logika potpuno ne os-

tvari ili raspadne. Za sada ona postupno, ali sigurno trijumfuje u političkom polju, bez šansi da odnese konačnu pobjedu ili bude do kraja poražena. Ona se, dakle, čini kao trajno stanje zemlje, a Dayton koji je BiH definirao kao nedovršivu državu i podijeljeno društvo — njenom dugotrajnom sudbinom. Drugim riječima, ma koliko to bolno zvučalo i ma koliko se činilo užasno nepravednim, Republika Srpska danas izgleda kao trajan međunarodno legitimiran administrativno-teritorijalni subjekt u težnji da bude državom, bez obzira što su u njenu osnovu ugrađeni rezultati ratnog bestijarija, ratni zločini i srebrenički genocid kao njihov vrhunac. Federacija BiH bi mogla u budućnosti postati trajnim poprištem sukoba dvije etnopolitičke volje. Jedna od njih, bošnjačka, teži da svoje ciljeve realizira kao pragmu vlasti na dijelu teritorije na kojem vlada, dok u javni prostor odašilje kvazipatriotske poruke o cjelovitosti zemlje, a druga, hrvatska, hercegovinizira Hrvate u BiH šireći fantazme o etničkom jedinstvu. Zemlja, pak, tone i tone, bez šanse da dotakne dno krize, jer u socijalnim sistema, da parafraziram Niklasa Luhmana, i nema dna krize stoga što život neprestano teče, čak i u najgorim uslovima.

## **2. Buridanovska dilema: naivnost, odgovornost i skepsa pred inicijativom Ambasade SAD u BiH za promjenu ustava Federacije BiH**

Unutar takve strukture političkih odnosa koji rat poimaju kao tvorački, a ne rušilački i zločinački povijesni događaj nije više pitanje je li moguće ili ne obnoviti predratnu ili neku drugu verziju povijesne realizacije multietničnosti BiH, titoističku, austrougarsku, osmansku, srednjovjekovnu, nego koje forme troetničnosti dolaze iz budućnosti kao moguće rješenje postojanja zemlje. Otud i skeptično pitanje, hoće li RS biti ekskluzivno srpski entitet u sastavu BiH, ili druga srpska država na Balkanu, koja je u proteklom ratu izbjegla vojni poraz<sup>2</sup>, ali u miru dobija politički rat. Odnosno, hoće ili ona biti do kraja srbiziran entitet ili multietnički ustrojena administrativna i teritorijalna jedinica u BiH. Istodobno s tim, pokreće se još teže pitanje: na kojim vrijednostima je moguće graditi bilo koji oblik bosanskohercegovačkog društva, čak i onog najpodijeljenijeg mogućeg, ako je pravoslavizacija i srbizacija RS-a politički rezultat genocida.

Unutar Federacije BiH, pak, strukturna uređenost RS-a kao monoetničkog entiteta neprestano poziva političke subjekte da u nacionalne države pretvore etnoteritorijalne jedinice osvojene ratom koje je Dayton legi-

timirao na međunarodnom planu. Bošnjačka etnopolitika nastoji marginalizacijom one hrvatske ostvariti dominaciju nad njom, u čemu joj na ruku ne ide samo Dayton i pomenuti Petričevići amandmani, nego i demografska dominacija Bošnjaka nad Hrvatima, a na ideološkom planu stvaranje nove forme bosanstva, one bošnjakocentrične koju nakon Alije Izetbegovića nastavlja u praksi realizirati Zlatko Lagumdžija. I dok se hrvatski politički blok ne uspijeva iščupati iz ralja tuđmanovsko-bobanovskih fantazmi, tražeći za to saveznika u republičkosrpskim političkim oligarhijama, bošnjačka etnopolitika nije uspjela razviti viziju novog sadržaja postapokaliptične bosanskohercegovačke multietničnosti. Ona nije suštinski odmakla od ideje bošnjakocentrične Bosne koju je kao svoj ratni cilj u praksi provodio Alija Izetbegović, a da joj nikad nije dao oblik eksplicitnog političkog programa.

U takvom kontekstu dva etnopolitička bloka u Federaciji upali su u zamku rješavanja tzv. hrvatskog pitanja koje je u verziji dva HDZ-a suženo samo na federalni prostor i u njemu težišno na Hercegovinu. Republika Srpska je na taj način prešutno priznata kao ekskluzivno srpski entitet iznutra, iza same Bosne i Hercegovine, a ne samo iz perspektive međunarodne zajednice. To je od kraja rata do danas najveći stupanj njene unutarbosanske legitimizacije.

