

Sveske za javno pravo

Blätter für Öffentliches Recht

ISSN 2232-7320 (Štampano izd.)
ISSN 2233-0925 (Online)

Saradnici ovog broja: Nikolina Bajić, Franjo Dragičević, Ljiljana Filipović, Igor Popović, Sevima Sali-Terzić, Ana Stevanović, Radomir Zekavica

Utemeljitelj, glavni i odgovorni urednik: prof. dr. Edin Šarčević

Redakcijski odbor: Sevima Sali-Terzić (Sarajevo), prof. dr. Tarik Haverić (Zenica),

prof. dr. Darko Simović (Beograd), Ena Gotovuša (Sarajevo) i prof. dr. Edin Šarčević (Leipzig) Septembar 2019.

Redakcija: Centar za javno pravo, Hamdije Kreševljakovića 8/4, 71000 Sarajevo www.fcjp.ba

37

Str. 1-80

10. godište

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



Sevima SALI TERZIĆ, <i>Uz ovaj broj</i>	1	Igor POPOVIĆ, <i>Dopustivost apelacija protiv odluka ustavnih sudova entiteta u Bosni i Hercegovini</i>	49
Ljiljana FILIPOVIĆ, <i>Krivičnopravni aspekti govora mržnje na elektronskim medijima i na internetu</i> ...	3	Nikolina BAJIĆ, <i>Ustavni sud BiH i obustava odluka o povredi prava na suđenje u razumnom roku</i>	60
Sevima SALI-TERZIĆ, <i>Govor mržnje na internetu: međunarodni standardi i zaštita</i>	17	Ana STEVANOVIĆ, <i>Pravosudna akademija u Republici Srbiji: velika očekivanja na nejakim plećima</i>	70
Franjo DRAGIČEVIĆ, <i>Govor mržnje, izborni proces i pravo na slobodu izražavanja</i>	27		
Radomir ZEKAVICA, <i>Normativni i institucionalni okvir zabrane govora mržnje u Republici Srbiji</i> ...	39		

SEVIMA SALI TERZIĆ

Uz ovaj broj / With this volume

U isto vrijeme kada su se prikupljeni radovi za ovaj broj *Sveski za javno pravo* o govoru mržnje na internetu, došlo je do obračuna na društvenim mrežama. Dijana Pelidija, učiteljica jedne osnovne škole u Sarajevu, privukla je interes javnosti nakon što je u Avazu osvanuo tekst o fotografiji sa šajkačom objavljenoj na njenom Facebook profilu. Ovu informaciju su velikom brzinom prenijeli internet portali. Nakon toga, mediji su objavili i komentare koje je Dijana Pelidija pisala na Facebooku, kao što je onaj da su "Bošnjaci nastali od Srba", što je opet novinaru Avaza poslužilo da napiše da Pelidija "širi velikosrpsvo". Naravno, uslijedila je lavina komentara na društvenim mrežama i portalima koji se mogu okarakterizirati od uvredljivih, preko vulgarnih do govora mržnje i podstrekavanja na nasilje: nazivali su je "četnikušom" koja "širi srpski fašizam", "četničkom kurvom", diskutovali su o njenom nacionalnom identitetu, isticali da "takva osoba ne bi smjela podučavati djecu", pozivali da joj se uruči otkaz, sve začinjeno psokama i uvredama. Reakcija, kojom je Pelidija objašnjavala da su i statusi i komentari izvučeni iz konteksta, da predstavljaju njenu ironičnu reakciju

While the papers on hate speech on the Internet were being collected for this issue of *Public Law Volumes*, a showdown on social networks occurred. Diana Pelidija, a teacher in a Sarajevo Elementary School, found herself in the spotlight after Avaz daily released an article about a photo of her wearing *šajkača*, which she posted on her Facebook profile. The Internet portals spread the word very quickly, and soon afterward the media published the comments Dijana Pelidija wrote on her Facebook profile such as "Bosniaks being descendants of Serbs", based on which Avaz journalist accused her of "spreading the idea of Great Serbia". This triggered an avalanche of comments on social networks and portals that ranged from offensive, vulgar to hate speech and incitement to violence: she was called names such as "četnikuša" spreading "Serbian fascism", "a četnik whore"; her national identity was discussed with lots of insults and curses, suggesting that "such a person should not be teaching children", and that she should be fired from the job. In her defence, Pelidija tried to explain that both the FB statuses and comments were taken out of context, and that they represented her ironic reaction to social phenomena,

na društvene pojave i da se ne mogu razumjeti ako se ne posmatraju u kontekstu u kojem su napisani, nije imala nikakvog utjecaja. Naprotiv, oglasila se i ministrica obrazovanja kako bi najavila da će o tom “slučaju” provesti istragu i preduzeti mjere “ako zakonske mogućnosti budu dozvoljavale”, dok je ministar rada i socijalne politike zaključio da Pelidiji nije mjesto u školi “ako su postovi njeni”.

Ovaj slučaj je ponovo pokazao nespremnost ili nevoljnost internet medija da spriječe linč putem portala i društvenih mreža. On pokazuje namjeru određenih medija da, tendencioznim izvještavanjem o pitanjima kojima oni pripisuju javni interes upravo podstaknu takav linč. Pitanje kakvu ideologiju zastupaju prosvjetni radnici i drugi javni djelatnici, naravno, može predstavljati pitanje od javnog interesa. Međutim, mediji imaju ne samo obavezu da o takvim pitanjima obavijeste javnost, već i dužnost da provjere informacije, odnosno da takve informacije ne objavljuju na način koji će sugerisati zaključak koji novinar želi.

Izvještaji pokazuju da je nasilje prema medijima i novinarima u Bosni i Hercegovini u porastu. Međutim, i mediji, iz finansijskih interesa, postupaju neprofesionalno, pa iznose poluistine i stavljaju “metu na čelo”. Koriste senzacionalističke naslove koji počesto nemaju nikakve veze sa tekstem, znajući da veliki broj čitalaca neće pročitati dalje od naslova, dobijaju “klikove” i zarađuju. Pri tome, ne preduzimaju ništa da efikasno spriječe i onemoguće govor mržnje u komentarima i tako doprinose daljnjem pogoršanju komunikacije u *on-line* prostoru. Međutim, više zabrinjava neadekvatan odgovor nadležnih organa, tj. propust da ovakve slučajeve istraže i procesuiraju na odgovarajući način. U konkretnom slučaju, Pelidija je podnijela prijavu policiji, ali je dobila odgovor da nije bilo fizičkih prijetnji “a i da ih je bilo, to je teško dokazati”.

Napadnute i javno zlostavljane osobe prepuštene su same sebi, nadležni organi ne znaju kako da reaguju ili jednostavno ne žele pronaći put kako bi, čak i uz neadekvatan pravni okvir, reagovali i pružili zaštitu. Izuzetak predstavlja djelovanje Regulatorne agencije za komunikacije koja preduzima mjere iz svoje nadležnosti i sankcioniše audio-vizuelne medije, između ostalog i zbog govora mržnje (npr. nedavno kažnjavanje FTV novčanom kaznom u iznosu od 6000 KM).

Analize iz ovog broja posvećene su pravnim i sudskim reakcijama na govor mržnje. Tema je, prema tome, više nego važna. Iako je fokus uglavnom na sankcionisanju govora mržnje, analize upućuju i na potrebu da se preduzimaju i druge mjere kako sloboda izražavanja ne bi, isključivo represivnim mjerama, bila dovedena u pitanje.

and that they could not be understood unless viewed in the context in which they were written, but to no avail. On the contrary, the Minister of Education also came forward to announce that she would investigate “the case” and take action “if so permitted by law”, while the Minister of Labour and Social Policy concluded that Pelidija - if the FB posts were indeed hers - does not belong to schools.

This case, once again, demonstrated the reluctance or unwillingness of the Internet media to prevent lynching through portals and social networks. It demonstrates the intention of certain media outlets to encourage such lynching by tendentious reporting on the issues they attribute to the public interest. The question of what ideology the educators and other public officials promote may, of course, be a matter of public interest. However, the media have not only the obligation to inform the public about such issues but also the duty to verify the information, that is, not to publish such information in a way that leads to the conclusion that the journalist wants.

Reports show a growing trend of violence against the media and journalists in Bosnia and Herzegovina. However, driven by financial interests, the media also act unprofessionally, imparting the half-truths and painting a target on someone’s back. They resort to sensationalist headlines that often have nothing to do with the text, knowing that many readers will not read beyond the headline, to get “clicks”, and thus make money. In doing so, they do nothing to effectively prevent and disable hate speech in the comments, thus contributing to a further deterioration of communication in online space. However, the more concerning is the inadequate response of the competent authorities, i.e. the failure to investigate and prosecute such cases appropriately. In the particular case, Pelidija reported the case to the police, but she was told that there were no physical threats made, and “even if there were any, it would be very difficult to prove them”.

Persons who are assaulted and publicly abused are left to themselves, as the competent authorities do not know how to react or simply do not want to find a way to react and provide protection even within the inadequate legal framework. An exception is the action of the Communications Regulatory Agency, which takes measures within its jurisdiction and sanctions audio-visual media, among other things, for hate speech (e. g. they recently imposed a 6,000 BAM fine to FTV).

The analyses in this issue focus on legal and judicial responses to hate speech. The topic is, therefore, more than important. Although the focus is mainly on sanctioning hate speech, the analyses also point to the need for other measures to be taken so that freedom of expression is not compromised solely by repressive measures.

Sadržaj:

1. Značenje pojma “govor mržnje”	3
2. Obaveza zabrane i krivičnopravnog sankcioniranja govora mržnje u međunarodnim dokumentima	4
3. Kriminalizacija govora mržnje u Bosni i Hercegovini	
3.1. Krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz krivičnih zakona Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine	5
3.2. Krivično djelo javnog izazivanja i podsticanja nasilja i mržnje i krivično djelo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu iz Krivičnog zakonika Republike Srpske	11
3.3. Krivična djela neovlašćenog posjedovanja ili ugrožavanja javnog reda putem radio ili televizijske stanice iz krivičnih zakona Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine	13
4. Zaključak	15

1. Značenje pojma “govor mržnje”

Gotovo opšte mjesto rasprava o govoru mržnje je konstatacija o nepostojanju opšteprihvaćene definicije tog pojma za koju se vjeruje da bi doprinijela njegovom lakšem prepoznavanju i suzbijanju. Postojanje usaglašenog shvatanja značenja izraza “govor mržnje” svakako bi olakšalo i određivanje predmeta ovog rada. Rasprava o krivičnopravnim aspektima neke pojave podrazumijeva pregled raspoloživih krivičnopravnih instituta za suprotstavljanje toj pojavi i razmatranje njihove dostatnosti. Stoga je izuzetno značajno odrediti sadržinu odnosno okvire pojave o čijim krivičnopravnim aspektima se govori.

Iz tog razloga, a i davanja odgovora na pitanje da li Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu: BiH) raspolaže adekvatnim krivičnopravnim okvirom za suprotstavljanje govoru mržnje, pa i onom na elektronskim medijima i na internetu, nužno je odrediti šta se, za potrebe ovog rada, smatra govorom mržnje. Upravo, s obzirom na temu ovog rada, čini se prikladnim pozvati se na značenje izraza “govor mržnje” dato u Preporuci broj R (97) 20 Komiteta ministara državama članicama o “govoru mržnje”¹ budući da se Preporuka odnosi naročito na govor mržnje koji se širi posredstvom medija. U tom dokumentu Vijeća Evrope, za izraz “govor mržnje” se navodi da podrazumijeva sve oblike izražavanja koji šire, raspiruju, podstiču ili opravdavaju rasnu

mržnju, ksenofobiju, antisemitizam ili druge oblike mržnje zasnovane na netoleranciji, uključujući tu i netoleranciju izraženu u formi agresivnog nacionalizma i etnocentrizma, diskriminacije i neprijateljstva prema manjinama, migrantima i ljudima imigrantskog porijekla. U definiciji je uočljiv ograničen broj izričito navedenih oblika mržnje iako se u njoj naglašava da “govor mržnje” obuhvata, osim izričito navedenih, i druge oblike mržnje zasnovane na netoleranciji. U Obrazloženju Preporuke se ističe da, u principu, pojam netolerancije podrazumijeva širok obim stavova i mišljenja koji se odnose na isto tako širok obim osnova na kojima je moguće praviti diskriminaciju među ljudima, ali da se u ovoj Preporuci htjelo izbjeći rasplinjavanje teksta tako što bi se razmotrili svi oblici netolerancije².

Ni Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) u svojoj judikaturi nije dao definiciju pojma “govor mržnje” iako je u brojnim odlukama istaknuo da on nije zaštićen slobodom izražavanja garantovanom članom 10 Evropske konvencije o zaštiti osnovnih sloboda i ljudskih prava (u daljem tekstu: EKLJP)³. Komentatori EKLJP i prakse ESLJP ističu da se i pojam “govor mržnje” u praksi ESLJP smatra autonomnim pojmom te da, slijedom toga, pri ocjeni postojanja govora mržnje ESLJP nije vezan shvatanjem govora mržnje u unutrašnjem pravu pojedine države članice⁴. Ipak, ESLJP se u pojedinim odlukama izjašnjavao o sadržini pojma “govor mržnje” te, iako se ne radi o cjelovitim definicijama, takvi stavovi značajno doprinose razumijevanju tog pojma. Tako je ESLJP u odluci koja

*Autorica je doktorica pravnih nauka i sudija Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine. U radu se iznose lični stavovi autorice, a ne stavovi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine.

¹ Preporuku je usvojio Komitet ministara Vijeća Evrope 30. 10. 1997. na 607. sastanku zamjenika ministara.

² Obrazloženje Preporuke R (97) 20 (bilj. 1), t. 22.

³ Tako u presudi ESLJP od 04. 12. 2003. u predmetu *Gündüz protiv Turske*, zahtjev br. 35071/97, t. 41.

⁴ A. Veber, *Priručnik o govoru mržnje*, Banja Luka 2013, s. 11.

se odnosila na osudu aplikanta za izjave koje su od domaćeg suda kvalifikovane kao "govor mržnje", pozivajući se upravo na pomenutu Preporuku Komiteta ministara ali i na Opštu preporuku broj 7 Evropske komisije protiv rasizma i netolerancije o nacionalnom zakonodavstvu za borbu protiv rasizma i rasne diskriminacije te i na sopstvenu praksu, naročito naglasio da tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića predstavlja osnov demokratskog pluralističkog društva i da je zbog toga potrebno u određenim demokratskim društvima sankcionirati ili čak prevenirati sve oblike izražavanja kojima se širi, podstiče, promiče ili opravdava mržnja zasnovana na netoleranciji (uključujući vjersku netoleranciju) uz osiguranje da bilo koje nametnute formalnosti, uvjeti, restrikcije ili sankcije budu proporcionalne legitimnom cilju koji se želi postići⁵. Formalnosti, uvjeti, ograničenja ili sankcije koje pominje ESLJP su oni koji se navode u stavu 2 člana 10 EKLJP, koji moraju biti propisane zakonom i u kojima se može sastojati ograničenje slobode izražavanja kad je to nužno u demokratskom društvu radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprečavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudske vlasti.

Navedeno omogućava donošenje zaključka da sloboda izražavanja pod uvjetima propisanim u članu 10 st. 2 EKLJP može biti ograničena i kriminalizacijom govora mržnje te, slijedom toga, izricanjem krivičnih sankcija za propisana krivična djela.

Insistiranje na shvatanju govora mržnje kao bilo kojeg oblika izražavanja kojim se širi, podstiče, promovira ili opravdava mržnja zasnovana na netoleranciji, omogućava da se govorom mržnje kvalifikuje ne samo onaj govor kojim se širi, podstiče, promiče ili opravdava rasna mržnja, ksenofobija, antisemitizam, agresivni nacionalizam, etnocentrizam ili vjerska netolerancija nego i netolerancija po bilo kojem drugom osnovu koji može voditi diskriminaciji drugoga. Komentatori EKLJP uočavaju da "šta se (...) može smatrati govorom mržnje stvar je, globalno posmatrano, doktrinarnog i jurisprudencijalnog sporenja" ali da je "za praksu Suda karakteristično to da se kreće u pravcu širenja tog pojma, odnosno sužavanja slobode izražavanja ukoliko se njome podstiče mržnja i nasilje ili se stvara atmosfera straha, na diskriminatornoj osnovi"⁶. Stoga se ni krivičnopravno sankcioniranje govora mržnje ne mora a niti treba ograničiti na izričito pomenutim osnovima netolerancije odnosno oblicima mržnje u pojedinim dokumentima ili sudskim odlukama. Ni za potrebe ovog rada, govor mržnje se ne ograničava na

⁵ *Gündüz protiv Turske* (bilj. 3), t. 40.

⁶ V. Beširević/S. Carić/M. Draškić/V. Derić/G. Ilić/I. Jančević/E. Korljan/I. Krstić/T. Marinković/T. Papić/D. Popović, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017, s. 283.

te izričito pomenute oblike nego se odnosi i na druge oblike mržnje zasnovane i na drugim osnovama koji mogu dovesti do diskriminacije.

2. Obaveza zabrane i krivičnopravnog sankcioniranja govora mržnje u međunarodnim dokumentima

Određeni međunarodni pravni dokumenti propisali su obaveze države da zabrane a neki i da krivično sankcioniraju govor mržnje određene sadržine i oblika njegovog ispoljavanja. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁷ (u daljem tekstu: MPGPP) je, nakon što je odredio da se garantirana sloboda izražavanja može podvrći određenim ograničenjima ali koja moraju biti utvrđena zakonom i biti neophodna za a) poštovanje prava drugoga ili ugleda drugih osoba, b) za zaštitu državne sigurnosti ili javnog reda ili javnog zdravlja ili morala⁸, propisao i da svako pozivanje na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje treba biti zabranjeno zakonom⁹.

Za razliku od MPGPP koji ne sadrži i zahtjev za kriminalizacijom takvih ponašanja, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije¹⁰ zahtijeva od država članica da proglase kao krivično djelo svako širenje ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti ili mržnji, svako podsticanje na rasnu diskriminaciju, sva djela nasilja ili pozivanja na takva nasilja, usmjerena protiv ma koje rase ili grupe osoba druge boje ili drugog etničkog porijekla, kao i pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, uključujući tu i njihovo finansiranje, da proglase kao nezakonite i da zabrane organizacije kao i organizovane i sve druge propagandne djelatnosti koje podstiču na rasnu diskriminaciju i koje je ohrabruju kao i da proglase da je učešće u tim organizacijama ili u tim djelatnostima zakonom kažnjivo djelo te da ne dozvole javnim vlastima, ni javnim, državnim ili lokalnim ustanovama da podstiču na rasnu diskriminaciju ili da je pomažu¹¹.

Dodatni protokol uz Konvenciju o kibernetičkom kriminalu o inkriminiranju djela rasističke i ksenofobne naravi počinjenih pomoću računarskih sistema¹² takođe zahtijeva da se na nacionalnoj razini usvoje zakonodavne i druge potrebne mjere kako bi se kao krivična

⁷ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. 12. 1966, *Sl. l. SFRJ 7/71*. BiH je članica ovog Pakta na osnovu sukcesije, *Sl. l. RBiH 25/93*.

⁸ *Ibid*, čl. 19 st. 2.

⁹ *Ibid*, čl. 20 st. 2.

¹⁰ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 07. 03. 1966, *Sl. l. SFRJ 31/67*. BiH je članica ove Konvencije na osnovu sukcesije, *Sl. l. RBiH 25/93*.

¹¹ *Ibid*, čl. 4.

¹² Konvencija o kibernetičkom kriminalu od 23. 11. 2001. i Dodatni protokol uz tu Konvenciju o inkriminiranju djela rasističke i ksenofobne naravi od 28. 01. 2003, stupili su na snagu u odnosu na BiH 01. 09. 2006, *Sl. gl. BiH – Međunarodni ugovori 6/06*.

djela utvrdili radnje učinjene pomoću računarskog sistema: širenje rasnog i ksenofobnog materijala (član 3), prijatnje motivirane rasizmom i ksenofobijom (član 4), uvrede motivirane rasizmom i ksenofobijom (član 5), poricanje, bitno umanjivanje, odobravanje ili opravdavanje genocida ili zločina protiv čovječnosti (član 6) te pomaganje i poticanje bilo kojeg od krivičnih djela utvrđenih ovim Protokolom (član 7). U samom Protokolu "rasni i ksenofobni materijal" se označava kao svaki pisani materijal, svaka slika ili bilo kakav drugi prikaz ideja ili teorija koje zagovaraju, promiču ili potiču mržnju, diskriminaciju ili nasilje bilo prema pojedincu ili skupini pojedinaca, a temelje se na rasi, boji kože, podrijetlu ili nacionalnom ili etničkom porijeklu te vjeri, ako se ona koristi kao povod za bilo koje od spomenutoga (član 2.1).

Kada su u pitanju akti Evropske unije, potrebno je istaći Okvirnu odluku Vijeća 2008/913/PUP od 28. novembra 2008. godine o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije krivičnopravnim sredstvima¹³ (u daljem tekstu: Okvirna odluka) kojom su države članice obavezane da osiguraju kažnjavanje za (a) javno poticanje na nasilje ili mržnju usmjerenu protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe određene s obzirom na rasu, boju, vjeroispovijest, porijeklo ili nacionalno ili etničko podrijetlo; (b) počinjenje djela iz tačke (a) širenjem ili distribucijom letaka, slika ili ostalih materijala u javnosti; (c) javno opraštanje, poricanje ili grubo umanjivanje zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina iz člana 6, 7 i 8 Statuta stalnog Međunarodnog kaznenog suda, usmjereno protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe određene s obzirom na rasu, boju, vjeroispovijest, porijeklo ili nacionalno ili etničko podrijetlo, u slučaju kad je počinjenje izvršeno na način koji će vjerovatno poticati na nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili nekog člana takve grupe; (d) javno prihvaćanje, poricanje ili grubo umanjivanje zločina iz člana 6 Povelje Međunarodnog vojnog suda pridružene Londonskom sporazumu od 8. avgusta 1945, usmjereno protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe određene s obzirom na rasu, boju, vjeroispovijest, porijeklo ili nacionalno ili etničko podrijetlo, u slučaju kad je počinjenje izvršeno na način koji će vjerovatno poticati na nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili nekog člana takve grupe¹⁴. Okvirna odluka obavezuje države članice da osiguraju da poticanje na učinjenje djela iz člana 1 stav 1 tačka (c) i (d) bude kažnjivo i da pomaganje u učinjenju djela iz člana 1 bude kažnjivo¹⁵.

Pomenuti međunarodni akti koji obavezuju države članice na kriminalizaciju izazivanja mržnje tu obavezu

¹³ Okvirna odluka Vijeća 2008/913/PUP od 28. 11. 2008. o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije krivičnopravnim sredstvima, *Sl. l. EU L 328/55*.

¹⁴ *Ibid*, čl. 1.

¹⁵ *Ibid*, čl. 2.

izričito ustanovljavaju u pogledu rasne, nacionalne ili etničke te vjerske mržnje, te u pogledu poricanja, bitnog umanjivanja ili opravdavanja zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina. Stoga je nesporno da izazivanje rasne, nacionalne ili etničke te vjerske mržnje kada se ono čini raznim oblicima izražavanja predstavlja govor mržnje koji nije zaštićen slobodom izražavanja i koji može podlijegati krivičnim sankcijama. Kako sam koncept "govora mržnje" kao govora koji nije zaštićen slobodom izražavanja se zasniva na nužnosti očuvanja jednakog dostojanstva svih ljudi i zaštite njihovih prava i ugleda bez obzira na pripadnost ili nepripadnost grupi s određenim karakteristikama odnosno na nužnosti očuvanja tolerancije kao jednog od osnova demokratskog društva, očito je da ne postoji zapreka da se govorom mržnje koji nije zaštićen slobodom izražavanja iz člana 10 st. 1 EKLJP smatraju i izražavanja drugih oblika mržnje tj. onih koji prizilaze iz drugih osnova netolerancije. To istovremeno znači da se i u odnosu na te slučajeve govora mržnje može zakonom propisati krivično sankcioniranje pod uvjetima koje ima u vidu član 10 st. 2 EKLJP.

3. Kriminalizacija govora mržnje u Bosni i Hercegovini

3.1. Krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz krivičnih zakona Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

Slijedom složene državne strukture BiH i podijeljene nadležnosti u krivičnopravnoj materiji između BiH i njenih entiteta – Federacije BiH (u daljem tekstu: FBiH) i Republike Srpske (u daljem tekstu: RS) te posebne administrativne jedinice Brčko distrikta BiH (u daljem tekstu: BD BiH), kriminalizacija govora mržnje izvršena je posebno u četiri važeća krivična zakona u BiH. Svi ti zakoni inkriminiraju izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje.

Krivični zakon BiH¹⁶ (u daljem tekstu: KZ BiH) to čini propisivanjem krivičnog djela Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti u članu 145a, u grupi krivičnih djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina. Krivični zakon FBiH¹⁷ (u daljem tekstu: KZ FBiH) to čini u članu 163 propisivanjem, u grupi krivičnih djela protiv ustavnog poretka Federacije, krivičnog djela Izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti, a Krivični zakon BD BiH¹⁸ (u daljem tekstu: KZ BD

¹⁶ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15*.

¹⁷ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/17, 76/14, 46/16 i 75/17*.

¹⁸ Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BD BiH 33/13 – prečišćen tekst, 47/14, 26/16, 13/17 i 50/18*.

BiH) u članu 160, takođe propisivanjem krivičnog djela Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti i to u grupi krivičnih djela protiv države. Za osnovni oblik ovog krivičnog djela je u KZ BiH i KZ FBiH propisana kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine a u KZ BD BiH kazna zatvora od jedne do pet godina.

Krivični zakonik RS¹⁹ (u daljem tekstu: KZ RS) kriminaliziranje javnog izazivanja mržnje prema određenoj osobi ili grupama zbog njihove nacionalne, rasne ili vjerske pripadnosti vrši u okviru krivičnog djela Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje iz člana 359, koje se nalazi u grupi krivičnih djela protiv javnog reda i mira.

U sva tri krivična zakona koja sadrže krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti (KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH) inkriminirano je ne samo izazivanje mržnje, koje podrazumijeva njeno uzrokovanje nego i raspirivanje (rasplamsavanje) mržnje, koje podrazumijeva njeno razbuktavanje ili intenziviranje ali i izazivanje i raspirivanje blažih oblika netolerancije – razdora i netrpeljivosti²⁰. U tim zakonima kriminalizirano je izazivanje ili raspirivanje samo tri oblika mržnje: nacionalne, rasne ili vjerske. Na osnovu ovih odredaba KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH ne može se krivično sankcionirati izazivanje drugih oblika mržnje odnosno mržnje koja ima druge osnove. Štaviše, primjenom ovih zakonskih odredaba ne može se sankcionirati ni izazivanje svake nacionalne, rasne ili vjerske mržnje, razdore ili netrpeljivosti. Naime, KZ BiH sankcionira samo izazivanje ili raspirivanje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti među konstitutivnim narodima i ostalima, kao i drugima koji žive ili borave u BiH, a KZ FBiH i KZ BD BiH sankcioniraju navedene radnje samo ako se one odnose na konstitutivne narode i ostale koje žive u Federaciji odnosno u BD BiH. Ako se izazivanje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti odnosi na one koji niti žive niti borave u BiH, pa čak ni kada je radnja učinjenja preduzeta na teritoriji BiH, krivično sankcioniranje učinitelja se ne može provesti primjenom ovih zakonskih odredaba.

Iako MPGPP zahtijeva zabranu samo onog pozivanja na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje, KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH kriminaliziraju samo izazivanje mržnje odnosno ne zahti-

jevaju i da ono predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje. Okvirna odluka pak obavezuje na kriminalizaciju javnog poticanja na nasilje ili mržnju usmjerenu protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe određene s obzirom na rasu, boju, vjeroispovijest, porijeklo ili nacionalno ili etničko podrijetlo. Okvirna odluka, dakle, kao ni ovi zakoni ne uvjetuje kriminalizaciju izazivanja mržnje time da ono istovremeno predstavlja i izazivanje nasilja. Ali, Okvirna odluka zahtijeva potpunu kriminalizaciju izazivanja mržnje zasnovane na rasi, boji, vjeroispovijesti, porijeklu ili nacionalnom ili etničkom podrijetlu, usmjerene protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe dok se pomenuti domaći zakoni ograničavaju na izazivanje ili raspirivanje mržnje među konstitutivnim narodima i ostalima odnosno onima koji žive ili borave u BiH.

S obzirom da i KZ BiH i KZ FBiH i KZ BD BiH za određivanje radnje učinjenja ovih krivičnih djela koriste nesvršeni ("ko izaziva ili raspiruje") a ne svršeni glagolski oblik (na primjer, "ko je izazvao ili raspirio"), za postojanje svršenog krivičnog djela nije potrebno i da je mržnja, razdor ili netrpeljivost izazvana ili rasplamsana. Potrebno je samo da je preduzeta radnja koja je objektivno pogodna da prouzrokuje ili intenzivira nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju. Da li određena radnja ima takav kapacitet procjenjuje se s obzirom na njenu sadržinu i značaj, kontekst u kojem je preduzeta, status njenog učinitelja i kome je i na koji način bila upućena.

Kako nijedan od ovih zakona ne propisuje kažnjavanje i za nehatni oblik ovog krivičnog djela, krivično djelo izazivanja ili raspirivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti može se učiniti samo s umišljajem. Pomenuti zakoni pak ne traže za postojanje ovog krivičnog djela da je radnja iz zakonskog opisa preduzeta s ciljem izazivanja ili raspirivanja ovih oblika mržnje, pa se ovo krivično djelo može učiniti i sa eventualnim umišljajem. Dovoljno je da je učinitelj bio svjestan da radnjom koju preduzima može uzrokovati ili razbuktati nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju i da je pristao na takvu posljedicu.

Osnovnim oblicima navedenih krivičnih djela kažnjavanje nije ograničeno na određeni način izazivanja ili raspirivanja nacionalne, rasne ili vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti.

Međutim, određeni način ili sredstvo izazivanja ili raspirivanja mržnje, razdora ili netrpeljivosti mogu dovesti do učinjenja kvalificiranog oblika ovog krivičnog djela. KZ FBiH i KZ BD BiH propisuju kvalificirani oblik ovog krivičnog djela, kažnjiv sa kaznom zatvora od jedne do osam godina, ukoliko je osnovno krivično djelo izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti učinjeno prisilom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi narodnosnih, etničkih ili vjerskih simbola, oštećenjem tuđih simbola odnosno stvari, sknavljenjem spo-

¹⁹ Krivični zakonik Republike Srpske, *Sl. gl. RS* 64/17.

²⁰ O zakonskim obilježjima krivičnih djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti vidjeti više u M. Babić/Lj. Filipović/I. Marković/Z. Rajić, *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Knjiga II*, Sarajevo 2005, ss. 961 i dalje; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2009, ss. 694 i dalje; *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, redakcija N. Srzentić, Beograd 1978, ss. 472 i dalje.

menika, spomen obilježja ili grobova. Kvalificirani oblici ovog krivičnog djela postoje i u slučaju kada je zbog tog djela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posljedica za zajednički život konstitutivnih naroda i ostalih koji žive u FBiH odnosno BD. Za taj kvalificirani oblik u oba zakona je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina. Jedini kvalificirani oblik koji postoji u sva tri ova zakona je učinjenje osnovnog oblika krivičnog djela zloupotrebom svoga položaja ili ovlaštenja. I za njega je predviđena kazna zatvora od jedne do deset godina. Za ocjenu ko sve dolazi pod udar ove zakonske odredbe značajno je napomenuti da ni KZ BiH ni KZ FBiH ni KZ BD BiH za postojanje ovog kvalificiranog oblika ne zahtijevaju da je do učinjenja djela došlo zloupotrebom službenog položaja niti posebno svojstvo učinitelja odnosno svojstvo službene ili odgovorne osobe u smislu tih zakona.

Samo u KZ FBiH propisan je poseban oblik ovog krivičnog (član 163 st. 5) djela koji se sastoji u učinjenju osnovnog oblika krivičnog djela izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti javnim poricanjem ili opravdanjem genocida, zločina protiv čovječnosti ili počinjenih ratnih zločina utvrđenih pravosnažnom odlukom Međunarodnog suda pravde, Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju ili domaćeg suda. Zapriječena kazna je istovjetna kao i za osnovni oblik ovog krivičnog djela.

Za razliku od KZ BD BiH koji u zakonskom opisu ovog krivičnog djela ne sadrži takav zahtjev, za postojanje ovog krivičnog djela (osnovnog oblika, pa, prema tome, i kvalificiranih oblika) prema KZ BiH i KZ FBiH potrebno je da se izazivanje ili raspirivanje mržnje vrši javno. Međutim, kako se radnjom učinjenja ovog krivičnog djela može smatrati samo ona radnja koja je pogodna da izazove ili rasplamsa navedene oblike mržnje, razdora ili netrpeljivosti, takav efekat teško će se moći pripisati radnji koja nije javno preduzeta.

I u teoriji i u sudskoj praksi postoji saglasnost da se ovi oblici mržnje mogu izazvati i raznim oblicima izražavanja (govorom, slikama, crtežima, pokretima). U tom smislu ova krivična djela predstavljaju kriminalizaciju govora mržnje.

Propisivanje izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti kao krivičnog djela predstavlja podvrgavanje ostvarivanja slobode izražavanja kaznama propisanim zakonom na koje se, između ostalog, odnosi odredba člana 10 st. 2 EKLJP koja se bavi ograničenjima slobode izražavanja. Da ne bi predstavljalo kršenje slobode izražavanja iz člana 10 st. 1 EKLJP, to zadiranje mora ne samo biti predviđeno zakonom nego i vršeno u legitimnom cilju i neophodno u demokratskom društvu.

Štaviše, slijedom prakse ESLJP, ni sama činjenica da se radilo o miješanju u slobodu izražavanja koje je bilo propisano zakonom, kao što bi to bio slučaj kod osude neke osobe za predmetno krivično djelo, nije

dovoljna za zaključak da takvo miješanje ne predstavlja kršenje slobode izražavanja. Kao i kad riječ o mogućim ograničenjima drugih prava propisanih EKLJP, ESLJP je i u pogledu ograničenja slobode izražavanja postavio zahtjeve koji se tiču kvaliteta zakona koji propisuje određeno ograničenje. Tako je u predmetu *Delfi As protiv Estonije*, koji se odnosio na izražavanja korisnika interneta, ESLJP podsjetio da izraz “propisano zakonom” iz stava 2 člana 10 EKLJP, ne zahtijeva samo da je mjera kojom se ograničava sloboda izražavanja imala pravnu osnovu u domaćem zakonu nego i da je taj zakon bio dostupan osobi na koju se odnosi primijenjena mjera i da su joj bili predvidljivi i njegovi efekti²¹. Prema stanovištu ESLJP, norma se može smatrati zakonom u smislu člana 10 stav 2 EKLJP ako je formulirana sa dovoljnom preciznošću koja omogućava građaninu da uskladi svoje ponašanje toj normi, te da građanin mora biti u mogućnosti, ako je potrebno i uz odgovarajući savjet, da predvidi, u stepenu koji se s obzirom na okolnosti, može razumno očekivati, posljedice koje ponašanje može sa sobom povlačiti. Ali te posljedice ne moraju biti apsolutno predvidljive. Iako je takva određenost zakona poželjna, ona može značiti pretjeranu rigidnost jer zakon mora omogućiti primjenjivost i u promijenjenim okolnostima. Stoga su u mnogim zakonima korišteni izrazi koji su manje ili više neodređeni i čije su tumačenje i primjena pitanje prakse²².

Odredbe domaćih krivičnih zakona kojima su propisana krivična djela izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti “prošle” su taj test od strane Ustavnog suda BiH²³ a, u izvjesnom smislu, i od strane ESLJP²⁴. Tako je Ustavni sud BiH, izjašnjavajući se o navedenom krivičnom djelu iz člana 163 st. 1 KZ FBiH, konstatirao da “izrazi kao što su raspirivanje, razdor i netrpeljivost imaju vrlo široko značenje, da u zakonu nisu posebno definirani, ali i da bi bilo nerealno očekivati da se tim izrazima da precizna pravna definicija ili da zakonodavac navede iscrpnu listu značenja, odnosno djela koja bi se mogla svrstati pod ove izraze. Stoga Ustavni sud naglašava da je kod primjene ove odredbe vrlo izražena obaveza suda da obrazloži kako je i na koji način utvrdio da se određena postupanja mogu svrstati pod ove izraze, vodeći računa o zaštiti slobode izražavanja kao osnova demokratskog društva”²⁵. Ovaj zahtjev sudovima

²¹ Presuda ESLJP od 16. 06. 2015. godine u predmetu *Delfi As protiv Estonije*, zahtjev br. 64569/09, t. 120.

²² *Ibid*, t. 21.

²³ Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH, br. AP-3430/16 od 19. 12. 2018. godine.

²⁴ U odluci od 16. 01. 2018. godine, u predmetu *Smajić protiv BiH*, zahtjev br. 48657/16, ESLJP se nije upuštao u ocjenu kvalitete KZ BD BiH kojom je propisano odnosno krivično djelo, ali je konstatirao da je mješanje u aplikantovu slobodu izražavanja u konkretnom slučaju bilo propisano zakonom – čl. 160 KZ BD BiH, t. 32.

²⁵ Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP-3430/16 (bilj. 23), t. 27.

formuliran u odluci Ustavnog suda BiH sadrži i domaće krivičnoprocesno zakonodavstvo. Sud je, naime, dužan da u obrazloženju svoje presude navede i razloge kojima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja a naročito pri utvrđivanju da postoji krivično djelo i krivična odgovornost optuženog²⁶. Specifično za ovu vrstu krivičnih djela, to podrazumijeva obavezu redovnih sudova da pri oglašavanju optuženog krivim za krivično djelo izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti učinjenog “govorom mržnje” navedu i razloge zbog kojih nalaze da je takvo miješanje u slobodu izražavanja optuženog u skladu sa članom 10 stav 2 EKLJP i da stoga ne predstavlja kršenje te slobode.

To dalje znači da su redovni sudovi pri oglašavanju optuženog krivim za krivično djelo izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti dužni razmotriti i utvrditi da li je takvo ograničenje slobode izražavanja radi zaštite nekog od legitimnih ciljeva koje ima u vidu odredba člana 10 st. 2 EKLJP²⁷ i o tome navesti dovoljne i relevantne razloge u svojoj presudi. Kada je riječ o osudi za krivično djelo izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti kao jednog od krivičnih djela kojima je u BiH pravnom sistemu izvršena kriminalizacija govora mržnje, uglavnom se kao legitimni cilj u kojem su donesene takve presude navodi – zaštita ugleda i prava drugih²⁸.

Osim toga, redovni sudovi su dužni ispitati i da li je oglašavanje optuženog krivim za izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti neophodno u demokratskom društvu. Time se osigurava ravnoteža između prava optuženog na slobodu izražavanja i legitimnog cilja koji se želi postići konkretnim ograničenjem slobode izražavanja. Izuzeci koje predviđa odredba člana 10 stav 2 EKLJP “moraju se ... striktno tumačiti, a potreba za bilo kakvim ograničenjima mora se ubjedljivo dokazati...”²⁹. U skladu sa

zakonskom obavezom sudova da u obrazloženju presude navedu razloge za svoje činjenične i pravne zaključke, te sa stavom ESLJP da razlozi kojima se sud rukovodio pri ograničenju slobode izražavanja moraju biti “relevantni i dovoljni”, obrazloženje presuda kojima se optuženi oglašavaju krivim za krivično djelo izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti učinjeno govorom mržnje moraju sadržavati i razloge koje se odnose na neophodnost takvog ograničenja slobode izražavanja u demokratskom društvu.

Slijedom prakse ESLJP, pri procjeni da li je osuda za navedeno krivično djelo učinjeno govorom mržnje neophodna u demokratskom društvu, domaći sud je dužan cijeniti brojne faktore. Prema ESLJP, vrsta govora je pitanje od posebnog značaja. Čvrst je stav da ima malo prostora za ograničenje u sklopu člana 10 st. 2 EKLJP političkog govora ili debate koja se tiče pitanja od javnog interesa. Ali, šire polje procjene je državam članicama dato u pogledu reguliranja slobode izražavanja u vezi sa pitanjima vezanim sa ličnim uvjerenjima u okviru kojih je sfera morala i, posebno, vjere. Države pak imaju široku marginu procjene u reguliranju govora u komercijalnim i pitanjima oglašavanja³⁰. Stav je ovog Suda i da, u kontekstu vjerskih uvjerenja, opšti zahtjev je osigurati mirno uživanje prava garantiranih članom 9 EKLJP uključujući i dužnost izbjegavanja, koliko je to moguće, izražavanja koja su u odnosu na objekte štovanja bezrazložno uvredljiva i profana³¹. Osim vrste izražavanja, potrebno je izvršiti analizu sadržaja i tona izražavanja, ali i kontekstualnu analizu koja se zasniva na analizi društvenih odnosa i eventualnih tenzija između pojedinih zajednica u sredini i trenutku u kojima je izjava data, poziciju autora izražavanja i mogućeg njegovog utjecaja na odnose u određenoj sredini, pa i načina na koji je izražavanje izvršeno.

Da li je miješanje državne vlasti u slobodu izražavanja osudom za krivično djelo izazivanja narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti bilo neop-

ESLJP se pozvao na zaključke date u predmetu *Bédat protiv Švicarske* (GC), zahtjev br. 56925/08, t. 48, u kojoj je, osim navedenog, istaknuto da pridjev “neophodno”, u smislu člana 10 st. 2, podrazumijeva postojanje “nužne društvene potrebe”, te da države potpisnice imaju određeno polje slobodne procjene u ocjeni da li takva potreba postoji, ali da ta sloboda procjene ide ruku pod ruku s evropskim nadzorom koji obuhvaća kako zakon tako i odluke u kojima je primijenjen, čak i one koje je donio nezavisan sud. Zadatak ESLJP u vršenju njegove nadzorne nadležnosti nije da zauzme mjesto nadležnih domaćih organa vlasti te da ono što Sud mora uraditi jeste da sagleda uplitanje koje je predmet pritužbe u svjetlu slučaja u cjelini, te da utvrdi da li je ono bilo srazmjerno legitimnom cilju koji se želio postići i da li su razlozi koje su domaći organi vlasti naveli kako bi ga opravdali – relevantni i dovoljni.

³⁰ Presuda ESLJP od 30. 04. 2018. godine u predmetu *Sekmadienis LTD protiv Litvanije*, zahtjev br. 69317/14, t. 73.

³¹ https://mail.pravosudje.ba/owa/?ae=Item&a=New&t=IPM.Note&cc=MTQuMy4yMjQuMixoci1IUiw0Mjk00TY3Mjk1LEhUTUwMCww&pspid=_1571336932153_285413760#_ftn1

²⁶ Čl. 290 st. 7 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BiH* 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18; čl. 305 st. 7 Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14; čl. 304 st. 7 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, *Sl. gl. RS* 53/12, 91/17 i 66/18; čl. 290 st. 7 Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Sl. gl. BD BiH* 33/13 i 27/14.

²⁷ Čl. 10 st. 2 EKLJP kao ciljeve radi čije zaštite se može zakonom predvidjeti ograničenja slobode izražavanja predviđa interese državne sigurnosti, teritorijalnu cjelovitost ili javni red i mir, sprečavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala, zaštita ugleda ili prava drugih, sprečavanja odavanja povjerljivih informacija ili očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudske vlasti.

²⁸ Odluka Ustavnog suda BiH, br. AP-3430/ (bilj. 23), t. 29; *Smajić protiv BiH* (bilj. 24), t. 32.

²⁹ Presuda Velikog vijeća ESLJP od 27. 06. 2017. godine u predmetu *Medžlis Islamske zajednice i drugi protiv BiH*, zahtjev br. 17224/11, t. 75. U odnosnom dijelu ove presude

hodno u demokratskom društvu, procjenjuje se i s obzirom na prirodu i težinu izrečenih kazni³².

Zahtjev da se radi o javnom izazivanju ili raspirivanju nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti (KZ BiH i KZ FBiH) odnosno da je određena radnja pogodna, s obzirom na mogućnost njenog saznavanja od strane drugih osoba, da izazove ili raspiri ove oblike mržnje biće ispunjen i u slučaju kada se izazivanje ili raspirivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti vrši govorom mržnje na elektronskim medijima ili na internetu.

Domaća sudska praksa poznaje slučajeve osude učinitelja koji su izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti činili putem interneta odnosno društvenih mreža. Ali, sve osude domaćih sudova nisu prošle kontrolu Ustavnog suda BiH u slučajevima kada on postupa u okviru apelacione nadležnosti iz člana VI/3.b) Ustava BiH i kada ispituje da li je zbog mišljenja bilo kojeg suda u BiH došlo do povrede prava zaštićenih Ustavom BiH ili EKLJP. U jednoj novijoj odluci Ustavni sud BiH se pozvao na stavove ESLJP iz predmeta *Savva Terentyev protiv Rusije*³³ u kojima je istaknuto da izražavanje koje pojedinac objavi “maloj i ograničenoj grupi korisnika Facebooka nema istu težinu kao i izjave objavljene na *mainstream* internetskoj stranici” te da iako se od država zahtijeva da zakonom zabrane “bilo kakvo promoviranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koja predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili mržnju, ali nema zahtjeva da se takvo izražavanje neophodno kriminalizira [...] samo ozbiljni i ekstremni primjeri podsticanja na mržnju [...] trebaju biti kriminalizirani”³⁴. Usvojivši apelaciju, Ustavni sud BiH je tom odlukom utvrdio, između ostalog, povredu apelantovog prava na slobodu izražavanja iz člana II/3.h) Ustava BiH i člana 10 EKLJP te ukinuo presudu kantonalnog suda kao drugostepenog suda i naložio mu da po hitnom postupku donese novu odluku u skladu sa, između ostalog, članom II/3.h) Ustava BiH i članom 10 EKLJP. Ukinutom odlukom kantonalnog suda³⁵ bila je odbijena kao neosnovana žalba apelanta podnijeta protiv presude općinskog suda kao prvostepenog suda kojom je on bio oglašen krivim za krivično djelo Izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 163 st. 2 u vezi sa stavom 1 KZ FBiH³⁶. Pri donošenju zaključka

da je osudom apelanta za navedeno krivično djelo bila, između ostalih, povrijeđena i njegova sloboda izražavanja, Ustavni sud BiH je cijenio vrstu izražavanja³⁷, sveukupni kontekst u kojem je preduzeta konkretna radnja učinjenja³⁸, ton i sadržaj izražavanja³⁹ kao i činjenicu kome je objava bila namijenjena⁴⁰. Za temu ovog rada od naročitog značaja je da je Ustavni sud BiH pri donošenju zaključka o povredi apelantove slobode izražavanja imao u vidu da redovni sudovi nisu uzeli u obzir da je apelant spornu sliku i natpis objavio na svojoj Facebook stranici, da je bila dostupna malom broju ljudi tj. samo njegovim “prijateljima” na Facebooku, te da je tek nakon njihovog preuzimanja na jednom lokalnom portalu, uz, kako se navodi u odluci Ustavnog suda BiH, sugestivan naslov urednika tog portala (“Tko nas štiti, policajac širi mržnju na Facebooku”), s kojeg su to preuzeli i drugi portali, sporna fotografija postala dostupna široj javnosti⁴¹. Konkretni predmet je interesantan i zbog konstatacije Ustavnog suda BiH da redovni sudovi nisu obrazložili zašto se može isključivo staviti na teret apelantu, koji

objavio fotografiju kipa Isusa Krista, koji se nalazi u Rio de Janeiru s pratećim tekstom ‘Idemooo trgajte’, a na kojoj se u pozadini nalazi zastava BiH i dva zmaja koja lete prema kipu, s tim da prvi zmaj ima otvorena usta i napada navedeni kip”. Činjenični opis djela nije sadržavao naznaku da je navedena radnja preduzeta na dan odigravanja utakmice reprezentacije BiH u okviru kvalifikacija za Svjetsko nogometno prvenstvo u Brazilu.

³² Ustavni sud je istaknuo da iz činjenica konkretnog predmeta proizlazi da “apelant nije imao namjeru da učestvuje u ili doprinese nekoj javnoj debati koja se ticala bilo kakve rasprave o vjerskim pitanjima ili drugim pitanjima od javnog interesa... Dakle, u takvoj situaciji diskreciona ocjena koja je ostavljena domaćim vlastima, odnosno sudovima u konkretnom slučaju je šira...”. Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-3430/16 (bilj. 23), t. 34.

³³ Ustavni sud BiH je imao u vidu da je sporna fotografija objavljena na dan kada je nogometna reprezentacija BiH igrala kvalifikacionu utakmicu za Svjetsko nogometno prvenstvo u Brazilu, da je apelant u postupku pred redovnim sudovima tvrdio da je fotografiju sa statuom Isusa Hrista u Rio de Janeiru smatrao simbolom grada Rio de Janeira a ne kao simbol kršćanstva, te da je objavljivanje fotografije na njegovom Facebook profilu predstavljalo “sportsku podršku reprezentaciji”, a da redovni sudovi nisu dali dovoljno i relevantno obrazloženje zašto se ne može prihvatiti takva apelantova odbrana. *Ibid*, t. 34 i 36.

³⁴ Ustavni sud BiH je ukazao da se objavljena sporna fotografija kao takva ne može cijeliti izvan konteksta i da se zbog toga ne može zaključiti da je ta fotografija takva da na prvi pogled podstiče mržnju na osnovu vjere ili da predstavlja napad na vjeru, te da su stoga sudovi bili obavezni da u svojim odlukama “daju relevantne i dovoljne razloge zbog čega su sporna slika i natpis, koji prema mišljenju Ustavnog suda na prvi pogled ne predstavljaju uvredu za vjeru i vjernike, bili suprotni pravu drugih da mirno uživaju u svojoj vjeri”. *Ibid*, t. 35.

³⁵ Ustavni sud BiH je naglasio da je apelant “spornu sliku i natpis objavio na svojoj Facebook stranici i da je bila dostupna malom broju ljudi, odnosno samo onima koji su apelantovi ‘prijatelji’ na Facebooku (...)”. *Ibid*, t. 37.

³⁶ *Ibid*, t. 33.

³² *Smajić protiv BiH* (bilj. 24), t. 40.

³³ Presuda ESLJP od 28. 08. 2018. u predmetu *Savva Terentyev protiv Rusije*, zahtjev broj 10692/09, t. 34.

³⁴ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP-3430/16 (bilj. 23), t. 33.

³⁵ Radi se o presudi Kantonalnog suda u Livnu, br. 68 0 K 028567 15 Kž od 15. 02. 2016.

³⁶ Apelant je presudama redovnih sudova bio oglašen krivim i osuđen zbog toga što je “javno izazvao vjersku mržnju i netrpeljivost prema Hrvatima, pripadnicima rimokatoličke vjeroispovijesti, koji žive u BiH, izlaganjem poruzi vjerskih simbola na način da je na svom Facebook profilu ... javno

je spornu fotografiju objavio na svom Facebook profilu dostupnom ograničenom broju ljudi, utvrđenje redovnih sudova da je objavljivanje te fotografije na informativnom portalu izazvalo komentare “iz kojih je proizlazila nacionalna mržnja” te da je “kod nekih koji su komentirali sporna slika izazvala vjersku mržnju i negodovanje, a kod drugih odobravanje”⁴². Ovo zapažanje, naime, otvara pitanje o krivičnoppravnom značaju radnje urednika portala (online medija) koja nije predstavljala samo informaciju o apelantovoj objavi na njegovom Facebook profilu nego i komentar te objave kao i njeno dalje raspačavanje uz “sugestivan naslov”.

U pogledu krivičnopavnog sankcioniranja govora mržnje na internetu, interesantne su i odluke sudova u BD BiH u predmetu u kojem je optuženi oglašen krivim za krivično djelo Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz člana 160 st. 1 KZ BD BiH zbog toga što je na javno dostupnom internetskom forumu napisao više objava u kojima su, kako su sudovi utvrdili, korišteni izrazi koji su izrazito uvredljivi za pripadnike jedne konkretne etničke skupine u BD i koji, sami po sebi, predstavljaju grubo vrijeđanje njenih vjerskih osjećanja. Osim toga, po ocjeni drugostepenog suda, analiza cjelokupnog sadržaja tekstova koje je optuženi objavio na internetskom forumu, omogućava donošenje zaključka “da se ne radi o iznošenju slobodnog mišljenja o nekom aktuelnom društvenom problemu, nego na krajnje neprikladan način, u formi dijaloga, razrađenoj strategiji postupanja isključivo prema jednoj od etničkih skupina u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine, u slučaju secesije dijela teritorija Bosne i Hercegovine (referendum o odcjepljenju). Bez obzira što je očigledno da je sadržaj spornih komentara dat u hipotetskoj formi, kako sam optuženi kaže u slučaju mogućeg “vojnog scenarija”, time se ne umanjuje njihova podobnost da se izazove željeni efekat, bez obzira na realnu mogućnost realizacije onoga što se u tekstu iznosi”⁴³. Odluke su značajne i zbog toga što je odbrana u toku postupka iznosila tvrdnju da su objave napisane na “zatvorenom forumu”, “koji nije dostupan širem krugu zainteresiranih građana, odnosno da se tom forumu moglo pristupiti tek nakon prijave administratoru, koji odobrava registraciju i zainteresiranom korisniku dodjeljuje lozinku čijim se unošenjem tek može pristupiti dotičnoj internetskoj stranici” ali su sudovi utvrdili da je “navedena internet stranica, uključujući i forum na kome je optuženi objavio sporne tekstove, dostupna bilo kom korisniku interneta i da pristup toj stranici ne zahtijeva bilo kakve predradnje da bi se nesmetano mogli čitati svi tekstovi koji su objavljeni na predmetnom forumu. Prijava administra-

toru, kao i sve druge formalnosti ... uključujući i prethodno unošenje lozinke, bilo bi neophodno samo ako korisnik želi sudjelovati u komentiranju onoga što je tema na određenom forumu navedene internet stranice...”⁴⁴.

Sudska praksa u BiH poznaje i slučaj vođenja krivičnog postupka protiv novinarkе odnosno urednice u informativnom programu i urednice i voditeljice televizijske emisije u kojoj je emitirana izjava osobe koju je tužitelj ocijenio kao javno raspirivanje nacionalne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti među konstitutivnim narodima koji žive u BiH i koju je optužio za krivično djelo Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti iz člana 145a st. 1 KZ BiH. Istom optužnicom kojom je autoru te izjave stavljeno na teret navedeno krivično djelo, između ostalih, optužena je i urednica i voditeljica te emisije za pomaganje pri izvršenju tog krivičnog djela. Njena pomagačka radnja, prema optužnici, sastojala se u propustu da izvrši nadzor nad sadržajem emisije koja se emitovala u okviru informativnog programa te televizijske stanice, te, na taj način, pristajanjem da se javno emituje izjava koja je, prema stavu tužitelja, predstavljala raspirivanje nacionalne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti, te u reprimiranju te emisije i njenom postavljanju na YOUTUBE kanalu iste televizije čime je taj govor mržnje širen i učinjen dostupnim neograničenom broju korisnika te mreže i tog kanala. Međutim, prvostepeni sud je oslobodio od optužbe sve optužene osobe u ovom krivičnom predmetu pa i osobu koja je bila autor izjave a i optuženu urednicu i voditeljicu. Prema obrazloženju drugostepene presude, kojom je odbijena kao neosnovana žalba tužitelja i prvostepena presuda potvrđena, optuženi autor izjave je oslobođen od optužbe zbog toga što njegove radnje učinjenja, onako kako su bile opisane u činjeničnom opisu djela u optužnici, nisu sadržavale zakonska obilježja predmetnog krivičnog djela. Slijedom toga, oslobođena je od optužbe i urednica i voditeljica sporne emisije koja je bila optužena kao saučesnica-pomagač⁴⁵.

Iako nije okončan osuđujućom presudom, navedeni slučaj je interesantan jer otvara pitanje uloge medija u prenošenju informacija i moguće odgovornosti novinara za širenje govora mržnje koji sadrži obilježja krivičnog djela.

Preporuka broj R (97) 20 Komiteta ministara državama članicama o “govoru mržnje”, budući da je zasnovana uglavnom na presudi ESLJP Jersild protiv Danske⁴⁶, može poslužiti kao izvjestan orijentir pri ocjeni postojanja uvjeta za krivičnu odgovornost novinara i medija za širenje govora mržnje.

U presudi Jersild protiv Danske ESLJP je utvrdio po-

⁴² *Ibid.*

⁴³ Presuda Apelacionog suda BD BiH, br. 96 0 K 006861 12 Kž od 28. 11. 2012. kojom su odbijene kao neosnovane žalbe tužitelja i branitelja optuženog i potvrđena presuda Osnovnog suda BD BiH br. 96 0 K 006861 10 K od 30. 01. 2012.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Presuda Suda BiH, br. S1 3 K 020812 17 Kž od 15. 11. 2017.

⁴⁶ Presuda ESLJP od 23. 09. 1994. godine u predmetu *Jersild protiv Danske*, zahtjev br. 15890/89.

vredu slobode izražavanja aplikanta, novinara koji je izvještavao o grupi mladića koji su širili rasističke ideje, utvrdivši: “Gledano u cjelini, za ovaj dokumentarni prilog ne može se reći da mu je svrha propagiranje rasističkih mišljenja i ideja. Upravo suprotno, jasno je pokušao – kroz intervju – razotkriti, analizirati i objasniti ovu grupu mladih ljudi, ograničenih i frustriranih njihovom socijalnom situacijom, s kriminalnom prošlosti i nasilnim ponašanjem, znači bavi se temom koja je i prije zabrinjavala javnost”⁴⁷. Zaključno, stav je ESLJP da kažnjavanje novinara koji prenosi izjave drugih “ozbiljno umanjuje doprinos medija u raspravi o temama od javnog interesa i ne smije se poduzimati osim ako postoje posebno jaki razlozi da bi se to napravilo”⁴⁸.

Slijedom te presude, Preporuka ukazuje na potrebu da nacionalna zakonodavstva ali i praksa u oblasti govora mržnje “uzmu u obzir ulogu medija u prenošenju informacija i ideja koje izlažu, analiziraju i razjašnjavaju karakter konkretnih slučajeva govora mržnje ... kao i pravo javnosti da prima takve informacije i ideje”, te da stoga “treba da naprave jasnu razliku između odgovornosti autora govora mržnje, s jedne strane, i odgovornosti medija i medijskih poslenika koji doprinose njegovom širenju u okviru svog zadatka da prenose informacije i ideje o pitanjima od javnog interesa, s druge strane”⁴⁹. Preporuka takođe naglašava da je izvještavanje o rasizmu, ksenofobiji, antisemitizmu ili drugim oblicima netolerancije u potpunosti zaštićeno članom 10 stav 1 EKLJP i da se može ograničiti samo pod uvjetima iz stava 2 člana 10 EKLJP⁵⁰.

Međutim, u Obrazloženju Preporuke se navodi da “ako govor mržnje potiče direktno od samih medija i medijskih poslenika (to jest ako je govor mržnje posljedica stavova novinara ili redakcije, a ne samo izvještavanja ili prenošenja onoga što su drugi rekli) ... mediji i medijski poslenici moraju se smatrati autorima poruke mržnje u smislu navedenom u Načelu 6”⁵¹. Isti efekti se u Preporuci daje i bezrezervnom i aktivnom podržavanju tuđe izjave koja predstavlja govor mržnje od strane medija i medijskih poslenika⁵².

U Preporuci se ističe da “ključni faktor u procjeni ‘neophodnosti’ narušavanja slobode izražavanja jeste da li je medijski izvještaj objektivno imao za svrhu propagiranje rasističkih ili netolerantnih pogleda i ideja”, pa se kao relevantni faktori za tu ocjenu, pozivom na stavove iz presude Jersild protiv Danske, navode: “način na koji je medijski izvještaj pripremljen, sadržaj izvještaja, kontekst izvještaja (na primjer, vrsta medija ili programa; dužina izvještaja i priroda publike kojoj je namijenjen); svrha izvještaja (na primjer, informi-

sanje javnosti o stvarima od javnog interesa, kao što je pojava ili stepen netolerancije ili, nasuprot tome, stvaranje platforme za govor mržnje)”⁵³.

3.2. Krivično djelo javnog izazivanja i podsticanja nasilja i mržnje i krivično djelo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu iz Krivičnog zakonika Republike Srpske

U RS inkriminiranje izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje izvršeno je na drugačiji način. Učinjeno je to, najprije, propisivanjem krivičnog djela Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje iz člana 359 KZ RS, u grupi krivičnih djela protiv javnog reda i mira. Dok krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti iz ostala tri krivična zakona u BiH kriminaliziraju izazivanje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje među konstitutivnim narodima u BiH te ostalima kao i onima koji žive ili borave u BiH, KZ RS u ovom krivičnom djelu kriminalizira, između ostalog, javno pozivanje, izazivanje ili podsticanje na nasilje ili mržnju usmjerenu prema određenom licu ili grupama zbog njihove nacionalne, rasne i vjerske pripadnosti. Dakle, kriminalizirano je izazivanje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje ne samo prema određenim narodima kao grupama nego i prema određenoj osobi zbog njene nacionalne, rasne, vjerske ili etničke pripadnosti. Takav koncept zakonskog opisa ovog krivičnog djela u skladu je s načinom na koji se Okvirnom odlukom od država članica Evropske unije zahtijeva kažnjavanje javnog poticanja na nasilje ili mržnju usmjerenu protiv grupe osoba ili nekog člana takve grupe određene obzirom na rasu, boju kože, vjeroispovijest, porijeklo ili nacionalno ili etničko podrijetlo.

Ovom inkriminacijom, međutim, izvršeno je kriminaliziranje govora mržnje na mnogo širim osnovama nego što je to učinjeno u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH u okviru krivičnih djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti. Krivičnim djelom Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje iz člana 359 KZ RS propisano je krivičnopravno sankcioniranje javnog pozivanja, izazivanja ili podsticanja mržnje usmjerene prema određenoj osobi ili grupama (neovisno da li one žive ili borave u RS) i zbog njihove etničke pripadnosti, boje kože, pola, seksualnog opredjeljenja, invaliditeta, rodnog identiteta, porijekla ili kakvih drugih osobina. Osnovi po kojima se može izazivati, podsticati ili pozivati na nasilje ili mržnju prema određenoj osobi ili grupi osoba nisu, dakle, taksativno navedeni što, bez obzira na eventualna kriminalnopolitička opravdanja za ovakvu formulaciju zakonskog bića krivičnog djela, ipak dovodi u pitanje pravnu sigurnost.

Otvorenost pri određivanju zakonskih obilježja ovog krivičnog djela prisutna je i kod određivanja načina na

⁴⁷ *Ibid*, t. 33.

⁴⁸ *Ibid*, t. 35.

⁴⁹ Preporuka br. R (97) 20 (bilj. 1), Načelo 6.

⁵⁰ *Ibid*, Načelo 7.

⁵¹ *Ibid*, Obrazloženje, t. 41.

⁵² *Ibid*.

⁵³ *Ibid*, Obrazloženje, t. 46.

koji se vrši javno pozivanje, izazivanje ili podsticanje na nasilje i mržnju. Naime, u zakonskom opisu osnovnog oblika ovog krivičnog djela kao načini javnog pozivanja, izazivanja ili podsticanja izričito je navedeno “putem štampe, radija, televizije, kompjuterskog sistema ili društvene mreže, na javnom skupu ili javnom mjestu” ali i “ili na drugi način”.

Osim ovoga, osnovni oblik krivičnog djela Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje iz člana 359 KZ RS ima i drugi vid koji se sastoji u učinjenju (ne – u činjenju) dostupnim javnosti letaka, slika ili nekih drugih materijala kojima se poziva na nasilje ili mržnju usmjerenu prema određenoj osobi ili grupama zbog pomenutih pripadnosti. Nema sumnje da se propisivanjem ovog vida ovog krivičnog djela htjelo osigurati krivično kažnjavanje ne samo autora letaka, slika ili nekih drugih materijala kojima se poziva na nasilje ili mržnju, čije je kažnjavanje osigurano samim inkriminiranjem javnog pozivanja, izazivanja ili podsticanja na nasilje ili mržnju nego i učinjenje javnosti dostupnim tog materijala od strane osoba koje nisu autori tog materijala. Ovakva zakonska formulacija ovog vida ovog krivičnog djela bi mogla biti osnov za kažnjavanje i određenih emitera koji učine dostupnim javnosti bilo koji materijal kojim se poziva na nasilje ili mržnju. Međutim, pri tome je potrebno imati u vidu stavove ESLJP o ulozi medija u širenju informacija koje predstavljaju govor mržnje.

Mogućnost primjene ove zakonske odredbe na internet servis provajdere ili, na primjer, na veb sajtove koji objavljuju komentare korisnika mora se, međutim, posmatrati u sklopu zakonskih odredaba kojima se ograničava odgovornost posrednika za prenos informacija kao i onoga što proizilazi iz samog zakonskog opisa ovog vida ovog krivičnog djela. Naime, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu⁵⁴, u koji su ugrađena brojna rješenja iz tzv. Direktive o elektroničkoj trgovini⁵⁵, propisuje da davatelji usluga koji od korisnika osigurane (unesene) informacije prenose u komunikacionoj mreži ili osiguravaju pristup do komunikacione mreže, privremeno (prolazno) pohranjuju te informacije (caching), pohranjuju informacije na zahtjev korisnika (hosting) ili sredstvima elektronskog povezivanja omogućavaju pristup informacijama trećih lica, nisu obavezni generalno nadgledati informacije koje su pohranili, prenijeli ili učinili dostupnim ili

⁵⁴ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, *Sl. gl. BiH* 88/07.

⁵⁵ Direktiva 2000/31/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 08. 06. 2000. godine o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini, *Sl. l. EZ L 178/1*), u čl. 20 propisuje da države članice ne mogu uvesti opću obavezu za davatelje usluga da pri pružanju usluga iz članova 12 (Samo prijenosnik informacija), 13 (Privremeni smještaj informacija) i 14 (Smještaj informacija na poslužitelju (hosting)) prate informacije koje prenose ili pohranjuju niti opću obavezu da aktivno traže činjenice ili okolnosti koje bi ukazivale na protuzakonite aktivnosti.

samoinicijativno tražiti okolnosti koje ukazuju na protivpravne radnje⁵⁶. Ovaj Zakon, slično kao i Direktiva o elektroničkoj trgovini, propisuje kao pravilo da pomenuti davatelji usluga informacijskog društva nisu odgovorni za informacije koje prenose, informacije dobijene na upit pri pretragama, informacije koje se privremeno pohranjuju, informacije koje se pohranjuju na zahtjev korisnika niti za informacije trećih lica kojima su omogućili pristup ali određuje i uvjete pod kojima to opće pravilo ne važi⁵⁷. Direktiva o elektroničkoj trgovini, u svom uvodnom dijelu pojašnjava da se izuzeci od odgovornosti utvrđeni u toj Direktivi⁵⁸ odnose samo na slučajeve “u kojima je aktivnost davatelja usluga informacijskog društva ograničena na tehnički proces poslovanja i omogućavanje pristupa komunikacijskoj mreži preko koje se informacije stavljene na raspolaganje od trećih strana prenose ili privremeno pohranjuju, isključivo u svrhu učinkovitijeg prijenosa; ta aktivnost je samo tehničke, automatske i pasivne naravi, što podrazumijeva da davatelj usluga informacijskog društva nije upoznat s informacijama koje se prenose ili pohranjuju niti ima kontrolu nad njima”⁵⁹. U Direktivi se takođe naglašava da davatelj

⁵⁶ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu (bilj. 54), čl. 28 st. 1.

⁵⁷ *Ibid*, čl. 23-27.

⁵⁸ Odnosi se na ograničenja od odgovornosti propisana u članovima 12 (Samo prijenosnik informacija), 13 (Privremeni smještaj informacija) i 14 (Smještaj informacija na poslužitelju (hosting) Direktive o elektroničkoj trgovini.

⁵⁹ Uvodni dio Direktive o elektroničkoj trgovini (bilj. 55), t. 42. U predmetu *Delfi As protiv Estonije*, u presudi od 10. 10. 2013. godine, koji predmet je upućen Velikom vijeću i koje je donijelo presudu u ovom predmetu dana 16. 06. 2015. godine (bilj. 21) kojom je potvrđen stav iz prvopomenute presude u kojoj je presuđeno da nije bilo povrede člana 10 EKLJP pri oglašavanju odgovornim informativnog portala Delfi zbog komentara čitatelja i obavezivanju portala da tužitelju isplati naknadu štete od 320,00 eura, ESLJP je ukazao na stav estonskog Vrhovnog suda da podnosilac zahtjeva ne podliježe izuzeću od odgovornosti u smislu domaćeg Zakona o uslugama informacijskog društva i Direktive o elektronskoj trgovini. Taj stav estonskog Vrhovnog suda zasnivao se na činjenicama da je društvo - podnositelj zahtjeva platformu za komentare ugradilo na svoj informativni portal i pozvalo korisnike da postavljaju svoje komentare, da je podnositelj predstavke imao ekonomski interes od tih komentara jer je broj komentara utjecao na broj posjeta portalu, pa, slijedom toga, i na prihode podnositelja predstavke od reklama objavljenih na portalu, da to što podnositelj predstavke nije bio autor komentara ne znači da nije imao nikakvu kontrolu nad platformom za komentare jer je društvo propisalo pravila za postavljanje komentara i uklanjalo komentare u slučaju njihovog kršenja, a da korisnici, s druge strane, nisu mogli mijenjati niti brisati komentare koje su prethodno postavili nego su samo mogli prijaviti nepristojne komentare, a društvo – podnositelj predstavke je moglo odrediti koji komentari će ostati objavljeni a koji ne. Vrhovni sud Estonije smatrao je u ovom slučaju i društvo – podnositelja predstavke i autore komentara izdavačima komentara pri čemu je takvo svojstvo društva – podnositelja predstavke vezao uz ekonomski interes administratora internet portala što ga je učinilo poduzetnikom

usluga može podlijegati predviđenim izuzecima od odgovornosti samo kad on ni na koji način nije povezan s informacijama koje prenosi što podrazumijeva i da ih on ne mijenja⁶⁰ kao i kad ne saraduje namjerno s korisnikom svoje usluge radi poduzimanja nezakonitih radnji⁶¹. Posebnu pažnju zaslužuje stav iz Direktive da davatelj usluga informacijskog društva koje se sastoje od pohrane informacija, da bi imao koristi od ograničenja odgovornosti, “čim dobije saznanje ili postane svjestan nezakonitih aktivnosti treba žurno djelovati kako bi uklonio ili onemogućio pristup tim informacijama”, poštujući pri tome slobodu izražavanja⁶². Ovakvi stavovi u skladu su sa osnovnim pravilom krivičnog prava da je za krivnju potreban umišljaj a da je nehat dovoljan samo kad to zakon izričito predviđa⁶³. Krivično kažnjavanje onoga ko učini dostupnim javnosti materijal kojima se poziva na nasilje ili mržnju moguće je samo u slučaju umišljajnog djelovanja takvog učinitelja koje podrazumijeva svijest o tome da se radi o materijalu kojima se poziva na nasilje ili mržnju.

Kao i KZ FBiH i KZ BD BiH koji propisuju kvalificirane oblike izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti u slučaju posebnog načina učinjenja ili izazivanja određenih težih posljedica, i krivično djelo Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje iz člana 359 KZ RS sadrži kvalificirane oblike osnovnog krivičnog djela iz stava 1, za koji je inače propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Tako su u stavu 2 ovog člana propisani kvalificirani oblici krivičnog djela Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje ako je djelo iz stava 1 učinjeno prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obilježja ili grobova. Za ove kvalificirane oblike predviđena je kazna zatvora od jedne do pet godine. U stavu 3 propisani su kvalificirani oblici kod kojih je kvalifikatorna okolnost nastupanje teških posljedica za zajednički život naroda i ostalih koji žive u RS. Kao moguće teške posljedice djela iz stava 1 i 2 ovog člana, čije nastupanje dovodi do ovog kvalificiranog oblika navedeni su neredi i nasilje ali su u generalnoj klauzuli o nastupanju “drugih teških posljedica”, bez obzira na raznolikost osnova navedenih u stavu 1 na kojima se može zasnivati mržnja na koju se javno poziva, te druge teške posljedice vezane isključivo za zajednički život naroda i ostalih koji žive u RS. Za ovaj kvalificirani oblik krivičnog djela propisana je kazna zatvora od dvije do dvanaest godina. Zakon predviđa i obavezno izricanje mjere sigurnosti oduzimanja predmeta tako što propisuje da će se

kao i izdavača štampanih medija. (Presuda ESLJP od 10. 10. 2013. u predmetu *Delfi As protiv Estonije*, zahtjev br. 64569/09, tač. 27 i 28.)

⁶⁰ *Ibid*, t. 43.

⁶¹ *Ibid*, t. 44.

⁶² *Ibid*, t. 46.

⁶³ Čl. 33 KZ BiH (bilj. 16), čl. 35 KZ FBiH (bilj. 17), čl. 28 KZ RS (bilj. 19) i čl. 23 KZ BD BiH (bilj. 18).

materijal i predmeti koji nose poruke iz stava 1 ovog člana kao i sredstva za njihovu izradu, umožavanje ili rasturanje oduzeti.

Kriminalizacija govora mržnje u KZ RS izvršena je još jednim krivičnim djelom – krivičnim djelom Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu iz člana 363 KZ FBiH. U stavu 1 kao jedan od mogućih oblika ovog krivičnog djela, zapriječenoj kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, propisano je izazivanje nacionalne, rasne, vjerske ili druge mržnje ili netrpeljivosti zasnovane na nekom diskriminatornom osnovu na sportskoj priredbi ili javnom skupu usljed čega je došlo do nasilja ili fizičkog obračuna. Mogući načini izazivanja mržnje ili netrpeljivosti su ponašanje ili parole, tako da je, osim usmenim i pismenim verbalnim izražavanjem, ovo krivično djelo moguće izvršiti i drugim oblicima izražavanja (na primjer, pokretima). Kriminalizacijom izazivanja mržnje ili netrpeljivosti zasnovane na bilo kojem diskriminatornom osnovu omogućeno je krivičnopravno sankcioniranje raznih oblika mržnje ili netrpeljivosti ali takvom zakonskom opisu ovog krivičnog djela može se prigovoriti nedovoljna određenost sa svim posljedicama koje iz toga proizilaze. Postojanje ovog krivičnog djela je uvjetovano preduzimanjem radnji učinjenja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, pa se ono, stoga, ne tiče direktno govora mržnje na elektronskim medijima i internetu. Osim što propisuje kvalificirane oblike ovog krivičnog djela koji postoje kada je krivično djelo iz stava 1 učinjeno u sastavu grupe (za koji oblik je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina, a za kolovođu grupe kazna zatvora od tri do dvanaest godina) ili kada je izvršenjem tog krivičnog djela došlo do nereda u kojem je nekoj osobi nanesena teška tjelesna ozljeda ili je oštećena imovina veće vrijednosti (za koji oblik ovog krivičnog djela je propisana kazna zatvora od dvije do deset godina), odredba člana 363 KZ RS je interesantna i zbog toga što, u stavu 6, propisuje obavezno izricanje učinitelju krivičnih djela iz stava 1 do 4 toga člana mjere bezbjednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, a, potom, i novčanu kaznu ili kaznu zatvora do šest mjeseci za onoga ko prekrši izrečenu mjeru bezbjednosti (stav 7). Iako propisuje obavezno oduzimanje materijala i predmeta koji nose poruke kojima se javno poziva na nasilje i mržnju kao i sredstava za njihovu izradu, umnožavanje ili rasturanje, član 359 KZ RS kojim je određeno krivično djelo Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje, između ostalog, i putem društvene mreže ne propisuje izricanje zabrane pristupa internetu niti je ta mjera bezbjednosti predviđena u opštim odredbama o mjerama bezbjednosti.

3.3. Krivična djela neovlašćenog posjedovanja ili ugrožavanja javnog reda putem radio ili televizijske stanice iz krivičnih zakona Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

KZ FBiH u članu 363 i KZ BD BiH u članu 357 pro-

pisuju i krivično djelo Neovlašćeno posjedovanje ili ugrožavanje javnog reda putem radio ili televizijske stanice. U oba ova zakona ovo krivično djelo se nalazi u grupi krivičnih djela protiv javnog reda i pravnog saobraćaja.

Odredbе sadrže, u stvari, dva potpuno različita oblika ovog krivičnog djela. U stavu 1, oba zakona kao krivično djelo propisano je samo posjedovanje radio ili televizijske stanice protivno propisima o sistemu veza ili korištenje radio i televizijske stanice bez propisanog odobrenja.

Za temu ovog rada značajna su krivična djela određena u stavu 2 ovih zakonskih odredaba. Njima se propisuje da će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine kazniti onaj ko, grubo kršeći standarde profesionalnog ponašanja medija i novinara, koristi huškački ili govor mržnje ili govor koji očito poziva ili potiče na nasilje, narodne ili etničke sukobe i time dovede do ugrožavanja javnog reda ili mira.

Određivanjem da se radnje učinjenja iz zakonskog opisa ovih krivičnih djela vrše grubim kršenjem standarda profesionalnog ponašanja medija i novinara, krivičnopravno sankcioniranje na osnovu ovih zakonskih odredaba ograničeno je na novinare, urednike, vlasnike medija. Sam zakonski opis krivičnog djela ne ograničava primjenu ove odredbe na određene medije ali odnosni dio zakonskog naziva krivičnog djela ("ugrožavanje javnog reda putem radio ili televizijske stanice") upućuje na zaključak da se ova krivična djela odnose na preduzimanje radnji učinjenja iz zakonskog opisa putem radio ili televizijske stanice. Ovakvo shvatanje ima uporište ne samo u potrebi primjene pri tumačenju krivičnopravnih odredbi pravila o granicama krivičnopravne prinude⁶⁴ nego i u stavovima ESLJP koji je istakao audiovizualni mediji imaju neposredniji i snažniji učinak od štampe⁶⁵. Međutim, s obzirom da je za ovo krivično djelo propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine ne može se reći da su domaći zakonodavci imali to u vidu pri propisivanju ovih krivičnih djela. Naime, za krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti u oba ova zakona, a za koja bi mogli odgovarati i novinari štampanih medija kada su autori govora mržnje ili njegovim prenošenjem vrše njegovo propagiranje, predviđene su strožije kazne.

Pitanje na koje se medije odnosi nije jedino sporno pitanje u vezi zakonskih opisa ovih krivičnih djela. Poteškoću pri njihovoj primjeni svakako će predstavljati i tumačenja odnosno primjeni pojedinih standarda i izraza čije je značenje u pravilu sporno. Tako je za postojanje krivičnog djela potrebno da se radnja učinjenja preduzima uz grubo kršenje standarda profesio-

ionalnog ponašanja medija i novinara. Time je ova zakonska odredba poprimila blanketni karakter jer ju je, pri njenoj primjeni, potrebno dopuniti odnosnim propisima, a, osim toga, krivično djelo neće postojati pri svakom kršenju profesionalnih standarda medija i novinara nego samo pri njihovom grubom kršenju.

Radnje učinjenja, koje su alternativno propisane, su takođe nedovoljno određene. To su korištenje huškačkog govora ili govora mržnje ili govora koji očito poziva ili potiče na nasilje, narodne ili etničke sukobe. Moglo bi se reći da se ovako određene radnje u dobrom dijelu preklapaju. Uz ranije pomenuti nedostatak općeprihvaćene definicije govora mržnje i iz toga proizašlog striktno neodređenog obima tog pojma, problem je i shvatanje pojma huškačkog govora i njegovog obima. Naime, huškački govor se mora shvatiti kao govor koji potiče na nasilje, mržnju ili netoleranciju ali se postavlja pitanja, uostalom kao i kod određivanja sadržine govora mržnje, o poticanju na koje nasilje, mržnju ili netoleranciju se radi odnosno o kojim osnovima nasilja, mržnje i netolerancije se radi. Taj je problem tumačenja naročito podstaknut time što se kao jedna od alternativno određenih radnji učinjenja ovog krivičnog djela navodi očito pozivanje ili poticanje na nasilje, narodne ili etničke sukobe i koja se, stoga, ograničava na pozivanje na sukobe na nacionalnoj ili etničkoj osnovi. Uz to, za postojanje ovog krivičnog djela, u slučaju ove radnje učinjenja, osim što je potrebno da se ona vrši grubim kršenjem standarda profesionalnog ponašanja medija i novinara, zahtijeva se još i da se radi o očitom pozivanju ili poticanju na nasilje, narodne ili etničke sukobe.

Osim da su preduzete jedna ili više pomenutih radnji učinjenja uz grubo kršenje standarda profesionalnog ponašanja medija i novinara, za postojanje svršenog oblika ovog krivičnog djela potrebno je da se time dovede do ugrožavanja javnog reda ili mira.

Pri određivanju sadržine huškačkog govora i govora mržnje odnosno njihovih osnova, u smislu ovih zakonskih odredaba, osim sadržine kojima se tim pojmovima daje u judikaturi ESLJP i pojedinim dokumentima Vijeća Evrope, od velike pomoći mogu biti i akti samoregulacije koji donose pojedine agencije ili profesionalna udruženja. Tako se iz Kodeksa o audiovizuelnim medijskim uslugama i medijskim uslugama radija⁶⁶, koji je donijelo Vijeće Regulatorne agencije za komunikacije BiH, može zaključiti da govor mržnje, čije se korištenje tim Kodeksom isključuje, predstavlja govor kojim se ponižava, zastrašuje ili podstiče na mržnju, nasilje ili diskriminaciju protiv lica ili grupe na osnovu spola, rase, etničke pripadnosti, nacionalnosti, vjere ili uvjerenja, invalidnosti, posebnih potreba, dobi, seksualne orijentacije, društvenog porijekla ili na osnovu bilo koje druge okolnosti koja ima za

⁶⁴ Čl. 2 st. 2 KZ BiH (bilj. 16), čl. 3 st. 2 KZ FBiH (bilj. 17), čl. 4 KZ RS (bilj. 19), čl. 3 st. 2 KZ BD BiH (bilj. 18).

⁶⁵ Presuda ESLJP od 20. 05. 1999. godine u predmetu *Bladet Tromsø protiv Norveške*, zahtjev br. 21980/93, t. 65.

⁶⁶ Kodeks o audiovizuelnim medijskim uslugama i medijskim uslugama radija, *Sl. gl. BiH* 3/16.

svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogućiti ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, njegovih prava i sloboda⁶⁷. Ali, Kodeks, u skladu i sa praksom ESLJP, pravi distinkciju između korištenja govora mržnje pri pružanju audiovizuelne medijske usluge i medijske usluge radija i audiovizuelne medijske usluge i medijske usluge radija koje su dio naučnog, autorskog ili dokumentarnog rada i/ili predstavljaju dio objektivnog novinarskog izvještavanja i objavljene su bez namjere da se podstiču pomenute radnje odnosno s namjerom da se kritički ukaže na takve radnje⁶⁸.

Pomenuti Kodeks je značajan i zbog toga što određuje, najprije, da se pružaocem medijskih usluga smatra fizička ili pravna osoba koje snose uredničku odgovornost za odabir audiovizuelnog ili radijskog sadržaja, način organizacije i prezentacije sadržaja⁶⁹ a, potom, da je pružalac medijskih usluga odgovoran za sve sadržaje bez obzira na njihov izvor kao i za profesionalne aktivnosti koje poduzimaju njegovi zaposleni, te da ti sadržaji obuhvataju vlastit, kupljeni/nabavljeni, reemitovani i razmijenjeni program, najave programa, SMS i druge poruke publike, kao i komercijalne komunikacije⁷⁰.

U skladu s tim, te osnovnim pravilima o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela, za huškački govor ili govor mržnje kao radnju učinjenja ovog krivičnog djela mogu odgovarati i pravne osobe pod uvjetom da je fizička osoba – učinitelj ovog krivičnog djela, krivično djelo učinila u ime, za račun ili u korist pravne osobe te da je postojao neki od zakonom propisanih oblika doprinosa učinjenju krivičnog djela rukovodećih ili nadzornih organa pravne osobe⁷¹.

4. Zaključak

Podijeljena zakonodavna nadležnost u krivičnopravnoj materiji između države BiH i njenih entiteta i Brčko distrikta BiH rezultirala je neujednačenom krivičnopravnom regulacijom govora mržnje u važećim krivičnim zakonima.

Osnovno sredstvo krivičnopravnog suprotstavljanja govoru mržnje u krivičnim zakonima BiH, FBiH i BD BiH su odredbe kojima su propisana krivična djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti. Budući da su ograničena na izazivanje ili raspirivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje između konstitutivnih naroda i ostalih koji žive u BiH odnosno u FBiH i BD BiH te i drugih koji žive ili borave u BiH (KZ BiH), ova krivična djela ne omogućavaju krivičnopravni odgovor na izazivanje i ras-

pirivanje drugih oblika mržnje odnosno mržnje zasnovane na drugim osnovama netolerancije. U tom smislu ona ne predstavljaju dostatan krivičnopravni odgovor na govor mržnje. Ovo pogotovo kada se ima u vidu da je samo u KZ FBiH kriminalizirano izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti javnim poricanjem ili opravdanjem genocida, zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina utvrđenih pravosnažnom odlukom Međunarodnog suda pravde, Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju ili domaćeg suda.

Dosadašnja sudska praksa u primjeni ovih krivičnopravnih odredaba u odnosu na govor mržnje na internetu i elektronskim medijima, koja se ne ograničava samo na stavove redovnih sudova, nego obuhvata i stavove Ustavnog suda BiH i ESLJP, pruža i tužiteljstvima i sudovima potreban orijentir u njihovoj praktičnoj primjeni kako osude za ova krivična djela ne bi predstavljale kršenje slobode izražavanja garantirane članom 10 EKLJP.

Osim propisivanjem krivičnih djela izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora ili netrpeljivosti, krivični zakoni FBiH i BD BiH govor mržnje inkriminiraju i krivičnim djelima neovlašćenog posjedovanja ili ugrožavanja javnog reda putem radio ili televizijske stanice. Zakonski opisi ovih krivičnih djela kao jednu od alternativno propisanih radnji učinjenja određuju korištenje govora mržnje uz grubo kršenje standarda profesionalnog ponašanja medija i novinara, ali ovi zakoni ne određuju značenje pojma "govor mržnje". O tome na koje oblike mržnje bi se mogle odnositi ove inkriminacije može se zaključiti iz akata samoregulacije pružatelja audiovizuelnih medijskih usluga i medijskih usluga radija. Iz odredaba Kodeksa o audiovizuelnim medijskim uslugama i medijskim uslugama radija koje se odnose na govor mržnje može se zaključiti da se govorom mržnje smatra izazivanje i promicanje mržnje zasnovane, osim na nacionalnoj, rasnoj i vjerskoj osnovi, i na drugim osnovama koje mogu voditi diskriminaciji. Zbog zahtjeva da se radnja učinjenja preduzima grubim kršenjem standarda profesionalnog ponašanja medija i novinara, primjena ovih krivičnopravnih odredaba je ograničena na one na koje se ti profesionalni standardi odnose i to samo u odnosu na radio i televizijske stanice. Time je jasno izražena nekonzistentnost, u okvirima istih zakona, u krivičnopravnoj regulaciji govora mržnje u pogledu oblika, odnosno osnova govora mržnje koji podliježu krivičnopravnim sankcijama. Ta okolnost kao i nepobitna činjenica da krivičnopravna reakcija na govor mržnje ne treba biti ograničena samo na izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje među konstitutivnim narodima i ostalima u BiH odnosno među onima koji žive i borave u BiH, ukazuje na potrebu proširenja krivičnopravne zaštite i od ostalih oblika govora mržnje.

U tom smislu, krivično djelo javnog izazivanja i podsticanaja na nasilje i mržnju iz KZ RS omogućava obuhvatnije krivičnopravno suprotstavljanje govoru

⁶⁷ *Ibid*, čl. 4 st. 1.

⁶⁸ *Ibid*, čl. 4 st. 2.

⁶⁹ *Ibid*, čl. 2.

⁷⁰ *Ibid*, čl. 3 st. 7.

⁷¹ Čl. 124 KZ BiH (bilj. 16), Čl. 128 KZ FBiH (bilj. 17), čl. 105 KZ RS (bilj. 19) i čl. 128 BD BiH (bilj. 18).

mržnje i to ne samo zbog toga što kriminalizira izazivanje i podsticanje i na druge oblike mržnje osim nacionalne, rasne i vjerske nego i zbog toga što ne kriminalizira samo izazivanje mržnje među narodima nego i prema nekoj osobi ili grupi osoba po osnovu pripadnosti ili nepripadnosti određenoj grupi. Zakonskom odredbom kojom je regulirano ovo krivično djelo kao njegov poseban vid propisano je učinjenje dostupnim javnosti letaka, slika ili materijala kojima se izaziva mržnja, između ostalog i putem društvenih mreža, pa će pri njenoj primjeni, s obzirom da se radi o relativno novoj zakonskoj odredbi, sudska praksa biti suočena sa problemom odgovornosti posrednika za govor mržnje drugoga na, između ostalog, online medijima.

Poguban učinak govora mržnje na društvenu toleranciju kao uvjet opstanka i prosperiteta svake zajednice te, time uvjetovana nužnost krivičnog protivljenja govoru mržnje, s jedne strane, a, s druge strane, opasnost koju krivičnopravno sankcioniranje govora mržnje nosi za slobodu izražavanja kao jedno od ljudskih prava koje predstavlja temelj demokracije, nameće potrebu stalnog preispitivanja krivičnog zakonodavstva i prakse u ovoj materiji. Na to ukazuje i okolnost da BiH, u pogledu kriminalizacije govora mržnje na elektronskim medijima i na internetu, nije izvršila obaveze koje proističu iz Dodatnog protokola uz Konvenciju o kibernetičkom kriminalu, te ni sve obaveze iz Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

Summary

Criminal law aspects of hate speech on electronic media and on the internet

The paper considers some criminal law aspects of “hate speech” on electronic media and internet. After the definition of meaning of the term “hate speech” provided for the needs of the paper, and a review of obligations of the member States concerning prohibition and criminalization of hate speech in certain international legal documents, the paper also gives a review of the manner and scope of criminalization of hate speech in the criminal codes in force in BiH. In addition to an analysis of the principal legal elements of the related criminal offenses, the paper pays a special attention to the preconditions which must be satisfied in order that a conviction for the criminal offense of hate speech is not in violation of the right to free expression as one of the fundamental human rights. The paper also refers to the responsibility of journalists and media for hate speech and its spreading, as well as the responsibility of mediators – service providers for hate speech of others.

Sadržaj:

1. Uvod	17	4. Regulatorna u Bosni i Hercegovini – kritički osvrt na mogućnost građansko-pravne zaštite u svjetlu standarda Evropske konvencije	21
2. Koncept <i>on-line</i> govora mržnje	18	5. Zaključak	25
3. Relevantni međunarodni i regionalni dokumenti i regulacija	19		

1. Uvod

Bosanskohercegovački javni prostor je već dugo zatruvan govorom mržnje, a čini se da se vremenom situacija pogoršava, naročito kada se radi o govoru mržnje na internetu. Internet portali ne kontrolišu efikasno, ako ikako, sadržaj komentara koji objavljuju najčešće anonimni posjetioci. Vijeće za štampu u BiH reaguje po prijavama koje prime, ali kao samoregulirajuće tijelo nemaju mogućnost bilo kakvog efikasnog sankcionisanja portala koji omogućavaju takav govor. Tužilaštva ne reaguju ni na koji način. Zatrovanost javnog prostora naročito se ističe nakon nekih događaja o kojima u javnosti i inače postoji podijeljeno mišljenje. Dva skorija primjera su odličan pokazatelj u kakvom društvu živimo u Bosni i Hercegovini.

Prvi primjer: U martu 2019, Žalbeno vijeće Mehanizma za međunarodne kaznene sudove (MMKS), pravni sljednik Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, izreklo je Radovanu Karadžiću kaznu doživotnog zatvora za genocid, ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Ovo je bio povod da javni prostor u BiH, ali i u Srbiji, bude preplavljen ostrašćenim izjavama kako poricatelja genocida, tako i onih koji su na takve izjave odgovarali sličnim. Izjave kojima se ne samo poriče pravosnažno utvrđena činjenica genocida na teritoriji Srebrenice, već se i priziva novi, sličan događaj ili se kriminalizira cijeli narod, bile su udarne vijesti u medijima, punile su komentare internet portala, a ni javni zvaničnici, uključujući i bivše koji su i sami pravosnažno osuđeni za ratne zločine, kao ni predstavnici raznih boračkih i drugih organizacija, nisu ostali imuni¹.

* Autorica je viša savjetnica u Ustavnom sudu BiH i saradnica Centra za javno pravo. Mišljenja iznesena u ovom tekstu ne predstavljaju na bilo koji način mišljenje Ustavnog suda BiH.

¹ Izvor: <https://www.oslobodjenje.ba/vijesti/bih/o-presudi-radovanu-karadzicu-oglasio-se-milorad-dodik-442882>; <https://www.radiosarajevo.ba/vijesti/bosna-i-hercegovina/momcilo-krajisnik-reagirao-na-presudu-radovanu-karadzicu/330606>; <https://www.nezavisne.com/novosti/bih/Mitrovic-Presudom-Karadzicu-sud-definitivno-ignorisaovrpske-zrtve/528805>; <https://www.klix.ba/vijesti/regija/pucanj-u-prazno-seselj-i-radikali-u-beogradu-protestovali-zbog-presude-karadzicu/190324061>; <https://www.klix.ba/vijesti/regija/nenadu-canku-upucene-ozbiljne-prijetnje-zbog-karadzica-ti-ces-bit-i-zaklan/190322094>; komentari uz članak: <https://www.klix.ba/vijesti/bih/vlasnik-pekare-manja-iza-zvao-revolt-gradjana-zbog-javne-podrske-mladicu-i-karadzicu/190321149> (očitanje 03. 04. 2019).

Drugi primjer: nakon što su aktivisti iz nekoliko gradova iz oba bosanskohercegovačka entiteta najavili da će se u septembru 2019. godine održati prva Parada ponosa u Sarajevu, javnost se oštro podijelila. Nasuprot onima koji smatraju da je aktivizam ove vrste pravo LGBT aktivista našli su se svi oni koji drugačiju seksualnu orijentaciju smatraju nakaradnom, a sam događaj nepotrebnom provokacijom ili namjerom da se “upropasti država i njen narod”. Upravo ovim riječima je reagovala u objavi na svojoj Facebook stranici zastupnica SDA u Skupštini Kantona Sarajevo, Samra Čosović-Hajdarević, u kojoj je, između ostalog, iznijela i svoju želju da se “ovakvi ljudi izoluju i sklone što dalje od naše djece i društva. Neka idu negdje drugo i prave sebi grad, državu, zakone i svoja prava koja im niko neće osporavati”². Predsjednik skupštine Kantona Sarajevo je također iznio stav da ne podržava organizaciju Parade ponosa zbog toga “što je odgojen tradicionalno i u duhu vjere”, ali i da “ne podržava nasilje ni pozive na linč”³.

Gdje su granice između dozvoljenog govora i onoga koji predstavlja govor mržnje, te kako na internetu ograničiti govor koji predstavlja govor mržnje a da to nema štetne efekte na slobodu izražavanja? Ovdje ću ispitati koncept *on-line* govora mržnje i ukazati na specifična pitanja u vezi s tim, pozivajući se na međunarodne standarde i pristup govoru mržnje na internetu. Ukazaću na legislativna rješenja u drugim zemljama i na mehanizme sprečavanja govora mržnje na internetu.

² Izvor: <https://www.oslobodjenje.ba/vijesti/sarajevo/samra-cosovic-hajdarevic-o-povorki-ponosa-zelim-da-se-ovakvi-ljudi-izoluju-446138> (očitanje 03. 04. 2019).

³ Izvor: <https://www.faktor.ba/vijest/politicari-o-paradi-ponosa-konakovic-ne-podrzava-gavric-neutralan-prasovic-gadzo-ce-bit-i-sucesnicima/25457> (očitanje 03. 04. 2019).

2. Koncept *on-line* govora mržnje

Definisanje govora mržnje je samo na prvi pogled jednostavno. Iako objavljivanje malicioznih *on-line* komentara kojima je cilj da uvrijede pojedinca ili neku grupu može zvučati kao iskazivanje mržnje, mora se napraviti razlika između fenomena "govor mržnje" koji bi trebalo sankcionisati i fenomena uvredljivog, šokantnog ili uznemirujućeg govora koji ipak uživa zaštitu člana 10 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija) koji štiti slobodu izražavanja, kako je to utvrdio i Evropski sud za ljudska prava (Evropski sud)⁴. Pri tom se mora imati na umu da Evropski sud u svojoj praksi također ističe da se "može smatrati neophodnim u demokratskom društvu sankcionisanje pa čak i sprečavanje svih oblika izražavanja kojima se širi, podstiče, promovira ili opravdava mržnja zasnovana na netoleranciji"⁵.

Ne postoji opšteprihvaćena definicija govora mržnje u međunarodnom pravu. Definicija koja se najčešće koristi u Evropi je ona iz Preporuke 97(20) Komiteta ministara Vijeća Evrope. Prema njoj, govor mržnje predstavljaju "svi oblici izražavanja kojima se širi, podstiče, promovira ili opravdava rasna mržnja, ksenofobija, anti-semitizam ili drugi oblici mržnje zasnovani na netoleranciji, uključujući netoleranciju izraženu kroz agresivni nacionalizam i etnocentrizam, diskriminaciju i neprijateljstvo prema manjinama, migrantima i ljudima imigrantskog porijekla"⁶.

Ista definicija se svakako može primijeniti i u odnosu na *on-line* govor mržnje, iako društvene mreže (Facebook, Twitter, Google, Youtube i sl.) imaju i vlastite definicije govora mržnje koji zabranjuju na svojim stranicama. Značajan doprinos pojašnjenju definicije *on-line* govora mržnje dalo je Vijeće Evrope u Dodatnom protokolu uz Konvenciju o cyber-kriminalu (Dodatni protokol), kojim se govor mržnje definiše kao "svaki pisani materijal, svaka slika ili svako drugo predstavljanje ideja ili teorija kojima se zagovara, promovira ili podstiče mržnja, diskriminacija ili nasilje protiv pojedinaca ili grupa, zasnovano na rasi, boji kože, porijeklu ili nacionalnom ili etničkom porijeklu

te vjeri, ako se koristi kao povod za bilo koji od ovih faktora"⁷.

Na nivou Evropske unije, govor mržnje je definisan Okvirnom odlukom o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije krivično-pravnim sredstvima (Okvirna odluka) tako da uključuje javno podsticanje na nasilje ili mržnju na osnovu određenih karakteristika, uključujući rasu, boju kože, vjeru ili uvjerenje, porijeklo ili nacionalno ili etničko porijeklo. Ovo djelo može biti učinjeno širenjem ili distribucijom letaka, slika ili ostalih materijala u javnosti. Također, kao krivično djelo prema Okvirnoj odluci je i javno opraštanje, poricanje ili grubo umanjeње zločina genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina kako je definisano Statutom stalnog Međunarodnog krivičnog suda (čl. 6, 7 i 8) i zločina definisanih članom 6 Povelje Međunarodnog vojnog suda, ako se postupa na način koji će vjerovatno podstaći na nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili člana takve grupe⁸.

Jasno je da već definisanje *on-line* govora mržnje uzrokuje brojna pitanja i izaziva negativne reakcije, budući da bi se ogroman broj tekstova ili umjetničkih izražavanja na internetu mogao podvesti pod navedene definicije. Zagovornici slobode izražavanja strahuju da bi vlasti mogle zloupotrijebiti zakone kojima se ograničava ta sloboda kako bi ušutkali kritičare. Stoga se postavlja opravdano pitanje je li zaista potrebna legislativna zaštita od mržnje izražene putem interneta?

Odgovor leži u uvjerenju na kojem se zasniva zabrana govora mržnje, a to je da se govorom mržnje ne izražavaju samo ideje ili neslaganje, već se promovira strah, prijetnje i zastrašivanje ili maltretiranje drugih, što može rezultirati ozbiljnim napadima na ljudsko dostojanstvo ili zločinima iz mržnje. Ipak, potreban je oprezan pristup, odnosno kriminalizacija samo određenih oblika govora mržnje, kako bi se očuvala sloboda izražavanja, a naročito sloboda političkog govora sa ciljem očuvanja pluralizma i funkcionalne demokratije. Međutim, usklađivanje između političkog i rasističkog izražavanja je pravi izazov zato što zahtijeva razrješenje tenzija između zaštite centralnih vrijednosti Evropske konvencije i jedne od najvećih prijetnji tim vrijednostima. Budući da se političari, političke partije i vlade sve više oslanjaju na nove informacione i komunikacione tehnologije, tenzije između političkog

⁴ Evropski sud, *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 07. 12. 1976, apl. br. 5493/72. Koja vrsta izražavanja ulazi u opseg zaštite čl. 10 Konvencije u: F. Dragičević, *Govor mržnje, izborni proces i pravo na slobodu izražavanja*, Fondacija Centar za javno pravo, 2019, dostupno na http://www.fcjp.ba/analize/Franjo_Dragicevic-Govor_mrznje_izborni_proces_i_pravo_na_slobodu_izrazavanja.pdf (očitanje 11. 07. 2019). V. *infra* u ovim *Sveskama*, ss. 27-38.

⁵ Evropski sud, *Erbakan protiv Turske*, presuda od 06. 07. 2006, apl. br. 59405/00, t. 56.

⁶ Vijeće Evrope, Komitet ministara, Preporuka 97(20) o "govoru mržnje", 30. 10. 1997, dostupno na <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> (očitanje 11. 10. 2019).

⁷ Dodatni protokol uz Konvenciju o cyber-kriminalu koji se odnosi na kriminalizaciju djela rasističke i ksenofobne prirode koja su počinjena putem kompjuterskih sistema, Vijeće Evrope, 2003. (ETS No.189), dostupno na <https://rm.coe.int/168008160f> (očitanje 28. 07. 2019); BiH je ratifikovala ovaj Dodatni protokol 19. 05. 2006, nakon čega je stupio na snagu 01. 09. 2006, izvor: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189/signatures?p_auth=GmBz1G0y (očitanje 10. 07. 2019).

⁸ Br. 2008/913/JHA, dostupno na hrvatskom na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISUM:I33178> (očitanje 11. 07. 2019).

izražavanja i govora mržnje će sve više biti izražene u on-line okruženju⁹.

3. Relevantni međunarodni i regionalni dokumenti i regulacija

U svjetlu pristupačnosti i mogućnosti pohranjivanja i dijeljenja velike količine informacija, internet ima veoma značajnu ulogu u povećanju pristupačnosti javnosti informacijama i novostima i olakšavanju razmjene informacija općenito. Stoga je veći i rizik da se, sadržajem i prenošenjem komentara putem interneta, nekome može prouzrokovati šteta u uživanju ljudskih prava i sloboda zbog nezakonitog govora, uključujući govor mržnje i pozivanje na nasilje. Naime, kao nikada ranije, informacije se internetom prenose širom svijeta u sekundama i često ostaju tu trajno pohranjene. Stoga je, kako je naveo Sud, potrebna posebna revnost u odnosu na kontrolisanje on-line komentara korisnika interneta, čak i "kada njihova namjera nije da izraze prezir za pojedince ili grupe".

Na međunarodnom nivou, u izvjesnoj mjeri, postoji saglasnost o tome da se govor mržnje treba regulisati. Prvi dokument koji se bavio ovim pitanjem je Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije (CERD)¹⁰. Zatim, u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (ICCPR) je navedeno da će se zakonom zabraniti svako "zagovaranje nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje"¹¹.

Evropska konvencija je, za Bosnu i Hercegovinu, najvažniji regionalni dokument koji štiti slobodu izražavanja. Iako se u članu 10 eksplicitno ne zahtijeva od država članica da zabrane govor mržnje, iz prakse Evropskog suda jasno proističe takav zahtjev. Naime, iz prakse Evropskog suda iskristalisala su se dva pristupa ograničenju govora mržnje. Prema prvom pristupu, Evropski sud isključuje iz zaštite člana 10 svako izražavanje koje predstavlja govor mržnje i negiranje temeljnih vrijednosti proklamovanih u Evropskoj konvenciji. Ovaj pristup je zasnovan na članu 17 EK koji zabranjuje zloupotrebu garantovanih prava. Član 17 se ne odnosi samo na države, već i na sve grupe i pojedince. On ne predstavlja daljnje ograničavanje konvencijskih prava, već je njegov cilj garantovati trajno održavanje sistema demokratskih

vrijednosti koje proklamuje Evropska konvencija¹². Ovim članom se naročito želi spriječiti da totalitarne grupe koriste, za vlastite interese, principe utvrđene Evropskom konvencijom. Član 17 u suštini obuhvata sva prava koja bi, ukoliko bi se na njih pozvalo, omogućila destrukciju prava i sloboda priznatih Evropskom konvencijom. Ili, kako je to Evropski sud objasnio, ovim članom se onemogućava grupama ili pojedincima da se iz Evropske konvencije izvuku pravo da se upuste u bilo kakvu aktivnost ili da izvrše bilo kakvo djelo koje za cilj ima uništavanje bilo kojeg od garantovanih prava ili sloboda¹³. Tako npr. bilo kakve aktivnosti inspirisane nacionalsocijalističkom idejom smatraju se nespojivim sa Evropskom konvencijom i ne uživaju zaštitu¹⁴. Zatim, članom 17 se iz zaštite isključuje korištenje slobode izražavanja za promovisanje revizionizma i negacionizma (osporavanje holokausta). Evropski sud je naglasio da postoji "kategorija jasno utvrđenih istorijskih činjenica – kao što je holokaust – čija se negacija ili revizija, na osnovu člana 17, isključuje iz zaštite člana 10"¹⁵. Također, temeljem člana 17, Evropski sud ne pruža zaštitu ni totalitarnim doktrinama¹⁶, te izjavama koje su bile rasni govor mržnje jer se njima očigledno podsticala rasna diskriminacija¹⁷ ili islamofobija¹⁸.

Drugi pristup je ograničavanje slobode izražavanja na osnovu odredbe stava 2 člana 10 koji se primjenjuje onda kada izražavanje predstavlja govor mržnje, ali se njime ne mogu uništiti temeljne konvencijske vrijednosti. Kada odlučuje u takvim predmetima, Evropski sud utvrđuje postojanje četiri elementa: miješanja u slobodu izražavanja, zakonitost nametnutog ograničenja,

¹² Čl. 17 Evropske konvencije glasi: "Ništa u ovoj konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumijeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u neku djelatnost ili izvrše neki čin koji je usmjeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj mjeri od one koja je predviđena Konvencijom".

¹³ Evropski sud, *Lawles protiv Irske*, presuda 01. 07. 1961, apl. br. 332/57, tač. 7

¹⁴ Npr. Evropski sud, *Schimanek protiv Austrije*, presuda od 01. 02. 2000, apl. br. 32307/96.

¹⁵ Evropski sud, *Garaudy protiv Francuske*, odluka o dopustivosti od 24. 06. 1993, apl. br. 65831/01.

¹⁶ Komisija za ljudska prava, *Komunistička partija protiv FRG*, odluka o dopustivosti 20. 07. 1957, objavljena u Godišnjaku br. 1; Komisija je prvi put u ovom predmetu primijenila član 17 Evropske konvencije, te je zaključila da je uspostavljane "komunističkog društvenog uređenja putem proleterske revolucije i diktature proletarijata (neslužbeni prevod)" suprotno Konvenciji.

¹⁷ Komisija za ljudska prava, *Glimmerveen i Hagenbeek protiv Holandije*, br. apl. 8348/78 i 8406/78, odluka o dopustivosti od 11. 10. 1979.

¹⁸ Evropski sud, *Norwood protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka o dopustivosti od 16. 11. 2004, apl. br. 23131/03. U ovom predmetu Evropski sud je zaključio da su riječi i slike na posteru koji je aplikant javno izložio predstavljali javni napad na muslimane u Ujedinjenom Kraljevstvu, te da takav žestok napad na jednu vjersku grupu i povezivanje te cijele grupe sa terorističkim djelima nije u skladu sa vrijednostima proklamovanim i garantovanim u Evropskoj konvenciji.

⁹ Dr. T. McGonagle, *Vijeće Evrope protiv on-line govora mržnje: Zagonetke i izazovi*, Expert paper MCM(2013)005, Vijeće Evrope, dostupno na <https://rm.coe.int/168059bfce> (očitanje 11. 07. 2019).

¹⁰ Ujedinjene nacije (1965), dostupno na <https://ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> (očitanje 10. 07. 2019).

¹¹ Ujedinjene nacije (1966), dostupno na <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, čl. 20 (očitanje 10. 07. 2019).

postojanje legitimnog cilja za ograničenje i je li ograničenje bilo “neophodno u demokratskom društvu” da bi se taj cilj postigao¹⁹.

Kada se govori specifično o internetu, odnosno *on-line* govoru mržnje, već spomenuti Dodatni protokol iz 2003. je od naročite važnosti i sadrži daljnje obaveze za države koje su ga ratifikovale. Ovaj dokument obavezuje države članice Vijeća Evrope da usvoje zakonodavne i druge mjere kojima će kriminalizirati određene oblike *on-line* govora mržnje. Naročito, ovim protokolom se zahtijeva da se kao krivična djela, ako su učinjena namjerno i neopravdano, u domaćim zakonima država članica propišu:

- distribucija ili na drugi način činjenje dostupnim javnosti rasističkog ili ksenofobnog materijala putem kompjuterskih sistema;
- prijetnje o počinjenju ozbiljnih krivičnih djela definisanih domaćim zakonom učinjene putem kompjuterskih sistema i to prema licu zbog njegove/njene pripadnosti nekoj grupi na osnovu rase, boje, porijekla ili nacionalnog ili etničkog porijekla i vjere ili prema grupi lica koja se razlikuju po bilo kojoj od ovih karakteristika;
- javne uvrede putem kompjuterskih sistema upućene licu zbog njegove/njene pripadnosti nekoj grupi na osnovu rase, boje, porijekla ili nacionalnog ili etničkog porijekla ili vjere ili grupi lica koja se razlikuju na osnovu ovih karakteristika;
- distribucija ili na drugi način činjenje dostupnim javnosti, putem kompjuterskih sistema, materijala kojima se poriču, grubo minimiziraju, odobravaju ili opravdavaju djela genocida ili zločina protiv čovječnosti kako su ona definisana u međunarodnom pravu i utvrđena u konačnim i obavezujućim presudama Međunarodnog vojnog suda uspostavljenog Londonskim sporazumom iz 1945. godine ili bilo kojeg drugog međunarodnog suda koji je uspostavljen međunarodnim instrumentima i čiju je jurisdikciju država priznala²⁰.

Također, Dodatnim protokolom se propisuje i obaveza država članica da usvoje zakonodavne i druge mjere

¹⁹ Npr. Evropski sud, presuda *Sirek protiv Turske* (No. 1) (1999); u članku kojim se opisivala borba Kurda za nacionalno oslobođenje kao “rat protiv snaga Republike Turske”, rečeno je “mi želimo totalnu oslobodilačku borbu”. Evropski sud je zauzeo stav da se na ovaj način članak direktno povezao sa Radničkom partijom Kurdistana (PKK), da je njemu bio poziv na korištenje oružane sile kao sredstva za ostvarivanje nacionalne nezavisnosti Kurdistana, te da je bio objavljen u kontekstu ozbiljnih nemira između snaga sigurnosti i članova PKK u kojima su brojna lica izgubila život, a država proglasila vanredno stanje. U takvoj situaciji, Evropski sud je zaključio da se mora smatrati da je sadržaj spornog izražavanja takav da “omogućava podsticanje na daljnje nasilje u regionu”, zato što čitaocima poručuje da je “nasilje neophodna i opravdana mjera samoodbrane od agresora”, te da stoga krivično kažnjavanje zbog objavljivanja takvog članka nije bilo suprotno članu 10 EK.

²⁰ Dodatni protokol (bilj. 7).

kako bi se utvrdilo kao krivično djelo, ako je učinjeno namjerno i neopravdano, pomaganje u izvršenju i podsticanje s namjerom da takvo krivično djelo bude učinjeno.

Potrebno je još istaći, između ostalih, dvije preporuke Vijeća Evrope o ovom pitanju. Jedna je već spomenuta Preporuka (97)20, u kojoj je istaknuto da se u tekstu domaćih zakona i u praksi o govoru mržnje treba napraviti jasna razlika između odgovornosti autora izjave koja predstavlja govor mržnje i odgovornosti medija zbog objavljivanja takve izjave kao dijela njihove misije da prenose informacije i ideje o pitanjima od javnog interesa²¹. Druga je Preporuka (2016)5 u kojoj se navodi da se zakoni o govoru mržnje ili o zaštiti javnog reda, javnog morala, maloljetnika, državne sigurnosti ili službene tajne i zakoni o zaštiti podataka, neće primjenjivati tako da onemogućavaju javnu debatu. Takvi zakoni, kako se dalje ističe, trebaju nametati ograničenje slobode govora samo kao odgovor na goruću društvenu potrebu, moraju biti usko definisani onoliko koliko je to moguće kako bi odgovorili na javni interes i moraju uključivati “proporcionalnu sankciju”²².