Inicijativa ambasade SAD za promjenu ustava Federacije BiH može se, dakle, s puno argumenata promatrati kao forma daljnje legitimizacije srbocentričnosti i pravoslaviziranosti RS-a, pri čemu ta inicijativa posjeduje najveći mogući međunarodni simbolički i politički kapital. Jer, iza nje stoji izravno ili manje izravno administracija najveće političke i vojne sile na svijetu, a nju iznutra, iz perspektive same zemlje legitimiraju domaći stručnjaci, tj. grupa eksperata kako se u javnosti obično govori. Posebno pitanje otvara se u činjenici da su članovi grupe proglašeni ekspertima za ustavno pravo iako se većina njih nikad nije njime znanstveno bavila, aniti srodnim naučnim disciplinama. Da li su, u skladu s tim, oni poslužili američkoj ambasadi tek kao argument da se oslanja na domaće stručnjake u svojoj inicijativi, kako bi prikrla svoj stvarni cilj — zaobići u kreiranju konačnih ustavnih rješenja one stručnjake i stručnjakinje koji bi se usprotivili/e uvođenju dvostrukog političkog sistema u BiH. Dodatni legitimitet inicijativi dao je Parlament Federacije BiH, koji je razmatrao njena rješenja na jednoj od svojih sjednica. Istovremeno s tim, legitimirale su je i političke partije, jer niti jedna od njih nije ju odbacila.

Ambasada SAD napravila je očito dobar propagandistički potez prepuštajući nacrt rješenja za promjenu ustava domaćim stručnjacima, a stvarajući na taj način

<sup>2</sup> Šire vidjeti u: Dobrica Ćosić, *Bosanski rat*, Beograd 2012.

utisak da želja za promjenama dolazi odozdo, čak iz perspektive struke i građanske volje, a ne političke moći. Svi uslovi za uspjeh inicijative su, dakle, tu: politička kriza Federacije, očiglednost političkog sukoba između hrvatske i bošnjačke političke oligarhije, administrativna presloženost Federacije i njena finansijska neodrživost, potreba za stvaranjem efikasnijeg i jeftinijeg administrativnog i upravnog sistema itd.

Pri tom su kreatori inicijative previdjeli proste činjenice: kriza u BiH ne proističe isključivo iz Washingtonskog, nego daleko više iz Daytonskog sporazuma, čija je žrtva Federacija BiH, a RS očiti politički pobjednik. Ta kriza ne može se riješiti samo promjenom ustava Federacije, nego ustava cijele zemlje. Nadalje, Federacija iako daleko složenija od RS-a, ima istu ekonomsku, kulturnu, privrednu, finansijsku i svaku drugu krizu kao i centralistički ustrojena, unitarno organizirana, srbocentrična RS. A to znači da nije samo u pitanju u BiH ustavna kriza, politička, kriza međuetničkih odnosa itd. nego prije svega kriza filozofije politike i tipa vlasti u zemlji potopljenoj u surovi oblik tranzicije kao pretvorbe društvenog u privatno vlasništvo i najsuroviji oblik etnokapitalističke privrede. Radi se, dakle, i o krizi društvenog poretka, tj. tipa kapitalizma primijenjenog u BiH, a ne samo o krizi postkonfliktnog društva koju dodatno usložnjava očita asimetričnost političkog sistema i nepravednost, neetičnost Daytonskog ustava.

Uostalom, zamislimo moguću situaciju: Federacija BiH uređena je i uspješna kao, kako je jedanput u svom propagandističkom stilu rekao Zlatko Lagumdžija, Zapadna Njemačka, a RS kao istočna. Pitanje je može li BiH i tako organizirana ući u proces evropskih integracija, ili je samo polovina zemlje za to pripremljena. To ne znači da Federaciju ne treba redizajnirati, ali je pitanje da li taj proces treba poduzimati bez kompletnog redizajna čitave zemlje. Drukčije rečeno, treba li mijenjati Washingtonski prije Daytonskog sporazuma ili je to nužno činiti istodobno. Oni koji zagovaraju stav da se vrše prije promjene Washingtonskog, a ne Daytonskog sporazuma zaboravljaju da su propali svi dosadašnji pokušaji, čak i oni pod najvećim pritiskom međunarodne zajednice, da se na ovaj ili onaj način dođe do ustavnih promjena u zemlji.