Zahvaljujući dokumentima Vijeća Evrope i nastojanjima da se, što je moguće više, zakonodavstvo u državama članicama ujednači sa pomenutim standardima, među državama članicama nema velikih i značajnih razlika po pitanju zaštite od govora mržnje. U evropskim državama govor mržnje ne uživa ustavnu zaštitu kao što je to slučaj u SAD, gdje se govor mržnje smatra sličnim političkom govoru i vrlo često ulazi u okvir zaštite Prvog amandmana Ustava SAD. Evropske države zakonski uređuju ovo pitanje, pa je tako npr. u Njemačkoj zabranjeno promovirati nacističku ideologiju, dok je u mnogim drugim evropskim državama negiranje holokausta nezakonito. U Danskoj, Francuskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu i Njemačkoj, moguće je krivično goniti zbog djela koja uključuju govor mržnje na internetu²³.

U Hrvatskoj, krivično djelo “Javno poticanje na nasilje i mržnju” uključuje javno podsticanje “putem tiska, radija, televizije, računalnog sustava ili mreže, na javnom skupu ili na drugi način” ili činjenje dostupnim letaka, slika i drugih materijala kojima se poziva na nasilje ili mržnju usmjerenu prema grupi ili pripadniku grupe zbog njihove “vjerske, nacionalne ili etničke pripadnosti, podrijetla, boje kože, spola, spolnog opredjeljenja, rodnog identiteta, invaliditeta ili kakvih drugih osobina”²⁴. Početkom 2018, Središnji državni ured

²¹ Princip 6 u Dodatku uz Preporuku (97)20 (bilj. 6).

²² Vijeće Evrope, Komitet ministara, Preporuka (2016)5 o slobodi interneta, 13. 04. 2016, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (očitanje 11. 07. 2019).

²³ The Legal Project, *Evropski zakoni o govoru mržnje*, dostupno na <http://www.legal-project.org/issues/european-hate-speech-laws> (očitanje 11. 10. 2019).

za razvoj digitalnog društva Vlade RH formirao je radnu grupu koja bi trebala pripremiti poseban zakon koji bi pravno regulisao “komunikaciju na internetu i koji će internetskim platformama, koje imaju svoje korisnike na području Hrvatske, omogućiti što bolji i učinkovitiji rad, poštujući ljudska prava svih građana, ali i slobodu govora”²⁵.

U Srbiji, krivičnim zakonodavstvom se inkriminiše izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje i netrpeljivosti kojim je predviđena zabrana izazivanja takve mržnje ili netrpeljivosti među narodima ili etničkim zajednicama koje žive na teritoriji RS²⁶. Osim toga, Krivičnim zakonom se propisuju i različiti oblici rasne i druge diskriminacije od kojih su za govor mržnje posebno značajne odredbe kojim se sankcioniše širenje ideja o superiornosti jedne rase nad drugom ili propagiranja rasne mržnje ili podsticanja rasne diskriminacije; zatim, širenje ideja i teorija koje podstiču diskriminaciju po bilo kom osnovu, kao i javno odobravanje ili negiranje postojanja ili značajno umanjenje težine genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina²⁷. Osim toga, nizom drugih zakona je također regulisana zabrana određenih oblika govora mržnje općenito²⁸. Što se tiče govora mržnje na internetu, nema posebne zakonske regulative, već se ona oslanja na medijske zakone, iako prema tim zakonima internet forumi, društvene mreže i druge *on-line* platforme ne spadaju u medije, kao ni blogovi, web prezentacije i sl.

4. Regulativa u Bosni i Hercegovini – kritički osvrt na mogućnost građansko-pravne zaštite u svjetlu standarda Evropske konvencije

U Bosni i Hercegovini ne postoji posebno zakonodavstvo koje bi cjelovito regulisalo pitanje zabrane govora mržnje, a naročito ne postoji poseban zakon koji bi regulisao delikatno pitanje zabrane govora mržnje na internetu. Naravno, postoje medijski i zakoni o javnom informisanju koji zabranjuju govor mržnje, Izborni zakon koji zabranjuje govor mržnje u predizbornom periodu, te samoregulacijski mehanizmi (Vije-

²⁴ Čl. 325 Kaznenog zakona, *Nar. nov.* 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, dostupno i na <https://zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon> (očitanje 11. 07. 2019).

²⁵ Izvor: <https://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/odzvonoilo-haterima-i-trolovima-vlada-priprema-zakon-protiv-govora-mrznje-na-internetu---503237.html> (očitanje 11. 07. 2019).

²⁶ Čl. 317 Krivičnog zakonika, *Sl. gl. RS* 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016, dostupno na https://www.paragraf.rs/propisi/krivicni_zakonik.html (očitanje 11. 07. 2019).

²⁷ *Ibid.*, čl. 387 st. 3-6.

²⁸ Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o javnom informisanju i medijima, Zakon o elektronskim medijima itd. Usp. R. Zekavica, *Normativni i institucionalni okvir zabrane govora mržnje u Republici Srbiji*, Fondacija Centar za javno pravo, 2019, dostupno na http://www.fcjp.ba/analize/Rado_mir_Zekavica1_Normativni_i_institucionalni_okvir_zabrane_govora_mrznje_u_Republici_Srbiji.pdf (očitanje 11. 07. 2019).

će za štampu)²⁹. U krivičnom zakonodavstvu, s obzirom na podjelu nadležnosti, inkriminirano je izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje u tri krivična zakona, Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH) i Brčko Distrikta BiH (BD BiH). U Republici Srpskoj (RS) je propisano kao krivično djelo “Javno izazivanje i podsticanje nasilja i mržnje”³⁰. Krivičnom zakonodavstvu je zajedničko to da se krivičnim zakonima kriminalizuje izazivanje ili raspirivanje samo tri oblika mržnje: nacionalne, rasne ili vjerske i to isključivo među “konstitutivnim narodima i ostalima” koji žive na teritoriji na koju se pojedini krivični zakon odnosi, što predstavlja glavni nedostatak krivično-pravne regulative u odnosu na zabranu govora mržnje.

U Izvještaju Evropske komisije protiv rasne netolerancije (ECRI) iz 2016. godine navedeno je da se online mediji u BiH “sve više koriste za prenošenje govora mržnje, a naročito prostor za komentare na portalima sa vijestima, u Internet izdanjima štampanih medija i na specijaliziranim Internet forumima”, kao i da su govor mržnje, predrasude i stereotipi prisutni i u člancima na Internetu³¹. Iako nema zvaničnih statističkih podataka o korištenju rasističkog govora mržnje u BiH, ECRI je istakao da zbog “institucionalnog uređenja zemlje, koja je snažno podijeljena duž etničkih linija, politička klima je naročito pogodna upotrebi govora mržnje”, pa je ukazao na incidente rasističkog političkog diskursa³², rasističkog govora mržnje u medijima³³, rasističkog govora mržnje u oblasti sporta³⁴, zatim prema LGBTI osobama³⁵ koje su, nakon što su bile izložene govoru mržnje, postale i žrtve fizičkog nasilja³⁶.

U vezi s tim, ECRI je u istom izvještaju preporučio, između ostalog, da vlasti u BiH, u skladu sa Opštom

²⁹ Usp. Dragičević (bilj. 4).

³⁰ Usp. Lj. Filipović, *Krivičnopravni aspekti govora mržnje na elektronskim medijima i na internetu*, Fondacija Centar za javno pravo, 2019, dostupno na http://www.fcjp.ba/analize/Ljiljana_Filipovic_Krivičnopravni_aspekti_govora_mrznje_na_elektronskim_medijima_i_na_internetu.pdf (očitanje 15. 07. 2019). V. *supra* u ovim *Sveskama*, ss. 3-16.

³¹ Izvještaj ECRI-a o Bosni i Hercegovini (peti ciklus monitoringa), usvojen 06. 12. 2016, objavljen 28. 02. 2017, t. 22, dostupno na https://hudoc.ecri.coe.int/eng#_Toc473181854 (očitanje 15. 07. 2019).

³² *Ibid.*, npr. t. 15 – imenovanje doma za studente na Palama po sada već osuđenom ratnom zločincu R. Karadžiću.

³³ *Ibid.*, t. 19-21.

³⁴ *Ibid.*, t. 23-25.

³⁵ *Ibid.*, t. 26-29.

³⁶ Poznati su slučajevi, koji su dobili i sudski epilog, Queer Festival i Festival Merlinka. U oba slučaja, u konačnici, Ustavni sud je utvrdio kršenje prava na slobodu okupljanja i kršenje pozitivne obaveze države da zaštiti učesnike propisno najavljenih događaja i da u vezi sa nasiljem koje su pretrpjeli učesnici festivala bude provedena efikasna istraga, a u slučaju nasilja na Festivalu Merlinka i postojanje diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije u vezi sa oba navedena prava. Vidjeti odluke Ustavnog suda br. AP-1020/11 i AP-4319/16, dostupne na www.ustavisud.ba.

političkom preporukom, preduzmu hitne korake kako bi:

- kriminalizirale rasističke uvrede, klevete i prijetnje, kao i javno izražavanje ideologije koja, zbog rasističkih ciljeva, propagira superiornost ili potcjenjuje ili omalovažava grupu osoba na osnovu rase, boje kože, jezika, vjeroispovjesti, nacionalnosti, ili nacionalnog ili etničkog porijekla;
- zabranile javno širenje ili podjelu, ili proizvodnju i skladištenje s ciljem javnog širenja i podjele, pisanog, slikovnog ili drugog materijala sa rasističkim sadržajem, zbog rasističkih ciljeva;
- kriminalizirale javno negiranje, umanjivanje, opravdavanje ili odobravanje krivičnih djela genocida, zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina, zbog rasističkih ciljeva;
- promijenile sve nazive javnih mjesta, kao što su studentski dom na Palama i ulice koje su imena dobile po ratnim zločincima i saradnicima nacista, koji bi mogli dovesti do javnog negiranja, umanjivanja, opravdavanja ili odobravanja genocida, zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina, zbog rasističkih ciljeva, te da se u budućnosti suzdrže od upotrebe takvih naziva;
- zajedno sa odgovarajućim grupama civilnog društva i međunarodnim organizacijama, izradile sveobuhvatnu strategiju borbe protiv govora mržnje koja bi obuhvatila i (i) proaktivan mehanizam praćenja govora mržnje; (ii) bližu saradnju između organa vlasti koji se bave provođenjem zakona i samoregulatornih medijskih tijela kako bi se omogućilo krivično gonjenje govora mržnje; (iii) proširenje mandata Centralne izborne komisije da prati upotrebu govora mržnje tokom cjelokupnog trajanja izbornih kampanja; i (iv) veću uključenost vlasti u pokretanju i vođenju kampanja protiv govora mržnje, uključujući promociju osude i kontragovor od strane političkih predstavnika i zvaničnika.

Međutim, uprkos preporukama i određenim izmjenama u krivičnom zakonodavstvu, vlasti u Bosni i Hercegovini, još nisu postupile po navedenim preporukama o suzbijanju i sankcionisanju govora mržnje, a naročito govora mržnje na internetu. Govor mržnje na internetu prati samoregulacijsko tijelo, Vijeće za štampu, koje može samo konstatovati da neko izražavanje predstavlja govor mržnje i, u skladu s tim, preporučiti online mediju da preduzme odgovarajuće mjere, odnosno da takve izjave ukloni. Vijeće za štampu neke slučajeve uputi i policiji radi preduzimanja daljnjih istražnih radnji, ali, kako je ECRI konstatovao, “rijetko se desilo da je tužilaštvo kontaktiralo Vijeće niti je Vijeće dobivalo povratne informacije”.

Ipak, treba reći da su mediji nedavno izvijestili da su u BiH u pet dana uhapšene tri osobe zbog govora mržnje na internetu i to zahvaljujući, kako se izvještava, saradnji internet medijskog portala Klix.ba sa entitetskim i lokalnim organima na suzbijanju govora mržnje. Na-

ime, ove osobe su “zloupotrijebile mogućnost komentisanja” određenih članaka objavljenih na ovom portalu tako što su anonimno iznosile razne uvrede na vjerskoj, nacionalnoj i drugim osnovama, kao i prijetnje trećim osobama pod svojim pseudonimima. U nedostatku odgovarajućeg krivičnog djela u krivičnom zakonodavstvu, ove osobe su osumnjičene da su počinile krivično djelo “ugrožavanje sigurnosti”. Zanimljiv podatak iz članka koji je ovim povodom objavio Klix.ba je da taj portal “mjesečno čita 550 hiljada čitatelja iz Bosne i Hercegovine, a da oko 5000 korisnika svakodnevno objavi i do 10 hiljada komentara” na razne objavljene članke. U vezi s tim se navodi da “su pravila o pisanju komentara svi korisnici prihvatili prilikom registracije i mogu se pročitati i uz svaku vijest, mnogi čitatelji zloupotrebljavaju ovu mogućnost ne shvatajući da se radi o krivičnom djelu”³⁷.

Na osnovu ovih podataka može se zaključiti kako ovakva mjera, ako se ovo uopšte može tako i nazvati, nije dovoljna da se komercijalni, vrlo popularni i čitani informativni portal zaštiti od odgovornosti za govor mržnje u komentarima anonimnih korisnika. Naime, u predmetu Evropskog suda, *Delfi AS protiv Estonije*, riječ je bila o jednom od najvećih informativnih portala u Estoniji, koji je objavio članak o trajektnoj kompaniji koja je razbila ledene puteve, tj. zimske puteve preko zaleđenog mora, zbog čega su vozači bili primorani da koriste trajekte, umjesto da voze do ostrva, čime je trajektna kompanija ostvarila veću dobit. Mnogi čitaoci su ostavili komentar na ovaj članak, od kojih su se pojedini ticali vlasnika trajektna kompanije i bili su antisemitske prirode. Delfi ne samo da nije spriječio objavu uvredljivih i prijetljivih komentara, već ih nije ni samoinicijativno uklonio. Evropski sud je zaključilo da je portal bio odgovoran za sporne komentare koji su sadržavali govor mržnje. Sud je istakao da je u tom predmetu riječ bila o pravima i dužnostima internetskih novinskih portala, koji radi stjecanja dobiti omogućavaju objavljivanje komentara na objavljeni sadržaj, s time da su neki komentari predstavljali govor mržnje i pozivanje na nasilje, čime su povrijeđena prava osobnosti drugih osoba. Sud je, između ostalog, smatrao da je *Delfi*, kao profesionalni izdavač koji ima jedan od najvećih novinskih portala u Estoniji, trebao i mogao ocijeniti rizike povezane sa svojim aktivnostima, te da je razumno mogao predvidjeti posljedice koje te aktivnosti mogu imati. Sud je veliku pažnju poklonio činjenici da su komentari bili ekstremni, ali i činjenici da je *Delfi* profesionalno vođeni novinski portal kojem je bilo u cilju privući što više komentara na objavljene članke, jer je od toga imao finansijsku korist. Sami autori komentara nisu mogli izmijeniti ili izbrisati svoje komentare, već je to mogao samo *Delfi*, pa ni iz tog razloga nije prihvaćen argument koji je *Delfi* iznio

³⁷ Izvor: <https://www.klix.ba/vijesti/bih/za-pet-dana-u-bih-uhapsene-tri-osobe-zbog-govora-mrznje-na-inter-netu/190409070> (očitanje 15. 07. 2019).

– da je njegova uloga bila ograničena samo na tehničko, pasivno pružanje usluge. Drugo, sud je zaključio da *Delfi* nije uspostavio instrumente pomoću kojih bi se identificirali autori komentara protiv kojih bi žrtva govora mržnje mogla podnijeti tužbu. Treće, koraci koje je poduzeo *Delfi* radi uklanjanja komentara nisu bili dovoljni, a mehanizmi koje je *Delfi* imao za filtriranje i uklanjanje govora mržnje i podsticanja na nasilje su zakazali, zbog čega su komentari bili vidljivi još šest sedmica nakon što je oštećeni reagovao i zatražio njihovo uklanjanje. Sud je smatrao da obaveza *Delfia* da bez odlaganja ukloni komentare sa stranice, i to bez posebnog zahtjeva žrtve ili trećih osoba, nije bila neproporcionalna, imajući u vidu da je veliki komercijalni portal poput tog “imao dovoljno mogućnosti da nadzire njihov sadržaj”³⁸.

Iz ovog važnog predmeta se može zaključiti da kada *on-line* komentari predstavljaju govor mržnje ili podsticanje na nasilje, postoji odgovornost velikih komercijalnih internetskih portala za takve komentare, ukoliko oni bez odlaganja ne uklone očigledno protivzakonite komentare, bez posebnog zahtjeva žrtve ili trećih osoba. Ipak, treba imati na umu da je Evropski sud u ovom predmetu naglasio da nisu razmatrani drugi forumi na Internetu na kojima se mogu ostavljati korisnički komentari, poput foruma za raspravljanje, oglasnih ploča (*bulletin board*) na kojima korisnici mogu slobodno razmjenjivati ideje o bilo kojoj temi bez prijedloga administratora foruma, niti socijalne mreže gdje pružatelj usluge nije ponudio nikakav sadržaj ili gdje je pružatelj usluga privatna osoba koja vodi internetsku stranicu ili blog kao hobi. U predmetu koji se ticao komentara objavljenih na jednom blogu, Evropski sud je najprije zaključio da komentari u pitanju, s obzirom na sve okolnosti, nisu predstavljali govor mržnje, ali da su isti principi koje je utvrdio u presudi *Delfi* relevantni i za ocjenu proporcionalnosti miješanja u pravo na slobodu izražavanja i u takvim slučajevima. U vezi s tim, Sud je naglasio da je doseg i potencijalni utjecaj izjava koje su date *on-line* na blogu koji ima malo čitalaca svakako nisu isti kao doseg i utjecaj vodećih ili veoma posjećenih internetskih stranica, te da je stoga za ocjenu potencijalnog utjecaja *on-line* publikacije ključno ocijeniti u kojoj mjeri je ta publikacija dostupna javnosti”³⁹.

Ako se sve navedeno ima u vidu, onda se može zaključiti da je, u bosanskohercegovačkom kontekstu, Klix.ba očigledno veliki internetski portal, pa je potrebno da preduzme dodatne mjere kako bi spriječio govor mržnje u komentarima svojih korisnika i kako bi takve komentare uklonio bez odlaganja i bez posebnog zahtjeva. U suprotnom, može biti smatran

odgovornim i tužen za naknadu štete zbog omogućavanja i neuklanjanja govora mržnje kojim se nanosi šteta nečijem ugledu kako dijelu prava na privatni život.

Međutim, odmah se postavlja pitanje stvarne mogućnosti traženja satisfakcije u građanskom postupku onih koji su pogođeni *on-line* komentarima koji predstavljaju govor mržnje ili drugi nedozvoljen govor (onaj koji ne uživa zaštitu člana 10 Evropske konvencije). Kako je već rečeno, kriminalizirati i krivično goniti treba samo ekstremne oblike govora mržnje koji predstavljaju pozivanje ili podsticanje na nasilje protiv drugih koji imaju neke zaštićene karakteristike. Međutim, ima oblika govora mržnje koji nije neophodno krivično djelo i koji ne mora spadati pod zaštitu koju daju krivični zakoni, ali se oštećenima ipak treba pružiti zaštita. Evropski sud je u praksi istakao da neke izjave, čak i kada ne predstavljaju direktan poziv na nasilje, mogu biti ozbiljne i štetne za osobe koje imaju neke zaštićene karakteristike, pa stoga i suprotne Evropskoj konvenciji. Npr. Sud je naglasio da je diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije ozbiljna kao i rasna diskriminacija, ili diskriminacija po osnovu boje kože ili porijekla⁴⁰.

U takvim slučajevima, djelovanje Vijeća za štampu kao mehanizma samoregulacije nije dovoljno jer oštećenima ne pruža odgovarajuću zaštitu. Budući da nema posebnog zakona o tome, niti je moguće primijeniti Zakon o zaštiti od klevete, ostaju na raspolaganju tužbe za naknadu štete zbog povrede časti i ugleda na osnovu odgovarajućih odredaba Zakona o obligacionim odnosima (ZOO). U vezi s tim, postoje ipak neki problemi, jer ni odredbe ZOO ne pružaju odgovarajuću zaštitu protiv govora mržnje. Npr, članom 198 ZOO propisano je, između ostalog, da onaj ko drugome povrijedi čast mora naknaditi oštećenom materijalnu štetu koju mu time prouzrokuje. Prema ranijim stanovištima sudske prakse, “čast sama po sebi ne predstavlja imovinsko dobro čijom se povredom nanosi šteta, koja bi se mogla otkloniti dosuđivanjem imovinske štete. Povreda časti može biti osnov za dosuđivanje naknade samo onda kada je povreda imala za posljedicu materijalnu štetu”⁴¹. S druge strane, članom 200 ZOO propisana je pravična novčana naknada nematerijalne štete, između ostalog, za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda i časti ako sud “nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava”.

Ovo nisu odgovarajuća rješenja za naknadu štete zbog govora mržnje, a nisu ni u skladu sa standardima zaštite prava na privatni život iz člana 8 Evropske

³⁸ Evropski sud, *Delfi AS protiv Estonije*, presuda od 10. 10. 2013, apl. br. 64569/09.

³⁹ Evropski sud, *Savva Terentyev protiv Rusije*, presuda od 28. 08. 2018, apl. br. 10692/09.

⁴⁰ Evropski sud, *Vejdeland protiv Švedske*, presuda od 09. 02. 2012, apl. br. 1813/07

⁴¹ Vidjeti presude sudova u bivšoj SFRJ, citirano prema B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Rijeka 1978, s. 905.

konvencije. Naime, prema praksi Evropskog suda, pravo na zaštitu ugleda je pravo koje je zaštićeno članom 8 Evropske konvencije kao dio prava na poštivanje privatnog života. Da bi ovaj član bio primjenljiv napad na nečiji ugled ili čast mora biti ozbiljan i takav da nanosi štetu uživanju prava na poštivanje privatnog života⁴². U kontekstu interneta, Evropski sud je naglasio da je test “ozbiljnosti” veoma važan. Naime, milioni korisnika interneta ostavljaju *on-line* komentare svakog dana, a mnogi od njih se iznose na način koji bi se mogao smatrati uvredljivim ili čak klevetničkim. Međutim, većina tih komentara je često trivijalna po svom karakteru, a domet koji imaju je često ograničen da bi takvi komentari mogli izazvati značajnu štetu ugledu druge osobe. Npr. u predmetu u kojem se aplikant žalio Evropskom sudu na kršenje njegove slobode izražavanja zbog komentara koje je objavio na jednom blogu, Sud se saglasio sa ocjenom domaćih sudova o tome da je većina aplikantovih komentara bila nesumnjivo uvredljiva, da su u velikom dijelu bili “nešto više od vulgarnosti”, ali ipak “nisu predstavljali neuobičajenu komunikaciju na brojnim internet portalima”. Osim toga, mnoge komentare, u kojima se iznose specifičniji i potencijalno opasniji navodi, čitaoci “vjеровatno razumiju kao pretpostavke koje ne treba shvatiti ozbiljno”⁴³. Dakle, Evropski sud smatra da se moraju imati u vidu “specifičnosti stila komunikacije na nekim internetskim portalima”, te da su izrazi koji se koriste u komentarima, iako pripadaju “nižem stilu”, uobičajeni na mnogim internetskim portalima, što “umanjuje utjecaj koji se može pripisati takvim izrazima”⁴⁴.

Dalje, prema praksi Suda i standardima člana 8, nije bitna “jačina duševnih bolova” koju neko trpi, već je dovoljna činjenica da je prema nekome upućen govor mržnje ili drugi nedozvoljen govor. Stoga, ako bi se raspravljalo o naknadi štete po članu 200 ZOO, zbog povrede časti i ugleda uzrokovane govorom mržnje ili drugim nedozvoljenim govorom, sudovi ne bi mogli to dovoditi u vezu sa “jačinom duševnih bolova”, jer je to irelevantno prema članu 8 Evropske konvencije. U vezi s tim, Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u svojim odlukama isticao da su čast i ugled neodvojivi dio ljudske ličnosti, te da se njihova zaštita ne može dovoditi u pitanje. Osim toga, povreda časti i ugleda predstavlja povredu “nematerijalnih dobara vezanih za moralno-psihičku stranu ličnosti oštećenog, zbog

čega novčana naknada nematerijalne štete i ne predstavlja naknadu u pravom smislu te riječi, jer se njome ne postiže uspostavljanje onakvog stanja kakvo je postojalo prije njezinog nastanka, dakle nema reparacioni karakter”, već je to “jedan od vidova satisfakcije koja se oštećenom daje za povredu njegovih nematerijalnih dobara”. Dalje, Ustavni sud je istakao: “Odmjeravanje novčane naknade nematerijalne štete je vrlo delikatan i složen postupak, jer nema nekog općeg mjerila, s obzirom na veoma različitu moralno-psihičku konstituciju svakog pojedinca, kao i s obzirom na ostale okolnosti u kojima se dogodila šteta koja je za posljedicu imala povredu nematerijalnih dobara oštećenog. Stoga se ne može očekivati, kako to pogrešno zaključuje [sud] u prvostepenoj presudi, predlaganje izvođenja dokaza kojim bi se na egzaktan način utvrdio intenzitet i trajanje nastale nematerijalne štete, da bi se na osnovu toga odredila visina nastale štete”. To dalje znači da sudovi takvu štetu utvrđuju prema svojoj diskrecionoj ocjeni i na osnovu svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja, a diskreciona ocjena suda ograničena je samo principom proporcionalnosti iz člana 10 Evropske konvencije, prema kojem izrečena sankcija ne smije biti takva da ima obeshrabrujući efekat na uživanje u slobodi izražavanja⁴⁵. Npr. u spomenutom predmetu *Delfi AS*, Evropski sud je za zaključak da ovom portalu nije prekršena sloboda izražavanja cijenio, između ostalog, i to da novčana naknada od 320 Eura, koliko je *Delfi* morao platiti oštećenom zbog neuklanjanja komentara koji su sadržavali govor mržnje, nije bila previsoka za takav portal i da je utvrđivanje odgovornosti tog portala za komentare trećih lica bilo opravdano i proporcionalno cilju koji se želio postići – zaštitu prava drugih⁴⁶.

U nedostatku odgovarajućih zakona o ovom pitanju, te sa neodgovarajućim odredbama ZOO, postavlja se pitanje mogu li uopće u građanskom postupku u BiH dobiti zaštitu, odnosno satisfakciju oni koji se smatraju oštećenim govorom mržnje ili drugim nedozvoljenim govorom na internetu? Iz onoga što je navedeno, vidi se da se odgovor nalazi u Ustavu Bosne i Hercegovine i njegovim odredbama o direktnoj primjeni Evropske konvencije (član II/2) i obavezi sudova i svih drugih institucija da osiguraju primjenu prava iz Evropske konvencije (član II/6). Konkretno, to znači da pojedinci ne mogu snositi štetne posljedice zakonodavne neusaglašenosti sa ustavnim odredbama, odnosno sa pravima garantovanim Evropskom konvencijom.

Kako je Ustavni sud Bosne i Hercegovine često naglašavao u odlukama, u slučaju kada je neki zakon koji trebaju primijeniti suprotan nekom pravu iz Evropske konvencije, sudovi trebaju primijeniti ta prava direktno, vodeći se principima i standardima uspo-

⁴² Evropski sud, *Axel Springer AG protiv Njemačke*, presuda od 07. 02. 2012, apl. br. 39954/08, t. 83; *Bédat protiv Švajcarske*, presuda od 29. 03. 2016, apl. br. 56925/08, t. 72; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko i dr. protiv BiH*, presuda od 27. 06. 2017, apl. br. 17224/11, t. 76.

⁴³ Evropski sud, *Tamiz protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka o dopustivosti (*prima facie* neosnovana) od 19. 09. 2017, apl. br. 3877/14.

⁴⁴ Evropski sud, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) i Index.hu Zrt protiv Mađarske*, presuda od 02. 05. 2016, apl. br. 22947/13, t. 77 i presuda *Delfi AS* (bilj. 38), t. 147.

⁴⁵ V. npr. Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu br. AP-1067/06 od 13. 09. 2007, t. 31-33, dostupno na www.ustavnisud.ba.

⁴⁶ Presuda *Delfi AS* (bilj. 38), t. 160.

stavljenim u praksi Evropskog suda. To u suštini znači da se naknada nematerijalne štete zbog govora mržnje na internetu, u nedostatku odgovarajućih posebnih propisa, može tražiti u parničnom postupku temeljem člana 200 ZOO, a sudovi trebaju tu odredbu primijeniti u skladu sa navedenim standardima zaštite prava na privatni život iz člana 8 Evropske konvencije, vodeći računa da, s druge strane, neproporcionalno ne ograniče slobodu izražavanja internet portala. Nažalost, praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine pokazuje da redovni sudovi veoma rijetko postupaju na ovakav način, a najčešće obrazloženje je da nema zakona ili da postojeći nisu adekvatno promijenjeni ili usaglašeni.

Budući da je ovo oblast koja ipak nije adekvatno regulisana, nadležne vlasti bi trebale što prije predložiti i staviti u zakonodavnu proceduru propise koji bi sveobuhvatno regulisali pitanje odgovornosti za govor mržnje na internetu. To bi podrazumijevalo propisivanje obaveza i odgovornosti internet portala za govor mržnje i drugi nedozvoljen govor u tekstovima koje objavljuju i u komentarima koje ne kontrolišu na odgovarajući način, ali i mogućnosti traženja zaštite odnosno satisfakcije onih koji se smatraju oštećenima.

Naravno, ne treba zanemariti ni potrebu da vlasti djeluju preventivno, kroz edukacije i podizanje svijesti o ovom problemu i njegovim posljedicama i to u saradnji sa grupama civilnog društva i međunarodnim organizacijama. Ovo se naročito odnosi na internet i korisnike interneta budući da država, prema relevantnim preporukama Komiteta ministara Vijeća Evrope⁴⁷, mora osigurati i slobodan pristup internetu i slobodu na internetu, slobodan protok informacija uključujući i prekogranični, zaštitu ljudskih prava internetskih korisnika itd.

5. Zaključak

Govor mržnje u javnom prostoru u BiH je u porastu,

⁴⁷ Preporuka CM/Rec (2016)5 o slobodi interneta od 13. 04. 2016, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (očitanje 29. 07. 2019); Preporuka CM/Rec (2016)1 o zaštiti i promoviranju prava na slobodu izražavanja i pravu na privatni život s obzirom na mrežnu neutralnost od 13. 01. 2016, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c1e59 (očitanje 29. 07. 2019); Preporuka CM/Rec (2015)6 o slobodnom, prekograničnom protoku informacija na internetu od 01. 04. 2015, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c3f20 (očitanje 29. 07. 2019); Preporuka CM/Rec (2012)3 o zaštiti ljudskih prava u odnosu na pretraživače od 04. 04. 2012, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805caa87 (očitanje 29. 07. 2019); Preporuka CM/Rec (2014)6 o vodiču za ljudska prava za korisnike interneta od 16. 04. 2014, dostupno na https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d5b31 (očitanje 29. 07. 2019).

naročito na internetu. U vezi s tim, nedostaju odgovarajuća zakonska rješenja koja bi bila u skladu sa obavezama preuzetim ratifikacijom Dodatnog protokola, zatim sa preporukama međunarodnih tijela, kao što je Vijeće Evrope i ECRI i sa standardima i praksom Evropskog suda o ovom pitanju. Ovo proizvodi obaveze kako za zakonodavne vlasti u BiH, tako i za sudove koji bi morali bolje i efikasnije ispunjavati ustavnu obavezu direktne primjene Evropske konvencije.

Da bi se osigurala efikasna i odgovarajuća zaštita oštećenih zbog *on-line* govora mržnje, bilo bi potrebno:

1. da nadležna zakonodavna tijela:

a) izmijene krivično-pravne propise kako bi se kriminalizirali oblici *on-line* govora mržnje koji su detaljno navedeni u Dodatnom protokolu (v. *supra*, 3), a naročito rasističke uvrede, klevete i prijetnje i javno izražanje rasističkih ideologija kao i javno negiranje, umanjivanje, opravdavanje ili odobravanje genocida, zločina protiv čovječnosti li ratnih zločina zbog rasističkih ciljeva, kako to ECRI kontinuirano ponavlja u periodičnim izvještajima;

b) donesu odgovarajući poseban zakon, najbolje na nivou BiH, u kojem bi se definisao pojam govora mržnje u medijima uključujući i internet, propisale obaveze *on-line* portala u vezi sa sprečavanjem i uklanjanjem govora mržnje i odgovarajuća građansko-pravna zaštita, što bi uključivalo i uslove odgovornosti *on-line* medija za govor mržnje u člancima koje objavljuju ili u komentarima korisnika;

c) u oba slučaja, što je naročito važno, pažljivo vode računa o tome da se izmjenama postojećih ili donošenjem novih zakona o ovom pitanju, ne dovede u pitanje sloboda izražavanja, odnosno da se onemogući svaka zloupotreba ovakvih propisa kako bi se ušutkali kritičari ili onemogućila demokratska rasprava o pitanjima od javnog/opšteg interesa;

2. da sudovi, do donošenja/izmjena odgovarajućih propisa, direktnom primjenom Evropske konvencije u skladu sa obavezom iz člana II/6 Ustava Bosne i Hercegovine, osiguraju primjenu ZOO za odgovarajuću zaštitu onih koji su oštećeni govorom mržnje, uz dosljednu primjenu standarda Evropskog suda o ovom pitanju, a naročito da vode računa o potrebi uspostavljanja pravične ravnoteže između slobode izražavanja i prava drugih da ne budu izloženi govoru mržnje;

3. da nadležna ministarstva (na državnom ili entitetskim nivoima) donesu sveobuhvatnu strategiju borbe protiv govora mržnje koja bi, između ostalog, obuhvatala uspostavljanje mehanizama praćenja govora mržnje, saradnju između organa za provođenje zakona i samoregulacijskih tijela radi krivičnog gonjenja za onaj govor mržnje koji jeste ili tek treba biti propisan kao krivično djelo, te pokretanje i vođenje

kampanja protiv govora mržnje, uključujući promociju osude takvog govora i kontragovor od strane političkih predstavnika i zvaničnika, kao što ECRI traži u svojim preporukama.

Pri tome, nadležni organi vlasti trebaju imati na umu da su preporuke Vijeća Evrope (97)20 i 21 čvrsto utemeljene na ključnim principima Evropskog suda kojima se, s jedne strane, štiti sloboda izražavanja, a s druge rezolutno suprotstavlja govoru mržnje. Ti principi su nijansirani i primjenljivi za različite odgovore na problem govora mržnje. Ono što je imperativ u vezi sa pravima, dužnostima i odgovornostima koje

prate uživanje u slobodi izražavanja i pravu na privatnost je da se između tih prava, kako je već rečeno, uspostavi odgovarajuća, pravična ravnoteža.

Iako je određene oblike govora mržnje potrebno zabraniti krivičnim zakonima, a za ostale oblike osigurati odgovarajuću građansko-pravnu zaštitu, mora se voditi računa da su "na duge staze" primjerenije promotivne i preventivne nego restriktivne mjere. Stoga je veoma važno da se kontinuirano preduzimaju aktivnosti na podizanju svijesti kod korisnika interneta i on-line medija o tome šta je govor mržnje, zašto je neprihvatljiv u javnoj komunikaciji i do kakvih posljedica može dovesti.

Summary

Hate Speech on Internet: international standards and protection

Hate speech on Internet has been more present in public discourse in Bosnia and Herzegovina in the last years, as noted by ECRI and European Commission in their reports. The particular problem presents the fact that, despite ECRI recommendations from 2016, and obligations that BiH accepted by ratification of the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, criminal laws have not been amended in a way to conform to the requirements set forth in this document nor in Committee of Ministers' Recommendation 97(20). Also, there is no adequate protection in civil or administrative laws that would allow those affected by on-line hate speech to seek redress. It is argued in this Article that the competent authorities should develop a comprehensive strategy to tackle on-line hate speech. This strategy should include different measures such as: legislative amendments in criminal and civil laws, enactment of a separate law that would include a clear definition of hate speech, obligations of on-line media in relation to establishing mechanisms for more efficient monitoring and prevention of hate speech, as well as their civil liability for hate speech in their publications and for users generated content. However, all legislative measures should be carefully designed in order not to undermine or allow disproportional restrictions to the freedom of speech or to have "chilling effect" on media or to discourage public debate and criticism. Until then, the courts should adhere to their constitutional obligation to directly apply ECHR and should interpret inadequate laws in a way that will not undermine the Convention rights.

Sadržaj:

1. Uvod	27	4. Izborni zakon Bosne i Hercegovine i govor mržnje	
2. Govor mržnje		4.1. Problematika izbornih kampanja, izbornog procesa i govora mržnje u Bosni i Hercegovini	33
2.1. Značenje pojma "govor mržnje"	27	4.2. Izborni zakon Bosne i Hercegovine i govor mržnje	34
2.2. Srodni pojmovi	29	4.3. Govor mržnje u praksi SIP i Suda BiH	35
3. Pravo na slobodu izražavanja i govor mržnje		5. Zaključak	37
3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava	30		
3.2. Razlikovanje političkog govora i govora mržnje u praksi Europskog suda	31		

1. Uvod

Proteklo je više od pola stoljeća od usvajanja međunarodnih dokumenata kojima je naglašena potreba za ukidanjem svih oblika diskriminacije, a taj trend je praćen i u europskom pravnom krugu. I dok su postojali različiti instrumenti borbe protiv različitih oblika diskriminacije, čini se da je tek u posljednjem periodu stvarno intenzivirana borba protiv pojave koja se koristi kao sredstvo za ispoljavanje ideja utemeljenih na netoleranciji, a to sredstvo se naziva govor mržnje.

Krajem dvadesetog i početkom dvadesetprvog stoljeća i u Bosni i Hercegovini je prepoznata potreba za usvajanjem propisa za borbu protiv govora mržnje. Pravni okvir kojim se regulira govor mržnje u Bosni i Hercegovini može se pronaći u odredbama Ustava, međunarodnih ugovora o ljudskim pravima koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, kaznenom, antidiskriminacijskom, medijskom te izbornom zakonodavstvu. Na prvi pogled može se reći da se propisivanju govora mržnje pristupa iz različitih pravnih oblasti. Uvažavajući karakteristike svake od njih, pokušava se snažnije djelovati na suzbijanju govora mržnje. Međutim, odlučujuću odgovornost u društvu za suzbijanje ove pojave snose upravo nositelji praktičnih politika, naročito ako se uzme u obzir da sve izrečeno u političkim kampanjama može predstavljati agendu budućeg djelovanja. Tako ideje koje se ispoljavaju u političkom diskursu kroz govor mržnje postaju opći društveni diskurs, ili što je još opasnije, neke od njih mogu biti ostvarene. Naročito zbog toga što za političke stranke, kandidate pa i njihove pristalice, izbori predstavljaju prilike i izazove, ali za društvo govor mržnje i poticanje na nasilje predstavljaju rizik i opasnost od ugrožavanja temeljnih načela na kojima počiva ustavni poredak. Upotreba govora mržnje u izbornim

kampanjama rastući je problem, a složenosti njegovog rješavanja doprinosi činjenica da se odredbe o govoru mržnje nalaze u složenom pravnom odnosu sa jednim od temeljnih ljudskih prava kao što je pravo na slobodu izražavanja, u čemu je neophodno uspostaviti pravilan balans.

U tom smislu je u ovoj analizi i obrađen govor mržnje u izbornom procesu sa aspekta prava na slobodu izražavanja. Time bih ukazao na eventualne nedosljednosti u zakonodavstvu i njegovoj primjeni. Analizom odgovarajućih odredbi izbornog zakona nastojat će se dati odgovor na pitanje da li se njegovim odredbama omogućuje stvarna borba protiv govora mržnje kao legitirnog cilja uskraćivanja u prava na slobodu izražavanja.

2. Govor mržnje*2.1. Značenje pojma "govor mržnje"*

Jednako postupanje i nediskriminacija temelji su univerzalnog sustava ljudskih prava koji počiva u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, a oni predstavljaju i osnivačka načela i vrijednosti Vijeća Europe i Europske unije. Njima je uspostavljena obveza država potpisnica da nacionalnim zakonodavstvom jasno uspostave zabranu diskriminacije, a kao garancija za poštovanje tih obveza osnovani su međunarodni sudovi i druga tijela za praćenje usklađenosti i provedbu tih odredaba. Propisi kojima se zabranjuje govor mržnje svoje utemeljenje imaju u odredbama međunarodnih akata kojima je regulirana zabrana diskriminacije. Međutim, sveprisutna je dilema kako pravilno odrediti pojam govora mržnje. U odgovoru na to pitanje se kao temelj uzimaju odredbe međunarodnih konvencija, stavovi sudova, te preporuke međunarodnih organizacija i tijela koji se bave borbom protiv rasizma i netolerancije. U narednom dijelu ću ukazati na neke od njih.

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne

* Autor je doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu i pravni savjetnik u Uredu registrara Ustavnog suda BiH. Mišljenja i stavovi navedeni u analizi isključivo su mišljenja i stavovi autora.

diskriminacije (CERD)¹ predstavljala je prvi međunarodni dokument kojim je na svojevrsan način bio reguliran govor mržnje. Naime, pojam govor mržnje nije bio korišten u konvenciji, ali se njena suština odnosila na zabranu rasističkog govora, i to na način da se od država potpisnica zahtijevalo ne samo da zabrane nego i da propišu kao kažnjivo djelo neke pojavne oblike rasističkog govora. Člankom 4 CERD identificirana su četiri oblika onoga što danas nazivamo govor mržnje, a to je širenje ideja utemeljenih na rasnoj superiornosti, širenje ideja utemeljenih na rasnoj mržnji, poticanje na rasnu diskriminaciju i poticanje na djela rasno motiviranog nasilja². Među autorima CERD je prevladao stav kako postoji veza između širenja rasističkih ideja i stvaranja atmosfere mržnje, koja nužno vodi ka diskriminaciji³.

Usvajanjem Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (ICCPR)⁴, Opća skupština Ujedinjenih nacija najprije je propisala pravo na slobodu izražavanja, a zatim je ukazala i na potrebu zakonske zabrane poticanja na mržnju i ratne propagande, što se može uzeti kao svojevrsan izuzetak od prava na slobodu izražavanja. Tako je člankom 19 ICCPR propisano da svatko ima pravo na slobodu izražavanja, a da sloboda govora može biti predmetom ograničenja samo ako su ograničenja propisana zakonom i neophodna za poštivanje prava i ugleda drugih, ili za zaštitu nacionalne sigurnosti ili javnog reda ili zdravlja ili morala⁵. Zatim je u članku 20 ICCPR naglašeno da svaka ratna propaganda treba biti zabranjena zakonom, te da zakonom treba biti zabranjeno bilo kakvo poticanje na mržnju putem “zagovaranja” nacionalne, rasne ili vjerske mržnje koja predstavlja poticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje. Iz ovoga proizlazi da članak 20 ICCPR ne zahtijeva da države zabrane sve negativne izjave prema nacionalnim skupinama, rasama ili religijama, već samo one kada pozivanje na mržnju prema

njima predstavlja poticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje⁶. Neke zemlje, a naročito Sjedinjene Američke Države su zauzele stav da samo poticanje kojim se namjerava izazvati neposredno nasilje, predstavlja opravdanje ograničenja takvog temeljnog prava kao slobode govora⁷. Pored ovih, međunarodni pravni okvir za reguliranje govora mržnje predstavljaju i druge konvencije kojima se na posredan način regulira ovo pitanje⁸.

Krajem dvadesetog stoljeća, na razini Vijeća Europe je uslijed političkih promjena koje su obilježile taj period, te porast rasističke propagande, ksenofobije i netrpeljivosti prema nemoćnim grupama i njihovom težnjama ka emancipiranju, dovelo je do potrebe za detaljnijom regulativom govora mržnje. U tom smislu, Komitet ministara Vijeća Europe je u cilju utvrđivanja potrebe da se borba protiv rasizma i netolerancije pomiri sa potrebom da se zaštiti sloboda izražavanja da bi se izbjegla opasnost od podrivanja demokracije, pod izgovorom da se ona brani, usvojilo preporuku državama članicama o “govoru mržnje”. Državama članicama je preporučeno da u okviru sveobuhvatnog pristupa govoru mržnje “utvrde i održavaju cjeloviti pravni okvir koji se sastoji od građanskih, kaznenih i upravnih zakonskih odredbi o govoru mržnje”. U preporuci je definiran govor mržnje na način da “podrazumijeva sve vrste izražavanja koji šire, potiču, promoviraju ili opravdavaju rasnu mržnju, ksenofobiju, anti-semitizam ili druge oblike mržnje zasnovane na netoleranciji uključujući netoleranciju izraženu kroz agresivni nacionalizam i etnocentrizam, diskriminaciju i neprijateljstvo spram manjina, migranata i ljudi sa useljeničkim porijeklom”¹⁰.

Naposlijetku, u cilju definiranja pojma govora mržnje, veoma značajnu ulogu imaju preporuke Europske komisije protiv rasizma i netolerancije (ECRI). Prema tekstu Opće preporuke broj 15 ECRI o suzbijanju govora mržnje¹¹, govor mržnje se definira kao “zagovaraje, promicanje ili poticanje u bilo kojem obliku, blaćenja, mržnje ili demoniziranja osobe ili skupine

¹ BiH je sukcesijom od 10. 09. 1993. ratificirala Međunarodnu konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. (u daljnjem tekstu: CERD), ona je navedena pod t. 6 Aneksa I Ustava BiH pod nazivom “Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH”.

² Čl. 4 izričito zabranjuje javnim tijelima i institucijama promicanje ili poticanje rasne pripadnosti diskriminacija. Također zahtijeva da se provedbenim mjerama na odgovarajući način poštuju načela postavljena u oba UDHR i čl. 5 CERD, koji predviđa jednakost pred zakonom u uživanju velik broj prava, uključujući slobodu izražavanja.

³ M. Munivrana Vajda/A. Šurina Marton, Gdje prestaju granice slobode izražavanja, a počinje govor mržnje?, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 1/2013, s. (435 i dalje) 439.

⁴ Usvojen Rezolucijom 2200A (XXI) Generalne skupštine 16. 12. 1966, stupio na snagu 23. 03. 1976. BiH je sukcesijom od 01. 09. 1993. ratificirala ovaj međunarodni dokument (ICCPR), ona je navedena pod t. 7 Aneksa I Ustava BiH pod nazivom “Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH”.

⁵ Ovo je poznato kao trodijelni test zakonitosti, legitimnosti i neophodnosti miješanja.

⁶ V. Muntarhorn, Study on the Prohibition of Incitement to National, Racial, Or Religious Hatred: Lessons from the Asia Pacific Region, navedeno prema IFES, *Countering Hate Speech in Elections: Strategies for Electoral Management Bodies*, s. 6, https://www.ifes.org/sites/default/files/2017_ifes_countering_hate_speech_white_paper_final.pdf (očitanje 23. 04. 2019).

⁷ *Ibid*, s. 6.

⁸ Npr. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Konvencija o pravima osoba s invaliditetom i sl.

⁹ Preporuka br. R 97/20 o govoru mržnje, Komitet ministara Vijeća Europe, 30. 10. 1997.

¹⁰ http://www.coe.int/t/dg4/youth/Source/Training/Training_courses/2012_Mapping_projects_against_Hate_Speech.pdf (očitanje 24. 04. 2019).

¹¹ ECRI General Policy Recommendation N°15 on Combating Hate Speech od 08. 12. 2015.

osoba kao i uznemiravanje, napadi, negativno označavanje, stigmatizacija ili prijetnja u odnosu na takvu osobu ili skupinu osoba te opravdavanje takvih oblika izražavanja na osnovi "rase", boje kože, porijekla, nacionalne ili etničke pripadnosti, dobi, invaliditeta, jezika, vjere ili uvjerenja, spola, roda, rodnoga identiteta, seksualne orijentacije i drugih osobnih karakteristika ili statusa¹².

U pravnim tekstovima koji se bave govorom mržnje, a to potvrđuju i prethodni dokumenti, naglašava se da ne postoji opće prihvaćena definicija govora mržnje¹³. Međutim, sam pojam govora mržnje je veoma ustaljen u akademskoj literaturi, pravnim tekstovima i javnom govoru. Nepostojanje univerzalnog značenja pojma govora mržnje, odnosno postojanje više definicija koje se bave njegovim određivanjem, može dovesti do široke interpretacije, odnosno, do njegove zloupotrebe.

Iako pojam govor mržnje i engleski ekvivalent 'hate speech' od kojega pojam govor mržnje i vuče porijeklo, naglasak stavljaju na 'govor', koji podrazumijeva verbalni izričaj, pojam govora u ovom kontekstu obuhvaća kako verbalne tako i neverbalne načine javnog izražavanja, kao što su slike, znakovi, simboli, geste i sl.¹⁴ u literaturi može naići i na termin "jezik mržnje", kao vrstu sinonima za istu pojavu. Značenje termina "jezik" može se više vezati za mnogo širi koncept koji obuhvaća "formalne sisteme znakova koji su uređeni gramatičkim pravilima kombiniranja u cilju komuniciranja značenja". Ovaj pojam se čini adekvatnijim kada se govori o nekoj vrsti leksikona koji sadrži određene riječi ili izraze koji se mogu smatrati politički nekorektnim, uvredljivim, ili na bilo koji način neprihvatljivim u društvu zbog štete koju potencijalno mogu nanijeti određenoj, najčešće manjinskoj grupi. Kada se upotrebljava termin "govor", on se ipak fokusira na samu aktivnost (komunikaciju). U ovom slučaju je cilj "akcije" da se nanese šteta određenom pojedincu ili grupi. Na taj način je fokus svih problema koje sa sobom nosi definiranje stavljen na ovakvu aktivnost, a ne na sam vokabular kao takav ili na postojanje određenih riječi ili izraza koji bi kao takvi sami mogli da budu predmet regulacije ili zabrana¹⁵.

Unatoč razlikama među navedenim definicijama, sve one sadrže i ističu dva bitna elementa (sastavnice) kao specifične distinktivne značajke/odrednice govora mržnje. Mora se, *prvo*, raditi o izražavanju određenih mr-

zilačkih i uvredljivih sadržaja/poruka, tj. o sadržajima kojima se izražava, zagovara, potiče ili opravdava mržnja, diskriminacija ili nasilje, ili koji izruguju, omalovažavaju, ponižavaju, dehumaniziraju ili obezvrjeđuju. *Drugo*, takav mržilački govor mora biti usmjeren protiv određenih ciljanih društvenih skupina i njihovih pripadnika koje se mogu identificirati po određenim zajedničkim objektivnim značajkama kao što su rasa, boja kože, nacionalno ili etničko podrijetlo, vjera, spol, seksualna orijentacija i slično¹⁶.

Ovakvim definicijama govora mržnje može se izreći zamjerka složenosti. Ona je proizvod nastojanja da se jednom definicijom označe svi mogući aspekti govora mržnje, pa se u tom pogledu kao najbolja definicija pokazuje ona koju je dao Europski sud za ljudska prava (Europski sud) u svojim predmetima. Prema njegovom mišljenju govor mržnje se odnosi "na sve oblike izražavanja kojima se širi, podstiče, promovira ili opravdava mržnja utemeljena na netoleranciji, uključujući i vjersku netoleranciju"¹⁷. Ovakvom definicijom se jasno definira sadržaj koji se smatra zabranjenim, i ostavlja se mogućnost situacijskog određivanja ciljanih društvenih skupina prema kojima se ispoljava netolerancija.

2.2. Srodni pojmovi

Izjave političara zauzimaju velik dio medijskog, a time i javnog prostora. Njihovi stavovi se oblikuju u političke odluke i javne politike koje svakodnevno utječu na živote ljudi. Izjave su posebno intenzivirane u godini izbora, a naročito u izbornoj kampanji. Prema tome, u raspravi o govoru mržnje u političkom izražavanju veoma važno je praviti distinkciju između govora mržnje od ideološkog, političkog i kritičkog stava ili mišljenja kao zaštićenih oblika izražavanja. Ovo je naročito važno da se propisi o zabrani govora mržnje ne bi koristili u svrhu cenzure političkih neistomišljenika, ali i da pozivanje na političko/ideološko izražavanje i mišljenje ne bi predstavljalo opravdanje za iznošenje mržnje utemeljene na netoleranciji.

Pojedini ideološki stavovi, naročito oni koje možemo nazvati konzervativnim nisu uvijek govor mržnje. Rasprave u kojima su zastupljeni ideološki stavovi u vezi sa ukidanjem prava na abortus ili pravima pripadnika određene nacionalne ili etničke manjine ili pripadnika određenog spola ili određene seksualne orijentacije su sasvim legitimne u demokratskom društvu, ali samo pod uvjetom da se njima ne podstiče mržnja, netolerancija, agresivni nacionalizam ili etnocentri-

¹² Preporuke za suzbijanje diskriminacije i govora mržnje u predizbornim kampanjama, Equinet – Europska mreža tijela za jednakost, 2019, dostupno na http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/equinet_preporuke_hr_-_croatia.pdf (očitanje 24. 04. 2019).

¹³ V. Alaburić, Ograničavanje "govora mržnje" u demokratske društvu – teorijski, zakonodavni i praktički aspekti, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb 1/2003, s. (1 i dalje) 3.

¹⁴ Preporuka br. R 97/20.

¹⁵ P. Nikolić, *Govor mržnje u internet komunikaciji u Srbiji*, Beograd 2018, s. 28.

¹⁶ Alaburić (bilj. 13), s. 4. Definicija govora mržnje, kako je tumači navedena autorica uključuje "(...) napadački govor kojim se širi mržnja, nesnošljivost, i poziva na nasilje protiv skupine ljudi koja se može identificirati po rasi, nacionalnom ili etničkom podrijetlu, boji kože, vjeroispovijesti, spolu ili nekim drugim značajkama".

¹⁷ *Müslüm Gündüz protiv Turske*, presuda od 04. 12. 2003, aplikacija br. 35071/97.

zam, ne glorificiraju zločini ili superiornost rase ili nacije, ili negiraju ratni zločini, genocid ili uspomena na osobe koje su izgubile živote u takvim događajima. Razlog za to je da ideologija zasnovana pozivanjem na mržnju, nasilje ili diskriminaciju kao i prijetnje, da ideologije o superiornosti, odnosno inferiornosti na osnovu rase, jezika, boje kože, religije, nacionalnosti ili etničkog porekla, ideologije zasnovane na javnom negiranju, omalovažavanju, opravdavanju genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina ili čiji je cilj javno distribuiranje svih vrsta rasističkog materijala i stvaranje rasističkih grupa *ne predstavljaju postulate demokratskog društva*. U tom smislu svaka država mora ustanoviti djelotvoran pravni okvir kako bi takve ideologije bile zabranjene. Slično se može zaključiti i za politički stav. Ma koliko političke kampanje, stavovi ili mišljenja mogu biti “prljavi” i zasnovani na uvredljivim riječima, one najčešće u demokratskom društvu spadaju u krug legitimnih rasprava, osim u slučaju u kojem se ne ugrožavaju osnovni postulati demokratskog društva, kao na primer zabrana diskriminacije, rasizma ili ksenofobije, glorificiranja genocida ili zločina, superiornosti ili inferiornosti usljed pripadnosti određenoj rasi, religiji, nacionalnosti ili etničkoj pripadnosti i dr.¹⁸

Kada je riječ o kritičkom stavu prema vlasti kao i političkim strankama i javnim ličnostima, opće je usvojeno načelo da političari – posebice vladini političari – moraju imati jači prag tolerancije, te da su granice prihvatljivog kriticisma šire kada se radi o političaru nego kada se radi o privatnoj osobi i da političari zbog toga moraju ispoljiti i veću dozu tolerancije. Međutim, taj kritički stav ne smije imati obilježja govora mržnje. Govor mržnje se ne smije miješati ni sa uvredom ili klevetom u političkim kampanjama koji su predmet reguliranja drugih grana prava. Pitanje klevete sličan je problem pitanju govora mržnje u jednom pogledu, to je područje u kojem sloboda izražavanja može biti legitimno ograničena za zaštitu prava drugih, dok se suština klevete sastoji u iznošenju neistinitih činjenica, što kod procjene govora mržnje nije relevantna okolnost jer nema iste implikacije niti je predmet zaštite pravo na privatni život druge osobe. S druge strane, govor mržnje može imati sličnosti i sa uvredom jer određene izjave ili slični oblici izražavanja mogu omalovažavati ili ponižavati drugu osobu ili skupinu, ali se od nje razlikuje u elementu mržnje koji se temelji na netoleranciji. U tom smislu, Ured visokog povjerenika UN za ljudska prava (OCHCR) je u svom općem komentaru¹⁹ članka 19 ICCPR u odnosu na politički proces naglasio da “puka činjenica da se oblici izražavanja smatraju uvredljivim za javnu osobu, nije

dovoljna da bi se opravdalo izricanje kazni. Štoviše, sve javne osobe, uključujući i one koje vrše najvišu političku vlast kao što su vođe država i vlada legitimno podliježu kritikama političke opozicije”. U takvim slučajevima, mora se utvrditi jesu li izjave samo uvredljive ili kritične prema njihovim politikama ili da li idu tako daleko da potiču mržnju na temelju spola, rase, religije ili drugih kriterija²⁰.

3. Pravo na slobodu izražavanja i govor mržnje

3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

Sloboda izražavanja temeljno je ljudsko pravo zaštićeno člankom 19 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i člankom 10 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP), ali je i prepoznato kroz sve ključne međunarodne i regionalne dokumente za zaštitu ljudskih prava. Europski sud, čije je tumačenje ključno za razumijevanje dosega slobode izražavanja, ističe da se pravom na slobodu izražavanja štiti iznošenje, ne samo ‘informacija’ ili ‘ideja’ koje su rado prihvaćene ili koje se smatraju bezazlenima ili nevažnima, već se odnosi i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju državu ili neki dio društva. On navodi da su to zahtjevi pluralizma, tolerancije i slobodoumnosti bez kojih nema “demokratskog društva”²¹. S druge strane, članak 10 st. 2 EKLJP propisuje i da sloboda izražavanja može biti ograničena, ali ta ograničenja moraju biti striktno tumačena, a potreba za ograničenjima slobode izražavanja mora biti uvjerljivo utvrđena i obrazložena²².

Sprečavanje govora mržnje i stigmatizacije pojedinih društvenih skupina navodi se kao jedan od rijetkih opravdanih razloga za miješanje ili ograničavanje slobode izražavanja, a u europskom pravnom prostoru govor mržnje načelno se ne smatra zaštićenim pravom na slobodu izražavanja. Govor kojim se stigmatizira, ocrnjuje ili huška na određene društvene skupine nije spojiv sa slobodom govora upravo zato što krši prava drugih osoba i potpuno je nespojiv s ravnopravnošću kao temeljnim načelom života u društvu²³. Kada je riječ o predmetima u kojima se radi o poticanju na mržnju u kojima se stranke pozivaju na slobodu izražavanja, Europski sud, tumačeći EKLJP u svojoj praksi koristi dva pristupa odlučujući o ovakvim predmetima. Prvim pristupom govor mržnje se isključuje od zaštite konvencije prema članku 17 Europske konvencije²⁴ kojim je propisana zabrana zloupotrebe prava, kada se

¹⁸ <http://www.yucom.org.rs/rest.php?tip=vestgalerija&idSek=24&idSubSek=70&id=1&status=drugi> (očitanje 27. 04. 2019).

¹⁹ V. Opći komentar br. 34 o čl. 19 ICCPR (st. 38), dostupno na <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> (očitanje 30. 04. 2019).

²⁰ IFES (bilj. 6), s. 16.

²¹ V. ESLJP, odluka u predmetu *Handyside protiv UK*, predst. br. 5493/72, odluka od 07. 12. 1976, t. 49.

²² V. ESLJP, između ostalih, *Von Hannover protiv Njemačke* br. 2, predst. br. 40660/08 i 60641/08, odluka od 07. 02. 2012, t. 101.

²³ Govor mržnje i neprihvatljiv govor: vodič za političare/ke, http://www.dostajemrznje.org/wp-content/uploads/2016/09/govor_mrznje_vodic_final.pdf (očitanje 24. 04. 2019).

²⁴ Odredba čl. 17 EKLJP ima za cilj spriječiti osobe da iz Konvencije izvuku bilo koje pravo na sudjelovanje u aktivnostima

sporne izjave odnose na govor mržnje kojima se negiraju temeljne vrijednosti EKLJP, a kojima se promovira nacistička ideologija, negira holokaust i poziva na mržnju i rasnu diskriminaciju²⁵. Drugi pristup odnosi se na tumačenje ograničenja u zaštiti propisanih člankom 10 st. 2 EKLJP, a taj pristup se koristi u slučaju kada sporni govor, iako se može raditi o govoru mržnje, direktno ne negira temeljne vrijednosti EKLJP²⁶. U takvim predmetima, Europski sud polazi od trodijelnog testa zakonitosti, legitimnosti i nužnosti u demokratskom društvu. Europski sud razmatra sporno “miješanje” u pravo na slobodu izražavanja u svjetlu ukupnosti predmeta, uključujući i sadržaj spornog izražavanja i konteksta u kojem je izneseno, te da li ograničavanje odgovara nekoj “imperativnoj društvenoj potrebi”²⁷ i da li je bila “razmjerna legitimnom cilju kome se težilo”²⁸.

ili izvođenju radnji usmjerenih na uništavanje bilo kojeg prava i sloboda utvrđenih Konvencijom.

²⁵ Kada su u pitanju isključenje pružanja zaštite putem odredaba EKLJP, ESLJP je ukazivao da nema sumnje da bi bilo koja opaska usmjerena protiv temeljnih vrijednosti Konvencije bila uklonjena iz zaštite čl. 10 [sloboda izražavanja] iz čl. 17 [zabrana zlouporabe prava], v. ESLJP, odluka o dopustivosti u predmetu *Seurot v. France*, od 18. 05. 2004. U praksi ESLJP od zaštite prema čl. 17 EKLJP isključene su izjave kojima se pozivalo na etničku mržnju, poticanje na nasilje i podršku terorističkim aktivnostima, negacionizam i revizionizam, rasnu mržnju, religijsku mržnju te prijetnju demokratskom poretku.

²⁶ Ograničenja koja se u smislu čl. 10 st. 2 EKLJP smatraju neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, teritorijalnog integriteta ili javne sigurnosti, radi sprječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprječavanja otkrivanja informacija dobivenih u povjerenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudstva.

²⁷ Prema praksi ESLJP, izraz “neophodno” u smislu čl. 10 st. 2 EKLJP implicira postojanje “hitne društvene potrebe”. U vezi s tim, države članice Vijeća Europe imaju određenu diskrecijsku ocjenu pri odlučivanju o tome postoji li takva potreba, ali ta diskrecijska ocjena “ide ruku pod ruku s europskim nadzorom koji obuhvaća kako zakon tako i odluke kojima se zakon primjenjuje, pa i odluke koje donosi nezavisni sud”. Stoga je ESLJP ovlašten dati konačnu ocjenu o tome je li neko nametnuto “ograničenje” u skladu sa slobodom izražavanja kako je štiti čl. 10 EKLJP. Međutim, u vršenju ove nadležnosti ESLJP neće, kako konzistentno ističe, zauzeti mjesto nadležnih domaćih vlasti, već će razmotriti jesu li odluke koje su domaće vlasti donijele u skladu sa čl. 10 EKLJP. To ne znači da je supervizija ESLJP ograničena na utvrđivanje je li domaća vlast razumno, pažljivo i u dobroj vjeri vršila svoja diskreciona ovlaštenja, već će ispitati je li miješanje u pravo iz čl. 10 EKLJP, u okolnostima svakog konkretnog slučaja u cjelini, bilo proporcionalno legitimnom cilju koji se želio postići i jesu li razlozi i obrazloženja koji su dati za miješanje u ovo pravo bili “relevantni i dovoljni”. Pri tome, ESLP se mora uvjeriti da su domaće vlasti primijenile standarde koji su u skladu s principima utjelovljenim u čl. 10 EKLJP. V. ESLJP, između ostalih, Medžlis Islamske zajednice Brčko i dr. protiv BiH, predst. br. 17224/11, odluka od 27. 06. 2017, t. 75.

²⁸ S druge strane, kada su u pitanju ograničenja u zaštiti koja su predviđena čl. 10 st. 2 EKLJP negiranje nacionalnog

3.2. Razlikovanje političkog govora i govora mržnje u praksi Europskog suda

Kod izražavanja političkog mišljenja postavlja se pitanje da li je ispravno ili prihvatljivo ograničiti pravo na slobodu izražavanja kada izražena gledišta podupiru ograničenje ili kršenje prava drugih. Ovo se može shvatiti zavisno od točke gledišta sa koje se promatra sporna tematika. Često se smatra da govor mržnje jedne osobe predstavlja legitimno mišljenje druge osobe. Stoga postoji opće negodovanje nametanju ograničenja na izgovorene riječi. Ove dileme postaju još izraženije u okolnostima izbora, a ta pitanja se postavljaju zbog toga što su izbori upravo trenutak kada treba izraziti različite političke stavove. Ograničavanje izražavanja nekog od političkih stavova potencijalno ograničava ne samo prava slobode govora, nego i demokratskog sudjelovanja u izbornom procesu. S druge strane, vrlo nabijena atmosfera predizborne kampanje može biti trenutak kada zapaljive izjave imaju, odnosno mogu imati učinak poticanja ljudi na nasilje, čime se krše demokratska prava na slobodu govora drugih osoba²⁹.

Kada su u pitanju politički govori u izbornom procesu značajno je ukazati na stavove Europskog suda u odluci *Féret protiv Belgije*³⁰ u kojoj je on sumirao vlastitu praksu, te je procijenio da je u slučaju kažnjavanja podnositelja predstavke koji je distribuirao letke sa antiimigrantskim porukama, postojala snažna društvena potreba za zaštitom prava imigrantske zajednice. Naime, Europski sud je naglasio da članak 10 st. 2 EKLJP ne ostavlja mnogo prostora za ograničenja slobode izražavanja u oblasti političkog govora ili pitanja od općeg interesa. Istakao je da je u demokratskom društvu od suštinskog značaja štiti slobodno odvijanje političke rasprave, zbog čega se najveći značaj pridaje slobodi izražavanja u kontekstu političke rasprave, te da se politički govor ne može ograničavati bez imperativnih razloga. Omogućavanje širih ograničavanja u nekim slučajevima odrazilo bi se bez ikakve sumnje na poštovanje slobode izražavanja uopće u predmetnoj državi. Međutim, sloboda političke rasprave ni u kom slučaju nema apsolutan karakter, a država članica može je podrediti izvjesnim “ograničenjima” ili “sankcijama”. Tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića predstavljaju temelj demokratskog i pluralističkog društva. Iz toga proističe da se može u načelu ocijeniti da je nužno, u demokratskim društ-

identiteta, ekstremizam, isticanje zastave s kontroverznim povijesnim konotacijama, poticanje etničke mržnje, poticanje nacionalne mržnje, poticanje na rasnu diskriminaciju ili mržnju, poticanje vjerske nesnošljivosti, povreda državnih dužnosnika, su predmeti u kojima je ESLJP analizirao postojanje povrede čl. 10 EKLJP, https://www.echr.coe.int/doi/cuments/fs_hate_speech_eng.pdf (očitanje 25. 04. 2019).

²⁹ <https://aceproject.org/ace-en/topics/me/mea/mec03d/default> (očitanje 25. 04. 2019).

³⁰ V. ESLJP, *Féret protiv Belgije*, predst. br. 15615/07, odluka od 16. 07. 2009, ss. 63-65, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114399> (očitanje 27. 04. 2019).

vima, sankcionirati, čak i preduprijeti, sve oblike izražavanja kojima se propagira, ohrabruje, promovira ili opravdava mržnja zasnovana na netoleranciji (uključujući i vjersku netoleranciju), ako se vodi računa da “formalnosti”, “uvjeti”, “ograničenja” ili “sankcije” koje se izriču budu razmjernje cilju kome se teži. Europski sud posebno naglašava da je sloboda izražavanja posebno dragocjena za osobu koju je izabrao narod; ona predstavlja svoje birače, izražava njihove preokupacije i brani njihove interese³¹. U tome predmetu je istaknuta činjenica da je aplikant poslanik i da se to ne može smatrati kao okolnost koja umanjuje njegovu odgovornost, jer je od sudbinskog značaja da političari izbjegavaju da, u svojim javnim govorima, šire stavove koji mogu da pothranjuju netrpeljivost. Iako u izborom kontekstu političke stranke moraju uživati široku slobodu izražavanja u pokušaju uvjeravanja njihovih birača, u slučaju rasističkog ili ksenofobičnog govora, takav kontekst doprinosi raspirivanju mržnje i netrpeljivosti jer, po prirodi stvari, stavovi izbornih kandidata teže da budu sve manje fleksibilni, a stereotipni slogani i parole prevagnu nad razumnim argumentima. Utjecaj rasističkog i ksenofobičnog govora tada postaje veći i štetniji. Sud prihvaća da politički govor zahtjeva viši nivo zaštite, i sud ne osporava da političke stranke imaju pravo da javno brane svoje stavove, ali one moraju izbjegavati da to čine zalažući se za rasnu diskriminaciju i pribjegavajući uvredljivim ili ponižavajućim izrazima ili stavovima, jer takvo ponašanje može izazvati u javnosti reakcije koje su nespojive sa mirnom društvenom atmosferom i potkopavati povjerenje u demokratske institucije³².

Europski sud je u predmetu *Le Pen protiv Francuske*³³ predstavku proglasio očigledno nedopuštenom, zaključujući da je izrečena sankcija za izjave koje su se odnosile na muslimane u Francuskoj bila opravdana. Primijetio je da su izjave podnositelja zahtjeva date u kontekstu opće rasprave o problemima vezanim uz rješavanje i integraciju imigranata u zemljama domaćinima, a da su komentari podnositelja zahtjeva muslimansku zajednicu u cjelini prikazali u uznemirujućem svjetlu koje bi moglo dovesti do osjećaja odbijanja i neprijateljstva. Podnositelj zahtjeva je, s jedne strane, postavio Francuze protiv zajednice čija su vjerska uvjerenja izričito spomenuta i čiji je brzi rast predstavljen kao postojeća latentna prijetnja dostojanstvu i sigurnosti francuskog naroda. Razlozi koje su domaći sudovi naveli na osuđivanje podnositelja zahtjeva bili su stoga relevantni i dostatni, a izrečena kazna nije bila nerazmjerna, zbog čega je zaključio da je miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na slobodu izražavanja bilo nužno u demokratskom društvu.

S druge strane, važno je ukazati i na drugačije odluke Europskog suda u kojima nije bilo utvrđeno postojanje

povrede prava na slobodu izražavanja. Primjerice, u odluci *Perinçek protiv Švicarske*³⁴ u kojoj je bilo riječ o slučaju koji se odnosi na kaznenu osudu turskog političara za javno negiranje genocida nad Armencima. Europski sud je istakao da je svjestan velike važnosti koju armenska zajednica pridaje pitanju hoće li se te masovne deportacije i masakri smatrati genocidom, da su dostojanstvo žrtava i dostojanstvo i identitet suvremenih Armenaca zaštićeni člankom 8 EKLJP (pravo na poštovanje privatnog života), te da mora biti uspostavljena ravnoteža između dva prava iz Konvencije – prava na slobodu izražavanja i prava na poštovanje privatnog života – uzimajući u obzir specifične okolnosti slučaja i razmjernost između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se tražio postići. U ovom slučaju, Sud je zaključio da nije bilo potrebno, u demokratskom društvu, podvrgnuti podnositelja kaznenoj sankciji kako bi se zaštitila prava armenske zajednice. Pri tome, Europski sud je uzeo u obzir da su izjave podnositelja zahtjeva bile vezane uz pitanje od javnog interesa i nisu predstavljale poziv na mržnju ili netrpeljivost; kontekst u kojem su nastali nisu obilježene pojačanim napetostima ili posebnim povijesnim prizvukom u Švicarskoj, te se ne može zaključiti da utječu na dostojanstvo članova armenske zajednice do te mjere da zahtijevaju odgovor u kaznenom pravu u Švicarskoj; kao i da nije bilo međunarodne zakonske obveze za Švicarsku da kriminalizira takve izjave. Imajući to u vidu Europski sud je zaključio da su švicarski sudovi cenzurirali podnositelja zahtjeva samo zato što su izrazili mišljenje koje je odstupalo od utvrđenih u Švicarskoj; a uplitanje u njegovo pravo na slobodu izražavanja poprimilo je ozbiljan oblik kaznene osude.

U predmetu *Faruk Temel protiv Turske*³⁵ koji se odnosio na podnositelja zahtjeva koji je bio predsjednik stranke koji je pročitao izjavu za medije u kojoj je kritizirana intervencija SAD u Iraku i smještanje u samicu vođe terorističke organizacije, zbog čega je osuđen za širenje propagande sa obrazloženjem da je javno branio upotrebu nasilja i drugih terorističkih metoda. Europski sud je istakao da je podnositelj zahtjeva govorio kao politički dužnosnik i član oporbene političke stranke, prezentirajući stavove svoje stranke o aktualnim pitanjima od općeg interesa, pa je zauzeo stajalište da njegov govor, uzevši sveukupno, nije poticao druge na upotrebu nasilja, oružanog otpora ili ustanka i da nije predstavljao govor mržnje.

Dakle, ove odluke potvrđuju da je veoma osjetljiva granica za uspostavljanje razlike između govora mržnje i političkog govora. Iz prakse Europskog suda u pogledu izjava političara proizlazi da je izborni proces poseban period u kojemu se razmjenjuju argumenti o temama koje su od značaja u određenom društvu tako da u tome periodu postoji društvena potreba za iznošenjem

³¹ *Ibid*, st. 63-65.

³² *Ibid*, st. 75-77.

³³ http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3117124-3455_760 (očitanje 27. 04. 2019).

³⁴ ESLJP, *Perinçek protiv Švicarske*, predst. br. 27510/08, odluka od 15. 10. 2015.

³⁵ ESLJP, *Faruk Temel protiv Turske*, predst. br. 16853/05, odluka od 01. 02. 2011.

različitih stavova. Međutim, to ne znači da izborni period može predstavljati neograničen poligon za iznošenje stavova koji se mogu smatrati govorom mržnje kako bi se moglo skrivati iza prava i sloboda propisanih EKLJP.

4. Izborni zakon Bosne i Hercegovine i govor mržnje

4.1. Problematika izbornih kampanja, izbornog procesa i govora mržnje u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini, kao državi sa poviješću etničkog nasilja i podjela, naročito može biti sporno da li se određeno izražavanje treba smatrati govorom mržnje ili dozvoljenim izražavanjem u smislu političkog diskursa. Zbog institucionalnog uređenja zemlje politička klima je naročito pogodna upotrebi govora mržnje. Usprkos preporukama koje je ECRI u tom pogledu dao u svom izvještaju iz 2010. godine (stavke 46 do 48), političari i dalje često koriste govor mržnje u predizornoj kampanji kako bi nastavili okupljati glasače iz svoje etničke grupe oko etničko-nacionalističkog govora. U tom kontekstu političari često iznose kontroverzne reference vezane za ratna događanja kako bi rasplamsali etničku mržnju³⁶. Tome dodatno doprinosi veliki broj pitanja koja se svrstavaju u nacionalne interese, pa je to diskurs koji prevladava u političkom kontekstu u Bosni i Hercegovini.

ECRI naglašava da bi se političke stranke trebale oduprijeti iskušenju da pribjegavaju onoj vrsti nacionalističkog diskursa koji podstiče na etničke podjele i animozitet. Također naglašava da političke stranke trebaju igrati centralnu ulogu u promoviranju unutrašnje kohezije društva i osjećanja pripadnosti istoj društvenoj zajednici. Političke stranke bi se također trebale čvrsto zauzeti protiv svakog oblika rasizma i vjerske ili etničke diskriminacije. ECRI je predložio vlastima Bosne i Hercegovine da poduzmu *ad hoc* mjere konkretno usmjerene protiv korištenja etnički huškačkog diskursa od strane ekspanziona političkih stranaka, uključujući tu npr. i usvajanje zakonskih odredbi koje omogućavaju da se političkim strankama čiji su članovi odgovorni za rasističke ili diskriminatorne radnje uskrate sredstva javnog financiranja³⁷.

Da se govor mržnje koristi tijekom izbornih procesa u Bosni i Hercegovini pokazuju i izvještaji nevladine organizacije Pod lupom koja se bavi promatranjem izbora³⁸. U izvještaju za 2018. godine, koalicija Pod

lupom je navela da se na proteklim izborima najveći broj zabranjenih aktivnosti odnosi se na neprimjeren govor tj. korištenje jezika koji bi nekoga mogao navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje (31 slučaj)³⁹, dok promatrači nisu zabilježili veći broj slučajeva govora mržnje na javnim događajima, osim izoliranih primjera tijekom izbora 2014. godine⁴⁰. Govoru mržnje dodatno doprinosi činjenica da političari dobivaju najviše prostora u medijima, a sve njihove izjave bez obzira na sadržaj, prenose se bez zadržke, bez ikakvog komentara i ograde, te kritičkog osvrtu.

Govor mržnje u izornoj kampanji u Bosni i Hercegovini može biti podložan sankcioniranju odredbama kaznenog zakonodavstva ili odredbama izbornog zakonodavstva. Međutim, nisu poznati slučajevi vođenja kaznenih postupaka za govor mržnje koji iznose pripadnici političkih stranka, ne samo u predizorno vrijeme nego i izvan toga perioda. To ukazuje da su jedine stvarne sankcije koje se izriču za govor mržnje predstavljaju kršenje izbornih pravila propisanih Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine (Izborni zakon). U Bosni i Hercegovini Središnje izorno povjerenstvo (SIP) ima mandat da prati izborne kampanje i može sankcionirati kandidate koji koriste govor mržnje, ali samo ukoliko do takvih incidenata dođe u roku od 30 dana prije datuma održavanja izbora. Na ovaj način se ostvaruje regulatorni nadzor nad djelovanjem političkih stranaka. To se često pokazuje korisnijim od represivnog djelovanja kroz odredbe kaznenog zakonodavstva. Posebice je bitno ostvariti demokratske mehanizme brze i efikasne reakcije onda kad je riječ o rastućim tenzijama između različitih društvenih grupa ili u situaciji povećanih političkih "investicija" različitih političkih aktera u situaciji međusobnog natjecanja, primjerice uoči izbora⁴¹. Sankcije uključuju novčane

trebaju biti predmet ozbiljne istrage istražnih i sudskih organa kao i izborne administracije. Jako zabrinjavaju i otvoreni pozivi i poruke pojedinih kandidata na izborima kojima se ohrabruju primjeri očiglednog kršenja zakona, posebno u domenu otvorenog priznavanja zloupotrebe položaja i javnih resursa svih građana/ki i izrugivanja građanima/kama." Usp. Drugi preliminarni izvještaj o dugoročnom posmatranju Izbora 2018 i posmatranju izborne kampanje, Pod lupom – Koalicija za slobodne i poštene izbore, dostupno na <http://podlupom.org/v2/bs/dokument/drugi-preliminarni-izvjestaj-o-dugorocnom-posmatranju-izbora-2018-i-posmatranju-izborne-kampanje/276> (očitanje 26. 04. 2019).

³⁹ Također, i na lokalnim izborima 2016. zabilježen je govor mržnje na skupovima političkih stranaka. Govor mržnje zabilježen na skupovima SzBIH u Prijedoru, BPS-a Sefer Halilović u Tuzli, Ujedinjena Srpska u Banjoj Luci, SDS-a i NDP-a u Banjoj Luci, SDS-a u Gradišci, SDP-a u Olovu, HDZ-a i HDŽ-a 1990 u Livnu, SBB-a u Tuzli. Izvještaj dostupan na <http://podlupom.org/v2/bs/dokument/lokalni-izbori-2016-finalni-izvjestaj-o-posmatranju-lokalnih-izbora-2016-u-bosni-i-hercegovini-hr/187> (očitanje 26. 04. 2019).

⁴⁰ Izvještaj dostupan na <http://podlupom.org/v2/bs/dokument/opci-izbori-2014-zavrsno-izvjesce-hrv/79> (očitanje 26. 04. 2019).

⁴¹ Vodić (bilj. 23).

³⁶ Izvještaj ECRI o BiH (peti ciklus monitoringa), 2017, s. 9, <https://rm.coe.int/third-report-on-bosnia-and-herzegovina-bosnian-translation-/16808b5601> (očitanje 25. 04. 2019).

³⁷ ECRI Izvještaj o BiH (peti ciklus monitoringa) usvojen 06. 12. 2016, objavljen 28. 02. 2017, s. 14. Dostupno na <https://rm.coe.int/third-report-on-bosnia-and-herzegovina-bosnian-translation-/16808b5601> (očitanje 27. 04. 2019).

³⁸ Tako Pod Lupom u Izvještaju za 2018. navodi "Nažalost, zabilježene su i konkretne poruke kojima se poziva na nasilje ili diskriminaciju određenih pojedinaca i grupa, a koje

kazne i brisanje kandidata sa izbornog spiska. Ovaj pristup međutim može pokazati rezultate samo tijekom plaćene izborne kampanje, ali njime ostaje nesankcionirano korištenje govora mržnje prije perioda od 30 dana. U ovom pogledu, ECRI je preporučio da se proširi mandat SIP tijekom cijelog trajanja izbornih kampanja⁴².

4.2. Izborni zakon Bosne i Hercegovine i govor mržnje

Prema odredbama Izbornog zakona⁴³ izborna kampanja podrazumijeva period u kojem politički subjekt na zakonom utvrđen način upozna birače i javnost sa svojim programom i kandidatima za izbore, a odredbama Izbornog zakona propisana su pravila ponašanja kandidata i pristalica političkih stranaka, listi neovisnih kandidata i koalicija, kao i neovisnih kandidata. Između ostaloga, propisano je da kandidatima i pristalicama političkih stranaka, listi neovisnih kandidata, listi pripadnika nacionalnih manjina i koalicija, kao i neovisnim kandidatima i njihovim pristalicama, te uposlenima ili na drugi način angažiranim u izbornoj administraciji nije dozvoljeno koristiti se jezikom koji bi nekoga mogao navesti ili potaknuti na nasilje ili širenje mržnje, ili objavljivati ili upotrebljavati slike, simbole, audio i video zapise, SMS poruke, internet komunikacije ili druge materijale koji mogu tako djelovati⁴⁴. Također, zabranjeno je vođenje izborne kampanje putem elektronskih i tiskanih medija koja je stereotipnog i uvredljivog sadržaja u odnosu na muškarce i/ili žene ili koja podstiče stereotipno i uvredljivo ponašanje na temelju spola ili ponižavajući odnos prema pripadnicima različitih spolova⁴⁵. Za kršenje ovih pravila ponašanja propisane su sankcije o kojima odlučuje SIP u upravnom postupku.

Uspoređujući pojam govora mržnje kako je naveden u međunarodnim dokumentima i način na koji je zabranjeno postupanje u kandidata u izbornom procesu vidljivo je da one imaju porijeklo u istim pravnim izvorima kojima se zabranjuje korištenje govora mržnje. Međutim, zabranjeno ponašanje u izbornom zakonu uže je određeno od pojma govora mržnje kakav se uobičajeno koristi. Prema tekstu Izbornog zakona zabranjuje se samo izražavanje koje predstavlja navođenje ili poticanje na nasilje ili širenje mržnje, dok je izostavljeno izražavanje kojim se širi, promovira ili opravdava mržnja koja u svojoj suštini predstavlja netoleranciju. Jasno je da poticanje podrazumijeva izjave o grupama osoba koje stvaraju neposredni rizik od diskriminacije, neprijateljstva ili nasilja nad osobama koje pripadaju njima, a prema praksi Europskog suda

poticanje na mržnju ne sadrži nužno i poziv na čin nasilja⁴⁶, ali nejasno ostaje kako u ovome kontekstu odrediti pojam navođenja koji kao takav nije određen kao dio pojma govora mržnje. Ovakvo sužavanje područja zabranjenog izražavanja u izbornoj kampanji može biti prepreka ka pravilnom prepoznavanju spornog govora i njegovom sankcioniranju.

Pored toga, u definiranju zabranjenog ponašanja nije određeno da li poticanje ili navođenje na nasilje ili mržnju mora biti utemeljeno na netoleranciji odnosno na tzv. zabranjenim osnovama (kao što su rasa, boja kože porijeklo, i sl.), što bi se moglo tumačiti da izražavanje može biti utemeljeno na širokom spektru zabranjenih osnova. To je prepoznato i u odlukama SIP koji se poziva na određene zabranjene osnove iako oni nisu propisani odredbama Izbornog zakona. Međutim, tako široko određivanje pojma jezika mržnje može dovesti do nemogućnosti uspostavljanja jasnih ograničenja prava na slobodu izražavanja u smislu osnova iz članka 10 st. 2 EKLJP, pogotovo kada je potrebno napraviti jasnu granicu između političkog izražavanja i govora mržnje. Ukoliko bi se ta odredba razumjela na način da zabranjeni osnovi nisu relevantni za donošenje odluke, postavilo bi se pitanje kako opravdati neophodnu društvenu potrebu za miješanje u prava na slobodu izražavanja. Dakle, navedene odredbe Izbornog zakona govoru mržnje pristupaju samo u jednom njegovom segmentu. Ovo ni u kojem slučaju ne znači da bi zakonodavac trebao usvojiti širu definiciju govora mržnje, kako je navedena u preporuci ECRI o kojoj je već bilo riječi, već da bi ta definicija trebala biti prilagođenije i jasnije postavljena ukoliko se njome želi dovesti do jasnog cilja, a to je sprječavanje jezika mržnje u izbornom procesu.

U usporednom zakonodavstvu vidljivo je da je primjerice u Republici Srbiji prisutna upravo takva šira definicija zabranjenog postupanja. U Republici Srbiji, u Zakonu o izboru narodnih poslanika⁴⁷, člankom 100 propisano je da ako bilo koji učesnik u izbornoj kampanji svojim ponašanjem poziva na nasilje, širi nacionalnu, vjersku ili rasnu mržnju ili podstiče na neravnopravnost polova, nadzorni odbor za izbornu kampanju bez odlaganja će dati inicijativu za pokretanje postupka pred nadležnim državnim organima. U Republici Hrvatskoj pravila ponašanja propisana su Izbornim etičkim kodeksom⁴⁸ koji donosi Etičko povjerenstvo Državnog izbornog povjerenstva, gdje je zabrana pozivanja na nasilje i zabrana širenja mržnje dio članka 2 poglavlja I koje se odnosi na temeljne vrijednosti, i to tako da u predizbornom nadmetanju nije dopušteno pozivati na

⁴² ECRI Izvještaj o BiH (bilj. 37).

⁴³ Čl. 1 st. 1 t. 6) Izbornog zakona BiH, *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, 37/08, 32/10, 18/13, 7/14, 31/16.

⁴⁴ *Ibid.*, čl. 7.3 st. 1 t. 7.

⁴⁵ *Ibid.*, čl. 16.4 st. 3.

⁴⁶ ESLJP, *Vejdeland i dr. protiv Švedske*, predst. 1813/07, odluka od 09. 02. 2012, § 55. U tom smislu napadi na osobe počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem određenih skupina mogu biti dovoljni.

⁴⁷ Zakon o izboru narodnih poslanika, *Sl. gl. RS* 35/2000, 57/2003, 72/2003, 75/2003, 18/2004, 101/2005, 85/2005, 28/2011, 36/2011 i 104/2009.

⁴⁸ Izborni etički kodeks, *NN RH* 115/2015.

nasilje, širiti nacionalnu, vjersku ili rasnu mržnju te poticati neravnopravnost spolova. U dijelu u kojem je propisano ponašanje sudionika u izborima zabranjeno je širenje bilo kakve zlonamjerne ili neutemeljene optužbe, protiv bilo kojeg kandidata, radi izazivanja sumnje u kandidatovu lojalnost zajednici ili rodoljublje. Nadalje je zabranjeno iznošenje laži i insinucija o političkim suparnicima, isticanje fizičkih, psihičkih i drugih osobina suparnika radi njihova omalovažavanja, vrijeđanje i omalovažavanje sudionika u izbornom procesu, a posebno pripadnika nacionalnih manjina i svih drugih manjinskih skupina na osnovi njihova podrijetla odnosno pripadnosti. Tijekom izborne promidžbe i samoga postupka izbora očekuje se da će se stranke i pojedinci, koji su postupili protivno Izbornom etičkom kodeksu, javno ispričati.

Kada su u pitanju odredbe kojima je propisano sankcioniranje zbog jezika mržnje, tu je primjetno da je člankom 19 stavak 1 točka j) Izbornog zakona propisano kažnjavanje političkog subjekta u iznosu od 1000 KM-10.000 KM, zatim odgovornost političkog subjekta za povredu pravila koju počinje i pristalice političkog subjekta⁴⁹, te je predviđeno istovremeno kažnjavanje kandidata političkog subjekta. Smatram da odredba koja predviđa istovremeno kažnjavanje političkog subjekta, kandidata te kojom je propisana kažnjivost za prijestup pristalica političkog subjekta, te odredbe o visini propisanih sankcija omogućavaju adekvatno sankcioniranje za kršenje navedenih pravila ponašanja sa konačnom mogućnosti skidanja kandidata sa liste. Jedino se na taj način može ostvariti svrha specijalne prevencije u smislu kažnjavanja za jezik mržnje i ponašanja u izbornom procesu koje bi bilo usklađeno na temeljnim vrijednostima i pravnim normama na kojima počiva ustavno uređenje Bosne i Hercegovine. Naime, te sankcije pored osude i odvratanja počinitelja da ubuduće ne čini djelo te vrste, imaju i svrhu generalne prevencije, odnosno odvratanja ostatka kandidata od kršenja pravila ponašanja u izbornom procesu, posebno kada je osuda izvjesna.

Posebno je problematičan odnos odredaba o jeziku mržnje i odredaba kaznenog zakonodavstva kojima je pro-

pisano kao kazneno djelo izazivanje narodnosne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti, odnosno pravljenja razlike između tih odredaba. Ipak, suštinu odredbe Izbornog zakona predstavlja jezik koji bi nekog mogao navesti ili potaknuti na nasilje ili netrpeljivost, odnosno tako djelovati, a u osnovi kaznenog djela je radnja kao svršen čin kojom se izaziva ili raspiruje mržnja, razdor ili netrpeljivost. S obzirom da ne postoji podatak da li je protiv bilo kojeg kandidata ili simpatizera političke stranke pokrenut kazneni postupak zbog izjava korištenih u svezi s izbornim procesom, čini se da primarni izvor sankcioniranja za govor mržnje predstavlja izorno zakonodavstvo, ali to je ograničeno samo za predizborno period, kako proizlazi iz odredaba Izbornog zakona. Ipak, imajući u vidu navedenu regulativu među kojom nema jasne crte razgraničenja, to može predstavljati izvor problema. Primjerice, Kazneni zakon RH kao kazneno djelo propisuje Javno poticanje na nasilje i mržnju, što je u Bosni i Hercegovini regulirano izbornim zakonodavstvom⁵⁰. Iako je manje relevantno što je poticanje na nasilje i mržnju predmet reguliranja izbornog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, sa aspekta zadiranja u pravo na slobodu izražavanja važniji je sadržaj odredbe kojom se ograničava pravo na slobodu izražavanja. Ipak, sa aspekta vrste nametnutih sankcija bitno je napraviti jasnu liniju razgraničenja između odredaba izbornog i kaznenog zakonodavstva, odnosno između jezika mržnje i zločina iz mržnje, jer se tako uspostavlja cjelovit pravni okvir koji se sastoji od građanskih, kaznenih i upravnih zakonskih odredbi o govoru mržnje.

4.3. Govor mržnje u praksi SIP i Suda BiH

SIP ima mandat da prati izborne kampanje u Bosni i Hercegovini, te može sankcionirati kandidate koji koriste govor mržnje. Saznanja o kršenju pravila ponašanja u predizborno vrijeme SIP može dobiti na temelju prigovora kandidata ali i na temelju bilo kojih drugih saznanja po službenoj dužnosti. SIP, u slučajevima u kojima je utvrđeno kršenje pravila ponašanja korištenjem jezika mržnje pretežito izriče novčane kazne, a u izuzetnim slučajevima i kaznu ukidanja sa kandidatske liste.

Nakon uvida u određeni broj predmeta⁵¹, prvenstveno se uočava da SIP i Sud BiH pojedinačno ne određuju pojmove javnog poticanja ili navođenja na nasilje ili mržnju, odnosno koje bi radnje, u kojim okolnostima i kakvog karaktera uopće mogle navoditi odnosno podsticati na nasilje odnosno mržnju. Odlučujući u ovakvim postupcima daje se generalna ocjena spornog iz-

⁴⁹ "Tako se žalbom ne osporava, pravilan je zaključak SIP izražen u pobijanoj odluci da (...) u spornom medijskom istupu od 04. 10. 2018. nije nastupao sa pozicije neutralnog građanina, niti je tako predstavljen javnosti, već je nastupao sa pozicije savjetnika (...), što je Vijeće utvrdilo uvidom u sporne medijske tekstove. Pri tome treba imati u vidu da se istup desio jedan dan prije okončanja izborne kampanje i nastupa predizborne šutnje (u vrijeme kulminacije izborne kampanje i političkog predstavljanja/ uvjeravanja građana u ispravnost ideja političkih stranaka), a ujedno iz sadržaja govora proizlazi da je negativno označena isključivo (...) stranka, (...) kao predsjednik te stranke (...). Iz takvog medijskog istupa, proizlazi da nije riječ o neutralnom građaninu koji je imao priliku da medijski komentiraše postupke političke nomenklature, već se nedvosmisleno ima zaključiti da je (...) pristalica političke stranke (...)." Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 030750 18 Iž od 18. 10. 2018.

⁵⁰ Čl. 325 KZ RH, NN RH 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18. Kazneno djelo je propisano od 01. 01. 2013.

⁵¹ Na temelju uvida u odabrane odluke iz 2008, 2010, 2014 i 2018. godine koje su prezentirane od SIP, na temelju zahtjeva za slobodu pristupa informacijama.

ražavanja. U pretežitom broju odluka u kojim je utvrđena odgovornost kandidata, utvrđeno je da je spornim izražavanjem “poticao na nasilje ili mržnju”. Smatram da to nije pravilno s obzirom da navedeni pojmovi imaju različito značenje, pa bi SIP u svakom konkretnom slučaju na temelju činjeničnog stanja trebao utvrditi je li počinitelj poticao ili navodio na nasilje, odnosno na mržnju. Iako je u odredbi izostala ciljana društvena skupina, odnosno diskriminatorski osnovi, iz analiziranih odluka je također vidljivo da su ciljane osobe/skupine bile predmet govora mržnje upravo zbog pripadnosti određenim skupinama, odnosno zbog svog porijekla, te su SIP i Sud BiH u odlukama i navodili te osnove⁵².

SIP i Sud BiH prilikom odlučivanja prave razliku između izražavanja koje predstavlja govor mržnje i izražavanja koje bi se moglo smatrati političkim govorom, uvredom ili klevetom. Naime, SIP je zaključio da određene riječi kandidata na izborima poput “glavati premijer” i “uhljupi oko njega”⁵³ mogu eventualno smatrati uvredama koje imaju za cilj omalovažavanje drugih u izbornom procesu ali ne predstavljaju korištenje jezika koji bi mogao nekoga navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje. Također, izjava “(...) da postoje ljudi unutar vrha njihove stranke koji žele oružjem da rješavaju neka pitanja i da će se oni okrenuti onima koji misle o budućnosti i razvoju (...)” ne sadrži jezik koji bi nekoga mogao navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje⁵⁴. Pored toga, SIP je nakon analize govora utvrdio da govor kandidata kojim je komentirano političko stanje i označavani krivci ne sadrži jezik koji bi mogao navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje, nego da se radi o obliku izražavanja političkih stavova političkog subjekta kako bi u periodu izborne kampanje navedena stranka uspjela ostvariti veći broj glasova birača na izborima⁵⁵.

Uz sve to, SIP je unatoč tome što odredbe Izbornog zakona govore o jeziku koji bi nekoga mogao navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje, prilikom procjene spornog govora⁵⁶ istakao da je imao u vidu

⁵² Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 030750 18 Iž od 18. 10. 2018. u kojoj je navedeno “Dakle nesporno je da je medijski istup na javnom radio-televizijskom servisu pristalice političkog subjekta, kao i da ispunjava uslove takve radnje koja je usmjerena na upoznavanje birača i javnosti upotrebom jezika na nedozvoljen način, a govor prenosi jasan i neposredan rizik od podsticanja na mržnju, izazivanje straha i netoleranciju”. Sporna izjava je glasila “(...) na isti način na koji je armija Alije Izetbegovića ispaljivala granate po svom narodu na Markalama, Tuzlanskoj kapiji i ulici Vase Miskina u Sarajevu, sada koalicioni partneri Alijinog sina Bakira ispaljuju ‘zolje’ na vlastiti narod i na Banjaluku kao sjedište najvažnijih institucija RS (...)”.

⁵³ Odluka SIP br. 05-1-07-5-432/18 od 15. 10. 2018.

⁵⁴ Odluka SIP br. 05-1-07-5-427/18 od 15. 10. 2018.

⁵⁵ Odluke SIP br. 05-1-07-5-741/14 od 16. 10. 2014. i 05-1-07-5-745/14 od 17. 10. 2014.

⁵⁶ U odluci br. 05-1-07-5-394/18 od 04. 10. 2018. SIP je naveo da spornim govorom “Kažite mu da se prestane z... da se ja ne bih z... s njim (...). Osmoga više neće biti ovdje”.

Preporuke o govoru mržnje Vijeća Europe, sudsku praksu i mišljenja struke po pitanjima njegovog definiranja, te da je utvrdio da je u govoru kandidata na izborima nađeno elemenata jezika mržnje. U tom pogledu, SIP je izjavu kandidata koju je objavio na svom Facebook profilu ocijenio kao jezik koji bi nekoga mogao navesti ili podstaći na nasilje ili širenje mržnje prema Srbima kao jednom od tri konstitutivna naroda u BiH, odnosno kao jezik raspirivanja međunacionalne mržnje jer se na taj način potiče i širi i veliča ideja mržnje i netolerancije. Prema ocjeni SIP, takav govor prenosi jasan i neposredan rizik od poticanja na mržnju, izazivanje straha, ksenofobiju i netoleranciju⁵⁷. Kršenje pravila ponašanja u izbornoj kampanji smatrani su i navodi da kandidat druge političke stranke zbog navodnog porijekla svoga pretka nije dostojan za funkciju za koju je kandidiran⁵⁸. Pri tome je SIP ocijenio da se ovakve izjave ne mogu prihvatiti kao političko izražavanje koje se koristi na skupovima političkih subjekata kao politički tip izražavanja, niti se može prihvatiti da takvo izražavanje predstavlja vrijednosni sud koji u suštini predstavlja činjenicu koja je lako dokaziva. Također, kao jezik mržnje označene su i izjave koje sadrže usporedbu sa ratnim događajima, kada su takve izjave, imajući u vidu ratna dejstva u periodu od 1992-1995. godine i osjetljivost ovog pitanja, bile u službi dizanja tenzija u narodu u izbornoj kampanji⁵⁹. Pored toga, u praksi SIP nailazimo i na primjer kažnjavanja političke stranke za seksističke poruke na transparentima koje su iznosili njihove pristalice⁶⁰, te za ponašanje pristalica na predizbornim skupovima⁶¹.

Kandidat nesumnjivo ispoljava netoleranciju i vrijeđa i omalovažava pojedinca, a njegova prijeteća poruka može izazvati negativne posljedice, prije svega osjećaj straha i nesigurnosti kod pojedinca na kojeg se odnosi.

⁵⁷ U odluci SIP br. 05-1-07-5-872-4/18 od 25. 09. 2018, koja je potvrđena rješenjem Suda BiH br. S1 3 Iž 030580 18 Iž od 02. 10. 2018. “(...) on je heroj grad predao u ruke (...) i njenog vrlo muža koji je 4 godine sadašnji status pokušao obezbijediti mitraljezima u periodu 92-95. (...) Tako je, ali evo ja ću kao i do sada, kada sam rekao da od četničkog vojvode u institucijama vlasti rade svi članovi porodice a nijedno dijete poginulog borca onda takvu vlast treba isprebijati a ne smijeniti”.

⁵⁸ Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 030735 18 Iž od 16. 10. 2018.

⁵⁹ Odluka SIP br. 05-1-07-5-426/18 od 15. 10. 2018.

⁶⁰ Odluka SIP br. 05-1-07-5-433/18 od 22. 10. 2018. koja je potvrđena rješenjem Suda BiH br. S1 3 Iž 030868 18 Iž. SIP je zaključilo da istaknuti plakat sadržava “(...) I zato ga kao bosanska raja i Kolindi zabijamo do jaja”, je primitivna i seksistička poruka usmjerena ka predsjednici RH što predstavlja govor kojim nije dozvoljeno animirati birače sa ciljem davanja podrške na izborima. Također, v. odluku SIP br. 05-1-07-5-1163-7/16 od 19. 10. 2016. Sporna izjava glasi “Neku več, gospodica, gospoda, ne znam šta li je, ne znam kako se predstavlja Aleksandra Pandurević, nekad kaže gospoda, nekad gospodica, u njenim godinama trebala je da ima unuke (...)”.

⁶¹ Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 017282 14 Iž od 13. 10. 2014. Riječ je o skandiranju “Igore Turčine” i “Kurva, kurva” za koje je utvrđena odgovornost političke stranke koja

Kada je u pitanju jezik koji bi mogao navesti na raspirivanje međunacionalne mržnje, izjave kojom se entitet Republika Srpska označava kao “genocidna tvorovina”⁶², kada se radi o usporedbi političke stranke sa terorističkom organizacijom⁶³, ili u kojima se kandidat političke stranke označava kao neprijatelj jednog naroda⁶⁴ smatrane su govorom mržnje. U svim navedenim slučajevima su izricane novčane sankcije. Značajno je ukazati i na primjer izricanja mjere skidanja sa liste kandidata koji je fizičkom silom, upotrebom hladnog oružja uz uzvikivanje psovki i prijetnji uništio predizborni pult druge političke stranke⁶⁵.

O odlukama Suda BiH odnosno SIP odlučivao je i Ustavni sud Bosne i Hercegovine. Naime, Ustavni sud je razmatrajući povredu prava na slobodu izražavanja istakao da je apelant emitiranjem preko razglasa pjesme “Spremite se, spremte četnici, krvavi se sprema boj, spremte se, spremte četnici, silna će borba da bude (...)”, izazvao uznemirenost izvjesnog broja građana. Stoga je, s obzirom na specifičnost aktuelne situacije u Bosni i Hercegovini, te promatrajući percepciju predmetne pjesme u širem kontekstu Bosne i Hercegovine, nesporno da se apelantovo ponašanje može podvesti pod ograničenje nametnuto člankom 7.3 stavak 1 točka 7 Izbornog zakona, a koje je s aspekta trenutnog stanja u BiH ‘neophodno’. S druge strane, također je nesporno da predmetno ograničenje u apelantovom slučaju na apelanta ne stavlja pretjeran teret budući da je ograničenje apelantovog prava proporcionalno cilju šire društvene zajednice, jer u smislu članka 10 stavak 2

je i kažnjena, ali ne i kandidata koji je na skandiranje odgovorio “Ne čujem, ne čujem”. Navedenom odlukom, preinačena je odluka SIP br. 05-1-07-5-736/14 od 08. 10. 2014. kojom je utvrđena odgovornost i kandidata i donesena odluka o njegovom uklanjanju sa liste.

⁶² Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 024037 16 Iž od 07. 02. 2017. i SIP br. 05-1-07-5-924/16 od 08. 12. 2016.

⁶³ Usp. pravomoćnu odluku br. 05-1-07-5-925/16 od 19. 10. 2016. Sporna izjava kandidata glasi “Ne, ja sam rekao da nema razlike u percepciji ISIL-a i stranke gospodina (...) kada je u pitanju RS. Potpuno identično”.

⁶⁴ Rješenje Suda BiH br. IŽ-72/10 od 19. 10. 2010. i odluku SIP br. 05-1-07-5-4176/10 od 01. 10. 2010. te odluku Ustavnog suda BiH br. AP-578/10 od 10. 04. 2014, dostupno na www.ustavnisud.ba (očitanje 30. 04. 2019).

⁶⁵ Rješenje Suda BiH br. S1 3 Iž 017256 14 Iž od 08. 10. 2014. i odluku SIP br. 05-1-07-5-711/14 od 05. 10. 2014.

Europske konvencije ima za cilj očuvanje javne sigurnosti i sprječavanje nereda (...)”⁶⁶.

Analizom navedenih odluka dolazi se do zaključka da njihov sadržaj potvrđuje zamjerke koje su istaknute u odnosu na sadržaj Izbornog zakona u pogledu njegove nedovoljne preciznosti. Iako nisu navedeni zabranjeni oblici ponašanja, evidentno je da SIP i Sud BiH u tom pogledu imaju u vidu osnovne odrednice pojma govora mržnje. Međutim, i u tom pogledu se može istaći zamjerka da se ne pravi razlika između izražavanja kojim se može navesti ili se može podstaći, te razlikovanje jezika koji bi nekoga mogao navesti ili podstaći na nasilje ili mržnju. Razloge za to se u jednoj mjeri može tražiti u sadržaju nejasne odredbe, međutim dugogodišnjom praksom bi se značenje svakog od pojedinih pojmova moglo razjasniti. Na takav način se ne uspostavlja jasno definiran balans između prava na slobodu izražavanja i zabrane govora mržnje, kao dozvoljenog osnova njegovog ograničavanja. Ovo naročito zbog toga što kontekst, sadržaj i način govora nisu propisani kao relevantne odrednice pri njegovoj procjeni.

5. Zaključak

Javni prostor u Bosni i Hercegovini, koji u odlučujućoj mjeri oblikuju nositelji političkog odlučivanja, nesumnjivo svakim danom biva sve više “zatrovan” korištenjem govora mržnje. Odgovornost za to možemo tražiti u pravnom okviru kojim se deklarativno nastoji djelovati na suzbijanju govora mržnje, međutim taj pravni okvir koji se u slučaju nositelja političkog odlučivanja sastoji od normi kaznenog i izbornog prava, pokazuje značajne nedostatke. Kaznenom pravnom okviru ističu se zamjerke zbog nepostojanja djelotvornosti u procesuiranju, a izbornom vremenska ograničenost u nadležnosti SIP i normi koje su preusko postavljene u odnosu na pojam govora mržnje koji se uobičajeno koristi. Uslijed toga može se tvrditi da je balans između govora mržnje i prava na slobodu izražavanja pomjeren u korist slobode izražavanja. Zbog toga je nužno sustavnim pravnim intervencijama ponovno uspostaviti ravnotežu između društvene potrebe za suzbijanjem govora mržnje i prava na slobodu izražavanja.

⁶⁶ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP 3408/06 od 17. 04. 2009.

Summary

Hate Speech, Election Process and the Right to Freedom of Expression

The author analyses the use of hate speech in the election process from the aspect of the right to freedom of expression in order to contribute to the understanding of this topic and to point to potential inconsistencies in the legislation and its practice. The review of the relevant provisions of the Election Law of Bosnia and Herzegovina, as well as the practice of the European Court of Human Rights, Central Election Commission BiH, Court of BiH and the Constitutional Court of BiH, strives to answer the question of whether the provisions of the election legislation are providing the adequate action against hate speech as the legitimate aim for interference in the right to freedom of expression.

The analysis shows that forbidden expression in the Election Law is narrowly defined compared to the concept of hate speech that is commonly used, and that the prohibited expression should be more adequate and precise if it intends to achieve a clear goal, i.e. a prevention of hate speech in the election process. Therefore, the author considers that the balance between hate speech and the right to freedom of expression is shifted in favor of freedom of expression, so it is necessary to re-establish the balance between the social need to suppress hate speech and the right to freedom of expression by using systematic legal interventions.

Sadržaj:

1. Uvod	39	4. Suzbijanje govora mržnje na internetu i njegove specifičnosti u RS	44
2. Zabrana govora mržnje u međunarodnom pravu i praksi	39	5. Kritički osvrt na normativna i institucionalna rešenja zabrane govora mržnje u RS i njihovu primenu u praksi	45
3. Normativni i institucionalni okvir zabrane govora mržnje u medijima u RS	42	6. Zaključak	47

1. Uvod

Govor mržnje su različiti načini izražavanja (verbalni, pismeni, putem slika, simbola i na drugi način) jednog specifičnog i, na žalost, ljudima svojstvenog osećanja koje, prema rečima Sigmunda Frojda, predstavlja stanje ega koji želi da uništi izvor svoje nesreće¹. Ova Frojdova definicija jasno ukazuje da je esencija mržnje kao osećanja želja za destrukcijom objekta mržnje. Mržnja tako predstavlja manifestaciju unutrašnje potrebe čoveka da se oslobodi unutrašnje nelagodnosti i to putem destrukcije objekta za kojeg se mržnja vezuje. Ti objekti mogu biti različiti. Od unutrašnjeg (čovek može mrzeti sebe što može da dovede do želje za suicidom) do različitih spoljašnjih objekata (druga osoba, drugi narod, rasa, pol, itd). Svakako, najdestruktivniji oblik mržnje jeste onaj koji je upućen ka drugom ljudskom biću. Takav tip mržnje sadrži u sebi najveći destruktivni potencijal jer krajnji ishod može da bude potpuno uništenje drugog. Da bi se to desilo, osoba koja mrzi mora svoju mržnju da manifestuje na određeni način (dokle god ona tu mržnju samo oseća, druga osoba nije u opasnosti). Govor mržnje je spoljašnja manifestacija mržnje koju može ali i ne mora da prati preduzimanje odgovarajućih radnji kojima se na konkretan način ugrožava objekat mržnje. Svoj puni destruktivni potencijal mržnja ispoljava onda kada dovede do same radnje koja vodi ka uništenju drugog. Tako gledano, govor mržnje predstavlja svojevrсно "predvorje" zločina. On ga podstrekuje, motiviše, priprema. Osoba koja se koristi govorom mržnje vrši, u izvesnom smislu, ideološku funkciju jer ubeđuje i sebe i druge u ispravnost mržnje njenih razloga, i tako afirmiše i sve one postupke koji u praksi mogu da dovedu do destrukcije drugog.

* Autor je doktor pravnih nauka i redovni profesor na Kriminalističko-policijskom univerzitetu u Beogradu.

¹ S. Freud, *Instincts and their vicissitudes* (1915), *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*, tom. 14, London 1957, s. 135.

Imajući u vidu rečeno, suzbijanje govora mržnje je od suštinskog značaja za opstanak demokratskog društva u čijem se temelju nalazi duh tolerancije. Upravo ovaj duh nestaje kada je govor mržnje dominantno obeležje opšteg stanja svesti i javnog diskursa u datom društvu. Međutim, potencijalni problem u suzbijanju govora mržnje proizlazi iz činjenice da je njegovo suzbijanje moguće samo uz ograničavanje jedne od temeljnih sloboda demokratskog društva – slobode izražavanja. Tanka je linija razgraničenja između slobode izražavanja i njene zloupotrebe i upravo tu liniju treba uočiti da bi se govor mržnje prepoznao i na adekvatan način sprečio.

U tome svakako pomažu smernice koje su međunarodno pravo i praksa međunarodnih institucija dale, a koje treba da pomognu prepoznavanju govora mržnje. U ovom radu daću najpre kratak osvrt na njih, kako bi nakon toga prešao na centralnu temu ovog rada – a to je način na koji se država Srbija bori protiv govora mržnje. Analiza te teme podrazumeva prikaz normativnog i institucionalnog okvira zabrane govora mržnje u Srbiji, stepen njegove usaglašenosti sa međunarodnim standardima, a nakon toga analizu najznačajnijih problema njegove primene u praksi.

2. Zabrana govora mržnje u međunarodnom pravu i praksi

S obzirom da je zabrana govora mržnje vid ograničenja slobode izražavanja neophodno je, najpre, videti pod kojim uslovima je ovo ograničenje moguće. Ti uslovi su na opšti način utvrđeni u međunarodnom pravu, dok je njihovo preciznije tumačenje dato u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava (Evropski sud).

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (UDP) iz 1948. godine predviđa zaštitu slobode izražavanja rečima – "svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvata i pravo da ne bude uznemiravan zbog svog mišljenja, kao i pravo da traži, prima i širi obaveštenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira

na granice²². Međutim, sloboda izražavanja nije apsolutna. Njena ograničenja predviđaju Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (PGP) kao i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP). Oba dokumenta na jasan način predviđaju zaštitu slobode izražavanja, ali ujedno definišu i njena ograničenja. Tako član 19 stav 3 PGP-a predviđa ograničenja slobode izražavanja, kao vid posebnih dužnosti i obaveza država potpisnica. Ta ograničenja treba da budu utvrđena zakonom i neophodna za poštovanje prava i ugleda drugih lica, kao i za zaštitu nacionalne bezbednosti ili javnog poretka ili javnog zdravlja i morala³. U vezi sa članom 19 se obično tumači i član 20 PGP-a koji predviđa zabranu određenih vidova propagande. Tako je zabranjena svaka propaganda u korist rata, kao i zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje⁴.

Još detaljnije regulisanje slobode izražavanja i njenih ograničenja dato je u članu 10 EKLJP. Slično odredbama PGP-a, i EKLJP ističe određene obaveze i odgovornosti u uživanju prava na slobodu izražavanja koje mogu da vode ka njenom ograničavanju ukoliko su one propisane zakonom i ako je to neophodno u demokratskom društvu, u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva⁵.