Ako je Dayton sudbina BiH, dodatno pitanje zašto se ne pristupa i promjenama ustava RS istodobno sa promjenama ustava Federacije, ili se radi o tome da Ambasada SAD u BiH šalje implicitnu poruku kako je RS nedodirljiva u dogledno vrijeme ili čak i za duži povijesni period. Nadalje, dilema koja se otvara je sljedeća: hoće li se promjenom ustava Federacije za-

pravo pokušati riješiti tzv. hrvatsko pitanje otvoreno nakon izbora 2010. samo na federalnom prostoru, pa slijedom toga i bošnjačko s implicitnim stavom da je formiranjem srbocentričnog RS-a riješeno ono srpsko.

U skladu s ovim dilemama proističe i sljedeća: nikad u povijesti jednom vojno osvojen prostor shvaćen kao nacionalni teritorij nije bez rata vraćen onima od kojih je osvojen. Povijest nije samo nešto što nas upućuje na činjenicu da nju kreira isključivo moć, vojna, finansijska, privredna itd, nego i da se ona nije mijenjala bez velikih, prelomnih događaja — ratova, a da su sve druge promjene u njoj samo rezultat volje pobjednika. Zašto bi RS tu bio izuzetak? Na koncu, zar primjer Kipra to nedovosmisleno ne potvrđuje i zar se inicijativom za promjene ustava Federacije implicitno ne pokazuje kako u BiH iz perspektive međunarodne moći treba primijeniti proces kiprizacije, tj. konačne podjele zemlje na dva politička sistema.

Dodatni argument koji budi skepsu jest obim promjena u predloženom dokumentu, jer on zadržava administrativnu i birokratsku presloženost Federacije, a neka rješenja, kao npr. ono o procedurama na osnovu kojih se formira federalna vlada, dalje jačaju mogućnost etnopolitičke blokade ukupnog sistema. I još gore, takva rješenja ukidaju svaku mogućnost da multietnički politički subjekti mogu biti ravnopravni u borbi za vlast sa onim monoetničkim. I još teže pitanje koje iz toga proističe: može li se reći da je cijeloj inicijativi samo to i cilj — riješiti hrvatsko pitanje isključivo na prostoru Federacije, kako bi se stvorio utisak da se nešto bitno postiglo? Tada bi međunarodna zajednica, a pogotovu SAD, dobila argumente za potpuno povlačenje iz BiH, a zemlja bi bila prepuštena naprijed opisanim etnopolitičkim voljama koje su ratne ciljeve djelimično redefinirale i prebacile ih u polje surove političke borbe u kojoj BiH umire, ali bez šanse da postane potpuni mrtvac. To je, slikovito rečeno, situacija stalnog truljenja nekog organizma u kojoj mu je zabranjeno bilo kakvo uzimanje lijekova.

Ako inicijativa makar i minimalno nudi BiH kiparski model rješenja krize, čak i bez svijesti o tome da to čini, to ne znači da republičkosrpske elite kad to jednom shvate neće sve učiniti da taj model potpuno ostvare u praksi. Koji subjekt može garantirati i na osnovu čega da će se promjene iz Federacije prelići u RS i na razinu državnih institucija? To međunarodna zajednica teško da može, jer je sa padom Aprilskog, pa potom Butmirskog paketa ona izgubila svaki oblik djelotvornosti u BiH.

No, cijeli ovaj niz argumenta protiv prihvatanja američke inicijative suočava nas na drugoj strani sa pitanjem: a šta ako se ona potpuno odbaci? Koji subjekt

nam može garantirati da će jednom promjene i početi? Hoće li status quo biti dugotrajna sudbina zemlje? Hoće li BiH ostati organizam koji truli, bez lijeka i bez šanse da potpuno istrune u dogledno vrijeme?

Možda je mogući odgovor, da bi se izbjegle sve nabrojane zamke, u postupnom, amandmanskome sistemu ustavnih promjena u Federaciji, gdje bi inicijativa američke ambasade u BiH bila dobar povod, uz jak pritisak na međunarodne političke subjekte da se po istom sistemu, ili čak iz osnova redizajnira i RS i čitava zemlja. Ostati u sadašnjem stanju, znači odbaciti svaku odgovornost za krizu u zemlji. Korjenito mijenjati Federaciju bez promjene u RS-u na razini državnih institucija može značiti ulazak u kiparski model rješenja krize.