Evropski sud je u svojim odlukama dao precizne smernice u tumačenju odredbi člana 10 EKLJP. Najpre, on je u više navrata naveo da član 10 predviđa zaštitu ne samo informacija i ideja koje su povoljno primljene ili koje se smatraju za neškodljive, nego i one koje vređaju, šokiraju ili uznemiravaju, te da su to upravo zahtevi pluralizma, tolerancije i slobodoumlja bez kojih nema demokratskog društva⁶. Dalje, ograničenje slobode izražavanja je dozvoljeno samo ukoliko su kumulativno ispunjena sva tri uslova koja je moguće uočiti u članu 10 st. 2 EKLJP – da ograničenje bude propisano zakonom, neophodno u demokratskom društvu i uvedeno radi ostvarivanja određenog cilja. Sva tri uslova dobila su svoja precizna tumačenja u brojnim odlukama Evropskog suda. Pa tako, biti propisano zakonom ne podrazumeva isključivo pisano nacionalno zakonodavstvo kao izvor takvog ograničenja, već i pravila precedentnog prava ili principe međunarodnog

prava⁷. Procena domaćih sudova da li je određena mera ograničenja slobode neophodna u demokratskom društvu mora počivati na srazmernosti između cilja koji treba da se postigne i sredstva koje se koristi za njegovo postizanje. Prema mišljenju Evropskog suda srazmernost postoji ukoliko domaći sud ustanovi da je postojala “goruća socijalna potreba” koja zahteva određeno ograničavanje ostvarivanja slobode izražavanja⁸. Kada je reč o ciljevima ograničavanja slobode izražavanja, Evropski sud nedvosmisleno stoji na stanovištu da domaći sudovi nemaju prava da eventualno ograničavanje uvode zarad nekog drugog cilja osim onih koji su izričito navedeni u članu 10 st. 2 EKLJP⁹.

Imajući u vidu ove opšte uslove za ograničenje slobode izražavanja moguće je preći na analizu njenog ograničenja zarad sprečavanja govora mržnje. Međunarodno pravo i praksa ne nude definiciju govora mržnje koja je opšte prihvaćena. Prvi međunarodni dokument koji sadrži odredbe o zabrani govora mržnje je Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine. S obzirom na svrhu donošenja ove konvencije razumljivo je što se zabrana govora mržnje, koju je moguće prepoznati u članu 4, primarno odnosi na zabranu propagande koja za cilj ima afirmaciju superiornosti neke rase ili grupe osoba izvesne boje ili etničkog porekla ili koje žele da opravdaju ili podrže svaki oblik rasne mržnje ili diskriminacije. Osim zabrane takve propagande, Konvencija predviđa obavezu država članica da osude sve organizacije koje se rukovode istim idejama i ciljevima¹⁰. Prema rečima Tobija Mendela (Toby Mendel), član 4 sadrži četiri osnovna aspekta zabrane govora mržnje: širenje ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti, širenje ideja zasnovanih na rasnoj mržnji, podsticanje rasne diskriminacije i podsticanje na rasno motivisane postupke¹¹.

Zabrana govora mržnje danas je moguća na znatno širem osnovu nego što je to borba protiv rasizma. On je proširen već članom 20 PGP-a koji predviđa zabranu svake propagande u korist rata ili koja zagovara nacionalnu, versku mržnju i podstiče diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje. Tako se osim govora mržnje zasnovane na rasi, već sa PGP-om predviđa obaveza zabrane govora mržnje motivisanog i drugim razlozima. Danas ti razlozi obuhvataju sve one razloge zbog kojih je moguća i diskriminacija, tj. sva lična

⁷ Evropski sud, *Sunday Times v. United Kingdom* (bel. 6); *Lopes Gomes de Silva v. Portugal*, 2000, Apl. br. 37698/97.

⁸ Evropski sud, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, 1995, Apl. br. 13585/88.

⁹ M. Macovei, *Sloboda izražavanja – vodič za primenu člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2006, ss. 58-59.

¹⁰ Čl. 4 Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

¹¹ T. Mendel, *Hate speech rule under International Law*, Centre for Law and Democracy, 2010, t. 2, <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.02.hate-speech.Macedonia-book.pdf> (očitanje 18. 04. 2019).

²² Čl. 19 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima.

³ Čl. 19 st. 3 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

⁴ *Ibid.*, čl. 20.

⁵ Čl. 10 st. 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁶ Evropski sud, *Handyside v. the United Kingdom*, 1976, Apl. br. 5493/72; *Sunday Times v. United Kingdom*, 1979, Apl. br. 6538/74; *Lingens v. Austria*, 1986, Apl. br. 9815/82.

svojstva koja predstavljaju osnov diskriminacije. To se uočava i u definiciji govora mržnje date u Preporuci Ministarskog odbora Veća Evrope No.R (97) 20 od 30. 10. 1997. prema kojoj taj pojam podrazumeva “sve oblike izražavanja kojima se šire, raspiruju, podstiču ili opravdavaju rasna mržnja, ksenofobija, antisemitizam ili drugi oblici mržnje utemeljeni na netoleranciji, uključujući tu i netoleranciju izraženu u obliku agresivnog nacionalizma i etnocentrizma, te diskriminaciju i neprijateljstvo prema manjinama, migrantima i osobama imigrantskog porekla”¹².

Najveća teškoća u utvrđivanju postojanja govora mržnje jeste precizno razgraničenje govora mržnje od izražavanja koje u sebi sadrži uvredljive sadržaje po druge, ali koji se ne mogu smatrati govorom mržnje. Neophodnost što preciznijih kriterijuma razgraničenja postoji, tim pre, što sloboda izražavanja podrazumeva i sadržaje koji vređaju, šokiraju ili uznemiravaju¹³. Mogući pristup u razgraničenju ove dve pojave polazi od toga da treba praviti razliku između izražavanja koje cilja na ideje i izražavanja koje cilja na ljudska bića. U prvom slučaju moguće je govoriti o uvredljivom izražavanju, dok je u drugom reč o izražavanju sa mogućim posledicama zlostavljanja nekog ljudskog bića¹⁴. To je upravo ono što govor mržnje podstiče i čemu, u krajnjem ishodu, vodi.

U praksi Evropskog suda, moguće je uočiti podršku ovom pristupu. Tako u slučaju *Giniewski v. France*, u kojem je podnosilac predstavke bio osuđen pred nacionalnim sudom za klevetu i propagiranje govora mržnje zbog svojih stavova o presudnom uticaju katoličke doktrine na uspeh antisemitizma, Evropski sud je zauzeo stav da je “podnosilac predstavke prvenstveno tražio da razvije argument o obimu specifične doktrine i njenim mogućim vezama sa poreklom holokausta. Time je dao doprinos, koji je po definiciji bio otvoren za diskusiju, na široku i tekuću debatu, bez izazivanja bilo kakve kontroverze koja je bila odvojena od savremene misli. Razmatrajući štetne efekte određene doktrine, dotični članak doprineo je diskusiji o raznim mogućim razlozima istrebljenja Jevreja u Evropi, što je pitanje od neospornog javnog interesa u demo-

kratskom društvu. U takvim stvarima, ograničenja slobode izražavanja treba strogo tumačiti. Iako se pitanje koje je pokrenuto u ovom predmetu odnosi na doktrinu koju podržava Katolička crkva, a time i na versku stvar, analiza dotičnog članka pokazuje da ona ne sadrži napade na religiozna uverenja kao takva, već pogled koji podnosilac predstavke izražava kao novinar i istoričar. S tim u vezi, Sud smatra da je u demokratskom društvu od suštinske važnosti da se vodi rasprava o uzrocima akata od posebne težine, koja se odnosi na zločine protiv čovječnosti, i da ona treba da se odvija slobodno”¹⁵.

U novijoj praksi Evropskog suda moguće je uočiti tendenciju ublažavanja uslova za kažnjavanje govora mržnje, odnosno pojednostavljanja postupka dokazivanja neophodnosti ograničenja slobode izražavanja u demokratskom društvu. Suština te tendencije se ispoljava u praksi Evropskog suda koja polazi od stava da je ispitivanje spornog sadržaja samih reči dovoljno za utvrđivanje eventualnog postojanja govora mržnje, čime se donekle napušta praksa koja analizu spornog sadržaja vrši imajući u vidu opšti i poseban kontekst u kojem su one izrečene¹⁶. Ipak, ne može se konstatovati da ova tendencija vodi ka potpunom napuštanju prakse analize konteksta u kojem je neki sporni sadržaj iznet. Prema rečima Maria Othajmera (Mario Oitheimer), jedan broj sudija i dalje daje prednost analizi konteksta vodeći računa o tri karakteristike: funkciji i ulozi u društvu koju podnosilac zahteva ima (da li je reč o političaru i javnom radniku ili građanima); koji mediji koristi (da li je neka izjava data u prenosu uživo ili ne); i formi govora koji se može ili ne mora okarakterisati kao govor mržnje (da li u je pitanju poezija, prozno delo ili sadržaji koji se distribuiraju putem masovnih medija)¹⁷.

Tri ključna elementa je moguće, bez dileme, izdvojiti kao neophodna za postojanje govora mržnje. Njihovo postojanje treba da bude nedvosmisleno utvrđeno da bi neki oblik izražavanja bio okarakterisan kao govor mržnje. To su: namera, podsticanje i posledica koja je štetna i zabranjena¹⁸. Najpre, govor mržnje postoji u onim slučajevima kada se u određenom vidu izražavanja (izjava, slika, simbol, medijski sadržaj itd.) nesumnjivo uočava namera širenja mržnje. Poučan primer za analizu postojanja ovog uslova je slučaj *Jersild protiv Danske*, koji se ticao novinara koji je u svojoj dokumentarnoj emisiji prikazao intervju koji je imao sa tri pripadnika jedne rasističke grupe koji su tom

¹² Preporuka Ministarskog odbora Saveta Evrope br.R (97) 20, s. 107, <https://rm.coe.int/1680505d5b> (očitanje 22. 04. 2019).

¹³ Evropski sud (bel. 7).

¹⁴ Tako recimo, roman Salmana Ruždija (*Salman Rushdie*) *Satanski stihovi*, nesumnjivo je svojim sadržajem i idejama uvredio mnoge u muslimanskom svetu, ali se taj sadržaj i ideje ne mogu smatrati izrazom govora mržnje jer nisu pozivale na nasilje i diskriminaciju muslimana kao pojedinaca koji veruju u ideje koje su bile predmet kritike u knjizi. To važi i za brojna druga dela u kojima sloboda izražavanja podrazumeva slobodu umetničkog viđenja i kritike nekih društvenih pojava. V. J. F. Gaudreault-DesBiens, From Sisyphus’s Dilemma to Sisyphus’s Duty? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide, *McGill Law Review* 46/2000, ss. 135-136.

¹⁵ Evropski sud, *Giniewski v. France*, 2006, Apl. br. 64016/00, § 50-51.

¹⁶ T. Marinković, Sloboda izražavanja i njena ograničenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš 2012, ss. 317-322.

¹⁷ M. Ostheimer, Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law, *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 17/2009, ss. 440-442.

¹⁸ Mendel (bel. 11), s. 5.

prilikom izneli uvredljive i pogrdne komentare na račun imigranata i etničkih grupa. Novinar je proglašen odgovornim pred domaćim sudom, ali je oslobođen odgovornosti pred Evropskim sudom koji je stao na stanovište da on nije imao nameru da širi rasizam, već da ga razotkrije i analizira¹⁹. Podsticanje mržnje po bilo kom osnovu je drugi konstitutivni element govora mržnje koji se obično procenjuje kroz vezu između date izjave i cilja koji se želi postići njome, njihovog uzročno-posledičnog odnosa i konteksta u kojoj je data²⁰. Konačno, podsticanje mržnje ima krajnji cilj, a to je poziv na nasilje i diskriminaciju po bilo kom osnovu prema licima kojima je govor mržnje upućen.

3. Normativni i institucionalni okvir zabrane govora mržnje u medijima u RS

Ukoliko se rešenja nacionalnog zakonodavstva RS koja se tiču zabrane govora mržnje procenjuju sa stanovišta međunarodnih normi i standarda, moglo bi se reći da je srpsko zakonodavstvo na zadovoljavajući način usklađeno sa normama međunarodnog prava. Zaštita slobode mišljenja i izražavanja je ustavom predviđena, dok su njena ograničenja moguća jedino ukoliko je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti RS²¹. Osim toga, Ustav RS sadrži i odredbu po kojoj je zabranjeno i kažnjivo svako izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti²².

Osim ustavnih garancija slobode izražavanja, ovo pravo i uslovi njegovog ograničenja su detaljno regulisani i unutar razgranatog zakonodavnog okvira u kojem je zabrana govora mržnje predviđena kako neposredno, tako i posredno. Treba istaći najpre one zakone koji izričito daju opis zabrane onoga što se može definisati kao govor mržnje.

Tako, Zakon o zabrani diskriminacije²³ predviđa da je zabranjeno izražavanje ideja, informacija i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog ličnog svojstva, u javnim glasilima i drugim publikacijama, na skupovima i mestima dostupnim javnosti, ispisivanjem i prikazivanjem poruka ili simbola i na drugi način²⁴. Ovaj zakon ne predviđa uslove za oslobađanje odgovornosti zbog izražavanja govora mržnje.

¹⁹ Evropski sud, *Jersild v. Denmark*, 1994, Apl. br. 15890/89; *Surek and Ozdemir v. Turkey*, Apl. br. 23927/94.

²⁰ Up. Presude Evropskog suda: *Zana v. Turkey*, 1997, Apl. br. 69/1996/688/880; *Balsyte-Lideikiene v. Lithuania*, 2008, Apl. br. 72596/01; *Erbakan v. Turkey*, 2006, Apl. br. 59405/00; *Hosl-Daum and others v. Poland*, 2014, Apl. br. 10613/07; *Šimunić v. Croatia*, 2019, Apl. br. 20373/17.

²¹ Čl. 46 st. 1-2 Ustava RS, *Sl. gl. RS* 98/06.

²² *Ibid.*, čl. 49.

²³ Zakon o zabrani diskriminacije, *Sl. gl. RS* 33/09.

²⁴ *Ibid.*, čl. 11.

Zakon o javnom informisanju i medijima²⁵ takođe izričito zabranjuje govor mržnje. Shodno ovom zakonu – idejama, mišljenjem, odnosno informacijama, koje se objavljuju u medijima ne sme se podsticati diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihovog pripadanja ili nepripadanja nekoj rasi, veri, naciji, polu, zbog njihove seksualne opredeljenosti ili drugog ličnog svojstva, bez obzira na to da li je objavljivanjem učinjeno krivično delo. Ovaj zakon predviđa i uslove oslobađanja odgovornosti zabrane govora mržnje i to ukoliko je informacija deo nekog novinarskog teksta, a objavljena je bez namere da se podstiče na diskriminaciju, mržnju ili nasilje protiv lica ili grupe lica, a posebno ako je takva informacija deo objektivnog novinarskog izveštaja; kao i ako je objavljena s namerom da se kritički ukaže na diskriminaciju, mržnju ili nasilje protiv lica ili grupe lica ili na pojave koje predstavljaju ili mogu da predstavljaju podsticanje na takvo ponašanje²⁶.

Posebna zaštita od govora mržnje predviđena je i krivičnim zakonodavstvom RS. Krivični zakonik²⁷ inkriminiše više dela koja podrazumevaju govor mržnje. U takva dela spada krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti kojim je predviđena zabrana izazivanja takve mržnje ili netrpeljivosti među narodima ili etničkim zajednicama koje žive na teritoriji RS²⁸. Osim ovog dela, zabrana govora mržnje je sadržana i u inkriminaciji različitih oblika rasne i druge diskriminacije i to kroz različite oblike od kojih je za govor mržnje posebno značajne odredbe koje sankcionišu širenje ideja o superiornosti jedne rase nad drugom ili propagiranja rasne mržnje ili podsticanja rasne diskriminacije; zatim, širenje ideja i teorija koje podstiču diskriminaciju po bilo kom osnovu, kao i javno odobravanje ili negiranje postojanja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina²⁹.

Poseban značaj za suzbijanje govora mržnje imaju tzv. medijski zakoni kojima su osnovana regulatorna tela za nadzor nad radom elektronskih medija i emitera. Tako, Zakonom o elektronskim medijima³⁰ osnovano je Regulatorno telo za elektronske medije (REM) koje se, kao samostalna nezavisna regulatorna organizacija, stara da programski sadržaj pružaoca medijske usluge ne sadrži informacije kojima se podstiče, na otvoren ili prikriven način, diskriminacija, mržnja ili nasilje³¹. REM je, zapravo, preuzeo nadležnosti koja je imala Republička radiodifuzna agencija (RRA) prema Zakonu o radiodifuziji³². REM ima mogućnost privre-

²⁵ Zakon o javnom informisanju i medijima, *Sl. gl. RS* 83/14, 58/2015 i 12/2016.

²⁶ *Ibid.*, čl. 75-76.

²⁷ Krivični zakonik, *Sl. gl. RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

²⁸ *Ibid.*, čl. 317.

²⁹ *Ibid.*, čl. 387 st. 3-5.

³⁰ Zakon o elektronskim medijima, *Sl. gl. RS* 83/14, 6/16.

³¹ *Ibid.*, čl. 51.

³² Zakon o radiodifuziji, *Sl. gl. RS* 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005 – dr. zakon, 62/2006, 85/2006 i 86/2006

menog ograničavanja slobode prijema i reemitovanja medijskih usluga iz drugih država ukoliko se takvim sadržajima vrši podsticanje na mržnju zasnovanu na rasi, polu, verskoj ili nacionalnoj pripadnosti. Kao uslov za ovu meru zakon zahteva da je to takve pojave došlo najmanje dva puta u prethodnih godinu dana³³.

Zakonom o javnim medijskim servisima³⁴ regulisana je delatnost javnog medijskog servisa (Radio-televizije Srbije i Radio-televizije Vojvodine) koji treba da vodi računa o ostvarivanju ljudskih prava i sloboda, razmeni ideja i mišljenja, negovanju vrednosti demokratskog društva, unapređivanju političke, polne, međunarodne i verske tolerancije i razumevanja³⁵.

Veoma značajna dopuna ustavno-zakonskom okviru zaštite prava na slobodno izražavanje i zabrane govora mržnje, jesu medijski samoregulatorni propisi u RS, poput: Kodeksa novinara Srbije³⁶, Pravilnika o zaštiti ljudskih prava u oblasti pružanja medijskih usluga³⁷, kao i politika dozvoljene upotrebe i uslovi korišćenja. Propisi samoregulacije imaju poseban značaj na polju suzbijanja govora mržnje na internetu kroz njihovu primenu od strane moderatora internet portala i društvenih mreža.

Uspeh u suzbijanju govora mržnje zavisi i od postojanja delotvornih institucionalnih mehanizama zaštite. U Srbiji se ta zaštita odvija kroz odgovarajuće sudske postupke, posebno parnični i krivični postupak. Ključne odredbe o aktivnoj legitimaciji za podnošenje tužbe sudu i pokretanje parničnog postupka u slučaju govora mržnje sadrži Zakon o zaštiti diskriminacije i ona je trojaka. Ona pripada licu koje je pretrpelo štetu iznošenjem informacije koja ima obeležje govora mržnje, Povereniku za zaštitu ravnopravnosti i organizaciji koja se bavi zaštitom ljudskih prava³⁸. Tužbom se može zahtevati čitav niz mera u slučajevima kada je došlo do diskriminacije, uključujući i govor mržnje: zabrana izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije; utvrđenje da je tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu ili drugome; izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatorskog postupanja; naknada materijalne i nematerijalne štete; objavljivanje presude³⁹. Prema odredbama Zakona o javnom informisanju i medijima, ako je objavljivanjem informacije u medijima povre-

đena zabrana govora mržnje, tužbom se u parničnom sudskom postupku može tražiti utvrđivanje da je objavljivanjem informacije, odnosno zapisa povređeno pravo, odnosno interes; propuštanje objavljivanja, kao i zabrana ponovnog objavljivanja informacije, odnosno zapisa; predaja zapisa, uklanjanje ili uništenje objavljenog zapisa (brisanje video zapisa, brisanje audio zapisa, uništenje negativa, odstranjenje iz publikacija i slično). Tužba se podnosi protiv odgovornog urednika medija u kome je informacija, odnosno zapis objavljen⁴⁰.

Značajna dopuna sudskom sistemu institucionalne zaštite od govora mržnje jeste postupak pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti. Osim toga što uživa pravo aktivne legitimacije za pokretanje parničnog, prekršajnog i krivičnog postupka zbog povreda prava iz Zakona o zabrani diskriminacije, Poverenik prima i razmatra pritužbe zbog povreda odredaba ovog Zakona i daje mišljenja i preporuke u konkretnim slučajevima i izriče mere. Mišljenje Poverenika se svodi na konstataciju da je došlo do povrede Zakona ili ne, dok se preporuka može odnositi na zahtev za izvinjenjem odgovornih za povredu prava, uklanjanje posledica diskriminacije, uzdržavanje od postupaka kojima se narušava načelo ravnopravnosti i objavljivanje mišljenja. Ukoliko lice kome je upućena preporuka ne postupi po njoj u roku od 30 dana od njenog izricanja, Poverenik izriče meru opomene, a ako to ne učini ni nakon isteka roka žalbe na rešenje o opomeni, Poverenik o tome obaveštava javnost⁴¹.

Konačno, značajan doprinos suzbijanju govora mržnje u RS daju samoregulatorna tela, posebno Savet za štampu i REM. Savet za štampu stara se o primeni Kodeksa novinara i ključno je telo u oblasti suzbijanja govora mržnje u štampanim medijima. Savet za štampu je izmenom svog statuta 2013. godine, preuzeo nadležnost i za internet stranice novinskih kuća, kao i medijskih kuća i agencija koja nemaju štampana izdanja, pa se njegova uloga može posmatrati i kroz uticaj suzbijanja govora mržnje na internetu. Komisiji za žalbe Saveta za štampu može se obratiti svako lice koje je oštećeno objavljenim sadržajem, i to neposredno, odnosno preko zastupnika bilo koji član Komisije ili organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava ukoliko se sadržaj odnosi na određenu grupu lica, kao i roditelj ukoliko je oštećeno lice maloletno. Kada utvrdi da je žalba osnovana Komisija donosi odluku kojom izriče javnu opomenu, uz obavezu medija koji je odgovoran da tu odluku objavi⁴².

Slične nadležnosti ima i REM samo u oblasti elektronskih medija. Prema Zakonu o elektronskim medijima,

– prestao da važi danom stupanja na snagu Zakona o elektronskim medijima osim člana 76-94.

³³ Čl. 46 Zakona o elektronskim medijima (bel. 30).

³⁴ Zakon o javnim medijskim servisima, *Sl. gl. RS*, 83/14, 103/15, 108/16.

³⁵ *Ibid*, čl. 3.

³⁶ Kodeks novinara Srbije, <http://www.savetzastampu.rs/cirilica/kodeks-novinara-srbije> (očitanje 09. 05. 2019).

³⁷ Pravilnik o zaštiti ljudskih prava u oblasti pružanja medijskih usluga, *Sl. gl. RS* 55/15, <http://www.rem.rssr/regulativa/statut-i-pravilnici> (očitanje 09. 05. 2019).

³⁸ Čl. 46 Zakona o zabrani diskriminacije (bel. 23).

³⁹ *Ibid*, čl. 43.

⁴⁰ Čl. 101-113 Zakona o javnom informisanju i medijima (bel. 25).

⁴¹ Čl. 45-46 Zakona o zabrani diskriminacije (bel. 23).

⁴² Pravilnik o radu Komisije za žalbe, čl. 17-18, <http://www.savetzastampu.rs/latinica/poslovnik-o-radu-komisije-za-zalbe> (očitanje 11. 05. 2019).

fizička i pravna lica, uključujući i pružaoce medijskih usluga, imaju pravo da podnose prijave REM-u u vezi sa programskim sadržajima pružalaca medijskih usluga, ako smatraju da se tim sadržajima vređaju ili ugrožavaju njihovi lični interesi ili opšti interes i to najkasnije 30 dana od dana objavljivanja premijernog ili ponovnog emitovanja spornog sadržaja. Pružaoce medijske usluge REM može da izrekne opomenu, upozorenje, privremenu zabranu objavljivanja programskog sadržaja i može mu oduzeti dozvolu za rad⁴³.

4. Suzbijanje govora mržnje na internetu i njegove specifičnosti u RS

Veoma osetljivo pitanje normativnog regulisanja zabrane govora mržnje jeste pitanje zabrane njegovog širenja putem interneta. Kao sredstvo masovne komunikacije, internet je polje na kojem se govor mržnje posebno lako širi, kako zbog lakoće iznošenja informacija tako i zbog mogućnosti očuvanja anonimnosti onih koji ih iznose. Realne mogućnosti država za ograničavanjem govora mržnje na internetu su bitno sužene zbog brzine i lakoće širenja informacija u internet prostoru, ali i zbog nedovoljno razvijene i precizne zakonske regulative tog pitanja. Zbog toga je suzbijanje govora mržnje na internetu često u rukama internet platformi, tj. njihovih moderatora koji su zaduženi za svojevrsno filtriranje sadržaja koji se objavljuju na društvenim mrežama, forumima ili komentarima onlajn izdanja medija. Naravno, svim subjektima koji imaju pravo aktivne legitimacije stoji na raspolaganju mogućnost pokretanja odgovarajućih sudskih postupaka zbog kršenja zabrane govora mržnje u internet komunikaciji, slično kao što je to slučaj sa kršenjem te zabrane u klasičnim medijima.

Zakonska regulativa internet komunikacije oslanja se u RS na medijske zakone, uprkos tome što važeći Zakon o javnom informisanju i medijima RS ne svrstava internet platforme u klasični medij. Naime, prema ovom zakonu internet platforme, poput internet foruma, društvenih mreža i drugih platformi koje omogućavaju slobodnu razmenu informacija, ideja i mišljenja njenih članova ne spadaju u medije, kao ni bilo koja druga samostalna elektronska publikacija, poput blogova, veb-prezentacija i sličnih elektronskih prezentacija⁴⁴. To ne znači da se zakonska regulativa koja se odnosi na tradicionalne medije ne može primeniti i na internet komunikaciju. Ipak, specifičnost internet komunikacije, odnosno činjenica da se ona vrši elektronskim putem upotrebom savremenih računarskih sistema, mobilnih telefona i drugih sredstava savremene informacione tehnologije, nameće potrebu za novim regulatornim okvirom koji čini mogućim kontrolu sadržaja na internetu i utvrđivanje odgovornosti za iznošenje sadržaja koji se mogu okarakterisati kao govor mržnje.

⁴³ Čl. 28 Zakona o elektronskim medijima (bel 30).

⁴⁴ Čl. 30 st. 2 Zakona o javnom informisanju i medijima (bel. 25).

Tako se krivično gonjenje i procesuiranje krivičnih dela, kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja koristi računar, računarski sistemi i mreže, daje u nadležnost specijalizovanih državnih organa i službi.

Ovo pitanje je u RS regulisano Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala⁴⁵ kojim je regulisana nadležnost Posebnog odeljenja Višeg tužilaštva u Beogradu, Posebnog odeljenja višeg suda u Beogradu i Odeljenja Ministarstva unutrašnjih poslova za visokotehnološki kriminal. U nadležnost ovih organa spada, između ostalog, otkrivanje, krivično gonjenje i sudsko procesuiranje krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, polnih sloboda, javnog reda i mira i ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, koja se zbog načina izvršenja ili upotrebljenih sredstava mogu smatrati krivičnim delima visokotehnološkog kriminala⁴⁶.

U RS nedostaju detaljna istraživanja koja nude precizne podatke o prisustvu govora mržnje na internetu. Korisni podaci o toj temi dostupni su u izveštajima o radu Komisije za žalbe Saveta za štampu, a povodom konkretnih žalbi koje su ovom telu podnete u periodu nakon 2013, kada je ovo telo proširilo svoja ovlašćenja na internet izdanja štampanih medija i agencije koja nemaju štampana izdanja.

Analiza odluka Komisije za žalbe, za period 2013-2017, daje uvid u sadržaj govora mržnje, njegovim ključnim akterima i drugim značajnim pitanjima. U slučajevima kojima se Savet za štampu bavio u navedenom periodu, govor mržnje je bio prisutan u 20 % celokupnog internet sadržaja koji je prijavljen. Primetna je tendencija opadanja slučajeva govora mržnje u izveštavanju onlajn medija u 2016. i 2017. godini. Analizom žalbi koje su podnete Savetu za štampu u tom periodu, može se uočiti da je od 174 prijave za kršenje Kodeksa novinara Srbije u onlajn izdanjima štampanih medija, 43 prijave bile vezane za kršenje zabrane govora mržnje, te da je najveći broj prijava bilo upućeno zbog izveštavanja u provladinim medijima, kao što su: Večernje novosti, Informer, Kurir i Telegraf. Najčešće mete govora mržnje su pripadnici LGBT populacije (37 %), Romi (27 %), migranti (12 %), žene (9 %), Albanci (9 %), Hrvati (2 %), i Jevreji (2 %)⁴⁷. Ovi podaci korensponiraju sa stepenom socijalno-etničkih distanci u srpskom društvu. Naime, prema podacima istraživanja stavova građana i predstavnika javne vlasti (uključujući i policiju) u RS, najizraženije socijalno-etničke distance su prema pripadnicima

⁴⁵ Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala, *Sl. gl. RS* 61 /5, 104/09.

⁴⁶ *Ibid*, čl. 3 st. 3.

⁴⁷ P. Nikolić, *Govor mržnje u internet komunikaciji u Srbiji*, doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, manuskript 2018, ss. 178-189, http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2018/07/Nikolic_Predrag_Disertacija_FPN.pdf (očitanje 19. 05. 2019).

LGBT populacije, Romima, Albancima, migrantima i Hrvatima⁴⁸.

Međutim, kazne koje Savet za štampu može da izrekne zbog kršenja Kodeksa novinara, poput opomene i upozorenja su blage i neadekvatne. Savet nema mogućnost da sankcioniše nepostupanje medija po tim merama, niti ima mogućnost postupanja po službenoj dužnosti u slučajevima kada uoči postojanje govora mržnje. Iz tog razloga veliki broj slučajeva govora mržnje u internet izdanjima medija ostaje nekažnjen. Osim toga, treba istaći da Savet ima ograničenu nadležnost, tj. da ima pravo da izriče mere samo prema izdavačima, onlajn medijima i profesionalnim novinarima koji su registrovani u RS, pa tako sadržaj koji se plasira na internetu putem društvenih mreža i portala sa sedištem u inostranstvu, nisu u nadležnosti Saveta. Imajući to u vidu, veoma značajnu ulogu u suzbijanju govora mržnje na internetu imaju zapravo organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava koje imaju pravo aktivne legitimacije za pokretanje sudskih postupaka protiv lica odgovornih za širenje govora mržnje. Zahvaljujući njima u Srbiji se odvija kontinuirani monitoring sadržaja na internet portalima i društvenim mrežama što je u par navrata rezultiralo pokretanjem sudskih postupaka i utvrđivanjem odgovornosti za govor mržnje.

Prvi sudski postupak u Srbiji koji je završen osuđujućom presudom zbog širenja govora mržnje na internetu bio je pokrenut upravo od strane nevladine organizacije za zaštitu prava LGBT osoba – Gej strejt alijanse. Tužba je bila podneta protiv Nebojše Bakareca, tadašnjeg visokog funkcionera vladajuće Demokratske stranke Srbije, zbog sadržaja svog teksta objavljenog na internetu u kojem homoseksualne osobe naziva bolesnicima kojima treba stručna pomoć i lečenje⁴⁹. Zahvaljujući inicijativi ove organizacije još jedan predstavnik političke vlasti u Srbiji je osuđen zbog diskriminatorskih izjava i govora mržnje. Reč je o predsedniku stranke Jedinstvena Srbija, Draganu Markoviću Palmi i to zbog sličnih izjava⁵⁰. Naravno, ne treba smetnuti s uma značaj i ulogu Poverenika za

zaštitu ravnopravnosti, ne samo u suzbijanju govora mržnje na internetu, već i u suzbijanju diskriminacije uopšte. Kancelarija Poverenika kontinuirano već godinama unazad radi na unapređenju duha tolerancije, ravnopravnosti i suzbijanju diskriminacije, o čemu je javnost uredno obavestena u redovnim godišnjim izveštajima o radu Poverenika.

5. Kritički osvrt na normativna i institucionalna rešenja zabrane govora mržnje u RS i njihovu primenu u praksi

Opšti je utisak da zakonodavstvo RS na zadovoljavajući način reguliše pitanje zabrane govora mržnje i zaštite slobode izražavanja. Treba istaći da su neka najnovija zakonska rešenja otklonila nedostatke iz prethodnog perioda. Tu se pre svega misli na važeći Zakon o javnom informisanju i medijima koji je otklonio nedostatke ranije važećeg Zakona o informisanju iz 2003. Njegov ključni nedostatak je bio u tome što je predviđao ograničen broj subjekata zaštite od govora mržnje pa je zabrana govora mržnje bila moguća ukoliko je on bio uperen protiv lica ili grupe lica koja su povezana sa nekim od onih ličnih svojstava koja su u zakonu izričito navedena, a to su: rasa, vera, nacija, etnička grupa, pol ili seksualna opredeljenost. Novim zakonom je ovaj nedostatak uklonjen unošenjem termina “druga lična svojstva” čime je spisak mogućih žrtava govora mržnje proširen na sva lična svojstva koja inače mogu da budu osnov za diskriminaciju. Time je ujedno otklonjena kolizija sa odredbama Zakona o zabrani diskriminacije koja je postojala sve do 2014. i stupanja na snagu Zakona o javnom informisanju i medijima⁵¹.

Efikasnost parničnog postupka kojim se utvrđuje odgovornost za govor mržnje umanjena je dužinom trajanja ovog postupka, a posebno činjenicom da je njegovo pokretanje nemoguće u slučajevima kada nije moguće utvrditi identitet osobe koja se služi govorom mržnje. Ovaj nedostatak se donekle otklanja u krivičnom postupku, s obzirom na mogućnost javnog tužilaštva da preko policije sazna identitet nekog lica, ali ovaj je mehanizam takođe opterećen dužinom trajanja postupka i činjenicom da je on upotrebljiv isključivo kada je govor mržnje deo bića krivičnih dela predviđenih Krivičnim zakonikom RS.

Realni dometi normativno-institucionalnog okvira zabrane govora mržnje mogu biti vidljivi tek uvidom u način njihove primene u praksi. Analiza treba da krene, najpre, od opštih društvenih uslova i okolnosti u kojima se nalazi srpsko društvo i pozicije medija u njemu.

Srpsko društvo je deo specifičnog društvenog okruženja u kojem su ratni sukobi i društvene podele po

⁴⁸ V. Ipsos Strategic Marketing, *Odnos predstavnika organa javne vlasti prema diskriminaciji u Srbiji*, <http://ravnopravnost.gov.rs/rs/istrazivanje-odnos-predstavnika-organa-javne-vlasti-prema-diskriminaciji-u-srbiji-2/>; R. Zekavica, Odnos policije prema diskriminaciji u Srbiji – rezultati istraživanja pripadnika policije opšte nadležnosti i saobraćajne policije, *Temida*, 1/2016, ss. 135-161; R. Zekavica, *Suzbijanje diskriminacije u RS s posebnim osvrtom na ulogu i doprinos Ministarstva unutrašnjih poslova*, Kancelarija za ljudska i manjinska prava RS 2014, http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokumentfile/radomir_zekavica.pdf; Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, *Izveštaj o odnosu građana i građanki prema diskriminaciji*, https://drive.google.com/file/d/1w5UfexnRlyMNzIbAd_bLZMBxoJ6Jhdlc/view (očitanje 19. 05. 2019).

⁴⁹ Gejstrejt alijansa, *Presuda Nebojši Bakarecu za tešku diskriminaciju LGBT populacije postala pravosnažna*, <http://gsa.org.rs/2012/10/presuda-nebojsi-bakarecu-postala-pravosnazna/> (očitanje 19. 05. 2019).

⁵⁰ Apelacioni sud, GŽ 2426/14 od 11. 06. 2014.

⁵¹ Up. N. Petrušić, *Građanskopravni instrumenti za suzbijanje govora mržnje koji se širi posredstvom medija – supstancijalni i procesni aspekt*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu-tematski broj Mediji i ljudska prava*, Niš 2012, ss. 75-97.

različitim osnovama, obeležile prethodne decenije njegovog razvoja. U takvim uslovima, afirmacija govora mržnje i duha netolerancije dobijaju podršku, a suzbijanje ovih pojava nailazi na ozbiljne poteškoće. Odgovornost za otklanjanje ovih poteškoća pripada, pre svega, političkoj eliti u čijim se rukama nalazi moć kreiranja normativno-institucionalnog okvira zaštite od govora mržnje i diskriminacije, ali i moć njegove dosledne primene u praksi. Ključni problemi u funkcionisanju sistema zabrane govora mržnje u RS mogu se uočiti upravo na polju njegove neadekvatne primene u praksi od strane predstavnika javne vlasti, a tiču se: problema (ne)slobode medija u RS, visokog stepena neprepoznavanja suštine diskriminacije i govora mržnje kod predstavnika javne vlasti, problema u vezi funkcionisanja i nezavisnosti regulatornih tela, ali i pravosudnog sistema uopšte.

Sloboda medija predstavlja osnovni uslov ostvarivanja njihove primarne funkcije – a to je objektivno i istinito informisanje javnosti i služenje javnom interesu društvene zajednice. Proces uspostavljanja slobodnih medija u RS odvija se decenijama unazad. Iako je donošenjem medijskih zakona 2014. godine učinjen kvalitativan pomak ka slobodi medija (posebno po pitanju vlasničke strukture medija koji nisu deo javnog servisa), o trenutnom stanju slobode medija u RS jasno govori poslednji izveštaj Evropske komisije (EK) u kojem se stanje slobode medija i slobode izražavanja izdvajaju kao oblasti u kojima Srbija nije zabeležila nikakav napredak. Ukupno okruženje, prema izveštaju, i dalje nije pogodno za ostvarivanje slobode izražavanja, a među najvećim problemima (kao i godinama unazad), izdvajaju se pitanja ugrožavanja bezbednosti novinara, projektno sufinansiranje i javni medijski servisi, kao i položaj Regulatornog tela za elektronske medije⁵². Prema izveštaju Beogradskog centra za ljudska prava za 2018. godinu, stanje medija u RS nikada nije bilo gore, a javne vlasti uporno ignorišu stavove i predloge stručnih i nezavisnih tela i komisija koji su upućeni s ciljem poboljšanja slobode medija u RS. U izveštaju se navode podaci organizacije Reporteri bez granica (Reporters Without Borders) da je stanje medija u Srbiji najgore na Balkanu i da je veoma čest i govor mržnje u medijima⁵³. Negativne posledice odsustva dobre volje političke vlasti da medije zaista učine slobodnim dolaze do izražaja posebno onda kada javna vlast koristi te iste neslobodne medije za otvorenu diskreditaciju političkih protivnika i afirmaciju terminologije koja u sebi sadrži tipične primere govora mržnje. U prilog tome govori podatak da su ključni

akteri govora mržnje u RS, prema podacima Saveta za štampu, upravo provladini mediji. Takvim izveštavanjem mediji direktno, a politička vlast indirektno, utiču na kreiranje klime netrpeljivosti i mržnje u političkom životu Srbije.

Jedan primer takvog izveštavanja dobio je nedavno i sudski epilog. Naime, presudom Višeg suda u Beogradu proglašen je odgovornim glavni i odgovorni urednik dnevnog lista "Nezavisne dnevne novine Informer" Dragan Vučićević zbog kršenja prava na zabranu govora mržnje. Vučićević je proglašen odgovornim za širenje govora mržnje zbog toga što je na naslovnoj strani pomenutog lista objavljen tekst pod naslovom "Srbiji treba Trampov zakon", s podnaslovom "Rat stranim plaćenicima" a u kojem se tužilac – organizacija "Inicijativa mladih za ljudska prava", naziva "sorošovsko-šiptarsko-fašističkom organizacijom stranih plaćenika i domaćim izdajnicima..." Ono što posebno zabrinjava u ovom slučaju jeste argumentacija odbrane tuženog, odnosno tvrdnja da se autor teksta poslužio određenim "stilskim figurama" kada je tužioca okarakterisao kao "izdajnika" i "fašističku organizaciju" i to na način koji je standardno prisutan u srpskom novinarstvu⁵⁴! Ova izjava ukazuje, po mom mišljenju, na suštinu dominantne prakse izveštavanja pojedinih provladinih medija koji se koriste za nesputanu diskreditaciju političkih neistomišljenika, širenje netrpeljivosti i mržnje, pri čemu se takva praksa predstavlja kao standard srpskog novinarstva, a govor mržnje kao "stilska figura" u izražavanju.

Zabrinjavajuća pojava u vezi javne vlasti u RS i njenog odnosa prema govoru mržnje i diskriminaciji jeste i stepen neprepoznavanja suštine diskriminacije i govora mržnje. Rezultati istraživanja stavova (percepcije) predstavnika javne vlasti prema diskriminaciji pokazuju da čak trećina zakonodavne i izvršne vlasti u RS ne zna da li je govor mržnje zakonom zabranjen ili ne⁵⁵. Step en prepoznavanja suštine diskriminacije je takođe zabrinjavajući, posebno među pripadnicima policije. Tako svaki drugi policajac/policajka u RS ne zna da navede šta je suština diskriminacije, a tek polovina ispitanika smatra da je izjava "Homoseksualci su jalovo drvo koje treba saseći i u oganj baciti" govor mržnje⁵⁶.

Ozbiljne kritike mogu se uputiti na rad REM-a. Kritike koje se upućuju ovom telu sežu u prošlost, faktički od samog osnivanja RRA⁵⁷ i one su prevashodno u vezi političkog uticaja na izbor članova Saveta REM-a i urušavanja nezavisnosti njegovog rada⁵⁸. Savet REM-a

⁵² Evropska komisija, Republika Srbija – izveštaj za 2018. godinu, [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku_izvestaj_ek_o_srbiji\(1\).pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku_izvestaj_ek_o_srbiji(1).pdf) (očitanje 20. 05. 2019).

⁵³ Beogradski centar za ljudska prava, *Ljudska prava u Srbiji – izveštaj za 2018. godinu*, <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2014/01/Ljudska-prava-u-Srbiji-2018.pdf> (očitanje 20. 05. 2019).

⁵⁴ Viši sud u Beogradu, 11-P2 98/17 od 28. 05. 2018.

⁵⁵ Ipsos Strategic Marketing (bel. 48), s. 36.

⁵⁶ Zekavica (bel. 48) 2014, s. 72.

⁵⁷ J. Trkulja, Deficiti medijskog zakonodavstva u Srbiji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu – tematski broj Mediji i ljudska prava*, Niš 2012, ss. 1-33.

⁵⁸ P. Dimitrijević/J. Vučković, Analiza medijskog zakonodavstva u Republici Srbiji, http://fcjp.ba/templates/javian_ii_d/images/green/Predrag_Dimitrijevic_i_Jelena_Vuckovic.pdf (očitanje 21. 05. 2019).

i dalje radi u nepotpunom sastavu od 6 članova (pun sastav prema Statutu REM-a je 9 članova). Donošenjem Pravilnika o zaštiti ljudskih prava u oblasti pružanja medijskih usluga i načinom određenja govora mržnje u njemu⁵⁹, REM je učinio značajan pomak u usaglašavanju svojih podzakonskih akata i prakse ESLJP, a u vezi pitanja govora mržnje. Međutim, ključni problem je i dalje na polju njegove primene, a posebno netransparentnosti u radu ovog tela, odnosno neobjavlivanja odluka Saveta na sajtu REM-a. Uvidom u dosadašnju praksu REM-a (zapravo bivše RRA) koji je moguć iz Izveštaja službe za nadzor i analizu programa RRA objavljenom pod nazivom "Govor mržnje u medijima – analiza slučajeva u domaćoj i međunarodnoj praksi" moguće je uočiti ozbiljne propuste u radu RRA. Tako recimo, RRA je odbio kao neosnovane predstavke koje je udruženje Labris podnelo protiv RTV Pinka i RTS-a, zbog sadržaja nekoliko njihovih emisija u kojima se homoseksualne osobe nazivaju bolesnicima i mentalno obolelim osobama kojima treba lečenje, a homoseksualnost označava kao nenormalna pojava⁶⁰. U obrazloženju odluke kojom se ove predstavke odbacuju kao neosnovane, RRA navodi – "iako su u navedenim emisijama izneti stavovi nepovoljni po osobe istopolne orijentacije, oni nisu takve prirode da

⁵⁹ Zabrana govora mržnje je predviđena rečima "pružalac medijske usluge ne sme objaviti programski sadržaj koji sadrži informacije kojima se podstiče, na otvoren ili prikriiven način, diskriminacija, mržnja ili nasilje protiv lica ili grupe lica zbog njihove rase, boje kože, predaka, državljanstva, nacionalne pripadnosti, jezika, verskih ili političkih ubeđenja, pola, rodnog identiteta, seksualne orijentacije, imovnog stanja, rođenja, genetskih osobenosti, zdravstvenog stanja, invaliditeta, bračnog i porodičnog statusa, osuđivanosti, starosne dobi, izgleda, članstva u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugih stvarnih, odnosno pretpostavljenih ličnih svojstava". Čl. 27 Pravilnika o zaštiti ljudskih prava u oblasti pružanja medijskih usluga (bel. 37).

⁶⁰ Konkretno sadržaj je glasio: "Normalno je muško i žensko. Muško i muško nije normalno; i svi normalni ljudi misle tako. Ako lezbejke sklapaju brakove, ako je to zapadna tvorevina da uđemo u Evropu, hvala i Evropi i Americi... Onda ću ja da odem među pingvine... Radi se o tome da je to vrlo nenormalno i mi Srbi nismo poznati po tome što smo bili pederi. Ali pošto je to ulaznica za Evropu, mislim da će neki, ja ću glasati protiv toga, mislim i vi ovde. Božja volja je produžetak vrste, zna se šta je pravo seksualno opredeljenje, sve drugo je vrsta bolesti. Međutim, ta bolest ne treba da paradira ulicama jer može da proizvede efekat vrlo primamljiv za neke mučenike koji nemaju dovoljno seksualne hrabrosti, odnosno hrabrosti da stupe u odnose sa normalnim partnerom ... I kada pederima uskratiš pravo da paradiraju, oni se žale na svoja prava. A kada su se žalili njihovi lekari i oni koji treba u sanatorijumima da ih leče od tih opakih bolesti, da stvore normalne ljude od njih?" "(...) Kada je to bolest, toj bolesti treba pomoći, ali kada je to interesna sfera (...)". *Govor mržnje u medijima – pregled i analiza slučajeva u domaćoj i međunarodnoj praksi*, Beograd april 2014, s. 12, <http://www.rem.rs/uploads/files/izvestaji-o-nadzoru/Govor-mrznje-u-medijima.pdf> (očitanje 22. 05. 2019).

bi predstavljali podsticanje diskriminacije i mržnje. Prihvatanjem navoda iz predstavke bile bi ugrožene temeljne zakonom garantovane vrednosti koje se odnose na slobodu širenja i objavljivanja ideja". Ovakvo rezonovanje je u suprotnosti sa praksom Evropskog suda koji je u više navrata izneo svoj stav povodom ovog pitanja⁶¹.

6. Zaključak

Srbija ima zadovoljavajući normativno-institucionalni okvir zaštite od govora mržnje. Ustavno-zakonska rešenja su usklađena sa međunarodnim normama i standardima, dok se propisima regulatornih tela na zadovoljavajući način reguliše njihova nadležnost u suzbijanju govora mržnje. Građanima Srbije su na raspolaganju sudski i vansudski mehanizmi zaštite od govora mržnje. Međutim, adekvatan normativno-institucionalni okvir zabrane mržnje gubi smisao ukoliko njegovu primenu u praksi ne prati spremnost celokupnog društva, a posebno predstavnika političke vlasti, za razvijanjem duha tolerancije i suzbijanjem govora mržnje. Zabrinjava podatak da upravo provladini tabloidni mediji prednjače u broju pritužbi zbog govora mržnje i da se, u relativno malom broju sudskih postupaka koji su se vodili u Srbiji protiv lica odgovornih za govor mržnje, često pojavljuju različiti predstavnici političke vlasti. To, svakako, ukazuje na nespornost javne vlasti da učini sve što je u sferi njene moći i odgovornosti kako bi afirmisala kritički dijalog i duh tolerancije i tako svojim primerom poslužila kao dobar uzor. To je posebno ozbiljan problem u društvima u kojima su prisutne jake unutrašnje podele po različitim osnovama, a kojima pripada i srpsko društvo. Posebno zabrinjava stanje slobode medija u RS, kao i brojne manjkavosti u radu pojedinih regulatornih tela, posebno REM-a. U takvim okolnostima, dobri zakoni i solidan izbor različitih institucionalnih mehanizama zaštite od govora mržnje gube na značaju i smislu.

⁶¹ Tako u slučaju, *Vejdeland v. Sweden* (Apl. br. 1813/07) koji se ticao osude podnosioca predstavke zbog dijeljenja letaka u srednjoj školi, u kojima je navedeno da je homoseksualnost "devijantna seksualna sklonost", koja ima "moralno destruktivni uticaj na samu suštinu društva" i koja je odgovorna za razvoj HIV-a i AIDS-a, Sud je ustanovio da su njihovi leci uvredljivi za homoseksualce i podnosioci predstavke su osuđeni. Evropski sud je zauzeo stajalište da su navodi izneti u lecima ozbiljni i puni predrasuda i da je diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije ozbiljna kao i diskriminacija zasnovana na "rasi, etničkom porijeklu ili boji kože". Iako ovi navodi ne predstavljaju direktan poziv na mržnju ili nedela, osuda se razumno može smatrati "neophodnom" u demokratskom društvu radi zaštite ugleda i prava drugih.

Summary

Analysis of the normative and institutional framework for the prohibition of hate speech in the Republic of Serbia

After analyzing the prohibition of hate speech in international law and practice, the author analyzes the normative and institutional framework for hate speech prohibition in Serbia. The analysis points to valid legal solutions to this prohibition, regulations of regulatory bodies that are responsible for combating hate speech in print and electronic media and the Internet, and then provides an overview of institutional mechanisms of protection against hate speech. After that, the author gives a critical overview of the functioning of the normative-institutional framework for the prohibition of hate speech and points to the key problems, first of all: the problem of media freedom, the high degree of non-recognition of the essence of discrimination and hate speech among representatives of the public authorities, the problem regarding the functioning and independence of regulatory bodies, but also the judicial system in general. Political discourse in Serbia is burdened with the spirit of intolerance and rhetoric that often contains hate speech. The fact that pro-government media often appear as actors of such rhetoric is worrying, as it points to the readiness of the public authorities to promote a critical dialogue that is the premise of a healthy democratic society.

Sadržaj:

1. Uvod	49	5. Način promjene prakse US BiH – (ne)kvalitetno obrazloženje	55
2. Sažetak odluka U 15/10 i AP-2567/16	50	6. Praksa u SR Njemačkoj	56
3. Stavovi iz pravne literature	50	7. Meritum slučaja	56
4. Kriterijumi dopustivosti iz prakse Evropskog suda za ljudska prava		7.1. Prošireno dejstvo odluke	56
4.1. Koncept imovine i status žrtve	52	7.2. Sukob zakona?	57
4.2. Koncept potencijalne žrtve	54	7.3. Test diskriminacije	57
		8. Zaključak	58

1. Uvod

Kada se razmatra pitanje dopustivosti predstavke pred Evropskim sudom za ljudska prava (ESLJP) ili apelacije (ustavne žalbe¹) pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (USBiH) u pogledu *objekta*, tj. *akta koji se pobija* navedenim pravnim sredstvima, prije svega pomislimo na pojedinačne pravne akte u vidu sudskih odluka. One mogu imati različite nazive – najčešće su to presude, a mogu biti i rješenja, zaključci i drugi akti suda. Pored toga, pravna sredstva za zaštitu ljudskih prava mogu se koristiti i kada država “ćuti” (ne djela) i tako ugrožava ljudska prava (npr. neprovođenje *efikasne* istrage). Dalje, predstavke mogu biti dopustive i u nekim drugim slučajevima, a koji su našoj pravnoj tradiciji i teoriji, donekle strani. Tako se izuzetno može proglasiti dopustivom predstavka i protiv opšteg pravnog akta uz ispunjavanje određenih uslova. Cilj ovoga rada jeste da ispita upravo jednu takvu neobičnu situaciju – da li je dopustiva apelacija protiv odluka po apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti ustavnih sudova entiteta Bosne i Hercegovine (BiH)? Odgovor na ovo pitanje baziraće se na slučaju *Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine i notara iz Federacije Bosne i Hercegovine*² u kojem je US BiH odbacio apelaciju Notarske komore Federacije BiH i notara iz FBiH. Povod za apelaciju bila je odluka Ustavnog suda

Federacije BiH (dalje: USF BiH) U-15/10 od 02. 12. 2015, kojom je nekoliko odredaba Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine³ (dalje: ZNot) proglašeno neustavnim. Ipak, kako bi analiza bila potpuna, razmotriće se i meritum, naravno, ukoliko se zaključi da je apelacija mogla biti proglašena dopustivom.

Kada je riječ o sistematici rada, nakon uvoda slijedi dio koji je posvećen upoznavanju sa dispozitivom i obrazloženjem odluka US FBiH i US BiH. Navedena je i praksa US BiH povodom pitanja dopustivosti apelacija i način na koji je definisana apelaciona nadležnost. Nakon toga, u trećem dijelu rada, izložen je stav doktrine povodom dopustivosti apelacija u slučajevima poput navedenog (notarskog). Potom slijedi četvrti dio rada u kojem se analiziraju uslovi dopustivosti predstavke pred ESLJP, sa posebnim osvrtom na koncept imovine ustanovljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP/Konvencija⁴) i koncept žrtve ugrožavanja garantovanih prava. Ovi opšti stavovi ESLJP ukazuju na dopustivost apelacije predmetnog slučaja. U petom dijelu je iznesen stav da način na koji je US BiH promijenio praksu u ovim slučajevima suprotan standardima ESLJP i Savjetodavnom vijeću evropskih sudija (CCEJ) u pogledu obraženja promjene prakse. U šestom dijelu iznesena je praksa Saveznog ustavnog suda SR Njemačke iz koje proizlazi da bi se ustavna žalba u sličnoj situaciji u Njemačkoj smatrala dopustivom. Praksa ovog suda je bitna zbog složenog državnog uređenja SR Njemačke kao i Bosne i Hercegovine i nesumnjivog pravnog uticaja ovog suda. Sedmi dio rada je posvećen meritumu slučaja i izneseno je stanovište da bi se mogla utvrditi povreda prava na imovinu zbog neispunjavanja uslova zakonitosti u smislu miješanja u pravo na imovinu. U zaključnom dijelu rada sumiraju se izneseni argumenti da se ne treba uzeti *a priori* da su apelacije protiv odluka entitetskih ustavnih sudova ne-

* Autor je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjaluci i student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹ S obzirom da je u BiH zvaničan naziv ovog pravnog sredstva “apelacija” to će se on koristiti kada se tekst odnosi na BiH. U našoj literaturi je naziva “ustavna žalba” ili “ustavna tužba”. U ovom radu će se pored apelacije koristiti termin “ustavna žalba” s obzirom da je to doslovni prevod sredstva koje se u Njemačkoj zove *Verfassungsbeschwerde*. Njemački ustavnopravni sistem zaštite je najuticajniji u Evropi i praksa ovog suda često služi kao uzor drugim ustavnim sudovima u Evropi. O pojmu ustavne žalbe v. u V. Đurić, *Ustavna žalba*, Beograd 2001, ss. 23-31.

² Ustavni sud BiH, odluka AP-2567/16 od 16.12.2018.

³ Zakona o notarima FBiH, *Sl. nov. FBiH* 45/02.

⁴ *Sl. gl. BiH* 6/99.

dopustive, već da je USBiH obavezan da po opštim mjerilima dopustivosti iz prakse ESLJP donese krajnji sud u svakom slučaju zasebno.

2. Odluke U 15/10 i AP-2567/16

Odlukom USFBiH proglašene su neustavnim odredbe članova 27 i 73, kao i dijela člana 6 stava 1 ZNot. Za ovaj rad je bitan samo dio odluke u vezi sa članom 73 osporenog zakona. Tim članom su (bili) propisani poslovi koji su dati u isključivu nadležnost notarima⁵. Oni se iscrpljuju u tzv. *obaveznoj notarskoj obradi* navedenih pravnih poslova. Notarska obrada podrazumijeva potpuno učešće notara u sastavljanju određenih isprava, gdje on nastupa kao nezavisan i nepristrasan subjekt koji vrši javna ovlaštenja⁶. Ukoliko je propisana obavezna ova forma, njeno nepoštovanje povlači ništavost pravnog posla. Za razumijevanje problema, mora se ukazati i da su odredbe člana 73 ZNot bile privremenog karaktera. Naime, stav 5 ovog člana propisivao je da se odredbe prethodnih stavova tog člana primjenjuju sve dok u posebne zakone, čiji je primarni cilj uređivanje pojedinih oblasti (npr. porodično pravo, stvarno pravo, privredno pravo), ne budu inkorporisane odredbe koje će zamijeniti odredbe iz ovog člana⁷. Do donošenja odluke USFBiH to je i učinjeno – posebnim zakonima su propisane iste nadležnosti notara kao u članu 73 ZNot. Stoga, zaključuje se da je zahtjev za ocjenu ustavnosti postao bespredmetan, jer su odredbe člana 73 prestale da važe, pošto su donijeta nova pravila kanaja su ih zamijenila. Ipak, ovo nije spriječilo USFBiH da odluči o ustavnosti odredaba ZNot, a da pri tome nije obrazložio da li te odredbe i dalje važe. Sud je otišao i korak dalje i u obrazloženju naveo da se posljedice neustavnosti odredaba iz člana 73 ZNot protežu i na posebne zakone koji su propisali obaveznu notarsku obradu za određene pravne poslove. Na ovaj način je sud izašao van okvira svoje nadležnosti, jer je podnosilac zahtjeva osporavao samo odredbe ZNot. Ovo je veoma bitno, jer je takvim postupkom sud pokušao u potpunosti da spriječi obaveznu notarsku

⁵ Riječ je o sljedećim pravnim poslovima: (1) poslovima o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, (2) poslovima o raspolaganju imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, (3) pravnim poslovima kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak notarske forme, u ovom slučaju, nadomješta izvršenjem obećane činidbe, (4) poslovima čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima, (5) osnivačkim aktima privrednih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta. Sankcija za nepoštivanje notarske obrade jeste ništavost.

⁶ V. opširnije u E. Bikić/M. Poveljčić/S. Suljević/M. Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, ss. 110-111; K. Senjak, *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb 63/2013, ss. 460-462.

⁷ Kada je riječ o vremenskom važenju prava u literaturi se ovakve situacije u kojima sama norma određuje prestanak svog važenja označavaju najjasnijim. V. u K. Čavoški/R. Vasić, *Uvod u pravo*, Beograd 2007, s. 341.

obradu pravnih poslova. Na taj način je bitno uticano na poslovnu aktivnost notara, jer notarska obrada pravnih poslova čini suštinu njihove djelatnosti.

Nakon ove odluke US FBiH, Notarska komora FBiH i notari iz FBiH su podnijeli apelaciju. Apelacija je odbacena zbog nenadležnosti suda. US BiH je zaključio: “[P]ostupanje Ustavnog suda u konkretnom slučaju, kroz apelacionu nadležnost, značilo bi miješanje Ustavnog suda u nadležnost entitetskih ustavnih sudova”. Ovaj rad je fokusiran upravo na ispitivanje ovog stava. Da li je moguće da odluke entitetskih ustavnih sudova mogu uticati na garantovana prava pojedinaca? Ukoliko je odgovor pozitivan – da li bi se USBiH kroz apelacionu nadležnost umiješao u nadležnost ustavnog suda entiteta?

Valja naglasiti da je praksa US BiH prvobitno bila suprotna od razmatrane odluke. Tako je u odluci U-5/99 po prvi put odlučivao o ovom pitanju i većinom glasova presudio da jeste nadležan da u apelacionom postupku ocjenjuje odluku US FBiH. Obrazložio je da je prema Ustavu FBiH ustavni sud tog entiteta sastavni dio sudstva i “da nema valjanog razloga zašto se on ne bi smatrao ‘sudom’ u okviru značenja člana VI/3.(b) Ustava Bosne i Hercegovine”⁸. Ipak, u slučaju *Vakufske direkcije*⁹ mijenja se praksa i sud odbacuje apelacije povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. Tada je i nastao argument “nemiješanja nadležnosti” – dopustivost apelacije predstavljala bi ponovno ispitivanje ustavnosti konačne i obavezujuće odluke entitetskog ustavnog suda. Ovaj stav USBiH ponavlja iz predmeta u predmet kao razlog za odbacivanje apelacije. Nažalost nije detaljno i jasno obrazloženo zašto se mijenja praksa koja je uspostavljena ranije¹⁰. Naravno, svaki sud može da mijenja stav povodom određenog pitanja, ali je potrebno da se to učini sa jasnim i detaljnim obrazloženjem.

Radi razumijevanja problema i dalje diskusije, bitno je navesti i pravni okvir za apelacionu nadležnost USBiH. Član VI/3.(b) Ustava BiH propisuje apelacionu nadležnost u pitanjima “koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude *bilo kojeg suda* (prim. I. P.) u Bosni i Hercegovini”. Član 19. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine detaljno propisuje uslove dopustivosti apelacije. Suštinski svode se na uslove uspostavljene EKLJP i praksom ESLJP.

3. Stavovi iz pravne literature

Literatura nudi nekoliko radova koji se bave ovim pitanjem. Sadašnji sudija ispred BiH u ESLJP, Faris Ve-

⁸ Ustavni sud BiH, odluka U-5/99 od 03. 12. 1999.

⁹ Ustavni sud BiH, odluka AP-2391/07 od 27. 11. 2010.

¹⁰ Problem neobrazloženosti promjene prakse po istom pravnom pitanju predstavlja ozbiljan udar na vladavinu prava. Ovaj problem će biti obrazložen u dijelu 5 ovog rada, infra, ss. 55-56.

habović u svom magistrarskom radu ovo pitanje detaljno ne ispituje. Ipak, on prilikom navođenja nadležnosti US BiH ističe kako je ovaj sud tumačio odredbe o svojoj nadležnosti i tom prilikom navodi već pomenutu odluku U-5/99 gdje je sud ušao u meritum povodom odluke entitetskog ustavnog suda¹¹. Čini se da se Vehabović slaže sa takvim stavom, jer kaže “[u] skladu sa argumentacijom o ljudskim pravima, može se reći da Ustavni sud može da, kad god je to moguće, interpretirati svoju jurisdikciju na način da dozvoli najširu mogućnost otklanjanja posljedica kršenja tih prava”. Dakle, prema njegovom shvatanju nadležnost US BiH se ima gledati najšire moguće, a u cilju zaštite ljudskih prava.

Kroz koncept najvišeg stepena zaštite ljudskih prava i USBiH kao vrhovnog autoriteta ovaj problem posmatra i Petar Mrkonjić. Kao protivargument stavu da bi se USBiH dopuštajući apelacije u ovim slučajevima mijesao u nadležnost entitetskog ustavnog suda nudi *inter alia* i pravni aktivizam US BiH. Citira odluku u kojoj je ovaj sud kroz apelacionu nadležnost osporio akt Vlade FBiH i odluku u postupku ocjene ustavnosti kada je osporio opšti akt lokalne samouprave, iako Ustav BiH izričito to ne dopušta. Kao razlog za ovo postupanje US BiH je upravo naveo da nadležnost za ovakve odluke crpi iz opredijeljenosti da pruži najviši stepen zaštite ljudskih prava¹².

Steiner i Ademović u komentaru člana VI Ustava BiH koji govori o Ustavnom sudu¹³ navode da je njegova nadležnost povodom odluka entitetskih ustavnih sudova neupitna. Ukazuju da se princip zabrane arbitrnosti ima primijeniti i na odluke entitetskih ustavnih sudova, baš kao na sve druge nižestepene sudove. Istovremeno, ovi autori pobijaju izdvojeno mišljenje sudije Arsovića u odluci U-5/99 jer, slično kao i Vehabović, ukazuju da sve institucije vlasti u BiH (državne i entitetske) moraju da poštuju ljudska prava i ustavne obaveze. Ovo je, zaključuju oni, važan predušlov postojanja federalne države kakvom smatraju BiH¹⁴.

Detaljniju analizu ovog pitanja iznosi sekretar Ustavnog suda RS Ljubomir Ožegović koji zastupa stav da US BiH ima nadležnost da ispituje apelacije povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. U svoju korist slu-

ži se i praksom Njemačke, gdje ukazuje da Savezni ustavni sud ove države ima nadležnost nad odlukama ustavnih sudova federalnih jedinica (zemalja). Analizu zaključuje mišlju da je “pravno neodrživo i u suprotnosti sa članom II/2 Ustava BiH¹⁵ uskraćivati zaštitu ljudskih prava i sloboda licu koje tvrdi da mu je odlukom ustavnog suda entiteta povrijeđeno neko od njegovih subjektivnih ustavnih prava”¹⁶.

Suprotno navedenim stavovima stoji mišljenje većine sudija US BiH, a koje je već objašnjeno. Na prvi pogled, istu liniju argumentovanja imao je i bivši sudija US BiH Marko Arsović. Svoj stav je iznio u izdvojenom mišljenju u odluci U-5/99, a nagovijestio ga tokom stručnih diskusija o nadležnosti ovog suda prije donošenja navedene odluke¹⁷. Načelno je smatrao da US BiH ne može na osnovu apelacije da razmatra odluke ustavnih sudova entiteta. Razlog tome jeste što je US BiH prema članu VI/3.(b) Ustava BiH nadležan da razmatra odluke “bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini”, ali se pod sudom ne može podrazumijevati ustavni sud entiteta. Argumentovao je da ustavni sudovi nisu “sudovi”, jer ne riješavaju sporove između stranaka, a što (redovni) sudovi inače čine. Uostalom, da je ustavotvorac htio da US BiH može razmatrati odluke ustavnih sudova, onda bi to eksplicitno i naveo. Dakle, državni organ koji zovemo ustavni sud, može egzistirati samo u toj sintagmi “ustavni sud”, a ne i “sud”¹⁸. Ipak, Arsović priznaje da je, između ostalih, i pitanje ljudskih prava specifično i da može biti problematično, jer ga uređuju entitetski, ali i državni ustav. U tom smislu on navodi da entitetski opšti pravni akt (npr. zakon) može biti protivan Ustavu BiH i povrijediti ljudska prava. Tada mogu nastupiti dva rješenja, tj. načina kako postupati nakon odluke entitetskog ustavnog suda: (1) ovlaštenu predlagača može započeti postupak ocjene usklađenosti entitetskog opšteg akta sa Ustavom BiH¹⁹ ili (2) treba dopustiti apelaciju protiv odluke entitetskog suda. Drugo rješenje ukazuje da Arsović ne odbacuje u potpunosti mogućnost podnošenja apelacije povodom odluke entitetskog ustavnog suda. Ipak, ovo će biti slučaj samo kada opšti pravni akt povodom kojeg se oglasio entitetski ustavni sud krši garantovana ljudska prava. O situaciji kao u predmetnom slučaju notara, Arsović se ne izjašnjava, vjerovatno iz razloga što slučaj U-5/99 to i nije zahtijevao²⁰.

¹¹ F. Vehabović, *Odnos Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (magistrarski rad), Sarajevo 2005, ss. 66-67. Treba imati na umu da je navedeni magistrarski rad napisan 2005, prije promjene prakse US BiH po ovom pitanju.

¹² P. Mrkonjić, *Apelacijska nadležnost Ustavnog suda BiH u odnosu na odluke entitetskih ustavnih sudova*, Sarajevo 2019, s. 3. Analiza dostupna na http://www.fcjp.ba/templates/javian_ii_d/images/green/Petar_Mrkonjic2.pdf (očitanje: 14. 06. 2019).

¹³ Navedeni član reguliše položaj USBiH.

¹⁴ N. Ademović/C. Steiner, Article VI – Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina u N. Ademović/C. Steiner (ur.), *Constitution of Bosnia and Herzegovina: Commentary*, Sarajevo 2010, ss. 740-741.

¹⁵ Ovaj član sadrži katalog ljudskih prava.

¹⁶ Lj. Ožegović, *Apelaciona nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Banjaluka 2013, s. 124.

¹⁷ V. u M. Arsović, *Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda BiH – opšti pogled*, u V. Popović/Z. Miljko/D. Kalember, (ur.), *Ustavni sud BiH i druge sudske instance*, Sarajevo 2001, ss. 16-18.

¹⁸ Odluka Ustavnog suda BiH (bilj. 8), izdvojeno mišljenje sudije Marka Arsovića ss. 3-4.

¹⁹ U skladu sa čl. VI/3.(a) Ustava BiH. Tada bi se došlo u situaciju da uporedno postoje odluke dva ustavna suda (entitetskog i državnog) povodom istog entitetskog opšteg pravnog akta.

²⁰ Odluka Ustavnog suda BiH (bilj. 8), izdvojeno mišljenje sudije Marka Arsovića s. 4.

Na okruglom stolu o nadležnosti Ustavnog suda BiH, Rajko Kuzmanović i bivši sudija US BiH Zvonko Miljko istakli su mišljenje da US BiH ne bi trebalo da ima apelacionu nadležnost povodom odluka entitetskih ustavnih sudova. Kuzmanović je kategorički istakao da bi proglašavanje apelacije protiv odluke entitetskog ustavnog suda US BiH bila "teška pravna greška" i da bi trebalo "da se taj posao obavlja sa velikom dozom opreza i sa velikom selekcijom i uzdržanošću". Razlog je taj što odluke entitetskih ustavnih sudova "praktično i ne mogu povrijediti Ustav Bosne i Hercegovine"²¹. Miljko je smatrao da su nadležnosti USBiH i ustavnih sudova entiteta odvojene i da su odluke ustavnih sudova entiteta konačne i obavezujuće, te slijedi da apelacija nije dopuštena u ovim slučajevima²². Sličnog stava je i bivša predsjednica US FBiH Katarina Mandić koja je navela da se apelacija može izjaviti samo povodom odluka redovnih sudova, jer se samo protiv njih mogu izjavljivati pravni lijekovi. Kako nije propisana mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka protiv odluke entitetskog ustavnog suda, to se zaključuje da apelacije protiv njih nisu dopuštene. Ipak, i ona sama priznaje da ne može braniti stav da je apelacija protiv odluka entitetskih ustavnih sudova uvijek nedopuštena, već da ne nalazi "mogućnost kada i pod kojim uvjetima se apelacija može izjaviti i protiv odluka ustavnih sudova entiteta"²³.

Sumirajući navedena mišljenja, zaključuje se da se ona baziraju na argumentima vezanim za *domaće propise*. Pri tom se koriste različiti argumenti. Protiv dopustivosti apelacija povodom odluka entitetskih ustavnih sudova dominantan je argument pravne prirode nadležnosti entitetskih sudova i apelacione nadležnosti US BiH. S druge strane, argumenti za dopustivost apelacije u ovim slučajevima tiču se (1) prirode državne (federalne) strukture BiH, (2) US BiH kao krajnji čuvar Ustava BiH, pa samim time i ljudskih prava i (3) jezičkog tumačenje člana VI/3.(b) koji govori o apelacionoj nadležnosti povodom presude "bilo kojeg suda". Međutim, izostala je detaljna analiza da li bi apelacija bila dopustiva u smislu zaštite ljudskih prava koju garantuje EKLJP, a u skladu sa praksom Evropskog suda. Praksa ovog suda je ključna, jer se US BiH u potpunosti oslanja na nju, kako u pogledu merituma, tako i dopustivosti apelacija, a s obzirom da je glavni standard u postupku zaštite ljudskih prava pred US BiH je upravo EKLJP sa svojim protokolima²⁴.

4. Kriterijumi dopustivosti iz prakse Evropskog suda za ljudska prava

4.1. Koncept imovine i status žrtve

U konkretnom slučaju, apelanti su se žalili na povredu

prava na imovinu i prava na pravično suđenje. Zbog dužine rada i njegovog prevashodnog cilja (dopuštenost apelacije), analiziraće se pitanje prava na imovinu.

Ključno pitanje ovdje jeste da li postoji miješanje države u prava garantovana EKLJP i Ustavom BiH i o kojem pravu može biti riječ. To znači da je potrebno ispitati da li je moguće da se odlukom entitetskog suda o neustavnosti odredaba zakona može nepovoljno uticati po prava pojedinca ili grupe lica. Leksikom ljudskih prava – mogu li notari imati status žrtve zbog takve odluke entitetskog suda?

Sušтина i cilj odluka ustavnog suda u apstraktnoj kontroli ustavnosti nije da odlučuje o konkretnim pravima i obavezama pojedinaca. Cilj takve odluke je uklanjanje neustavne ili nezakonite pravne norme ili potvrđivanje da je osporena norma ustavna ili zakonita. Ona djeluje *erga omnes*²⁵. Ovaj način razmišljanja bi bio osnov za stav da apelacija notara ne bi bila dopuštena, jer nema konkretnog pravnog akta kojim se zadire u zaštićena prava pojedinca. Ipak, miješanje i potencijalno narušavanje ljudskih prava može doći od bilo kojeg organa vlasti – suda, tužilaštva, policije, lokalne samouprave i sl. Zbog načela sudske zaštite, tj. mogućnosti da se svako potencijalno kršenje prava ispita pred (redovnim) sudom, najčešće će se pred ESLJP i US BiH postaviti pitanje da li je sudskim odlukama povrijeđeno pravo garantovano EKLJP. Garantovana prava se mogu ugroziti, kako je rečeno i pojedinačnim aktom drugih državnih organa, pa i nečinjenjem (npr. tužilaštvo zbog neefikasne istrage). U tom smislu Savezni ustavni sud Njemačke definiše ustavnu žalbu kao pravno sredstvo koje pripada pojedincima protiv države reprezentovane kroz ma koji organ koji je pojedincima povrijedio onu sferu koja je osigurana naspram države²⁶. Ovako širok organa koji mogu povrijediti prava dovodi do zaključka da se, uopšteno uzet, može smatrati i da se odlukama entitetskih ustavnih sudova mogu povrijediti prava pojedinaca. Bitno je da odluke pogađaju prava pojedinca ili grupe lica. U tom smislu podnosilac apelacije mora da bude *žrtva* kršenja njegovih prava.

Kako to odluka ustavnog suda može uticati na pravo na imovinu notara? Da li ova odluka, koja po svojoj prirodi nema cilj da odlučuje o pravima pojedinaca, može zadirati u prava nekih pojedinaca? Prema praksi ESLJP imovina je autonoman pojam i između ostalog može obuhvatati *klijentelu* koju osobe kroz posao stiču. Ovo je sud zaključio u slučaju *Van Marle protiv Holandije*²⁷. Nakon promjene zakonodavstva u oblasti pružanja računovodstvenih usluga, podnosiocima predstavlke nije data dozvola za obavljanje tih usluga. Sud

²⁵ V. Petrov, Normativna kontrola prava, u O. Vučić/V.Petrov/D. Simović (ur.), *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika: teorija, norma, praksa*, Beograd 2010, s. 123.

²⁶ Đurić (bilj. 1), s. 25.

²⁷ ESLJP, *Van Marle and Others v. Netherlands*, predstavka br. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, presuda od 26. 06. 1986.

²¹ Popović/ Miljko/ Kalember (bilj. 17), ss. 67-68.

²² *Ibid*, ss. 39-43.

²³ *Ibid*, ss. 62 i 69.

²⁴ Ademović/Steiner (bilj. 14), s. 154.

je zaključio da su iz odnosa sa klijentelom proizašla privatna prava podnosioca predstavke, te su oni u tom smislu stekli imovinu (*possessions*) u smislu člana 1 Pr. 1 uz EKLJP. Odbijanje registracije ovih osoba kao sertifikovanih računovođa je “radikalno uticalo na uslove njihove profesionalne aktivnosti i obim tih aktivnosti je bio smanjen. Njihovi prihodi su opali, kao i vrijednost njihove klijentele i gledano šire opala je vrijednost i njihovog posla. Shodno tome, postojalo je miješanje u njihovo pravo na mirno uživanje imovine”²⁸. Odluka US FBiH jeste značajno uticala na klijentelu i posao notara. Iz odluke povodom apelacije ne vidimo da li su dostavljeni tačni podaci (npr. statističke prirode) da se obim posla smanjio notarima nakon odluke US FBiH, tj. da su izgubili klijentelu. Čini se to i nije potrebno da bi se zaključilo da takva odluka negativno utiče na imovinu notara. Ovo barem iz dva razloga. Prvo, u samoj odluci US FBiH je navedeno da je neustavno propisivanje obavezne notarske obrade za određene poslove iz člana 73 ZNot. Dalje je navedeno “[u] vezi s tim kako je u međuvremenu donesen jedan broj posebnih zakona koji su propisali obaveznu notarsku obradu određenih pravnih poslova, a kako zakonski osnov u ovom sistemskom zakonu, po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, te se implikacije ove ustavnosudske odluke proširuju i na posebne odredbe”. Dakle, sud je pokušao da onemogući obaveznu notarsku obradu na osnovu bilo kojeg propisa. Kako je notarska obrada najznačajniji akt notara u FBiH i najskuplja usluga, onda je logično da im je ova odluka uticala na imovinu (“vrijednost posla” – riječima ESLJP). Drugo, u pomenutom predmetu *Van Marle* nije se dokazivalo egzaktnim podacima da je podnosiocima predstavke opala vrijednost posla. Zaključuje se da navedena odluka *direktno* utiče na pravo na imovinu određene grupe lica – notara.

Moglo bi se argumentovati da navedena praksa iz slučaja *Van Marle* nije primjenjiva u našem slučaju, tj. slučajevi nisu uporedivi iz razloga što (1) imovina notara nije pogođena i (2) što je u tom predmetu predstavka podnijeta nakon *konkretnog postupka* i *pojedinačne odluke* uperene protiv podnosioca predstavke (postupak u kojem je odbijen zahtjev za izdavanje dozvole za obavljanje računovodstvenih poslova).

U pogledu prvog razloga, moglo bi se reći da stav iz slučaja *Van Marle* nije primjenjiv, jer notarima nije zabranjeno da vrše određenu djelatnost, tj. oni nisu izgubili nikakvu dozvolu (licencu) za obavljanje posla. Notarska obrada je moguća, ali nije *obavezna*. Ipak, ukoliko forma nije obavezujuća postavlja se pitanje koliko će građana htjeti da koristi tu uslugu notara? Mnogo važnije od ovoga pitanja jeste činjenica da notari nisu bili izloženi tržištu, odnosno oni nisu privredni

subjeki. Štaviše, notarijat je definisan kao *javna služba*²⁹. Njima je zakonom bilo garantovano da će imati “posla” i “klijente”. U tom smislu, čak i ako se ne bi moglo zaključiti da su notari imali klijentelu, pa samim time i imovinu, oni su bar imali legitimno očekivanje sticanja imovine, a što je prema stavu ESLJP dovoljno da član 1 Pr. 1 uz EKLJP bude primjenjiv. Legitimno očekivanje sticanja imovine postoji onda kada ono ima dovoljno utemeljenja u unutrašnjem pravnom poretku³⁰. Ipak, to nikako ne znači pravo na buduću imovinu, odnosno prostu nadu da će se steći dobit od neke djelatnosti. Tako je Komisija u slučaju *Grčka federacija carinskih službenika i ostali* istakla da je služba carinskih službenika slobodna (*liberal profession*) bez utvrđenog prihoda i garantovanog obrta (posla), a koja je izložena rizicima ekonomskog života. Zbog toga je zaključeno da aplikanti u tom slučaju nemaju imovinu u smislu člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju, te je aplikacija odbačena³¹. Nasuprot ovome, notarijat je javna služba, sa ograničenim brojem notara³², te shodno tome nije izložena rizicima ekonomskog života (drugim riječima – tržišta). Prateći logiku Komisije, a koristeći *argumentum a contrario*, zaključujemo da notari imaju imovinu u smislu Konvencije.

Sljedeći slučaj koji se u literaturi pominje kao primjer da sticanje imovine ne potpada pod zaštitu Konvencije je slučaj *X protiv SR Njemačke*. Notar iz Njemačke je bio nezadovoljan izmjenom zakonodavstva koje je nalagalo smanjenje notarske tarife i do 80 % ukoliko se usluga pruža određenim licima (univerzitetima, vjerskim zajednicama i sličnim neprofitnim organizacijama). Aplikant je uložio ustavnu žalbu Saveznim ustavnom sudu, koji je utvrdio da takvo zakonodavstvo nije u skladu sa Osnovnim zakonom SR Njemačke, jer je umanjene tarife išlo preko 50 % redovne cijene. Ipak, notari su bili obavezani da pružaju usluge navedenim licima sa umanjenom tarifom od 50 %. Komisija je istakla da se pod imovinom ne može podrazumijevati čisto očekivanje (*mere expectation*) da trenutna pravila o notarskoj tarifi neće biti promijenjena³³. Dakle, Konvencija ne pruža pravo na stalnost zakonodavstva u pogledu visine tarife. S druge strane, u našem slučaju nije riječ o visini tarife, već o obimu poslova notara koji je notarima umanjen odlukom US FBiH. Zbog različitosti ovog slučaja sa našim, mogao bi se izvući i suprotan zaključak od onog koji je Komisija iznijela.

²⁹ Čl. 2 Zakona o notarima.

³⁰ C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Munich 2014, 367.

³¹ ESLJP, *Greek Federation of Customs Officers, Galouris, Christopoulos and 3,333 Other Customs Officers*, predstavka br. 24581/94, odluka od 06. 04. 1995.

³² US FBiH je i odredbu čl. 27 Zakona o notarima proglasio neustavnom. Ona je propisivala nadležnost kantonalnog organa da propiše potreban broj notara za područje kantona.

³³ ESLJP, *X v. FR Germany*, predstavka br. 8410/78, odluka od 13. 12. 1978.

²⁸ *Ibid*, §§ 41-42. Treba napomenuti da u ovom slučaju nije utvrđena povreda prava na imovinu, jer je sud smatrao da je miješanje bilo u skladu sa zakonom, težilo legitimnom cilju i bilo srazmjerno.

Kada je riječ o drugom razlogu, istina je da u našem slučaju *konkretnog postupka* i *pojedinačne odluke nema*. Stoga, načelo iscrpljenja pravnih lijekova nije ispoštovano; nije data mogućnost domaćim organima da se očituju o navodnoj povredi. Ovakvo rezonovanje jeste logično, ali protivargument bi bilo sljedeće pitanje – koji bi *konkretni postupak* mogli pokrenuti notari, a čiji bi ishod bio *pojedinačni akt*? Nikakav postupak ova lica ne bi mogla pokrenuti osim postupka zaštite ljudskih prava pred US BiH. Jedini postupak koji bi se mogao pokrenuti bio bi postupak države protiv njih zbog obavljanja djelatnosti za koju je US FBiH rekao da ne može da pripada notarima u smislu *obavezne notarske obrade*³⁴. Takav postupak bi zavisio isključivo od volje države, a ne *pogođenih pojedinaca*. Ne bi moralo nikada da dođe do njega, a ugrožavanje imovine (klijentele) notara bi postojalo. Dopustivost apelacije i zaštita ljudskih prava ne bi trebalo da zavise od (samo) volje države za pokretanjem određenog postupka. Ovaj zaključak je važan, jer on govori da je jedini forum za rješavanje navoda o povredi osnovnih prava notara upravo US BiH. Isti argument koristi i Ožegović koji ukazuje da “[N]aprostro ne postoji druga institucija ili organ, osim Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, koji će meritorno odlučiti da li je neki akt, pa makar to bio i akt entitetskog ustavnog suda, u suprotnosti sa odredbama Ustava Bosne i Hercegovine”³⁵. Argumentujući u korist dopustivosti apelacije, sudija prof. dr Simović u izdvojenom mišljenju podsjeća da je USBiH ponavljao da “Ustav Bosne i Hercegovine propisuje najveće moguće standarde u zaštiti ljudskih prava, kao i da, prema principu *in favorem*, Ustavni sud treba omogućiti najvišu moguću zaštitu osnovnih ljudskih prava”³⁶. Dakle, u slučaju sumnje, prednost se treba dati licu koje tvrdi da je žrtva kršenja prava garantovanih Ustavom BiH i prihvatiti apelaciju kao dopustivu, a zbog navedenog načela *in favorem*.

U vezi sa navedenim je i pitanje – može li država prema praksi ESLJP da ograniči pravo na pristup sudu (u ovom slučaju Ustavnom sudu BiH)? Odgovor je pozitivan, ali uz ispunjenje određenih uslova. U predmetu *Vilho Eskelinen protiv Finske* zauzet je stav da država može da ograniči pristup sudu licima, zbog njihovog statusa državnog službenika, a u sporovima povodom posla koji obavljaju. Međutim, dva uslova moraju biti ispunjena: (1) takvo ograničenje treba da bude izričito navedeno u domaćem propisu i (2) ono mora biti objektivno opravdano, pri čemu činjenica da neko lice radi u odjeljenju koje vrši vlast povjerenu propisom nije dovoljno³⁷. Kako u BiH nijednim propisom nije

³⁴ Neizvjesno je da li bi do takvog postupka moglo doći, jer ako notarska obrada nije obavezna, onda se poslovi mogu obavljati i zaključivati i bez učešća notara. Ukoliko bi, ipak, lice došlo kod notara da sačini notarsku obradu povodom nekog pravnog posla, onda bi to bilo na dobrovoljnoj bazi, a što nije suprotno Ustavu FBiH prema rezonovanju US FBiH.

³⁵ Ožegović (bilj. 16), s. 123.

³⁶ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije M. Simovića, § 3.

izričito isključena apelacija na odluke entitetskih sudova, onda se zaključuje da mogućnost države za ograničenjem prava na pristup sudu (konkretno US BiH) iz prakse ESLJP nije primjenjiv.

4. 2. Koncept potencijalne žrtve

Dodatni argument za prihvatljivost apelacije, bio bi taj da praksa ESLJP ukazuje da se pod *mjerom* miješanja u prava pojedinaca može smatrati i opšti, a ne samo pojedinačni pravni akt. To znači da se *žrtvom* u smislu EKLJP može smatrati i lice protiv kojeg nije donijet pojedinačni pravni akt, već na njegova prava “udara” opšti pravni akt. Ovo zahtijeva tzv. princip efektivnosti koji predstavlja izuzetak od zabrane *actio popularis*. On implicira da “proceduralne odredbe Konvencije moraju da se primijene na takav način da doprinesu efektivnosti sistema pojedinačnih predstavlki”³⁸. Riječ je o konceptu *potencijalne žrtve*. ESLJP ga je prvi put upotrijebio u slučaju *Klass protiv SR Njemačke*³⁹ gdje je zauzeo stav da je predstavka dopustiva protiv zakonodavstva Njemačke koje je dozvoljavalo tajni nadzor osoba. S obzirom da je riječ o tajnom nadzoru, osobe za njega nisu ni mogle znati, pa se Sud zadovoljio samim postojanjem zakona koji omogućava tajne mjere, bez da je tražio pojedinačni akt miješanja u prava pojedinaca⁴⁰. Ovakvo shvatanje je dalje primijenjeno i na druge slučajeve koji se nisu ticali samo tajnog nadzora, već i drugih sfera života. Opšti stav je formulisan tako da se dopušta pojedincima da “tvrde da zakon sam po sebi krši njihova prava, u nedostatku pojedinačnih implementacija, ako su izloženi riziku da zbog njega direktno trpe”⁴¹. Drugačije rečeno – neophodno je da se “pruže razumni i uverljivi dokazi (*reasonable and convincing evidence*) da je moguće da će se desiti povreda koja pogađa podnosioca lično – nisu dovoljne puke pretpostavke ili špekulacije”⁴². Svakako da cilj odluke povodom ustavnosti nekog zakona nije da “pogodi” nečije pravo, ali njen efekat *može* biti takav. U tom smislu da se zaključiti da ova odluka predstavlja miješanje u pravo na imovinu notara, jer onemogućava obavljanje priznatih poslova na osnovu kojih su stekli *klijentelu*. Kao što je rečeno, čak i sam zakon može predstavljati miješanje u prava pojedinaca.

Imajući u vidu navedeni koncept potencijalne žrtve i prateći logiku da što vrijedi za više, vrijedi i za manje,

³⁷ ESLJP, *Vilho Eskelinen v. Finland*, predstavka br. 63235/00, presuda od 19. 04. 2007, § 62.

³⁸ P. van Dijk/ G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo 2001, 49.

³⁹ ESLJP, *Klass and Others v. Federal Republic of Germany*, predstavka br. 5029/71, presuda od 06. 09. 1978. godine.

⁴⁰ *Ibid.*, §§ 33-34.

⁴¹ ESLJP, *Marckx v. Belgium*, predstavka br. 6833/74, presuda od 13. 06. 1979. godine, § 27.

⁴² V. Beširević/S. Carić/M. Draškić/V. Đerić/G.P. Ilić/I. Janaković/E. Korljan/I. Krstić/T. Marinković/T. Papić/D. Popović, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd 2017, s. 447.

odluke ustavnog suda kao “negativnog zakonodavca” mogu predstavljati akt miješanja u ljudska prava i lica koja su time pogođena mogu se barem smatrati potencijalnom žrtvom u smislu prakse ESLJP.

U izdvojenom mišljenju, sudija Galić na sličan način (na osnovu prava ljudskih prava) rezonuje da je apelacija dopuštena. Svoj stav zasnovala je na dva argumenta. Prvi je da se odlukom USFBiH ipak odlučivalo “(i) o individualnim pravima apelanata (notara) s obzirom na to da su osporenim presudom stavljene izvan snage određene zakonske odredbe koje predstavljaju osnovu za njihov dosadašnji rad (obaveza notarske obrade isprava)”⁴³. Shodno tome, postojalo je miješanje u imovinu notara. Drugi argument predstavlja odgovor na pitanje da li “apelaciju protiv odluke ustavnog suda entiteta donesenu iz apstraktne nadležnosti može podnijeti samo učesnik u postupku pred ustavnim sudom entiteta, ili to može biti svako fizičko ili pravno lice”. Priznajući da apelanti (notari) nisu bili učesnici postupka pred US FBiH⁴⁴, sudija Galić koristi opšti pristup koncepta žrtve i podsjeća na praksu USBiH da lice treba da dokaže da je barem potencijalna žrtva kršenja prava kako bi apelaciju bila dopustiva. Zbog nesumnjivog uticaja presude US FBiH na rad notara, zaključuje da su apelanti pružili uvjerljive dokaze da su direktno pogođeni presudom⁴⁵. Isti zaključak nam daje i sudija prof. dr Simović koji kaže da se odlukom USFBiH uticalo na imovinu notara u FBiH⁴⁶.

5. Način promjene prakse USBiH – (ne) kvalitetno obrazloženje

Treba istaknuti još jednu spornu činjenicu. Riječ je o načinu promjene prakse US BiH u pogledu analiziranog problema. Odlukom u slučaju *Vakufske direkcije* sud je promijenio praksu i počeo odbacivati apelacije protiv odluka entitetskih ustavnih sudova. Naravno da je moguće da sudovi mijenjaju praksu i sopstvene pravne stavove. ESLJP kaže da princip pravne sigurnosti koji je imanentan EKLJP, ne daje stečeno pravo na stalnost sudske prakse. Razvoj i promjena prakse sami po sebi nisu protivni ispravnoj primjeni pravde (*proper administration of justice*). Ipak, razlozi za odstupanje od prakse treba da budu *detaljno navedeni*⁴⁷. Savjetodavno vijeće evropskih sudija (CCEJ) koje djeluje pri Savjetu Evrope navodi da, odstupajući od ranije prakse, sudija treba jasno naznačiti da je ranija praksa različita i

iscrpno objasniti zašto se od nje odstupa⁴⁸. US BiH nije iscrpno obrazložio zašto odstupa od ranije prakse. Navedeno je samo da nije u duhu Ustava BiH razmatrati apelacije te vrste i da bi došlo do miješanja nadležnosti dva suda. Ipak, nije detaljno elaborirano šta to znači da nešto nije u duhu Ustava BiH. Ukoliko ćemo već govoriti o duhu i duševnosti Ustava BiH, onda je načelo najvišeg stepena zaštite ljudskih prava *negdje na dnu srca, duboko u Ustavu BiH*, a kako pokazuje praksa US BiH⁴⁹. Kada je riječ o argumentu podjele nadležnosti, zar se istom logikom ne bi moglo reći da US BiH uzima na sebe nadležnost zakonodavca kada utvrdi diskriminaciju apelanta u vezi sa pravom na imovinu, a zbog zakonske odredbe da vanbračni partneri nemaju nasljedna prava i neusaglašenosti zakona koji regulišu porodične i nasljedne odnose⁵⁰? Naravno da ovdje nema kršenja principa podjele nadležnosti između sudske i zakonodavne vlasti, baš kao što ni sa dopustivosti apelacije notara ne bi bila ugrožena nadležnost ustavnog suda entiteta.

Zamislimo sljedeću situaciju. Pojedini članovi Zakona X entiteta FBiH budu osporeni pred ustavnim sudom ovog entiteta i suprotni su EKLJP i praksi ESLJP. Sud ih, ipak, proglasi ustavnim. Redovni sudovi primjene navedene članove, a na uštrb lica A. Lice A podnese apelaciju nakon postupka pred redovnim sudovima. Kako da se postavi US BiH? Prateći gore navedeno rezonovanje, sud bi morao da *odbaci* apelaciju, jer je entitetski ustavni sud već potvrdio da je Zakon X u skladu sa ustavom tog entiteta i standardima o zaštiti ljudskih prava. Ukoliko prihvati apelaciju kao dopustivu, onda će ući u pitanje koje je već riješio ustavni sud entiteta. Objasnjenja logika je neodrživa upravo jer US BiH ima konačnu riječ u pogledu zaštite osnovnih prava koja se štite Ustavom BiH. Stoga, podjela nadležnosti između ustavnih sudova entiteta i US BiH postoji, ali kada je riječ o ljudskim pravima, onda se dopustivost apelacije ima gledati po opštim kriterijumima za dopustivosti apelacije, odnosno predstavke ESLJP-u.

Ukoliko zanemarimo i gore navedeno, činjenica je da US BiH uopšte nije razmatrao ovu apelaciju po uobičajenim standardima ispitivanja dopuštenosti apelacije. Sud se u obrazloženju nije posvetio pitanju pogođenosti notara odlukom US FBiH, tj. da li oni mogu imati status žrtve, a što je bilo neophodno da se učini. Kao što

⁴³ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije Valerije Galić, § 4. Mišljenju se pridružila sudija Margarita Caca-Nikolovska.

⁴⁴ Notarska komora FBiH je bila pozvana da se uključi u postupak kao strana koja može dati relevantne informacije Ustavnom sudu FBiH.

⁴⁵ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije Valerije Galić, §§ 5-6.

⁴⁶ *Ibid*, izdvojeno mišljenje sudije Miodraga Simovića, § 3.

⁴⁷ V. ESLJP, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, predstavka br. 36815/03, presuda od 14. 01. 2010, § 38.

⁴⁸ Consultative Council of European Judges (CCEJ), Opinion No. 20 (2017) on the Role of the Courts with Respect to the Uniform Application of the Law, p. 32.

⁴⁹ Ustavni sud BiH, odluka U-4/05 od 22. 04. 2015, § 16.

⁵⁰ Bez obzira što je US BiH rekao da je *način primjene* Zakona o nasljeđivanju suprotan Ustavu BiH, evidentno je da je sporno to što sam zakon ne omogućava da vanbračni partner bude nasljednik. Nasuprot tome, Porodični zakon vanbračnu zajednicu koja traje tri ili više godina ili u kojoj su rođena zajednička djeca izjednačava sa bračnom u pogledu imovinskih prava. Vid. Ustavni sud BiH, odluka AP-4207/13 od 30. 09. 2016.

smo vidjeli praksa ESLJP i Komisije je po tom pitanju istovjetna – predstavke su se ispitivale upravo sa aspekta statusa žrtve i prava na imovinu. Zbog toga Mrkonjić ističe da “Ustavni sud BiH u svojoj odluci zanemaruje ovu činjenicu iako bi upravo ona mogla biti presudna ne samo za dopustivost apelacije nego i za meritorno odlučivanje po apelaciji”⁵¹.

6. Praksa u SR Njemačkoj

Pomoć pri rješavanju spornog pitanja, može nam dati i uporedna praksa. Svakako da je najznačajniji njemački model ustavne žalbe koji je predstavljao “dragocen uzor mnogim ustavotvorcima koji su u neposrednoj prošlosti konstitucionalizovali ustavnu žalbu”⁵², ali i zbog činjenice da Njemačka ima složeno državno uređenje, baš kao i BiH. Po ovom modelu Savezni ustavni sud je nadležan za ispitivanje akata ustavnih sudova federalnih jedinica, a povodom pitanja ljudskih prava⁵³. Naime, predmet ustavne tužbe predstavljaju “svi akti njemačke državne vlasti. Ona, prema tome, može biti pokrenuta (...) protiv svih sudskih odluka svih vrsta i svih stupnjeva”⁵⁴. Da bi uspio u sporu, pokretač postupka mora dokazati da je on *sam, neposredno i trenutno* pogođen mjerom koju osporava. Sam je pogođen ukoliko osporavana mjera tangira njegovo pravo direktno, a ne preko posrednika; *neposredno* je pogođen ukoliko za osporavanu mjeru nije potrebno da se donesu drugi akti; *trenutno* je pogođen ukoliko ugrožavanje prava već postoji, tj. ako miješanje u pravo nije samo *očekivano*⁵⁵. Logika ovako (široko) postavljenog koncepta zaštite ljudskih prava pred Saveznim ustavnim sudom leži u činjenici da se ljudska prava mogu ugroziti svakom državnom mjerom koja sprečava ili u značajnoj mjeri ometa uživanje ljudskih prava⁵⁶. Iz ovoga slijedi da su njemački model i model *potencijalne žrtve* razvijen u praksi ESLJP veoma slični.

7. Meritum slučaja

Svi ranije navedeni stavovi jesu zasnovani na slučaju notara, ali su *uopšteno* primjenjivi. Taj slučaj je samo poslužio kao polazna osnova za pokušaj rješavanja spornog procesnog pitanja. Međutim, dopustivost sama po sebi ne znači i uspjeh u sporu apelanata. Zaključak

o meritumu nije moguće dati na opštem planu. On zaista u potpunosti zavisi od činjenica i primjenjivih normi *in concreto*.

Ukazano je da se odlukom entitetskog ustavnog suda zadiralo u pravo na imovinu notara. Svako zadiranje u imovinu, prema praksi ESLJP, treba da *kumulativno* ispuni tri uslova: 1) zakonitost, 2) legitimni cilj i 3) srazmjernost.

Uslov zakonitosti govori o tome da svaka mjera mora imati osnov (pravno pravilo) u poretku date države. Takvo pravilo treba i da ispuni određeni kvalitet (dostupnost, jasnost, predvidivost i zaštita od arbitrnosti⁵⁷). Dakle, odluka US FBiH mora da bude donesena u skladu sa domaćim zakonom, a koji mora da ispuni određeni kvalitet. Neusmijivo je da ovaj sud ima pravo da odredbe zakona proglašuje neustavnim. Njegova nadležnost i postupak normativne kontrole regulisani su Ustavom FBiH i Zakonom o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine⁵⁸. Jedna od obaveza suda jeste da *obrazloži* svoju odluku⁵⁹, ali i da donese zakonitu (pravnu) odluku. Šta to znači *obrazložena* sudska odluka? To je ona odluka čije obrazloženje daje *odgovarajuće* razloge na kojima počiva dispozitiv; *ključna pitanja* treba da budu potpuno i jasno ispitana i obrazložena. Ipak, nije potrebno dati odgovor na svaki navod stranaka, a razlozi za donošenje presude treba da budu i u skladu sa važećim domaćim zakonodavstvom. Ovako kvalitetna odluka treba da bude razumljiva javnosti, a kako bi se zadržao osjećaj povjerenja u rad pravosuđa⁶⁰.

Sljedeći dijelovi obrazloženja su, između ostalih⁶¹, sporni sa aspekta kvaliteta obrazloženja odluke: (1) prošireno dejstvo odluke (2) izostanak elaboracije da li su odredbe člana 73 prestale da važe donošenjem posebnih propisa i (3) neprovođenje testa diskriminacije a posebno izostanak objašnjenja uporedivosti grupa.

7.1. Prošireno dejstvo odluke

US FBiH je, kako je već rečeno, proširio dejstvo svoje odluke. Odredbe iz člana 73 ZNot su bile imple-

⁵¹ Mrkonjić (bilj. 12), s. 6.

⁵² D. Simović, Ustavna žalba u: O. Vučić, V. Petrov, D. Simović (ur.), *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika: teorija, norma, praksa*, Beograd 2006, ss. 187-188

⁵³ Upored. BVerfGE 13,132 (140) i BVerfGE 34,81 (93). Navedeno prema V. Đurić (bilj. 1), s. 47. Na isti izvor se poziva i Ožegović.

⁵⁴ E. Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke: osnove njemačkog državnog prava*, Sarajevo 2005, s. 83; V. u Đurić (bilj. 1), s. 44.

⁵⁵ Šarčević (bilj. 44), s. 84.

⁵⁶ D. Grimm, The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *International Journal of Constitutional Law*, vol 13, No. 1 2015, s. 18.

⁵⁷ V. u I. Popović, Laws on Enforcement Procedure in Bosnia and Herzegovina: Compliance with the European Human Rights Standards, *Strani pravni život* 61/4, Beograd 2017, s. 255, kao i tu citirane presude ESLJP.

⁵⁸ Zakon o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 6/95 i 37/03.

⁵⁹ *Ibid.*, Čl. 29.

⁶⁰ B. Spaić/G. Dajović, *Pravo na obrazloženu presudu: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Podgorica 2016, ss. 37-49. V. i citirane presude na stranama navedene monografije. Istina je da se navedena literatura odnosi na kvalitet rada *tribunala/suda* u smislu čl. 6 EKLJP. U ovom radu primjenjivost navedenog člana na predmetni slučaj nije razmatrana, ali se navedeni standardi imaju svakako primijeniti i na rad US FBiH, jer je on dio pravosudnog sistema (po slovu Ustava FBiH) koji je nezavisan od izvršne i zakonodavne vlasti, a njegove odluke se temelje na pravu i pravno su obavezujuće.

mentirane u posebne zakone u čije oblasti potpadaju poslovi za koje se tražila notarska obrada⁶². Odredbe ovog člana su proglašene neustavnim, te je sud zaključio: “Kako je u međuvremenu donesen jedan broj posebnih zakona koji su propisali obaveznu notarsku obradu određenih pravnih poslova, a kako *zakonski osnov u ovom sistemskom zakonu* (prim. I. P.), po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, te se implikacije ove ustavnosudske odluke proširuju i na posebne odredbe”. Ovakva mogućnost nije dozvoljena, jer svaki, pa i ustavni sud, odlučuje u granicama zahtjeva. US FBiH ne može da izađe van zahtjeva za ocjenu ustavnosti⁶³, a upravo se to zbilo. Na taj način su flagrantno povrijeđene procesne norme. U vezi sa ovim “proširenim” dejstvom Sud je protivrječan sam sebi. Prije svega, svaki zakon ima osnov u ustavu, a ne u drugom zakonu. Zakonodavac u skladu sa ustavom i propisanom procedurom donosi zakone⁶⁴. Ovo je i sam Sud priznao kada je konstatovao da “u našem pravnom sistemu *nemamo hijerarhijski odnos zakonskih normi* (prim I. P.), nego nužnost horizontalnog i vertikalnog usaglašavanja”. Šta znači “nužnost vertikalnog i horizontalnog usaglašavanja” nije objašnjeno, ali je bitan zaključak o jednakoj snazi zakona međusobno. S obzirom da su zakoni jednaki, kako je onda moguće da jedan zakon (ZNot) bude osnov drugom zakonu (npr. Porodičnom zakonu)? Ista kritika (protivrječnost) se može uputiti i na račun korištenja sintagme “sistemski zakon” pod koji, prema Sudu, potpada i ZNot. Međutim nigdje nije data definicija sistemskog zakona i koja je korelacija takvog zakona sa drugim, “nesistemskim” zakonima. Ukoliko se ovo dovede u vezu sa stavom suda da u pravnom poretku FBiH ne postoji hijerarhija između zakona, onda se zaključuje da su dijelovi obrazloženja međusobno protivrječni⁶⁵.

7.2. Sukob zakona?

Sljedeći sporni element obrazloženja je propuštanje Suda da se očituje o pitanju da li je zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba člana 73 ZNot postao bespredmetan, jer su u međuvremenu stupili na snagu posebni

⁶¹ Delić ukazuje i da odluku US FBiH “diskvalificira jezik” i da je ona “ispod svakog nivoa u pogledu pravnog jezika”. V. D. Delić, Odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine o neustavnosti Zakona o notarima, *Sveske za javno pravo* 25/7, Sarajevo 2016, s. 43.

⁶² Npr. Zakon o stvarnim pravima, *Sl. nov. FBiH* 66/13; Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 80/14; Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. nov. FBiH* 35/15.

⁶³ Čl. 13 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine.

⁶⁴ V. čl. 20 st. 1 t. c) Ustava FBiH.

⁶⁵ Koncept “sistemskog zakona” korišten je i u praksi Ustavnog suda Srbije. Za kritiku v. članak G. Dajović, Nezakonitost kao razlog za neustavnost zakona, *Pravni život* 12/15, Beograd 2015, ss. 527-542, iz kojeg uočavamo sa koliko opreza se treba pristupiti konceptu sistemskog zakona i koliko značajne posljedice takvog pristupa mogu biti.

propisi kojima je propisana obavezna notarska obrada na način kako je to bilo učinjeno pomenutim članom. Član 73 st. 5 ZNot je propisivao da “odredbe ovog člana vrijede samo tako dugo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava, koje ih izričito u cjelini ili u dijelovima stavljaju van snage”. O ovom pitanju bi se moglo raspravljati – posebnim propisima koji su uveli obaveznu notarsku obradu nije *izričito* propisano da se stavljaju van snage odredbe člana 73 ZNot. Ipak, kako im je predmet regulisanja isti, kako je cilj člana 73 st. 5 ZNot očigledno da su odredbe o notarskoj obradi privremenog karaktera i kako su posebni propisi upravo to – *posebni/specijalni*, logično je zaključiti da su odredbe člana 73 ZNot prestale da važe u momentu donošenja odluke USFBiH.

7.3 Test diskriminacije

Treći problem jeste što nije proveden test diskriminacije, a kako je to uobičajeno u praksi sudova, prije svega ESLJP⁶⁶. Sud je rekao da se osporenim odredbama “vrši diskriminacija na štetu drugih lica – diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim, magistrskim ispitom ili doktoratom, koji su sa istim, ako ne i većim stručnim znanje, te sposobnostima i moralnim kompetencijama, osposobljeni za pružanje istih ili sličnih usluga, pri čemu se nejednakost pred zakonom i diskriminacija na najočigledniji način manifestira u odnosu na sva ova navedena lica”. Da li su navedena lica (diplomirani pravници sa položenim ispitom, magistrskim ispitom ili doktoratom) uporediva grupa sa notarima nije navedeno. Nisu razmatrane ni profesija notarijata, s jedne strane i sve ostale pravničke profesije, s druge strane. Ovo bi omogućilo da se razumije njihova priroda i samim tim i međusobna (ne)uporedivost. Takođe, čini se da sud nije diferencirao pojmove *profesije* i *obrazovanja*, jer kao diskriminisane u odnosu na notare (bez jasno provedenog testa) vidi diplomirane pravnike, magistre ili doktore pravnih nauka, a što predstavlja obrazovanje, a ne profesiju.

⁶⁶ Pitanja koja ulaze pod opseg testa diskriminacije različito se navode od autora do autora, a ni sam ESLJP nije uspostavio stalan i jednoobrazan test. Ipak, na sljedeća pitanja se ima odgovoriti: (1) da li postoji neko pravno zaštićeno pravo, a u odnosu na koje se tvrdi da postoji diskriminacija, (2) da li se različito postupanje zasniva na nekom tzv. ličnom osnovu, (3) da li je lice (grupa lica) za koje se sumnja da je diskriminisano uporedivo sa nekim drugim licem (grupom lica) koje se nalazi u dovoljno sličnom položaju, a ima povoljniji tretman, (4) da li različito postupanje teži zadovoljenju legitimnog cilja i (5) da li je različito postupanje opravdano, tj. da li je srazmjerno. Za slično koncipirane testove uporediti *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford 2014, ss. 575-576; N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 311; C Harland/R. Roche/E. Strauss, *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Sarajevo 2003, s. 283.

“Prema tome, bez provedenog testa i uz potpuno zanemari vanje argumenata jedne od stranaka, presuda predstavlja ‘paušalnu ocjenu’”⁶⁷.

Navedene anomalije u obrazloženju zaista upućuju na zaključak da presuda nema potreban kvalitet da odgovori na pitanje zašto je sud donio odluku kakvu je donio, te otvara pitanja da li je sud previdio postulate koncepta diskriminacije, pravnog osnova za donošenje zakona i odnosa između zakona i (ne) mogućnost obaveznog pravnog dejstva obrazloženja u pravnom poretku FBiH. Zaključuje se da sporna odluka nije zadovoljila kriterij obrazloženosti. Stoga, prvi uslov iz testa miješanja u pravo na imovinu iz prakse ESLJP (uslov *zakonitosti*) nije ispunjen, te bi se mogla utvrditi povreda prava na imovinu apelanata (notara).

8. Zaključak

Analiza ukazuje da odluka o dopustivosti nekada zaista otvara kompleksna pravna pitanja. Bez obzira što primarni cilj odluke ustavnih sudova u normativnoj kontroli nije uticaj na prava pojedinaca, ipak se takav efekat može postići. Razlog je da praksa ESLJP ukazuje da objekat predstave (akt koji se pobija) može biti različit, od presude do opšteg pravnog akta. Načelno gledano, svaki akt/mjera države može ugroziti osnovna prava. Ovakav stav ukorijenjen je i u njemačkoj ustavnosudskoj praksi.

Situacije poput slučaja notara iz FBiH biće rijetke, jer apelanti treba da dokažu da su neposredno pogođeni odlukom entitetskog ustavnog suda. Ako bi mogli to da dokažu, onda ne bi bilo prepreke da apelacija bude prihvatljiva. Ponuđeni argumenti ukazuju da se zaista ne može *a priori* odbaciti sama mogućnost dopustivosti apelacije po odluci entitetskog ustavnog suda, a kao što je to učinio US BiH. Zato i sudije koje su izdvojile mišljenje kažu da se ovom pitanju treba pristupiti

⁶⁷ Delić (bilj. 52), s. 43.

“krajnje oprezno”⁶⁸ i da bi se nadležnost US BiH mogla zasnovati izuzetno rijetko⁶⁹. Krajnje je sporno i da USBiH nije uopšte razmatrao da li je odlukom US FBiH došlo do miješanja u neko od garantovanih prava. Takva analiza bi razriješila dvojbu da li je US BiH prilikom odlučivanja, uopšte imao na umu uslove dopustivosti apelacije. To je standardan način odlučivanja po apelacijama.

U pogledu merituma, je nemoguće dati opšti odgovor, jer on zavisi od svakog konkretnog slučaja u većoj mjeri nego kod pitanja dopustivosti. U konkretnom slučaju, zbog nekvalitetnog obrazloženja odluke US FBiH može se osnovano tvrditi da je pravo na imovinu povrijeđeno zbog neispunjavanja uslova zakonitosti. Bitno je imati na umu da US BiH u ovakvim slučajevima ne bi imao mogućnost da u potpunosti ispituje da li je entitetski ustavni sud donio “ispravnu odluku”, već bi njegova nadležnost bila ograničena i to principom da on nije četvrta instanca⁷⁰. Ovo ne predstavlja nikakav skriveni i zaobilazni način da se US BiH postavi kao sud pune jurisdikcije ili četvrte instance ili revizionog organa za odluke povodom normativne kontrole. Sud jednostavno ima zadatak da ispita da li je došlo do miješanja i povrede ljudskih prava. To nas dovodi do zaključka da bi se samo u slučajevima koji predstavljaju očiglednu proizvoljnost moglo meritorno odlučiti u korist apelanata. Analizirani slučaj bi predstavljao upravo takvu proizvoljnost (nekvalitetno i nejasno obrazloženje). Vjerovatno su ovo na umu imali Steiner i Ademović kada su naveli da ovakvi slučajevi iziskuju primjenu principa “zabrane proizvoljnosti, a koji se uopšteno primjenjuje na ispitivanje odluka nižestepnih sudova”⁷¹.

⁶⁸ AP-2567/16 (bilj. 2), izdvojeno mišljenje sudije V. Galić, § 7.

⁶⁹ *Ibid*, izdvojeno mišljenje sudije M. Simovića, § 6.

⁷⁰ Uporediti npr. odluke Ustavnog suda BiH: U-27/01 od 28. 09. 2001, § 29, U-31/01 od 21. 12. 2001, § 24.

⁷¹ Ademović/Steiner (bilj. 14), s. 740.

Summary

Admissibility of appeals against decisions of the constitutional courts of the entities in Bosnia and Herzegovina

In this paper I consider if it is possible to file an appellation (constitutional complaint) to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina against one of the entity's Constitutional Court's decision on a normative abstract review procedure. The paper is based on the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in case AP-2567/16 rendered in December 16, 2018. Here, the Court decided that the appellation was inadmissible because the Court does not have a jurisdiction in these types of cases. It argued that it is not in accordance with the “spirit” of the Constitution of Bosnia and Herzegovina to have jurisdiction in these cases. I argue that it is not possible to have en generale and a priori conclusion that appellations should be inadmissible. Instead, the Court should use the standard test regarding the admissibility conditions and decide on the question of admissibility.