U toj buridanovskoj dilemi, mi nemamo pravo na blagotvornu naivnost, jer iskustvo nas uči da se u BiH u pravilu ostvaruju najcrnji scenariji. Baš kao što nemamo prava ni na izbjegavanje odgovornosti za budućnost, jer iskustvo nas uči da iz nje nismo mislili svoju zemlju na prijelazu milenija. A u njoj se baš zbog toga desio najbesmisleniji mogući i najtragičniji oblik rata. Uostalom i za to što bosanskohercegovačke etnopolitike nisu mislile BiH iz perspektive budućnosti, već su se odale velikodržavnim ideološkim fantazmama iz susjedstva, i zemlju uvukle i u agresiju i u građanski rat istodobno. Neodgovornost vodi u najcrnji oblik budućnosti, baš kako to može učiniti i naivnost. U skepsi je, dakle, rješenje. No, da bi se postalo skeptičnim po-

trebno je suočiti se sa vlastitom odgovornošću u vremenu u kojoj je očito nije bilo.

Međutim, da bi se bilo odgovornim, nužno je zadobiti i određene ovlasti. Kad je u pitanju američka inicijativa za promjenu ustava Federacije BiH sve su ovlasti u rukama federalnog parlamenta. Tamo, međutim, ne postoji odgovornost u onom obimu i onog kvaliteta za koje bi smo s pouzdanjem mogli reći da će uspjeti nakon promjena Federacije nametnuti promjene RS-u i redizajnirati državne institucije. Na takav parlament nije moguće vršiti ni građanski pritisak sa izvjesnošću da će se time postići efikasnost ove institucije. Federalni parlament bio bi odgovoran kada bi ovog časa pozvao Ambasadu SAD da formira ekspertsku grupu koja će predložiti ustavne promjene RS-a, koje bi de-srbizirale i depravoslavizirale ovaj entitet. Odgovorna bi bila i grupa eksperata koja je sačinila prijedlog promjena ustava Federacije kada bi to isto učinila. Budući da je takva vrsta odgovornosti izostala i u Parlamentu, i u Ambasadi SAD u BiH i kod grupe eksperata, onda se s pravom može zaključiti kako niti jedan od ovih subjekata nema punu svijest o karakteru bosanskohercegovačke političke krize. Zato ovu inicijativu treba razmatrati samo kao povod i mogućnost za amandmansko poboljšavanje ustava Federacije BiH. Svaki drugi oblik njenog legitimiranja u političkoj praksi otvara nesagledive posljedice po zemlju nezavršenog rata koja je u svom ustavu definirana kao nedovršiva država, a postoji na ravnoteži nemoći da se konačno iznutra raspadne ili konstituiše.

## STRUČNA SAVJETOVANJA

Centar za javno pravo u novembru održava dva stručna savjetovanja: jedno u saradnji sa notarskim komorama FBiH i RS, drugo u saradnji sa Pravnim fakultetom u Beogradu.

Prvo savjetovanje, o značaju i perspektivama bosanskohercegovačkog notarijata i iskustvima iz Hrvatske, održati će se 14. novembra u Sarajevu. Skupom želimo pokrenuti raspravu o poziciji notarijata u pravnom sistemu BiH, zatim, o uzajamnoj vezi notara i sudova kao i o postojećem modelu notarijalne službe i njenom doprinosu efikasnijem radu pravosuđa, uspostavljanju pravne sigurnosti i u tom smislu doprinosu pravnodržavnom razvoju BiH. Naši uvodničari su:

- *Merdžana Škaljić*, predsjednica NK FBiH,
- *Irena Mojović*, predsjednica NK RS,
- *Meliha Powlakić*, profesorica Pravnog fakulteta u Sarajevu,
- *Rankica Benc*, javni bilježnik iz Varaždina,
- *Slavica Ćurić*, sudija Vrhovnog suda FBiH.

Drugo savjetovanje, o izboru sudija opšte i posebne nadležnosti u zemljama regiona, održati će se 29. novembra na Pravnom fakultetu u Beogradu. U Srbiji su “delovi Ustava koji se odnose na pravosuđe, bili ... u vreme donošenja Ustava jedna sasvim sporedna i nevažna tema” (Vesna Rakić-Vodinelić). Nakon neuspjele reforme pravosuđa i pokušaja, koji teško idu, da se otklone ili bar ublaže negativne posljedice “reformе”, neophodno je preispitati važeća rješenja Ustava Srbije od 2006, i na osnovu regionalnih iskustava predložiti prohodnija i kvalitetnija. Uvodničari na ovom skupu su:

- *Vladan Petrov*, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu i saradnik CJP za Srbiju
- *Olivera Vučić*, sudinica Ustavnog suda Srbije,
- *Ljiljana Blagojević*, pomoćnica ministra pravde i državne uprave RS
- *Irena Pejić*, profesorica Pravnog fakulteta u Nišu
- *Darko Simović*, profesor Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu
- *Marko Stanković*, docent Pravnog fakulteta u Beogradu.