After the introductory remarks, I present the summary of the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (AP-2567/16) and the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina (U-15/10). Afterwards, I summarize the legal opinions of several authors regarding this issue. In the fourth part I analyze the admissibility of the appellation in the case of AP-2567/16 using standards from the admissibility test developed in the case-law of the European Court for Human Rights. The test points out that state can interfere

into a person's rights in various ways – by ordinary court's judgment, non-facere, even mere parliamentary act (statute) can be regarded as an act of interference. I argue that the decision of the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina can be seen as an act which interferes into the property of appellants. Therefore, it seems that the appellation should have been declared admissible. In the fifth part, I argue that the manner in which the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has changed its jurisprudence is not in accordance with the European standards introduced by the European Court for Human Rights and the Consultative Council of European Judges. In the sixth part I present the case-law of the German Federal Constitutional Court which shows that constitutional complaint against a decision of a constitutional court of federal unit or parliament act can be admissible. In the seventh part I analyze the merits of the case and argue that the decision of the Constitutional Court of Federation Bosnia and Herzegovina lacks quality in its substance that it can be regarded as an arbitrary one. Bearing in mind that interference into person's property should be based on a law, which must be clear and non-arbitrary I conclude that the lawfulness condition from the ECtHR's case-law is not fulfilled. Thus, there was a violation of the right to property.

Therefore, it is possible to argue that an appellation against a decision of entity's Constitutional Court may be admissible in special case like the one I have analyzed in this paper.

Sadržaj:

1. Uvod	60
2. Pravo na suđenje u razumnom roku u BiH	
2.1. Opšte karakteristike prava na suđenje u razumnom roku	61
2.2. Pravo na suđenje u razumnom roku u vezi sa pravom na djelotvoran pravni lijek u BiH	61
3. Razvojni put odluka Ustavnog suda u pogledu pitanja razumnog roka	
3.1. Prva etapa – apelacija kao djelotvoran pravni lijek	62
3.2. Druga etapa – identifikovanje sistemskog problema	63
3.3. Treća etapa – relativizovanje apelacije kao djelotvornog pravnog sredstva	63
3.4. Četvrta etapa – apelacija kao nedjelotvorno pravno sredstvo	64
4. Otvorena pitanja nakon Odluke br. AP-1356/17	
4.1. Pravna utemeljenost Odluke br. AP-1356/17 ...	65
4.2. Pitanje jednogodišnjeg roka	66
4.3. Pitanje identifikacije apelacija, na koje se protežu implikacije Odluke br. AP-1356/17	67
5. Zaključak ili koraci koje je potrebno preduzeti	68

1. Uvod

Ustavni sud Bosne i Hercegovine (Ustavni sud BiH) je u 2018. godini primio preko 1700 novih predmeta, u kojima se apelanti pozivaju na povredu prava na suđenje u razumnom roku. Pregled statistike¹ pokazuje da je ovaj sud, u periodu od januara 2008. do februara 2017, donio ukupno 1447 odluka, u kojima je utvrdio da domaći sudovi, u parničnim i izvršnim postupcima, nisu donijeli odluku u razumnom roku. To znači da je u istom periodu, na ime naknade za učinjenu povredu apelantima dosuđeno, oko 1,800.000 KM u ukupnom iznosu. Na alarmantnost “hiperprodukcije” apelacija u kojima se apelanti žale na (navodnu) povredu prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud BiH već značajan vremenski period kontinuirano ukazuje u svojim odlukama². Problem tzv. sporog (tačnije bi bilo reći zadocnjelog) pravosuđa, od prvobitno alarmantnog, su Ustavni sud BiH i najviša pravosudna tijela, do unazad nekoliko godina identifikovali kao sistemski problem, te je ukazano na nužnost da se za njega iznađe i sistemsko rješenje. Do takvog rješenja, jedino pravno sredstvo koje je potencijalnim žrtvama stajalo na raspolaganju je ulaganje apelacije Ustavnom sudu BiH. Perfekt nije upotrijebljen slučajno, već je utemeljen na aktuelnoj praksi ovog suda. Manir odlučivanja Ustavnog suda BiH u slučajevima povreda prava na suđenje u razumnom roku, godinama unazad stidljivo se kretao u pravcu relativizovanja apelacije kao

djelotvornog pravnog sredstva. Naposljetku se u novembru 2018. odjelotvorio u odluci ovog suda da određeni vremenski period neće odlučivati o apelacijama koje pokreću pitanje dugotrajnosti sudskih postupaka koji su *u toku* u BiH³. Takav stav je važio u trenutku pisanja ovog rada⁴. To konkretno znači da od novembra 2018. do danas i u budućem periodu *svaka osoba unutar određene skupine, u načelu ovlaštena da podnese pojedinačnu apelaciju*⁵, ne može uživati svoje pravo na podnošenje apelacije radi povrede prava na suđenje u razumnom roku. Suprotno, u slučaju ulaganja, apelacije će automatski biti odbačene kao nedopuštene, nezavisno od toga da li u konkretnom slučaju povreda postoji ili ne, jer se Sud uopšte neće upustiti u meritorno odlučivanje.

Ovakva praksa predstavlja radikalno presedan u odnosu na dotadašnje postupanje ovog suda. Pitanje je da li u ovom slučaju cilj zaista može da opravda sredstvo, s obzirom na činjenicu da je apelacija, u okviru domaće pravog sistema, predstavljala jedini djelotvoran pravni lijek u slučajevima dugotrajnih sudskih postupaka⁶. Nakon ovakve odluke u domaćem pravnom sistemu ne postoji nijedan (djelotvoran) pravni lijek za ovu povredu ljudskog prava. Značaj zaštite prava na suđenje u razumnom roku je, tragom prethodno ilustrovanih brojki, bespredmetno posebno naglašavati.

U radu ću izložiti stavove koje je Ustavni sud BiH do danas zauzimao u odlukama, koje su razmatrale povredu suđenja u razumnom roku, sa posebnim akcentom na posljednju fazu, koja je nastupila u novembru 2018. U svim fazama se javljalo pitanje dje-

* Autorka je diplomirana pravnik i stručna saradnica u advokatskoj kancelariji u Banjaluci.

¹ Riječ je o statističkim podacima koji se (bez navođenja izvora) navode u Odluci o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda BiH br. AP-1062/15 od 10. 05. 2017, § 98.

² Npr. odluke Ustavnog suda BiH br. AP-303/16 od 16. 03. 2016, AP-1062/15 od 10. 05. 2017, AP-480/17 od 13. 02. 2019.

³ Odluka o dopustivosti br. AP-1356/17 od 06. 11. 2018.

⁴ Odluka o dopustivosti br. AP-888/18 od 10. 04. 2019.

⁵ Odluka o dopustivosti br. AP-1356/17 od 06. 11. 2018, § 78.

⁶ Odluka o dopustivosti br. AP-888/18 od 10. 04. 2019, § 31.

lotvornost (efikasnost) apelacije kao posebnog (i ekskluzivnog) pravnog sredstva, od njenog postojanja, preko relativizovanja do njenog negiranja. Rad će se fokusirati na analizu postojeće prakse Ustavnog suda BiH. Jedan njegov dio čini kratak osvrt na pravo na suđenje u razumnom roku i pravo na djelotvoran pravni lijek, u kontekstu njihovog pravnog utemeljenja i praktične manifestacije u BiH. Osim što se postavljaju pitanja praktičnih posljedica ovakvog presedana, ukazuju i na nastalo stanje pravne nesigurnosti i konačnu potrebu da se hitno preduzmu konkretni koraci ka efikasnom rješenju ovog pitanja.

2. Pravo na suđenje u razumnom roku u BiH

2.1. Opšte karakteristike prava na suđenje u razumnom roku

Pravo na suđenje u razumnom roku proističe iz formulacije čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija), u kojem se u relevantnom dijelu, decidno navodi: “Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona”. Ustav BiH u članu II/3, u relevantnom dijelu, predviđa da *sva lica na teritoriji BiH uživaju ljudska prava i slobode, koja uključuju i pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom* (što podrazumijeva pravo na suđenje u razumnom roku). Pored toga, niz je procesnih zakona, koji konkretnim odredbama priznaju ovo pravo građanima, kada se nađu pred sudom (zakoni o parničnom, vanparničnom, izvršnom postupku, itd.). Standardi “razumnosti” dužine trajanja postupka izgrađeni su prvenstveno u praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP). Ovo implicira da je čl. 6 Konvencije u potpunosti autonoman u odnosu na rokove za preduzimanje procesnih radnji, propisane u unutrašnjim pravnim sistemima⁷. Drugim riječima, prekoračenje rokova u unutrašnjem pravu ne mora nužno značiti i kršenje čl. 6 Konvencije, što u praksi često izaziva zamjenu teza. U vezi sa tim, kriterijumi kojima se Ustavni sud BiH redovno vodi(o) prilikom odlučivanja u svakom pojedinačnom slučaju ove vrste jesu: složenost predmeta, ponašanje strana u postupku i nadležnog suda ili drugih javnih vlasti i značaj koji konkretna pravna stvar ima za apelanta⁸. Riječ je o kriterijumima preuzetim iz prakse ESLJP⁹.

⁷ D. Vitkauskas/G. Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj Konvenciji o ljudskim pravima*, Strazbur 2012, ss. 86-90.

⁸ Odluka br. U 14/99 od 29. 09. 2000.

⁹ Detaljnije o ovome C. Harland/R. Roche/E. Strauss, *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Sarajevo 2003, ss. 150-164, kao i u G. Dutertre, *Izvodi iz sudske prakse Evropski sud za ljudska prava*, Sarajevo 2003, ss. 183-185.

BiH, kao potpisnica Konvencije, obavezala se da svoj pravni sistem organizuje tako da može obezbijediti poštovanje čl. 6, uključujući i zahtjev za doseganjem pravde u razumnom roku¹⁰. Ipak, u stvarnosti BiH zaštita ovog prava sve više se udaljava od *praktične i djelotvorne ka teorijskoj i iluzornoj*¹¹. Sve je veći priliv apelacija koje se odnose na dužinu postupka, a odgovor sudova se, gotovo bez izuzetka, iscrpljuje u preopterećenosti brojem predmeta. Prvobitno, Ustavni sud BiH nije bio indiferentan prema argumentu preopterećenosti i cijenio ga je kroz prizmu poslijeratnog povratka države u demokratiju i suočavanja sa poteškoćama ponovnog uspostavljanja sistema koji normalno funkcionise¹². Međutim, kako “bolest” zvana preopterećenost sudova nije jenjavala, naprotiv kako je galopirajućim korakom napredovala, Ustavni sud BiH je u svojim odlukama počeo redovno naglašavati da hronična opterećenost sudova nije opravdanje za prekomjernu dužinu postupka i nije nikakva vanredna okolnost sa kojom se tek treba suočiti. U 2016. godini napokon je zaključio da se radi o sistemskom problemu “koji je doveo do hroničnih zaostataka u radu suda, pa i svaki novi predmet postaje stari dok dođe na red za rješavanje, što stvara pozitivnu obavezu javne vlasti da taj problem adekvatno riješi”¹³. U istoj Odluci, Sud je konstatovao da u odnosu na pravo na suđenje u razumnom roku u domaćem pravnom sistemu nedostaje djelotvoran pravni lijek prije podnošenja apelacije Ustavnom sudu BiH.

2.2. Pravo na suđenje u razumnom roku u vezi sa pravom na djelotvoran pravni lijek u BiH

Članom 13 Konvencije propisano je pravo na djelotvoran pravni lijek, prema kojem *svako kome su povrijeđena prava i slobode predviđeni u Konvenciji ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu*. U smislu čl. 13 postoje četiri autonomna zahtjeva koja pravni lijek mora ispunjavati da bi bio “djelotvoran”, tj. on mora posjedovati četiri dimenzije djelotvornosti: institucionalnu, stvarnu, korektivnu i materijalnu¹⁴. Kako je jedno od konvencijskih prava i pravo na suđenje u razumnom roku, obaveza je države da svakome kome je *to* pravo povrijeđeno obezbijedi djelotvoran pravni lijek *pred nacionalnim vlastima*. Primijenjeno na relevantne činjenice u domaćem pravosudnom sistemu, apelacija je (bila) predviđena kao jedini djelotvoran pravni lijek u slučajevima dugotrajnosti sudskih postupaka. Uloga Ustavnog suda BiH u tom pogledu je (bila) da utvrdi

¹⁰ Čl. 1 Konvencije glasi: “Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u dijelu 1 ove Konvencije”.

¹¹ Sakhnovskiy protiv Rusije, br. 21272/03, presuda od 02. 11. 2010, § 95.

¹² Odluka br. U 14/99 od 29. 09. 2000.

¹³ AP-303/16 od 16. 11. 2016, § 30.

¹⁴ Harland/Roche/Strauss (bilj. 9), ss. 277-282.

postojanje povrede prava, te da konzumira svoja naredbodavna ovlaštenja u onim predmetima u kojima je utvrđeno kršenje Ustava BiH, preduzme mjere da to kršenje na najbrži i najdjelotvorniji način prestane, da se uspostavi stanje koje je ustavno, te naknadi šteta ako je ona prouzrokovana¹⁵. Još konkretnije, nakon što bi utvrdio povredu prava, Ustavni sud BiH bi nadležnom organu naložio da preduzme odgovarajuće mjere za okončanje postupka (tamo gdje postupak nije bio okončan) i da ga obavijesti u određenom roku o preduzetim mjerama, a apelantu bi dosudio određenu naknadu u visini, koju bi ocijenio primjerenom satisfakcijom¹⁶. Kako se da uočiti, Ustavnom sudu se mogla podnijeti apelacija kako tamo gdje je postupak okončan (ali je trajao nerazumno dugo), tako i tamo gdje postupak, uprkos značajnom protoku vremena, nije okončan¹⁷.

Apelanti su se, gotovo u pravilu, uz pozivanje na povredu prava na suđenje u razumnom roku pozivali i na povredu člana 13 Konvencije. U Odluci br. AP-303/16 Ustavni sud je, ne utvrđujući povredu iz člana 13, naglasio da u slučajevima pretjerane dužine postupaka pred redovnim sudovima nedostaje djelotvoran pravni lijek u domaćem pravnom sistemu prije podnošenja apelacije Ustavnom sudu, te da je apelacija pred Ustavnim sudom za sada jedino pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (upadljivo izostavljajući atribut djelotvorno). Dalje je naglašeno da Ustavni sud smatra da apelacija nije neposredno način ostvarenja prava na brzo i djelotvorno suđenje¹⁸. U Odluci br. AP-4101/15, Ustavni sud je otišao korak dalje i utvrdio postojanje povrede prava na djelotvoran pravni lijek u vezi s pravom na suđenje u razumnom roku, budući da ne postoji djelotvoran pravni lijek kojim bi se apelantima, prije podnošenja apelacije Ustavnom sudu, omogućilo ubrzanje postupka koji je u toku ili obeštećenje zbog odugovlačenja koje se već desilo¹⁹. U konačnici Sud je u 2018. godini utvrdio da u odnosu na dugotrajnost postupaka koji su u toku, neće više odlučivati. Na taj način je problematika djelotvornog pravnog lijeka u odnosu na pravo na suđenje u razumnom roku dobila nove dimenzije. Potencijalne žrtve ne samo da nemaju na raspolaganju djelotvoran pravni lijek prije podnošenja apelacije, već praktično

oni više u odnosu na dugotrajnost postupaka koji su u toku nemaju na raspolaganju ni apelaciju.

3. Razvojni put odluka Ustavnog suda u pogledu pitanja razumnog roka

3.1. Prva etapa – apelacija kao djelotvoran pravni lijek

Analizirajući praksu Ustavnog suda BiH, sa aspekta sadržaja odluka u predmetima gdje se pojavljivao zahtjev za utvrđenje povrede prava na suđenje u razumnom roku, moguće je napraviti podjelu na četiri etape, unutar kojih je Sud zauzimao stavove, kojima je opredjeljivao karakter apelacije kao (ne)djelotvornog pravnog sredstva.

Bez namjere da ovaj rad opteretim preciznim vremenskim odrednicama, jer je i sama podjela na etape načinjena isključivo radi slikovitijeg prikaza problema, interesantno je zapaziti da je, sa ili bez izvjesnih zapazanja unutar obrazloženja, Ustavni sud BiH do 2017. godine apelaciju, makar zvanično, smatrao djelotvoran. Opreza radi, na ovom mjestu je važno istaći da je ovaj sud, duži vremenski period, konstantnim utvrđivanjem povreda, postepeno slao određene poruke “upozorenja”, kojima je alarmirao u pogledu pitanja dugotrajnosti sudskih postupaka. Ipak, to treba diferencirati od njegovog zvaničnog stava u pogledu djelotvornosti apelacije.

U prvoj fazi, Ustavni sud BiH je, po skoro predvidivom maniru, praktikovao svoja ovlaštenja, te je u pojedinačnim slučajevima, nakon provedenog testa *razumnosti dužine postupka*, uobzirujući standarde ESLJP, utvrđivao postojanje povrede prava apelanata. Tamo gdje postupci nisu bili okončani, nalagao je da se preduzmu mjere u interesu njihovog što hitnijeg okončanja. U određivanju naknade, kao satisfakcije za učinjenu povredu, Sud se vodio okolnostima pojedinačnog slučaja, te sopstvenim utvrđenim principima (po ugledu na ESLJP). Ovako dosuđivana naknade štete, posmatrajući pojedinačne odluke, sama za sebe povlači niz diskutabilnih pitanja, te se tim neću baviti u ovom radu, nastojeći da ne razvodnim osnovnu temu²⁰. Kako je, s vremenom, postalo jasno da problem sporog pravosuđa nije izolovan slučaj, pored donošenja konk-

¹⁵ N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 209.

¹⁶ Npr. odluke Ustavnog suda BiH u slučajevima: AP-129/02 od 30. 06. 2004; AP-1404/05 od 09. 05. 2006. (utvrđeno da postoji povreda prava na pravičan postupak u razumnom roku u odnosu na vođeni upravni postupak).

¹⁷ U skladu sa čl. 18 st. 2 Pravila Ustavnog suda: Ustavni sud može izuzetno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini, dostupno na <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/pravila-suda/uvod/?title=uvod&second=true> (očitanje 29. 05. 2019).

¹⁸ AP-303/16 od 16. 03. 2016.

¹⁹ AP-4101/15 od 10. 05. 2017, § 118.

²⁰ U Odluci o meritumu br. AP-938/04 od 17. 11. 2005. Ustavni sud BiH je utvrdio načelo, prema kojem apelantima, u slučajevima kada su ispunjeni uslovi za to, kao nadoknadu na ime nematerijalne štete, treba isplatiti iznos od približno 150 KM za svaku godinu za koju su domaći sudovi odlagali donošenje odluke, odnosno dvostruki iznos u predmetima koji zahtijevaju posebnu hitnost. Na ovaj princip Sud se poziva i u odlukama, koje su donesene i nakon proteka više od 10 godina (npr. u Odluci AP-303/16 od 16. 11. 2016), što otvara pitanje da li je sa te vremenske distance adekvatno cijiniti visinu nadoknade prema vrijednostima parametara koji su postojali kada ih je Sud uzeo u obzir (standard života, ekonomske prilike, itd).

retnih odluka i “kažnjavanja” države za takva kažnjenja, Ustavni sud BiH je, kao svojevrstan apel, *desetljećima*, odluke dostavljao Visokom sudskom i tužilačkom vijeću BiH²¹ (VSTV BiH), kao tijelu, koje ima zadatak da osigura nezavisno, nepristrasno i profesionalno pravosuđe, te unaprijedi njegovu efikasnost.

3.2. Druga etapa – identifikovanje sistemskog problema

Nakon što je postalo izvjesno da problem “spore pravde” opstaje uprkos postojećoj sudskoj praksi, koja je pružala osnov za preduzimanje mjera za njegovo rješavanje, u Odluci br. AP-303/16 od 16. marta 2016. godine, Sud je po prvi put ovom pitanju prišao na tako neposredan način. U toj Odluci jasno je konstatovano da dužina trajanja postupaka pred redovnim sudovima predstavlja *sistemski problem* u BiH, koji zahtijeva kompleksan pristup – zakonodavnog ili administrativnog karaktera. U odnosu na karakter apelacije, Sud je naglasio da je ona *jedino pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ali da nije neposredno način ostvarenja prava na brzo i djelotvorno suđenje, nego jedan od načina da se reaguje na dugotrajnost i nedjelotvornost koje već postoje u sudskom postupku*. Sud je podsjetio da se obaveza javne vlasti, kada je utvrđeno kršenje ustavnog prava, ne iscrpljuje samo u isplati dosuđenih iznosa na ime pravičnog zadovoljenja, već da je obaveza da se u pravnom poretku usvoje odgovarajuće opšte i/ili pojedinačne mjere radi okončanja kršenja koja je Ustavni sud utvrdio i radi otklanjanja posljedica. Ovo je bio presedan u odnosu na cijeli raniji period, ali je i u ovoj fazi Sud Odluku ipak samo dostavio VSTV BiH. Razlika u odnosu na prijašnju praksu je u izraženom *očekivanju* da će ovo tijelo, najkasnije u roku od šest mjeseci obavijestiti Ustavni sud BiH o preduzetim mjerama²².

3.3. Treća etapa – relativizovanje apelacije kao djelotvornog pravnog sredstva

Nakon što je u Odluci br. AP-303/16 od 16. marta 2016. godine Ustavni sud BiH dao “dijagnozu” spore pravde u BiH i utvrdio da je riječ o hroničnom oboljenju pravosudnog sistema, te pozvao na reakciju VSTV BiH, Sud je nastavio sa dotadašnjom praksom utvrđivanja povreda, tamo gdje je postojao osnov. U odluci koja je uslijedila nakon više od godinu dana vremenske distance, susrećemo se sa reakcijom na izostanak reakcije (akcije?) pomenutog tijela i nepromijenjeno/pogoršano stanje “bolesnika”, pravosudnog sistema države BiH. Analizirajući Odluku br. AP-1062/15 od 10. maja 2017. godine, stiče se utisak da je Sud ponovo iskoračio u pravcu presedana. Predmetna Odluka se odnosila na desetine apelacija, podnesenih

zbog dužine trajanja postupka, koje je Sud spojio i vodio kao jedan predmet. U odgovorima postupajućih sudova, ponovljeni su uobičajeni argumenti: pozivanje na plan rješavanja starih predmeta²³, nedovoljna kadrovska popunjenost i prevelik broj predmeta, koji se nalaze na rješavanju pred tim sudovima. Sud je u svim podnesenim apelacijama utvrdio postojanje povrede²⁴, te je (uobičajeno) ponovio stav ESLJP da hronična opterećenost sudova nije opravdanje za prekomjernu dužinu postupka. Iako bi se na prvi pogled moglo učiniti da, iz ugla dužine suđenja, nema značajnije razlike između ove i Odluke br. AP-303/16 (s obzirom da u velikoj mjeri Sud ponavlja ranije izražene stavove), u praktičnom smislu razlika ipak postoji. Oглеda se u dva aspekta.

Prvo, Sud je, za razliku od ranije odluke, utvrdio da postoji kršenje prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 u vezi sa pravom na suđenje u razumnom roku iz člana 6 st. 1 Konvencije. Simptomatičan je način na koji je Sud ovo učinio i stvorio utisak postojanja snažne potrebe kod Suda da ode korak dalje. Ovdje prvenstveno mislim na činjenicu da je, mimo uobičajenog manira, utvrdio povredu člana na koji se apelanti, kako se navodi “*nisu eksplicitno pozvali*”²⁵. Ovo nije prvi put da je Sud ovako argumentira, ali je nesumnjivo da se ne radi o redovnoj, ni čestoj praksi. Kao opravdanje za ovo navode se dva argumenta. Prvi, da je iz apelacionih navoda proizlazilo da su apelanti smatrali da nemaju nikakvog drugog djelotvornog pravnog sredstva, kojim bi ishodovali okončanje postupka u razumnom roku, osim podnošenja apelacije Ustavnom sudu BiH. Pravno je Sud ovo podveo pod praksu ESLJP, prema kojoj taj sud nije ograničen, ni vezan za aplikantovu ili vladinu kvalifikaciju, te na vlastitu raniju praksu izlaženja iz okvira povreda na koje su se apelanti pozvali. Drugi argument je, cijeneći cjelokupan kontekst, indikativnijeg karaktera. Sud kaže: “*Osim toga, kako je već rečeno, VSTV BiH nije udovoljio zahtjevu Ustavnog suda iz odluke broj AP 303/16, što ozbiljno dovodi u pitanje i nastojanja Ustavnog suda da kroz svoju apelacionu nadležnost efikasno riješi problem dužine postupaka pred redovnim sudovima*”²⁶.

²³ Misli se na Uputu za izradu plana rješavanja starih predmeta prema starosti inicijalnog akta, koju je donio VSTV BiH, a za period od 01. 01. 2016. do 31. 03. 2016.

²⁴ Interesantno, Sud se u ovoj Odluci opredijelio za princip da svim apelantima dodijeli istu naknadu u visini od 1.000 KM, bez obzira na različitu dužinu trajanja postupka u pojedinim slučajevima, v. § 94.

²⁵ Čl. 31 Pravila Ustavnog suda je propisan obim odlučivanja ovog suda: “Pri odlučivanju Ustavni sud, u pravilu, ispituje da li postoje samo one povrede koje su iznesene u zahtjevu/apelaciji”.

²⁶ Interesantno je primjetiti da je u Odluci br. AP-303/16 Ustavni sud iskoristio jezičku konstrukciju da „*očekuje da ga Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine obavijesti o preduzetim mjerama i njihovim efektima najkasnije u roku od šest mjeseci od primanja ove odluke*“, a da je u Odluci br. AP-1062/15 naveo da VSTV nije uvažio njegov zahtjev.

²¹ Odluka o dopustivosti i meritumu br. AP-303/16 od 16. 03. 2016.

²² *Ibid.*

Stiče se utisak da je Sud, nakon inercije (ili ignorancije) pomenutog tijela, odlučio povući crtu, te dati do znanja da, iako ograničenih ovlaštenja, još ima prostora za manevarisanje²⁷. Utvrđujući da u konkretnim slučajevima postoji povreda prava apelantata na djelotvoran pravni lijek, Sud je po prvi put izrazio stav da je *djelotvornost apelacije kao pravnog lijeka koji je po ovom pitanju jedini dostupan apelantima ozbiljno dovedena u pitanje u smislu stvarnog i efikasnog okončanja parničnih postupaka, kako bi se suštinski ispunili zahtjevi suđenja u razumnom roku*²⁸. Ovakav zaključak izveden je tragom tri argumenta: uvida da nadležna javna vlast nije pronašla adekvatan način da riješi problem dugotrajnosti sudskih postupaka, ograničene ustavne mogućnosti Suda da odredi konkretne mjere ubrzanja u svakom konkretnom predmetu i stalnog porasta apelacija koje se isključivo odnose na pitanje dugotrajnosti parničnih postupaka.

Ovako izražen stav stvorio je potencijalnim apelantima prostor za pravnu nedoumicu/nesigurnost. Na jednoj strani Sud, nedvosmisleno, ozbiljno dovodi u pitanje djelotvornost apelacije, ali na drugoj strani, Sud ipak ne negira u potpunosti njenu djelotvornost, na način da apelantima ne daje nedvosmisleni uputu da više ne podnose apelacije radi ove povrede. U praksi, to je otvorilo pitanje da li bi potencijalna žrtva povrede prava na suđenje u razumnom roku mogla da “preskoči” apelacionu instancu i direktno se obrati ESLJP podnošenjem aplikacije. Drugim riječima, da li bi tada ESLJP tako podnesenu aplikaciju cijenio prihvatljivom (sa aspekta uslova iscrpljenosti svih djelotvornih pravnih lijekova). Odgovor na ovo pitanje iziskuje da se istraži stav tog suda u istovjetnim slučajevima (o čemu će kasnije biti govora), ali ni tada, u ovoj etapi, ne bi bilo moguće dati odgovor sa potpunom izvjesnošću o ishodu tako uložene aplikacije. Rizik bi svakako ležao na aplikantu, posebno ako se ima na umu dugogodišnja ustaljena praksa iscrpljivanja apelacije kao posljednjeg efikasnog pravnog lijeka u državi BiH. Na drugoj strani, ulaganje apelacije, slijedeći ustaljeni princip, značilo bi značajno duži protek vremena za dobijanje konačne odluke, ali sada otežan spoznajom da i sam Ustavni sud dovodi u pitanje njenu djelotvornost.

Drugo, u istoj Odluci, Sud se odlučio da, na neredovan način, iskoristi svoje ovlaštenje utemeljeno Pravilima Suda, prema kojem može odrediti način i rok izvršenja

²⁷ Ranije je u istoj Odluci, Ustavni sud sa žaljenjem konstatovao da mu, protivno izraženom očekivanju u Odluci br. AP-303/16, VSTV BiH nije dostavio traženu obavijest, iako je odluka Ustavnog suda kod VSTV BiH primljena 30. 03. 2016, dakle ni nakon proteka ostavljenog roka od šest mjeseci.

²⁸ Odluka o dopustivosti i meritumu br. AP-1062/15, § 109.

²⁹ Čl. 72 st. 4 Pravila Ustavnog suda BiH – prečišćeni tekst, *Sl. gl. BiH* 94/14. U st. 5 istog člana propisano je da je u roku koji sud odredi, organ koji je obavezan izvršiti odluku Ustavnog suda dužan dostaviti obavještenje o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja odluke, kako je to naznačeno u njoj.

odluke koju donese²⁹. Konkretno, naloženo je, između ostalog, da Vlada Federacije Bosne i Hercegovine (Vlada FBiH), Vlada Kantona Sarajevo i VSTV BiH, bez odlaganja, a najkasnije u roku od šest mjeseci od prijema odluke, preduzmu odgovarajuće mjere iz svoje nadležnosti sa ciljem propisivanja jednog ili više djelotvornih pravnih lijekova. Naglašeni cilj je otklanjanje sistemskog kršenja prava na suđenje u razumnom roku i kršenja prava na djelotvoran pravni lijek.

Na osnovu navedenog, a imajući u vidu stav koji će Sud zauzeti u periodu koji je uslijedio, čini se da je ovo bio posljednji poziv nadležnim organima da preduzmu odgovarajuće korake. Upadljivo je da je, za razliku od ranijih odluka, Sud do tada prosto izraženo očekivanje da će VSTV BiH preduzeti određene korake zamijenio otvorenim i direktnim zahtjevom da se ti koraci preduzmu³⁰.

3.4. Četvrta etapa – apelacija kao nedjelotvorno pravno sredstvo

U četvrtoj etapi Sud je načinio presedan, kojim je dugotrajnim sudskim postupcima dao novi značaj i širom otvorio prozor pravničkoj diskusiji o njegovoj pravnoj utemeljenosti, o raciju i praktičnim implikacijama odluke na cjelokupan pravosudni sistem BiH i njegove najzainteresovanije subjekte – potencijalne apelante, odnosno aplikante pred ESLJP. U novembru 2018. Ustavni sud BiH je naime donio Odluku br. AP-1356/17, kojom je, kao nedopuštene, odbacio apelacije niza apelantata (Sud je ponovo odlučio spojiti postupke), zbog toga što se radilo “o istom pitanju o kojem je Ustavni sud Bosne i Hercegovine već odlučivao, a iz navoda ili dokaza iznesenih u apelacijama ne proizlazi da ima osnova za ponovno odlučivanje”³¹. Zajednički imenilac za podnesene apelacije je pozivanje na povredu prava u aspektu pretjerano dugih postupaka pred redovnim sudovima, koji u vrijeme podnošenja apelacije nisu bili okončani. Na ovom mjestu je važno primijetiti da se radilo o apelacijama podnesenim u odnosu na postupke koji su u vrijeme podnošenja apelacije još uvijek bili u toku. Radi se o nizu apelacija, od kojih je prva podnesena u aprilu 2017, a posljednja u oktobru 2018. godine. U odnosu na sve apelacije, Sud je zaključio da nema temelja za odlučivanje po njima u meritumu, te ih je oglasio nedopustivim.

Obrazloženje predmetne odluke bi se moglo rezimirati kao osvrt na prethodni period od nekoliko godina ustavnosudskog odlučivanja i stavova, koje je Sud zauzeo u odnosu na pitanje dugotrajnosti sudskih postupaka kao strukturnog problema u BiH. Dalje, Sud je sumirao zaključke sa sjednice održane 17. jula 2018. i u konačnom *presudio*. Sud je u ovoj odluci konstatovao

³⁰ Jednaki stavovi su izraženi i u Odluci o dopustivosti i meritumu br. AP-4101/15 od 10. 05. 2017. (kao i u nizu istovrsnih odluka donesenih nakon ovog datuma).

³¹ Odluka o dopustivosti br. AP-1356/17 od 06. 11. 2018.

šta su konkretno preduzeli adresanti zahtjeva iz Odluke br. AP-1062/15, nakon prijema te Odluke. Rezultati se mogu sumirati na sljedeći način: Nadležni sudovi su u većini slučajeva okončali predmete (misli se na konkretne predmete povodom kojih je donesena Odluka AP-1062/15), a nadležne vlade su isplatile naknade nematerijalne štete. Vlada FBiH je, prema datom obavještenju, zadužila federalna ministarstva da u okviru svojih nadležnosti hitno predlože izmjene zakona u skladu sa stavovima Ustavnog suda BiH. Tragom navedenog, Federalno ministarstvo pravde je svoju eventualnu aktivnost (prema onome što stoji u predmetnoj Odluci) ograničilo na pitanje normativnog aspekta uvođenja prava na djelotvorni pravni lijek, istovremeno ukazujući na prepreke, dominantno finansijske prirode. VSTV BiH je obavijestilo Ustavni sud da je formirana radna grupa za izvršenje odluka Ustavnog suda u vezi sa kršenjem prava na suđenje u razumnom roku, koja ima zadatak da razmatra pitanje izvršenja, kao i da predlaže mjere koje je potrebno poduzeti radi izvršenja naloga Ustavnog suda. Osim toga, VSTV BiH je poslalo dopis predsjednicima sudova da prioritarno poštuju rokove Ustavnog suda u rješavanju predmeta u kojima je podnesena apelacija. Izvršena je i kalkulacija, koja je pokazala da u BiH nedostaje 25 posto više sudija od trenutnog broja, kako bi se ispunili zahtjevi suđenja u razumnom roku, te su ovi podaci dostavljeni nadležnim ministarstvima pravde³². Ministarstvo pravde BiH je obavijestilo Ustavni sud BiH da je uputilo poziv nadležnim institucijama svih nivoa vlasti (VSTV BiH, entitetskim ministarstvima pravde, Pravosudnoj komisiji Brčko distrikta BiH, Sudu BiH, entitetskim vrhovnim sudovima, Apelacionom sudu Brčko distrikta BiH) da imenuju predstavnike za rad u radnoj skupini koja bi trebalo da izradi prijedlog zakonskih odredaba za sprečavanje kršenja prava na suđenje u razumnom roku, te da je radna skupina kompletirana i u oktobru 2018. je doneseno rješenje o njenoj uspostavi.

Može se zaključiti da zahtjevi Ustavnog suda upućeni nadležnim organima nisu, kao u ranijem periodu, u potpunosti ostali bez reakcije, ali se postavilo pitanje snage i konkretnog efekta ispoljene reakcije. Osim što su pojedinačni predmeti okončani, u kontekstu rješavanja sistemskog problema razumnog roka, moglo bi se reći da sistemsko rješavanje nije ni započeto ili da je, optimistično posmatrano, u fazi iznalaženja idejnog rješenja. Sve mjere koje su preduzete nisu proizvele konkretno rješenje koje bi, istovremeno, djelovalo reaktivno u odnosu na postupke koji su prekoračili granicu razumnog roka i preventivno u odnosu na druge potencijalne predmete. Drugim riječima, u pravosudni sistem BiH, nesporno, nije uveden djelotvoran pravni lijek koji bi direktno uticao na smanjenje apelacija, usmjerenih ka dugotrajnosti sudskih postupaka.

³² *Ibid*, za detaljnije v. obrazloženje Odluke.

Ovakav zaključak je izveo i Ustavni sud. On je naveo da postoje relevantni pokazatelji napretka u rješavanju ovog pitanja. Istovremeno, Sud je konstatovao da je samo u 2018. godini (do novembra) primio više od 1700 predmeta, koji se tiču sporne povrede. Dovodeći u vezu ono što je predloženo na planu rješavanja ovog pitanja sa nužnošću protoka vremena da se ideje realizuju, te sa željom da se ne čini dalja pometnja u postojećem redoslijedu rješavanja postojećih predmeta, u konačnom je donio odluku da je potrebno ostaviti dodatni rok od jedne godine svim subjektima za potpuno i efektivno izvršenje mjera sistemskog karaktera koje se preduzimaju i koje je još potrebno preduzeti. Dalje, Sud je zauzeo stav da do isteka ovog roka neće pojedinačno odlučivati o apelacijama koje pokreću pitanje dugotrajnosti sudskih postupaka koji su u toku u BiH.

Interesantno, u istoj Odluci, Sud je naglasio da je svjestan da je u okviru domaćeg pravnog sistema podnošenje apelacije u slučajevima dugotrajnosti sudskih postupaka trenutno jedini djelotvoran pravni lijek³³. Nakon takve konstatacije, samo tri tačke niže, donio je odluku da po tom *jedinom djelotvornom pravnom lijeku* neće više odlučivati. Direktna posljedica ove Odluke je, dakle, da će apelacije, koje budu podnesene povodom dugotrajnosti sudskih postupaka, koji su u toku, biti odbačene kao nedopustive. S obzirom na formulaciju, koju je Sud upotrijebio – da neće pojedinačno odlučivati o apelacijama koje pokreću pitanje dugotrajnosti sudskih postupaka *koji su u toku* u BiH – izvodi se zaključak da će Sud i dalje odlučivati po onim apelacijama koje pokreću isto pitanje, ali u predmetima, koji su okončani sudskom odlukom, s obzirom da to nisu postupci koji su *u toku* u vrijeme podnošenja apelacije³⁴. Ipak, činjenica je da Sud ovo nigdje nije naglasio na način koji bi za apelante bio nesporan, a praksa Suda koja će uslijediti je to pitanje učinila dodatno spornim.

4. Otvorena pitanja nakon Odluke br. AP-1356/17

4.1. Pravna utemeljenost Odluke br. AP-1356/17

Podrobna analiza obrazloženja predmetne Odluke, kao i prakse Ustavnog suda koja je uslijedila, a u nastojanju da se njeni principi konkretizuju u praksi i interesom savjesti da se u najvećoj mjeri zaštite prava stranaka – potencijalnih apelanata, izrodila je niz spornih pitanja. Iako bi se na prvi pogled moglo učiniti da na prijedilustrovani zaključci i zauzeti stavovi US BiH u Odluci AP-1356/17 predstavljaju solomonsku odluku, čini se da se već pri prvom pokušaju njegove konkretizacije u primjeni nailazi na dileme, koje u svojoj ukupnosti vode prema pravnoj nesigurnosti. Slijedi osvrt na samo neke od njih.

³³ *Ibid*, §79.

³⁴ V. Odluku o dopustivosti i meritumu br. AP-1262/17 od 10. 04. 2019.

U Odluci br. AP-888/18 od 10. aprila 2019, Ustavni sud se pozvao na presudu ESLjP *Burmych protiv Ukrajine* od 12. oktobra 2017. Interesantno, u kontekstu istog obrazloženja, u prvoj odluci ovog tipa (AP-1356/17) Sud ne pominje ovu odluku. U navedenom predmetu, ESLjP je razmatrao pitanje djelotvornosti ustavne tužbe kao pravnog lijeka u odnosu na dužinu postupka pred Saveznim ustavnim sudom Njemačke. Taj sud je imao ovlaštenje da utvrđuje da je dužina postupka neustavna i da traži od suda, na koji se to odnosi, da ga ubrza ili okonča, ali nije imao ovlasti određivati rokove nižim sudovima ili naložiti mjere za ubrzanje postupka o kojemu se radilo. S obzirom na to, ESLjP je utvrdio da, u predmetnom slučaju, njemačka Vlada nije dokazala da ustavna tužba može pružiti satisfakciju za prekomjernu dužinu građanskog postupka koji je u toku. Sljedeći zaključak je bio da podnositelj aplikacije u konkretnom nije trebao da pred tim sudom uloži prigovor zbog dužine postupka, te da je aplikacija i bez iscrpljivanja ustavne tužbe bila prihvatljiva. U isto vrijeme, Ustavni sud se u ovim odlukama (AP-1356/17 i dr.) poziva na odredbu člana 18 st. (3) t. e) Pravila Ustavnog suda, prema kojoj će se apelacija odbaciti, kao nedopuštena, ukoliko je podnesena po pitanju o kojem je Ustavni sud već odlučivao, a iz navoda i dokaza iznesenih u apelaciji ne proizilazi da ima osnova za ponovno odlučivanje.

Čini se opravdanim postaviti pitanje da li je Ustavni sud mogao donijeti odluku da, jednostavno rečeno, neće za određeni period uopšte odlučivati o pitanju iz svoje nadležnosti. Analizirajući sadržaj Pravila po kojima ovaj sud postupa, upadljiva je odredba čl. 76 (*“Ostala pitanja”*), prema kojoj će o pitanjima postupka pred Ustavnim sudom koja nisu utvrđena pravilima Ustavni sud odlučiti u svakom konkretnom slučaju. Sud se, istina, u odlukama ne poziva na ovu odredbu. Ipak, nije sporno da ovim Pravilima nije predviđen slučaj u kojem će Ustavni sud odlučiti da (za određeni vremenski period) neće utvrđivati da li postoji povreda konkretnog ljudskog prava. Unutar obrazloženja relevantnih odluka, Ustavni sud takođe pominje princip supsidijariteta tako da apelaciona nadležnost Ustavnog suda predstavlja supsidijarnu zaštitu ljudskih prava u slučajevima u kojima se efektivno iscrpe sve druge mogućnosti predviđene odgovarajućim propisima³⁵. U konkretnim okolnostima je sporna činjenica da ne postoje druge mogućnosti za zaštitu građana kada im je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku, a sada ne postoji ni “supsidijarna zaštita” pred Ustavnim sudom. U takvim okolnostima je opravdano dovesti u pitanje pravo Ustavnog suda, kao najvišeg zaštitnika ljudskih prava u državi, da makar i za određeni period, građane liši bilo kakvog oblika zaštite njihovog prava. U nastojanju da opravda ovakvo postupanje, Ustavni sud je naveo da je *“potrebno naglasiti da Bosna i Her-*

*cegovina, osim obaveze da osigura postojanje djelotvornih pravnih lijekova u svjetlu prakse Ustavnog suda i Evropskog suda, ima i opštu obavezu da riješi probleme koji su u osnovi povreda utvrđenih u odlukama Ustavnog suda”*³⁶. Iako ove dvije obaveze postavlja kumulativno, svojom sadašnjom praksom on bira između njih tako što izborom jedne isključuje izvršavanje druge (pa makar i samo za određeni period). Nastojanje da se prikaže da je praktično nemoguće sistemski riješiti ovaj problem bez, svojevrsne kolateralne štete, čini se, iz ugla apelanata pojedinaca, kao isuviše radikalno rez. Očigledno je da je Ustavni sud ovakvu odluku nastojao “obezbijediti” ovdje ukazanim jedinačnim predmetom iz prakse ESLjP. Ipak, mora se primijetiti da je sam način manifestacije izraženog stava ESLjP, da se jedan ustavni sud “oglasi nenadležnim” (nedjelotvornim) za pitanja iz svoje nadležnosti, u najmanju ruku sporan. Ovakav potez se dodatno problematizuje s obzirom na neizvjesnost u pogledu krajnjeg roka za ovakav, slikovito nazvan “moratorijum” u odlučivanju, kao i rezultata koji će on dati.

4.2. Pitanje jednogodišnjeg roka

Drugo sporno pitanje je pitanje jednogodišnjeg roka, unutar kojeg je Sud, po vlastitom izboru, neće odlučivati po individualnim apelacijama (na prethodno pojašnjen način). Radi potpuno tačnog razumijevanja navedenog stava potrebno je doslovno citirati navod iz Odluke:

*“Imajući sve navedeno u vidu, Ustavni sud smatra da je potrebno ostaviti dodatni rok od jedne godine svim navedenim subjektima za potpuno i efektivno izvršenje mjera sistemskog karaktera koje se preduzimaju i koje je još potrebno preduzeti”*³⁷.

Upadljivo je da Sud nije na nedvosmislen način utvrdio od kojeg tačno trenutka se računa jednogodišnji rok. Izvjesna logika tumačenja ovakve formulacije bi svakako mogla da navede na razmišljanje da se jednogodišnji rok ima računati od datuma donošenja Odluke, unutar kojeg Sud po prvi put spominje predmetni rok, dakle od 6. novembra 2018. Takva logika se problematizuje kada se u sjećanje prizove činjenica da je Sud na identičan način pitanje jednogodišnjeg roka formulisao i u odlukama koje su uslijedile. Tako primjera radi, u Odluci koju je donio sa pet mjeseci vremenske distance, br. AP-888/18 od 10. aprila 2019. godine³⁸. Čini se da tom linijom razmišljanja, ne bi bilo netačno jednogodišnji rok računati i od datuma donošenja te odluke ili bilo koje odluke koju Sud kasnije donese u jednakom maniru. Očigledno, takav način zaključivanja nije pogodan. Sljedeći početak roka koji bi mogao doći u obzir je datum održavanja sjednice Ustavnog suda od 17. jula 2018. godine, u odnosu na

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Odluka o dopustivosti br. AP-1356/17 od 06. 11. 2018, § 82.

³⁸ Odluka o dopustivosti br. AP-888/18 od 10. 04. 2019, § 34.

³⁵ Odluka o dopustivosti br. AP-1356/17 od 06. 11. 2018, § 78.

koju se u Odlukama ove vrste navodi da je na njoj Sud razmatrao "posljednji Izvještaj o izvršenju odluka" i na kojoj je iznio konstatacije i zaključke u pravcu konačne odluke o jednogodišnjem prekidu odlučivanja u meritumu. Navodeći potonje samo kao primjer moguće alternative, smatram da bi, s obzirom na ukupan kontekst, a posebno da Ustavni sud nigdje nije ni nagovijestio početak roka, navedeno bilo u cjelosti paušalno i proizvoljno. Izlišno bi bilo ovaj dio opteretiti nuđenjem i drugih mogućih alternativa, kod činjenice da je konačno neizbježan zaključak da je za zainteresovane strane otvoreno i sporno pitanje početka, a posljedično tome i završetka računanja jednogodišnjeg roka unutar kojeg će Sud po automatizmu odbacivati apelacije usmjerene ka dugotrajnosti postupaka koji su u toku.

Navedeno pitanje je značajno iz najmanje dva razloga. *Prvo*, za potencijalne apelante je sporno kada će ponovo moći ulagati apelacije Ustavnom sudu BiH, bez predznanja da će takva apelacija nužno biti odbačena. Istina, u predmetnoj Odluci Sud navodi da će na odgovarajući način obavijestiti apelante o svim bitnim promjenama u vezi sa ovim predmetima. Osim što je i na ovom mjestu izostala preciznost, primjetno je da su ovim obuhvaćena samo lica koja su imala/imaju status apelanata. *Drugi* razlog se vezuje za konstataciju Suda da će nakon isteka ovog roka razmotriti izvršenje naloga iz svojih odluka. Ovdje su uočljive dvije stvari. Prva, da rok od jedne godine nije konačan i definitivni, već da će istekom tog roka Sud razmotriti izvršenje naloga, što je zaista široko postavljeno i ne mora podrazumijevati da će Sud nužno istekom roka ponovo aktivirati odlučivanje po apelacijama, usmjerenim ka dugotrajnosti sudskih postupaka koji su u toku. I druga, da je ponovo ostalo nejasno kada će Sud razmatrati izvršenje naloga, jer je, kako je upravo navedeno, nejasan trenutak isteka ostavljenog roka.

4.3. Pitanje identifikacije apelacija, na koje se protežu implikacije Odluke br. AP-1356/17

Gore je (pod 3.4) nagoviješteno da odrednica Suda prema kojoj neće pojedinačno odlučivati o apelacijama koje pokreću pitanje dugotrajnosti sudskih postupaka koji su u toku u BiH nije, bez svake sumnje, identifikovala o kojim apelacijama je riječ. Prije svega, nije definisano na koje apelacije će se protegnuti posljedice ove odluke, s obzirom na vrijeme njihovog podnošenja. Konkretno, da li se ona odnosi samo na apelacije koje će biti podnesene nakon donošenja/objavljivanja te Odluke ili ona obuhvata i apelacije koje su podnesene prije njenog donošenja/objavljivanja (uključujući eventualno i one podnesene na taj dan), a o kojima Sud nije odlučio (ili takvih nema?). Prema činjenicama iz Odluke, "najsvežija" apelacija o kojoj je Sud odlučio podnesena je 18. oktobra 2018. Postavlja se pitanje da li je to i posljednja apelacija podnesena do dana donošenja Odluke od 6. novembra 2018. Pored toga, nije izvan svake sumnje, definisano, sa sadržajnog aspekta, o kojim apelacijama je riječ. Ovakvom razmišljanju bi

se eventualno mogao uputiti prigovor nepotrebne i opterećujuće sitničavosti u pogledu jezičke konstrukcije, no praksa Suda u pojedinačnim slučajevima je opravdala postavljanje ovog pitanja.

Za odgovor su relevantne apelacije koje, kvalitativno, mogu ući u opseg predmetne Odluke. To su, bez dileme, apelacije kojima se napada dugotrajnost postupaka koji su okončani i u kojima postoji konačna odluka suda, ali u kojima je cijeli postupak trajao dugo tako da apelant smatra da je povrijeđeno njegovo pravo na suđenje u razumnom roku. Pored toga, to su apelacije kojima se napada dugotrajnost postupaka koji nisu okončani sudskom odlukom, tj. postupaka, koji su u vrijeme podnošenja apelacije u toku. Ukoliko se vratimo na formulaciju Suda, vidjeće se da će Sud i nakon predmetne odluke nastaviti ulaziti u meritum po onim apelacijama u kojima je postupak okončan. Analizirajući praksu Suda, to se pokazuje kao tačno³⁹. I tu zaista ne bi bilo ništa neizvjesno za potencijalne apelante da u pojedinačnim slučajevima nije odstupljeno od ovog, uslovno rečeno, principa. Kao primjer takvog odstupanja je i Odluka br. AP-4599/17 od 10. aprila 2019. Riječ je o Odluci o dopustivosti i meritumu, u kojoj je *odbijena* kao neosnovana apelacija podnesena zbog nepoštovanja standarda okončanja izvršnog postupka u razumnom roku. Činjenica da je apelacija odbijena (a ne usvojena) nije relevantna u odnosu na sporno pitanje, jer ovu Odluku relevantnom čine dva elementa. *Prvo*, riječ je o postupku koji je u toku i *drugo*, riječ je o meritornoj Odluci. Takođe, Odlukom o dopustivosti i meritumu br. AP-3743/17 od 22. maja 2019. Sud je usvojio apelaciju i utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku u odnosu na neokončan izvršni postupak. Čini se da je postojanje ovakvih Odluka relativizovalo (ako ne i negiralo) na prvi pogled nesporan, princip iz Odluke br. AP-1356/17. Pažljivom čitaocu neće promaknuti da je u ovim slučajevima napadnuta dugotrajnost izvršnih postupaka. Ovakva nepreciznost Suda otvorila je još jedno pitanje, a to je da li pod opseg implikacija predmetne odluke ulaze samo apelacije kojima se napada dugotrajnost *parničnih* ili ona obuhvata i apelacije, kojima se napada dugotrajnost *izvršnih* postupaka. Da ovo nije izolovan slučaj, vidi se i iz Odluke o dopustivosti i meritumu br. AP-5147/17 od 10. aprila 2019. U toj Odluci, Ustavni sud je utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku "zbog dužine trajanja izvršnog postupka koji se vodi", te je naložio da se odmah preduzmu odgovarajuće mjere za okončanje postupka. Paralelno uz ovu Odluku, sa istim datumom, postoji i Odluka o dopustivosti br. AP-888/18, u kojoj je Sud odbacio veći broj apelacija koje su podnesene zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, u odnosu na postupke koji

³⁹ V. Odluke Ustavnog suda BiH br. AP-1721/17 od 22. 05. 2019, AP-2200/17 od 08. 05. 2019, AP-5412/17 od 24. 04. 2019, AP-841/17 od 10. 04. 2019, AP-3335/17 od 12. 03. 2019, AP-141/17 od 27. 02. 2019, AP-1790/17 od 10. 01. 2019, AP-1083/17 od 19. 12. 2018. i dr.

su u toku. Obrazloženje ove Odluke je istovjetno obrazloženju iz prethodno analizirane Odluke AP-1356/17. Dakle, jasno je da Ustavni sud nije napustio svoj stav, ali je nejasan način na koji Sud taj stav konkretizuje.

Moglo bi se u smislu zaključka, pretpostaviti da je intencija Suda bila da se svojevrsni “moratorijum” na odlučivanje o navodnim povredama prava na suđenje u razumnom roku, odnosi na one apelacije u kojima se napada dužina trajanja parničnih postupaka koji nisu okončani. Ipak, cijenim da je, s obzirom na respektabilnost Ustavnog suda, te pravnu snagu i dalekosežnost njegovih odluka, te njihov pragmatični uticaj, ostavljanje pretpostavkama da zauzmu mjesto jasnim stavovima, koji obavezuju, u najmanju ruku, rizično.

5. Zaključak ili koraci koje je potrebno preduzeti

Analizirajući sadašnji tretman prava na suđenje u razumnom roku u BiH i trenutnu (nezaštićenu) poziciju potencijalnih apelanata, s pravom se može postaviti pitanje na koji način najbrže i najefikasnije otkloniti stanje zavladao pravne nesigurnosti. Zasebno pitanje je rješenje osvijetljenog sistemskog problema spore pravde. U kontekstu tog, po sebi kompleksnog pitanja, kako je naprijed navedeno, najkonkretniji potezi su usmjereni na uvođenje posebnog pravnog lijeka. U tom cilju je potrebno donijeti zakon(e), koji bi precizno regulisao datu materiju. Iako je od sjednice Ustavnog suda, održane u julu mjesecu 2018. prošao jednogodišnji, dakle ne baš zanemarljiv vremenski period (a imajući u vidu da na problem nije prvi put ukazano tada), efikasnog rješenja, još uvijek nema. Prema informacijama, koje su dostupne javnosti, rad na izradi entitetskih i državnog zakona o suđenju u razumnom roku, izrodio je formiranjem radnih grupa i/ili sačinjavanjem njihove radne verzije. Način na koji će predmetni zakoni regulisati ovo pitanje, osim izvjesnih naslućivanja, za sada je nepoznat. Da li će naši zakonopisci akcenat staviti na preventivni, kompenzatorni ili pak kombinovani sistem zaštite je prostor za pravnu diskusiju.

Mislim da bi kombinovani sistem, koji bi, po ugledu na neke druge zemlje⁴⁰, podrazumijevao kombinovanje

⁴⁰ Primjera radi, prema Zakonu o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku (*Sl. gl. RS 40/15*), građani Republike Srbije mogu da podnesu prigovor radi ubrzanja postupka, žalbu i zahtjev za pravično zadovoljenje. O prigovoru odlučuje predsjednik suda pred kojim se vodi postupak. Ako usvoji prigovor, između ostalog, ima ovlašćenje da postupajućem sudiji naloži da u određenom roku preduzme procesne radnje koje djelotvorno ubrzavaju postupak. Žalbu stranka može izjaviti, između ostalog, i ako je njen prigovor odbijen ili ako predsjednik suda o njemu ne odluči u roku od dva mjeseca od dana prijema prigovora. Zahtjev za pravično zadovoljenje obuhvata pravo na novčano obeštećenje, te pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva ili presude kojom se utvrđuje povreda prava na suđenje u razumnom roku. Stranka može da tuži državu za naknadu imo-

zahtjeva za ubrzanje postupka, zahtjev za utvrđenje krajnjeg roka za rješavanje predmeta i tužbu za naknadu štete, bio najefikasnije rješenje. Trenutak usvajanja i početka primjene ovih zakona u potpunosti je neizvjestan, a s obzirom na dosadašnju aktivnost, čini se optimističnim računati na hitno postupanje. Iz toga slijedi i drugo pitanje: kako bez odlaganja otkloniti postojeću pravnu nesigurnost u pogledu zaštite prava građana na suđenje u razumnom roku. Budući da je Ustavni sud BiH svojim odlučivanjem, na gore opisani način, stvorio stanje u kojem potencijalni apelanti ne mogu sa sigurnošću znati na koje ponašanje su obavezni, tj. u kojim slučajevima njihova apelacija ima nade za meritorno odlučivanje, logično je očekivati od Suda autentično tumačenje vlastitog stava. Na taj način bi se razjasnilo da li apelanti mogu prosto “preskočiti” apelaciju i direktno se obratiti ESLJP. Sa visokom izvjesnošću bi se moglo pretpostaviti da je to u ovim okolnostima nesporno. Ali zbog različite prakse Ustavnog suda kako je upravo prikazana, nije suvišno otkloniti svaki rizik onome ko ima pravo samo na jedan korak i koga greška u tom koraku može skupo stajati. Pravila moraju biti jasna, precizna, nedvosmislena i dostupna. Ova mjerila kvaliteta zakona je potrebno shodno primijeniti i na “zakone postupanja” potencijalnih apelanata, u interesu pravne sigurnosti i vladavine prava⁴¹. Stav Ustavnog suda BiH je trenutno za njih “zakon” i ukoliko ne poštuju sudske odluke, biće “kažnjeni” odbacivanjem apelacije.

Drugi zahtjev koji optira mogao bi biti usmjeren ka tome da Ustavni sud, i prije isteka zadanog jednogodišnjeg roka (čiji kraj je neizvjestan) prekine sa sadašnjom praksom nepostupanja po predmetnim apelacijama. Ovom zahtjevu bi se mogao uputiti prigovor koji bi se usmjerio na pitanje da li bi takav “povrat nadležnosti” suštinski ili samo formalno (što nije u skladu sa praksom ESLJP) ispunio zahtjeve djelotvornosti pravnog lijeka. Takav prigovor bi se morao sukobiti sa činjenicom da ovaj sud nikada nije imao više ovlaštenja u odnosu na ona za koja je u posljednjoj fazi utvrdio da su nedovoljna, pa je ipak apelaciju smatrao djelotvornim pravnim sredstvom. Kontraargument bi mogao biti da je broj apelacija tada bio manji i da nije predstavljao sistemski problem. Ipak, činjenica je da ovaj problem neće uskoro izgubiti atribut “sistemskog”, a do tada građani nemaju u domaćem pravosudnom sistemu nijedan oblik zaštite ovog prava.

vinske i neimovinske štete, prouzrokovane povredom ovog prava.

⁴¹ Ustavni sud BiH je u Odluci o dopustivosti i meritumu br. U 15/18 podsjetio da “zahtjevi pravne sigurnosti i vladavine prava traže da pravna norma bude dostupna licima na koja se primjenjuje i da bude za njih predvidljiva, to jest dovoljno precizna da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze do stepena koji je razuman u datim okolnostima, kako bi se prema njima mogli ponašati. Kad se taj zahtjev ne poštuje, neodređene i neprecizne pravne norme otvaraju prostor arbitramom odlučivanju nadležnih tijela”.

U svakom slučaju ostaje otvoreno pitanje, da li će u slučaju “povrata nadležnosti” nakon isteka jednogodišnjeg roka (kad se to desi) apelacija povratiti i svoju djelotvornost i koji činilac će je tada ponovo učiniti djelotvornom. Da li je realno očekivati da će za jednu godinu doći do rasterećenja u broju predmeta u toj mjeri da “problem razumnog roka” prestane biti sistemski ili je upravo zbog toga ostavljen neodređen jednogodišnji rok, koji sam po sebi, bez namjere za prejudiciranjem, ostavlja i prostor eventualnoj arbitarnosti? Na ovom mjestu je zgodno spomenuti da je glavni argument Ustavnog suda nesvrshodnost nastavljanja odlučivanja u novim pojedinim predmetima ove vrste i da redovni sudovi žurno postupaju u tim predmetima, jer bi to stvaralo njihovu obavezu da postupaju mimo navedenih planova rješavanja predmeta. Potpuno suprotno tome, stav VSTV BiH je da “*plan nije prepreka njihovom rješavanju i da je u planove uključeno samo manji broj predmeta (30-40% sudijske godišnje norme) i da su sudije dužne i po predmetima van plana postupati po starosti inicijalnog akta*”⁴². Ovakve kontradiktornosti u stavovima najpoznatijih tijela za rješavanje ovog pitanja stvaraju dodatnu zabrinutost zbog konstruktivnosti sadašnjeg (ne)dje-

⁴² Izvještaj sa Konferencije “Pravosuđe – trenutno stanje i perspektiva sa akcentom na borbu protiv korupcije i organizovanog kriminala” iz 2018, dostupno na https://vstv.pravo.sudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=50596 (očitanje 28. 05. 2019).

lovanja Ustavnog suda. Ako pak napustimo teritorij nagadanja, čini se da u sadašnjem trenutku apelantima preostaje da se oslone na dostupnu praksu Ustavnog suda (iako, u najmanju ruku, zbunjujuću) i da tragom nje usmjere svoje postupke. Sa druge strane, nadležni organi moraju hitno preduzeti korake ka što bržem usvajanju potrebnih zakona i izmjena procesnih zakona, sa ciljem da se postupci ubrzaju u razumnoj mjeri.

U cjelini se mora zaključiti da je na način analiziran u ovom radu Ustavni sud BiH širokom krugu potencijalnih apelanata zatvorio svoja vrata. Od prava Ustavnog suda da se odluči na presedan koji je načinio, diskutabilna je nedorečenost sa kojom je to učinio. Nema dileme da je u ovom trenutku značajan broj građana koji se suočavaju sa činjenicom da postupci u kojima imaju status stranke traju nerazumno dugo, neizvjestan je trenutak njihovog okončanja, a lijeka za povredu koju trpe nema. U zbiru ovo čini da su potencijalni apelanti satjerani u pat poziciju, iz koje je izlaz, u sadašnjim prilikama, teško ili nemoguće pronaći. Imajući u vidu obavezu poštovanja evropskih standarda u pogledu zajamčenih standarda ljudskih prava, sagleđano iz drugog ugla, nisu samo nezadovoljne stranke suočene sa šahovskim problemom. BiH i njene pravosuđne karike imaju pred sobom zadatak koji zahtijeva hitnu reakciju i izlazak iz zone kršenja prava na suđenje u razumnom roku. U suprotnom, garancije tih prava, na koje se država obavezala, ostaće čista iluzija. O posljedicama se može samo spekulirati.

Summary

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and deciding suspension on violation of the right to trial within a reasonable time

In 2018, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina received over 1,700 new cases, in which the appellants invoked a violation of the right to trial within a reasonable time. A review of statistics shows that the same court, in the period from January 2008 to February 2017, made a total of 1,447 decisions, in which it was established that domestic courts did not make a decision within a reasonable time. The Constitutional Court and the most important judicial bodies recognized this "hyper-production" of appeals (in which appellants complained of (alleged) violations of the right to trial within a reasonable time) as a systemic problem. In that sense, the only remedy available to potential victims was to make an appeal to the Constitutional Court. Decisions of this court in cases of violation of the right to a trial within a reasonable time have, over the years, tensely moved in the direction of relativizing the appeal as an effective remedy. In November 2018, this court decided that a certain period will not decide on appeals that raise the question of the length of court proceedings that are ongoing in Bosnia and Herzegovina. Other words, every person within a particular group, in principle authorized to submit an individual appeal, can not enjoy the right to file an appeal for breach of the right to trial within a reasonable time. This practice represents a radical precedent in the practice of this court and after such a decision in the domestic legal system, there is no (effective) remedy for this violation of human rights.

In this paper, I will, through the stages, present the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina that have considered the violation of the right to a trial within a reasonable time, with special emphasis on the last stage, which took place in November 2018. I will focus on analyzing the practice of this court. One part of this paper makes a brief reference to the right to trial within a reasonable time and the right to an effective remedy in the context of their legal foundation and practical manifestation in Bosnia and Herzegovina. Apart from the questions considering the practical consequences of this precedent, I will also point to the state of legal insecurity and the urgent need for making concrete steps towards finding an effective solution to this legal issue.

Sadržaj:

1. Uvod	70
2. Predloženi ustavni amandmani	71
3. Venecijanska komisija	72

4. Nacionalna strategija razvoja pravosuđa za period 2019-2024. godine	73
5. Poglavlje za pristup Evropskoj Uniji broj 23	75
6. Zaključak	76

1. Uvod

Društvo sudija Srbije, zajedno sa Vladom Srbije, osnovalo je Pravosudni centar 2001. godine. Ni tadašnji ustav¹, ni trenutno važeći², nije bio prepreka postojanju Pravosudnog centra ili Pravosudne akademije (Akademija), odnosno institucije za početnu i stalnu obuku. Važno je imati u vidu da je obuka u Pravosudnom centru ili Akademiji samo jedan od mogućih puteva i sredstava za dostizanje glavnog cilja – stručnosti sudije. Akademija je započela sa svojim aktivnostima 1. januara 2010, iako je za svoj program početne obuke prvi put dobila odobrenje Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca tek 2015. Akademija je osnovana kako bi doprinela profesionalnom, nezavisnom, nepristrasnom i efikasnom obavljanju sudijske i tužilačke funkcije³, kao i da se odrede i objektivni kriterijumi prilikom izbora i napredovanja sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca. Cilj je samo delimično ispunjen, u pogledu početne obuke i to ne bez primedaba, a koje je iznela i Evropska Unija u svom Izveštaju o napretku Srbije⁴.

U poslednjih par godina, Akademija je značajno unapređena, ali i dalje postoji razlika između proklamovanog i stvarnog. Kapaciteti Akademije su nedovoljni, a kriterijumi za odabir komisija, mentora i predavača nisu dovoljno izgrađeni niti pouzdani kako bi institucija mogla da postane jedini “ulaz” u pravosuđe. Od samog početka aktivnosti Akademije, srpsko pravosuđe se suočilo sa problemom koji je proizašao od nedovoljno dobro osmišljenog položaja početne obuke. Prema Zakonu o sudijama⁵ i Zakonu o javnom tužilaštvu⁶,

kao i Zakonu o Pravosudnoj akademiji, Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca je trebalo da daju prioritet, u postupku predlaganja kandidata za sudije i javne tužioce, kandidatima koji su završili Akademiju. Ovi zakoni su “zaboravili” na skoro 2000 sudijskih i tužilačkih pomoćnika u tom trenutku, koji su uključeni u pravosudni sistem pre 2010. godine i koji su imali legitimna očekivanja, pošto su položili pravosudni ispit i radili u pravosuđu godinama, da će moći da konkurišu za funkciju sudije ili zamenika javnog tužioca.

Ustavni sud je proglasio odredbe pomenutih zakona neustavnim⁷ našavši da se njima krši načelo jednakosti građana koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji, da se ograničava Ustavom utvrđena nadležnost Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca, kao i da su ustavnopravno neprihvatljiva zakonska rešenja prema kojima su sva lica koja nisu završila početnu obuku na Akademiji, samim tim, suštinski eliminisana iz kruga kandidata za prvi izbor za sudiju određene vrste sudova i zamenike javnih tužilaca određene vrste javnih tužilaštava. Ovo posebno kada se ima u vidu da polaznici Akademije tokom početne obuke prvenstveno obavljaju poslove sudijskih i javnotužilačkih pomoćnika, jednako kao i sudijski i javnotužilački pomoćnici koji nisu “korisnici” te obuke.

Odlukom Ustavnog suda ukinuta je apsolutna prednost kandidata koji su završili početnu obuku na Akademiji. Propisivanje uslova za izbor na sudijsku, odnosno javnotužilačku funkciju predmet je Zakona o sudijama i Zakona o javnim tužilaštvima, a ne Zakona o Pravosudnoj akademiji, koji je “organizacioni zakon”⁸. Ta-

* Autorica je diplomirani pravnik, savetnik u Ministarstvu pravde Republike Srbije.

¹ Sl. list RS 1/90.

² Sl. gl. RS 98/06.

³ Čl. 2 Zakona o Pravosudnoj akademiji, Sl. gl. RS 104/09, 32/12 – odluka US i 106/15.

⁴ Komentari Radnog teksta amandmana na Ustav RS sa obrazloženjima, Društvo sudija Srbije, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Друштво%20судија%20Србије%20Коментар.pdf> (očitanje 07.06.2019).

⁵ Sl. gl. RS 116/08, 58/09 – odluka US, 104/09, 101/10, 8/12 – odluka US, 121/12, 124/12 – odluka US, 101/13, 111/14 – odluka US, 117/14, 40/15, 63/15 – odluka US, 106/15, 63/16 – odluka US i 47/17.

⁶ Sl. gl. RS 116/08, 104/09, 101/10, 78/11- dr.zakon, 101/11, 38/12 – odluka US, 121/12, 101/13, 111/14 – odluka US, 117/14, 106/15, 63/16 – odluka US.

⁷ Donošenjem Odluke Ustavnog suda br. IUZ-497/2011, na sednici održanoj 06. 02. 2014, odredbe čl. 40 st. 8, 9 i 11 Zakona o pravosudnoj akademiji su prestale da važe, nakon objavljivanja navedene odluke, te je ukinuta apsolutna prednost korisnicima početne obuke.

⁸ Akademija, kao ustanova koja obavlja delatnosti utvrđene zakonom, bavi organizovanjem početne i stalne obuke sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, obukom sudijskih i tužilačkih pomoćnika i pripravnika, kao i obukom sudskog i tužilačkog osoblja.

kođe, u odluci je navedeno da se spornim članovima krše načelo jednakosti građana koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji i povređuje Ustavom zajemčeno pravo na stupanje na javne funkcije pod jednakim uslovima.

Osam generacija Akademije je upisano od njenog formiranja 2010⁹. Od toga je samo 40 polaznika početne obuke izabrano na funkciju. Samo su polaznici prve generacije početne obuke, skoro svi, izabrani za pravosudne funkcije¹⁰. Pet godina nakon odluke Ustavnog suda, Srbija i dalje ima isti problem. Sa jedne strane su sudijski i tužilački pomoćnici, koji su godinama volontirali i radili, i sada bi da konkurišu za pravosudnu funkciju, a sa druge, polaznici Akademije, koji su nakon 30 meseci obuke, položili završi ispit, i imaju istu težnju kao i sudijski i tužilački pomoćnici. Obe strane imaju razloga za nezadovoljstvo, a nepostojanje konačne odluke, kao i neujednačenost u odlukama o izboru i nezauzimanje stava povodom ove stvari, ozbiljno doprinosi tim razlozima. Kako očekivati da jedna država ima jako, stabilno i nezavisno pravosuđe, kad je sam ulaz u isto, kao i potencijalni nosioci funkcija, pod znakom pitanja i bez odgovora već skoro deset godina.

Političari u Srbiji, sa posebnim žarom, istrajavaju u nameri da još uvek nejak Akademija postane jedini način izbora mladih pravnika za sudije. Ovakvo veliko interesovanje političara opravdava strahovanje sudija da Akademija može biti skriveni provodnik političkog uticaja na sudstvo. Vlast "instalira" taj provodnik zato što je primorana, ustavnim izmenama, da se odrekne prvog izbora sudija u Skupštini. Stoga, prepuštajući Akademiji selekciju polaznika, vlast unapred utiče na to ko će biti sudija¹¹.

Razumem borbu za vlast, uticaj na sudstvo, kao i prolongiranje kandidata, sve su to koruptivna pitanja sa kojima se suočavanju i druge države, naročito u regionu. Ali ne razumem zašto, pored toliko jake pravne struke i stručnjaka, ne možemo da nađemo rešenje za ovo vrlo bitno pitanje. Postoji toliko jakih strukovnih udruženja i ogromno iskustvo trenutnih vršioca funkcije, da je besmisleno ne dati veći značaj i ulogu njima. Mišljenja sam da bi uzajamna saradnja sa navedenim licima mogla samo da pomogne, ako ne i otkloni veći deo problema.

2. Predloženi Ustavni amandmani

Za sudiju može biti izabran državljani Republike Sr-

bije koji ispunjava opšte uslove za rad u državnim organima, koji je završio pravni fakultet, položio pravosudni ispit i koji je stručan, osposobljen i dostojan sudijske funkcije¹². Takođe, potrebno je posedovanje dovoljnog radnog iskustva. Nacrtom ustavnih amandmana svemu ovome se dodaje još i uslov "završene obuke u Pravosudnoj akademiji"¹³. U finalnoj verziji Nacrta amandmana na Ustav Srbije¹⁴ Akademija se definiše kao samostalna institucija koja obučava sudije, javne tužioce i zamenike javnih tužilaca, kao i kandidate za te funkcije i vrši druge poslove određene zakonom. Pored novine koja se ogleda u predlogu ustavnih amandmana, oformljena je i nova radna grupa u Ministarstvu pravde, koja je započela rad na izmenama Zakona o Pravosudnoj akademiji, a sve u cilju razvoja pravosuđa.

Zakonima (pre svega Zakonom o sudijama i Zakonom o Visokom savetu sudstva¹⁵) nije uspostavljen pravi karijerni sistem u sudstvu. Zapravo, svako upražnjeno mesto u sudskom sistemu, bez obzira na nivo (prvi stepen, drugi ili najviši) oglašava Visoki savet sudstva i svako ko ispunjava kriterijume kvalifikuje se kao mogući kandidat. Posledica ovog otvorenog sistema jeste da se bira, ne sudija, nego sudija određenog suda. Drugim rečima, kandidati ne ulaze u sudski sistem i ne postaju njegov deo za ceo život, bez obzira u kojem tačno sudu rade. U ovom kontekstu, amandman će stvoriti vrstu "spiska" mogućih kandidata za prvi izbor na sudijsku funkciju, na koju bi se moglo "ući" samo kroz instituciju za obuku u pravosuđu¹⁶.

Naime, sudovi isključivo prvostepene nadležnosti su prekršajni (660 sudija), osnovni (1464 sudije), privredni (178 sudija) sudovi i Upravni sud (40 sudija), ukupno 2342 od 2586 sudija koji su radili u sistemu na kraju 2017. godine. Drugim rečima, izbor sudija koji se prvi put biraju za određene sudijske funkcije (i to na više od 90 % sudijskih mesta) biće prethodno izvršen u Akademiji, među kandidatima koje je ona "predodabrala" kao svoje polaznike¹⁷.

Neophodni zakoni bi morali da uredi mnoge aspekte koje Ustav ne može da predvidi u detalje. Treba imati u vidu da ovaj amandman, koji nosi naziv: Uslovi za izbor za sudija¹⁸, u stvari ne propisuje opšte i posebne uslove za izbor sudije, i time ne postavlja ograničenje zakonodavcu. Njime je samo propisan dodatni uslov (završena obuka u instituciji za obuku u pravosuđu). To ima za posledicu da će zakoni urediti uslove za izbor, od kojih su neki od ključnog značaja, poput:

⁹ Prema dostupnim podacima prva generacija je imala 22 polaznika, druga 27, treća 37, a u četvrtoj i petoj po 24 polaznika.

¹⁰ Od 22 polaznika početne obuke prve generacije 19 je izabrano na funkciju. Jedan polaznik nije ni započeo obuku, drugi je izabran za nosioca pravosudne funkcije za vreme trajanja obuke, a treći se, pri izboru za funkciju, nije složio sa predloženim mestom za rad, te nije položio zakletvu.

¹¹ Društvo sudija Srbije (bel. 4).

¹² Čl. 43 Zakona o sudijama.

¹³ Radni tekst amandmana Ministarstva pravde na Ustav RS, <http://www.emins.org/wp-content/uploads/2018/11/Ustav-ni-amandmani-IV-verzija-srp.pdf> (očitanje 07. 06. 2019).

¹⁴ *Ibid*, Amandman XXXI.

¹⁵ *Sl. gl. RS* 116/08, 101/10, 88/11 i 106/15.

¹⁶ Društvo sudija Srbije (bel. 4).

¹⁷ *Ibid*.

¹⁸ Amandman na Ustav (bel. 13).

akreditacije institucije za obuku u pravosuđu; načina i postupka u kome se to čini; određivanja javnog karaktera institucije ili eventualnog dopuštanja da ona ima i privatni karakter; mogućnosti postojanja razumnih ograničenja troškova koje bi polaznici snosili, kako bi se izbeglo da se sudije biraju na posredan način (ili “predodabiraju”) na osnovu njihovih primanja¹⁹.

Drugim rečima, to znači da ne bi bio protivustavan podzakonski akt Vlade (na primer, pravilnik) koji predviđa da je “akreditovana privatna institucija za obuku u pravosuđu” ovlašćena da organizuje i pruži “vidove obuke predviđene zakonom”. Trenutno, čini se da je Akademija jedina institucija za obuku koja može da “predodabira” kandidate, ali ne bi bila neustavna ni moguća brza promena u navedenom smislu. Pored toga, postojanje institucije za predizbor (ili više njih), bi suštinski obesmisliло ulogu Visokog saveta sudstva, čija je obaveza/ovlašćenje da izabere i imenuje sudije ograničena, bar što se tiče “prvog izbora kandidata na određene funkcije”, na one koji ispunjavaju dodatni preduslov. Ova situacija će za nekoliko godina praktično uticati na sve kandidate na pomenutim funkcijama, i ponovo će pokrenuti problem statusa “ovlašćenih institucija za obuku u pravosuđu” i mogućeg političkog uticaja na njih²⁰.

Ovom izmenom, završene obuke u Akademiji, bi se budućnost domaćeg pravosuđa gradilo na principu isključivanja kandidata koji poseduju potrebno znanje, veštinu i moralne odlike jer nisu završili obuku u Akademiji²¹. Prioritet pri izboru na pravosudnu funkciju mora biti da li kandidat ispunjava uslove, a ne način sticanja istih. Od velike važnosti je da uslovi budu postavljeni tako da bi se izabrao najbolji kadar, jer od kvaliteta sudija, javnih tužilaca i zaposlenih, zavisi pravilno funkcionisanje pravosuđe.

Postoji predlog rešenja za sudijske i tužilačke pomoćnike, a ogleda se u tome da u prelaznoj fazi im se omogući da budu zastupljeni u izborima na funkcije kroz tzv. model “kvote”, gde bi se pored svršenih polaznika Akademije birali i ostali kandidati u zakonom određenom procentu do potpunog uvođenja završne početke obuke kao neophodnog uslova za izbor. Nakon tog trenutka, ova kategorija bi bila zastupljena u vidu polaznika Akademije, koji i inače u najvećem delu na početnu obuku dolaze sa radnih mesta sudijskih i tužilačkih pomoćnika²².

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Komentar Društva sudija Srbije, http://www.sudije.rs/images/2018_04_30_JAS_Komentari_Nacrta_amandmana.pdf (očitanje 07. 06 .2019).

²¹ Pravosudna akademija kao jedini način ulaska u pravosuđe: ko dobija, a ko gubi, <http://www.emins.org/pravosudna-akademija-kao-jedini-nacin-ulaska-u-pravosude-ko-dobija-a-ko-gubi/> (očitanje 07.06.2019).

²² Predlog Alumni klub Pravosudne akademije za dopunu Nacrta Nacionalne strategije reforme pravosuđa za period 2019-2024. godine Ministarstva pravde, <https://www.mpravde.gov.rs/files/A%25%1fD0%BBУмн%25%1fD0%B8%20клуб%20Правосудне%20академије.pdf> (očitanje 07. 06. 2019).

Postavlja se pitanje, da li davanjem ustavnog ranga instituciji za obuku, Ministarstvo pravde u stvari isključuje svaku mogućnost ocene ustavnosti odredaba koje ograničavaju ustavom propisanu nadležnost pravosudnih saveta propisivanjem njihove dužnosti da sudije i zamenike javnih tužilaca izaberu među kandidatima koje je prethodno selektirala i “formirala” Akademija²³. Mišljenja sam da je Akademiji mesto u Ustavu, ali su potrebne jake garancije i čvrst organ vođenja, jer u suprotnom bi se mogli pojaviti novi problemi, a koje navodim u daljem tekstu.

3. Venecijanska komisija

Ustavni amandman²⁴, koji pored opštih uslova, dodaje i uslov “završene obuke u Pravosudnoj akademiji” je jedini specifičan aspekt u samom Ustavu. Delegacija Venecijanske komisije je obavestena da je odredba namenjena rešavanju problema ustavnosti izazvanom odlukom koju je doneo Ustavni sud Srbije. Venecijanska komisija je navela dve glavne primedbe²⁵ u vezi sa dizanjem Akademije na ustavni rang. Prva primedba se odnosi na to da nezavisnost ove institucije nije garantovana Ustavom. A druga se tiče praktičnog iskustva sudskih pomoćnika, koji tradicionalno rade u sudskom sistemu sa očekivanjem da se ovim može otvoriti mogućnost bar za neke od njih da postanu sudije, nije uzeta u obzir.

Venecijanska komisija smatra da je postojanje Akademije dobrodošlo i da postavljanje nje kao jedinog “čuvara ulaza” u pravosuđe dobro postavljeno, uz aspiracije i posvećenost da se ojača kapacitet i profesionalizam sudske i tužilačke obuke, ali da bi bilo preporučljivo zaštititi Akademiju od mogućeg neprimerenog uticaja, tako što bi joj se obezbedio čvrst statut u Ustavu, da sama Akademija mora imati garancije nezavisnosti²⁶. Prema prelaznom merilu, Srbija treba da obezbedi da Akademija usvoji višegodišnji program rada, pokrivajući ljudske i finansijske resurse i dalji razvoj programa obuke. Srbija, takođe, treba da omogući održivo i dugoročno rešenje finansiranja Akademije, da primenjuje kvalitetan mehanizam kontrole i redovno i efikasno ocenjuje uticaj obuke. Venecijanska komisija je savetodavno telo, koje daje samo konkretna mišljenja o konkretnim ustavnopravnim rešenjima pojedinačnih država i njihovoj usaglašenosti sa standardima. Ona nije izvor standarda u oblasti pravosuđa i nezavisnosti sudstva, tako da Srbija nije obavezna da slepo prati mišljenje i savete. Mnoga druga tela pak kreiraju te standarde, uključujući i Sud za ljudska pra-

²³ Društvo sudija Srbije (bel.4).

²⁴ Amandman na Ustav (bel.13), Amandman VII.

²⁵ Mišljenje Venecijanske komisije br. 921/2018 o nacrtu amandmana na Ustavne odredbe o pravosuđu, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Misljenje%20Venecijanske%20komisije%20prevod%20srpski.pdf>, tačka 40 (očitanje 07. 06. 2019).

²⁶ *Ibid.*, t. 42.

mativni i institucionalni okvir, dalje jačanje integriteta nosilaca pravosudnih funkcija kroz jačanje mehanizma odgovornosti sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, podizanje kvaliteta pravosudnog sistema jačanjem stručnosti i osposobljenosti nosilaca pravosudnih funkcija i zaposlenih u pravosuđu³⁹. Kao jednu od najznačajnijih mera, Strategija, predviđa potrebu za izmenom ustavnog okvira u oblasti pravosuđa, koja se pre svega odnosi na uticaj zakonodavne i izvršne vlasti na proces izbora i razrešenja sudija, predsednika sudova, javnih tužilaca, odnosno zamenika javnih tužilaca, kao i izbornih članova Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca, uz preciziranje uloge i položaja Akademije, kao mehanizma ulaska u pravosuđe. Ovaj proces je u prethodnom periodu započeo, ali će njegovo okončanje i adekvatno sprovođenje predstavljati najveći izazov nove Strategije⁴⁰.

Kao rezultat sprovođenja Strategije 2013-2018, a u okviru mera usmerenih na jačanje nezavisnosti pravosuđa, izmenom seta pravosudnih zakona, u meri u kojoj je to dozvoljavao važeći Ustav, umanjeno je uticaj zakonodavne vlasti na proces izbora nosilaca pravosudnih funkcija. Usvajanjem neophodnih pravilnika od strane Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca, precizirana su pravila i procedure izbora, napredovanja i vrednovanja rada nosilaca pravosudnih funkcija, kao i postupak za utvrđivanje disciplinske odgovornosti. U proteklih šest godina, veliki napredak, ostvaren je u uspostavljanju veće transparentnosti pravosudnog sistema i pristupa pravdi, imajući u vidu da je javnost rada Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca značajno unapređena, a uspostavljeni su i brojni servisi za građane⁴¹.

U toku sprovođenja Strategije 2013-2018. uloženi su značajni naponi u unapređenje stručnosti nosilaca pravosudnih funkcija, kao i u obuku predstavnika novih pravosudnih profesija, kao što su javni beležnici, javni izvršitelji, medijatori, ali i veliki broj lica zaposlenih u pravosuđu⁴². Akademija je usvojila brojne akte kojima se uređuju programi i realizacija obuka, što kontinuirano doprinosi jačanju kvaliteta, stručnosti i osposobljenosti pravosuđa⁴³. Značajan pomak ostvaren je uvođenjem sistema izbora i obuke pripravnika, a uspostavljeni su i jasni i merljivi kriterijumi za ocenu rada sudijskih i tužilačkih pomoćnika. Imajući u vidu tendencije formiranja nove pravosudne profesije, odnosno jasnijeg definisanja statusa, uloge i odgovornosti sudijskih i tužilačkih pomoćnika, neophodno će biti preduzeti i odgovarajuće mere u cilju definisanja posebnog programa njihove obuke⁴⁴.

U toku sprovođenja Strategije 2013-2018. ostvareni su i značajni rezultati u unapređenju stručnosti nosilaca

pravosudnih funkcija, predstavnika novih pravosudnih profesija, kao i velikog broja zaposlenih u pravosuđu. Uspostavljeni su novi programi kontinuirane obuke i značajno su unapređeni kapaciteti i transparentnost rada Akademije⁴⁵. Tokom prošle godine je prvi put organizovan prijemni ispit za sudijske i tužilačke pomoćnike od strane Akademije. Ovu odluku pozdravljam i smatram je vrlo korektnom, obzirom da se stručnost polaznika Akademije, takođe, testira na prijemnom ispitu i da Visoki savet sudstva, kao i Državno veće tužilaca sprovodi testove u postupku izbora za pravosudnu funkciju. Kada je reč o jačanju kapaciteta Akademije, obezbeđena je nova zgrada čija je rekonstrukcija u toku⁴⁶. Očekuje se da će nove prostorije u potpunosti odgovarati potrebama Akademije, u cilju ostvarivanja njene uloge u punom kapacitetu.

Rad po prethodnoj Strategiji se završio, kao što sam gore navela, a potreba za daljim razvojem je i dalje vrlo osetna, te stoga postoje predlozi za novu Strategiju 2019-2024. Što se tiče same Akademije, najvažnija pitanja su reforma sastava i ovlašćenja organa upravljanja, kao i načina formiranja komisije koja bi sprovodila prijemni ispit za buduće polaznike Akademije. Postoji mišljenje da bi Komisija za prijemni ispit trebala biti sastavljena iz nezavisnih stručnjaka, sudija i tužilaca, i da mora postojati involviranost pravosudnih saveta u sam postupak izbora polaznika Akademije, kao i da mi organ upravljanja u svom sastavu morao da obuhvati najviše pravosudne funkcionere (predsednika i sudije Vrhovnog suda, Vrhovnog javnog tužioca i zamenike vrhovnog javnog tužioca)⁴⁷. Apsolutno se slažem sa ovim, imajući veru u veliku stručnost nosilaca pravosudnih funkcija, i da bi se na taj način otklonila i sumnja u sam izbor izabranik polaznika Akademije.

Predlog Alumnog kluba Pravosudne akademije je da se razmisli i o razdvajanju početne obuke, odnosno da postoji obuka za sudije i obuka za javne tužioce. Zatim, da se poradi na sadržajnosti samog programa (a što sam navodila u prethodnom radu⁴⁸), kao i da se broj polaznika mora uskladiti sa procenjenim brojem potrebnih sudija i zamenika javnih tužilaca, jer bi se u suprotnom neefikasno upravljalo kadrovima i obuka se svela na formalnost. Takođe, kroz programe obuke je potrebno jačati svest budućih nosilaca pravosudne funkcije o njihovoj društvenoj ulozi, važnosti principa sudijske nezavisnosti i tužilačke samostalnosti i vršiti edukaciju u pogledu međunarodnih standarda koji se odnose na njihove statuse⁴⁹.

Radna grupa za izradu smernica za reformisanje i razvoj Pravosudne akademije, koju je obrazovala Komisija za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa 2013-2018, dana 02. 06. 2014. godine usvojila

³⁹ Strategija (bel. 29), ss. 7 i 8.

⁴⁰ *Ibid*, s. 4.

⁴² *Ibid*, s. 8.

⁴³ *Ibid*, s. 21.

⁴⁴ *Ibid*, s. 21.

⁴¹ *Ibid*, s. 8.

⁴⁵ *Ibid*, s. 8.

⁴⁶ Sedište Akademije je u Beogradu, u ul. Terazije 41.

⁴⁷ Alumni klub (bel. 22), s. 3.

⁴⁸ Brkić/Stevanović (bel. 36), ss. 6,7 i 8.

⁴⁹ Alumni klub (bel. 22), s. 4.

30 smernica i preporuka u cilju daljeg razvoja Akademije. Zaključak te radne grupe je da Akademija, kao obavezan uslov za prvi izbor sudija i javnih tužilaca, može biti strateški cilj ostvariv tek posle temeljne reforme koncepcije Akademije, koja do tada ni ne treba da postane ustavna kategorija. Pravnu analizu predstavio je dana 29. 11. 2016. predsednik Vrhovnog kasacionog suda, koji je bio i predsednik Radne grupe, na sastanku sa svim predsednicima sudova u Srbiji, prethodno zatraživši od sva četiri apelaciona suda i od svih sudova republičkog ranga da se o njoj izjasne. Na sastanku se iskristalisalo da zaključke Pravne analize, osim uz par izuzetaka (između ostalog, i u vezi sa članstvom ministra u pravosudnim savetima) prihvata celo pravosuđe. Isti zaključak prihvatila je i Radna grupa za izradu analize izmene ustavnog okvira. Stoga je bilo logično da ova Pravna analiza, uz određene dopune i razradu, kao što je to Strategijom 2013-2018. i bilo planirano, postane zvanična platforma sa koje bi mogla da otpočne javna rasprava o izmenama Ustava. Iako je u prvom nacrtu revidiranog Akcionog plana za pregovaranje poglavlja 23 ova aktivnost precrtana, što bi značilo da je obavljena, ova je aktivnost izvršena samo delimično – izrađena je Pravna analiza, ali nije izvršeno predlaganje mogućih izmena Ustava. Ministarstvo pravde je “zaboravilo” na Pravnu analizu, sklonilo je od očiju javnosti i u maju 2017. pozvalo strukovna udruženja i organizacije građanskog društva da dostave svoje komentare i predloge za izmenu Ustava u delu koji se odnosi na pravosuđe. Time je pokrenut neformalni, propisima nepredviđeni, konsultativni proces iz koga je Ministarstvo pravde iznedrilo 22. januara 2018. Radni tekst amandmana na Ustav Republike Srbije, koji je, iako ga je Ministarstvo pravde unapređivalo još tri puta pod različitim naslovima (13. aprila, 11. septembra i 11. oktobra 2018), suštinski zadržao rešenja iz januarskog dokumenta, sasvim različita od zaključaka Pravne analize. Međutim, zbog brojnih i bitnih nedostataka koji se ne mogu otkloniti “popravljkama” ponuđenog teksta, a koja su suštinski zadržana i u poslednjoj verziji ustavnih amandmana od oktobra 2018, formiran je jedinstveni stav pravne struke u Srbiji – strukovnih udruženja sudija, tužilaca i sudijskih i tužilačkih pomoćnika, građanskih udruženja koja se bave zaštitom ljudskih prava, najviših pravosudnih institucija – Vrhovnog kasacionog suda, Visokog saveta sudstva, Državnog veća tužilaca i brojnih sudova, kao i najeminentnijih profesora ustavnog prava, teorije države i prava i sudsko-organizacionog prava, da tekst amandmana treba povući i pristupiti izradi sasvim novog teksta, uz poštovanje ustavne procedure i principa moderne konstitucionalne demokratske države⁵⁰.

Akademija je, uprkos svim gore navedenim predlozima i smernicama, donela Strateški plan razvoja Pravosudne akademije za period 2016-2020. godine⁵¹ i postavila

sebi četiri osnovna cilja: dalje jačanje kapaciteta Pravosudne akademije, u cilju postizanja efikasne institucije za obuku i istraživanje; razvoj održivih programa obuke nosilaca pravosudnih funkcija, kako za početnu tako i za stalnu obuku; davanje podrške razvoju sistema odabira, selekcije i izbora nosilaca pravosudnih funkcija zasnovan na rezultatima rada i dalji razvoj umrežavanja i eksterne saradnje sa partnerima⁵².

5. Poglavlje za pristup Evropskoj Uniji broj 23

Vlada Republike Srbije je 27. aprila 2016. godine⁵³ usvojila Akcioni plan za pregovaranje Poglavlja 23⁵⁴ i dostavila ga EU. Cilj utvrđen Akcionim planom je da se obezbedi nezavisnost i odgovornost pravosuđa i eliminiše uticaj izvršne i zakonodavne grane vlasti na sudstvo i obezbedi potpuna nezavisnost⁵⁵. Prema važećem Ustavu Srbije, pravi poredak je jedinstven, a odnos tri grane vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) zasniva se na ravnoteži i međusobnoj kontroli, s tim da je sudska vlast nezavisna⁵⁶. Nezavisnost znači da je pravosuđe oslobođeno spoljnog pritiska i da nije predmet političkog uticaja ili manipulacije, posebno od strane izvršne vlasti, ali i da ovakva postavka činjenica ne isključuje bilo kakvu interakciju sa drugim granama vlasti⁵⁷. Međutim, ta “sudska nezavisnost” je izuzetno ugrožena, iako ima dosta razloga, jedan je vrlo očigledan, a u pitanju je postojeći način izbora sudija i javnih tužilaca.

Ustavom Srbije je regulisan izbor sudija i javnih tužilaca⁵⁸. Prvi put na funkciju sudije bira Narodna skupština, na period od tri godine, nakon čega ih na stalnu funkciju bira Visoki savet sudstva. Kako možemo govoriti o pravosuđu lišenog političkog uticaja, kad upravo kandidate za probni mandat bira zakonodavno telo. Javne tužioce, takođe, bira Narodna skupština, na predlog Vlade, ali bez mogućnosti izbora na stalnu funkciju, već svakih šest godina se vrši reizbor.

Nacrt ustavnih izmena, koje priprema Ministarstvo pravde⁵⁹, izbor sudija i javnih tužilaca izmešta iz Vlade i Narodne skupštine u posebna sudska i tužilačka tela (Visoki savet sudija i Državno veće tužilaca). Predloženi nacrt predviđa da se krug kandidata za sudske i tužilačke funkcije ubuduće suzi isključivo na one koji su

⁵¹ Akcioni plan Pravosudne akademije za period 2016-2020, <https://www.pars.rs/images/dokumenta/Akcioni-plan-PA.pdf> (očitanje 07. 06. 2019).

⁵² *Ibid*, s.5.

⁵³ Poglavlje 23 – Pravosuđe i osnovna prava.

⁵⁴ Akcioni plan za pregovaranje Poglavlja 23, <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nacrt-%20Konacna%20verzija1.pdf> (očitanje 07. 06. 2019).

⁵⁵ Više vidi: A. Stevanović, Ispunjenje kriterijuma Republike Srbije za pristup Evropskoj Uniji, *Sveske za javno pravo*, 9/2018, ss. 46-55.

⁵⁶ Čl. 4 Ustava RS.

⁵⁷ Venecijanska komisija (bel. 25), tč. 12.

⁵⁸ Čl. 147-165 Ustava RS.

⁵⁰ Društvo sudija Srbije (bel. 4), s. 7.

prošli posebnu obuku u obrazovnoj instituciji – Pravosudnoj akademiji. Ovako postavljene stvari ukazuju na potencijalni vid manipulacije zakonodavne i izvršne vlasti, kojim bi te dve vlasti zadržale mogućnost odlučivanja o sastavu pravosudnih organa. Akademija jeste samostalna, ali je i sa upravljačkim organima koji odražavaju sastav Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca. Obzirom da predstavnici izvršne vlasti učestvuju u izboru sudija i javnih tužilaca, kao i da nadzor nad radom Akademije vrši Ministarstvo pravde, ne može se govoriti o nezavisnosti pravosuđa.

Značaj adekvatne stručne pripreme za stupanje na pravosudnu funkciju, kao i kontinuiranog unapređenja znanja i veština za njeno efikasno vršenje, praćen obezbeđivanjem adekvatnih uslova za rad, prepoznat je i jasno definisan u brojnim međunarodnim dokumentima koji sadrže evropske standarde u oblasti organizacije i funkcionisanja pravosuđa. Kontinuiranim unapređenjem nivoa stručnosti nosilaca pravosudnih funkcija, njihova nezavisnost, nepristrasnost i odgovornost dobijaju puni smisao. Njihova stručnost, ujedno je pokretački mehanizam reformi, ali i njihov predmet. Tako je Preporukom CM/Rec (2010) 12 Komiteta ministara Saveta Evrope⁶⁰, u Poglavlju 6, koje uređuje status sudije, predviđeno da je sudijama potrebno pružiti teorijsko i praktično početno i kontinuirano stručno usavršavanje u potpunosti o trošku države. Ono bi trebalo da obuhvati ekonomska, socijalna i kulturna pitanja potrebna za obavljanje sudijske funkcije. Intenzitet i trajanje takvog usavršavanja bi trebalo određivati u funkciji prethodnog profesionalnog iskustva, pri čemu bi nezavisni organ trebalo da se stara o tome da, uz puno poštovanje nezavisnosti obrazovnog sistema, programi stručnog usavršavanja ispunjavaju uslove otvorenosti, stručnosti i nepristrasnosti svojstvene sudijskoj funkciji⁶¹.

Istom preporukom, predviđena je dužnost sudija da redovno obnavljaju i razvijaju svoja znanja. Dužnost stručnog usavršavanja sadržana je i u Preporuci Rec 2000/19 Komiteta ministara Saveta Evrope (par. 7)⁶² u kojoj se navodi da je usavršavanje i obaveza i pravo svih tužilaca, pre imenovanja kao i na trajnoj osnovi. Države stoga treba da preduzmu efikasne mere kojima se obezbeđuje odgovarajuća edukacija i usavršavanje tužilaca, kako pre tako i nakon njihovog imenovanja.

U izveštaju o napretku Srbije Evropske komisije⁶³, iz aprila 2018, u delu koji se tiče Poglavlja 23, pominje se Akademija, kao insitucija koja sprovodi obuke pra-

vosudnih kadrova. U zaključku ovog dela navodi se da je “potrebno da Akademija obezbedi odgovarajuće kapacitete kako bi postala adekvatan ulaz u pravosudnu profesiju”. Ovakav zaključak je drugačiji u odnosu na prethodne izveštaje Evropske komisije, obzirom da se komisija nije opredelila za “jedinostveni ulaz u profesiju”, već je insistirala na kvalitetu i transparentnosti izbora koji treba da bude bazira na stručnosti i profesionalnom radu. Evropska komisija je odustala od predloga da Akademija bude jedina, a što i jeste naš najveći kamen spoticanja u vezi sa izmenama Ustava.

Proces izrade Strategije 2019-2024. i proces revizije Akcionog plana za poglavlje 23 odvija se paralelno, te je njihova sadržina u najvećoj mogućoj meri usklađena, kako međusobno, tako i sa sadržinom prelaznih merila u okviru Poglavlja 23. Time je izbegnut raniji dualizam strateških dokumenata u oblasti reforme pravosuđa, koji je istaknut kao problem u ranijim analizama, a Akcioni plan 23 ujedno preuzima ulogu akcionog plana za sprovođenje Strategije 2019-2024. Ovakvo usmeravanje i preciziranje reformskih koraka značajno će olakšati i njihovu kontekstualizaciju i povezivanje u okviru Nacionalnog programa za usvajanje pravnih tekovina EU32, čiji je jedan od prioriteta “Demokratija i vladavina prava”. U značajnoj meri, biće olakšano i praćenje i ocena uspešnosti sprovođenja reformi⁶⁴. Iz navedenih razloga praćenje sprovođenja Strategije 2019-2024. biće u nadležnosti tela zaduženog za praćenje sprovođenja Akcionog plana 23 i u skladu sa metodologijom predviđenom tim strateškim dokumentom, sa ciljem postizanja maksimalne efikasnosti mehanizma praćenja pravosudne reforme, obezbeđivanja što objektivnijih izveštaja, kao i jačanja odgovornosti za rezultate reformi kod samih nosilaca reformskih mera, neophodno je razvijati i sprovesti programe obuke usmerene na jačanje kapaciteta institucija u procesu samoprocene i izveštavanja⁶⁵.

6. Zaključak

S obzirom na značaj i ulogu koju Akademija s pravom zavređuje, svojim dosadašnjim radom u unapređenju stručnosti nosilaca pravosudnih funkcija i svih pravosudnih profesija, veliki naponi uloženi su u jačanje njenih kapaciteta, ali je na njima potrebno kontinuirano raditi, kako bi se stekli uslovi neophodni za ostvarenje njene uloge u punom kapacitetu.

Takođe, imajući u vidu da je Akademija usvojila Strateški plan za razvoj pravosudne akademije za period 2016-2020, u narednom periodu potrebno je obezbediti uslove za njegovo dosledno sprovođenje. Imajući u vidu intenzitet društvenih promena, kao i reformske korake

⁵⁹ Amandman (bel. 13).

⁶⁰ Preporuka CM/Rec (2010), <https://vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/Preporuka%20CM-Rec%282010%2912%20Komiteta%20ministarar%20Drzavama%20clanicama%20o%20sudijama%20-%20%20nezavisnost%2C%20delo%20tvornost%20i%20odgovornosti.pdf> (očitanje 07. 06. 2019).

⁶¹ Strategija (bel. 29), s. 20.

⁶² Preporuka Rec 2000/19 Komiteta ministara Saveta Evrope, <https://rm.coe.int/16804bfd9> (očitanje 07. 06. 2019).

⁶³ Izveštaj Evropske komisije o napretku RS, [http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_srbiiji\(1\).pdf](http://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_srbiiji(1).pdf) (očitanje 07. 06. 2019).

⁶⁴ Strategija (bel. 29), s. 37.

⁶⁵ *Ibid*, ss. 9 i 10.

uslovljene procesom pridruživanja Republike Srbije EU, neophodno je dalje unapređenje programa obuke na Akademiji, uključivanjem novih tematskih oblasti koje proističu iz ovih procesa, a naročito oblasti koje se odnose na praksu Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde.

Poseban akcenat trebalo bi staviti na ispunjenje prelaznog merila tako da se obezbedi da se potrebe za obukom vrednuju prilikom ocenjivanja rada sudija i tužilaca. Neophodno je da unapređenje programa obuke bude praćeno odgovarajućim infrastrukturnim i administrativnim kapacitetima Akademije, kao i mehanizmima kontrole kvaliteta obuke.

Među sudijama postoji izrazito negativna percepcija procesa izbora na pravosudnu funkciju i napredovanje u karijeri. Vrlo visoko nepoverenje u objektivnost kriterijuma po kojima se ovi procesi odvijaju iskazalo je čak 84,07 % sudija, koji smatraju da se izbori na funkciju i napredovanje u karijeri ne odvija po isključivo objektivnim kriterijumima. Takođe, vrlo je visok procenat sudija u Srbiji (77,91 %), koji veruju da u postupku izbora za nove sudije, kod kandidata koje predlaže Visoki savet sudstva, postoji nepotizam ili lična veza⁶⁶.

Postoji mišljenje da, što se tiče prvog izbora na pravosudnu funkciju, je rešenje završena početna obuka na Akademiji, kao formalni uslov za izbor⁶⁷. To nije idealan sistem, budući da se ni na zahtevnom prijemnom ispituu na Akademiji ne mogu utvrditi sve osobine koje čine odličnog sudiji, ali postojeći sistem je gora varijanta, jer počiva na neizmerivim i međusobno neporedivim kriterijumima za izbor. Kao što sam gore navela, čak 80 % sudija i javnih tužilaca veruje da od lične veze i nepotizma zavisi dolazak na pravosudnu funkciju. Takav stav nosilaca pravosudnih funkcija je poražavajuć. Možda je potrebno zahtevati bolje obrazloženje odluka članova Visokog saveta sudstva i Visokog saveta tužilaca. Iz obrazloženja odluke o izboru treba biti jasno ne samo da izabrani ispunjava uslov za izbor, već i da je bolji od svakog drugog kandidata. Preventivno delovanje na oba saveta ostvarilo bi se povećanjem "kulture pobijanja" odluka saveta o izboru pred Ustavnim sudom ili Upravnim sudom, tako što bi kolege koje nisu napredovale češće tražile zaštitu od proizvoljnih odluka saveta. Transparentnost i objektivni kriterijumi u postupku izbora sudija i tužilaca

⁶⁶ Stavovi sudija i tužilaca u pravosuđu u RS, <http://www.alumni-pars.rs/wp-content/uploads/2017/12/СТАБОВИ-СУДИЈА-И-ТУЖИЛАЦА-for-web-final.pdf>, s. 17, (očitanje 07. 06. 2019).

⁶⁷ *Ibid*, s. 27.

jesu u interesu i onih koji vrše izbor, jer ih ti kriterijumi i procedure štite od pritiska⁶⁸.

Da bi se omogućila realizacija specifičnog cilja, koji se ogleda u daljem razvoju pravosudnog sistema, u kome se na sveobuhvatan i organizovan način sprovodi stručno usavršavanje nosilaca pravosudnih funkcija i obuka sudijskih i tužilačkih pomoćnika i pripravnika zaposlenih u pravosuđu, kao i pravosudnih profesija, neophodno je sprovođenje sledećih mera: Kontinuirano unapređenje svih programa obuke na Akademiji u skladu sa novim ustavnim i zakonskim rešenjima; jačanje kapaciteta Akademije u cilju uspešnog savladavanja novih izazova i uloge u skladu sa novim ustavni i zakonskim rešenjima; uspostavljanje sistema kontrole kvaliteta obuke na Akademiji; procena potreba za dodatnom obukom na osnovu vrednovanja rada nosilaca pravosudnih funkcija; ocena uticaja sprovedenih obuka na osposobljenost i stručnost sudija i tužilaca, u postupku vrednovanja rada nosilaca pravosudnih funkcija; razvoj posebnih programa obuke za sudijske i tužilačke pomoćnike u skladu sa novim ustavnim rešenjima i u cilju omogućavanja karijernog napredovanja⁶⁹.

Takođe, potrebno je eliminisati prostor političkog uticaja. Ako se izbor sudija izmesti iz dosadašnje skupštinske nadležnosti u instituciju za obuku u pravosuđu, tj. u Akademiju, koja selekcijom svojih polaznika preliminarno odlučuje ko će biti sudija (jer se za sudiju u određenim sudovima bira samo svršeni polaznik takve institucije), onda će sama Akademija ili bilo koja institucija koja bi imala ta ovlašćenja, postati vrlo brzo, ako već nije, plen političkih partija⁷⁰.

Da li ćemo uskoro moći da računamo na nepristrasno suđenje, zavisi od predloženih ustavnih amandmana. Imajući njih u vidu i trenutne predloge, moglo bi se reći da se zakonodavna i izvršna vlast svim snagama bore da i dalje imaju glavnu reč pri izboru lica na pravosudne funkcije. Borba za prevlast će još dugo da traje.

Zanimljivo je da krucijalna pitanja o radu Akademije se ne menjaju, a vreme teče. Iako ima pomaka, daleko smo od rešenja. Potrebno je uložiti velike napore u normativne izmene, socijalni uticaj, kako bi se svest o samoj Akademiji promenila, kao i u jačanje i rast institucije koja treba da iznese zaista veliko breme na svojim leđima.

⁶⁸ *Ibid*, s. 28.

⁶⁹ Strategija (bel. 29), s. 15.

⁷⁰ Stavovi profesora (bel. 27), s. 5.

Summary

Judicial academy of the Republic of Serbia, struggling with big expectations, despite its weaknesses

From the very beginning of the Judicial Academy's activities, the Serbian judiciary faced a problem that arose from an insufficiently well-designed initial training position. In the last few years, the Academy has significantly improved, but there is still a difference between the proclaimed and the real. The capacities of the Academy are insufficient, and the selection criteria for commissions, mentors and lecturers are not sufficiently built or reliable to make the institution the only "entrance" to the judiciary.

The Judicial Academy was established to conduct judicial and prosecutorial functions professionally, independently, impartially and efficiently, as well as to determine objective criteria in the selection and promotion of judges, public prosecutors and deputy public prosecutors. The goal is only partially met, in terms of initial training and not without any objection.

A citizen of the Republic of Serbia who fulfills the general conditions for work in state bodies, who has completed the law faculty, has passed the bar exam and who is competent, qualified and worthy of judicial office can be elected as a judge. Also, it is necessary to have sufficient working experience. With the draft of constitutional amendments, all this is added to the condition of "completed training in the Judicial Academy".

Fondacija Centar za javno pravo i Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
pozivaju vas na međunarodnu naučnu konferenciju

Bosanskohercegovački federalizam – dometi i ograničenja

(Sarajevo, 29. oktobra/listopada 2019. godine, Hotel Evropa, sala broj 1, Vladislava Skarića 5, 71000 Sarajevo).

Konferencija je upriličena povodom 70-godišnjice njemačkog Ustava. Uz učešće domaćih i stranih učesnika (BiH, Srbija, Belgija, Njemačka, Austrija i Italija) raspravljat će se o državnopravnim, politološkim i ekonomskim aspektima bosanskohercegovačkog federalizma, koji će se usporediti sa federalističkim standardima Savezne Republike Njemačke.

Skup je značajan zbog naučne valorizacije federalnog modela Bosne i Hercegovine i razjašnjenja niza kompleksnih pitanja koja opterećuju javne i naučne debate i odnose se na državno uređenje, raspodjelu kompetencija i demokratski model BiH. Takva pitanja su od praktičnog značaj za politiku, za zakonodavna i upravna tijela kao i za naučne institucije i akademsko osoblje. Rasprava i analize su u funkciji osiguranja racionalnog pristupa javnopravnom uobličavanju bosanskohercegovačkog federalizma.

Jezici skupa su njemački, bosanski, hrvatski i srpski. Osigurano je simultano prevođenje.

Analize i rasprave za skup se mogu preuzeti na web-stranici FCJP <http://www.fcjp.ba/index.php/projekti>. Za učesnike skupa organizatori su osigurali primjerak novoobjavljenog prevoda njemačkog Ustava (Ustav Savezne Republike Njemačke, preveo i priredio E. Šarčević).

Broj učesnika je ograničen. Prijave za učešće na skupu dostavljaju se na e-mail info@fcjp.ba, ili putem faxesa +387 33 262 717, do 25. 10. 2019.

Program:

10:00-10:15 **Prijava učesnika**

10:15-10:45 **Otvaranje skupa:** prof. dr Edin Šarčević, predsjednik Fondacije Centar za javno pravo; pozdravna riječ predstavnika Ambasade Savezne Republike Njemačke u BiH; prof. dr Hajrija Sijerčić-Čolić, dekanesa suorganizatora, Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, i Hartmut Rank, direktor Programa za vladavinu prava u Jugoistočnoj Evropi Fondacije Konrad Adenauer.

Prvi panel: Federalne specifičnosti savezne države

10:45-11:00 Jens Woelk (Univerzitet Tirol, Italija), *Kooperativer Föderalismus und Bundestreue (Kooperativni federalizam i lojalnost državi)*

11:00-11:30 Stefan Haack (Pravni fakultet Frankfurt Oder, Njemačka), *Rechtsschutz im Bund-Länder-Verhältnis (Pravna zaštita u odnosu između savezne države i saveznih zemalja)*

11:30-11:45 Joseph Marko (Pravni fakultet Graz, Austrija), *Warum Bosnien-Herzegowina nicht die Schweiz o oder Deutschland Südosteuropas ist? (Zašto BiH nije južnoevropska Švicarska ili Njemačka?)*

11:45-12:00 Pitanja i komentari

12:00-12:20 Pauza za kafu

Drugi panel: Bosanskohercegovački federalizam

12:20-12:35 Lejla Balić (Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, BiH), *Pravna priroda i političke refleksije BiH-federalizma*

12:35-12:50 Elmir Sadiković (Univerzitet u Sarajevu – Fakultet političkih nauka, BiH), *Političke posljedice etničke federalizacije Bosne i Hercegovine*

12:50-13:05 Marko Stanković (Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Srbija), *Uspostavljanje BiH-federalizma: agregacija ili deregulacija?*

13:05-13:20 Lejla Ramić (Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, BiH), *Fiskalni federalizam između teorije i prakse u BiH*

13:20-13:35 Harun Išerić (Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet, BiH), *Uloga Ustavnog suda BiH u profiliranju federalnog uređenja BiH*

13:35-14:00 Pitanja i komentari

14:00-15:00 Pauza za zajednički ručak

Treći panel: Federalističke asimetrije

15:00-15:15 Goran Marković (Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu), *Federalizam i konsocijacija u ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine*

15:15-15:30 Darko Simović (Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, Srbija), *Asimetričnost višenacionalnog BiH-federalizma – (ne)uspjeli postkonfliktni federalni eksperiment*

15:30-15:45 Maja Sahadžić (Univerzitet u Antverpenu, Belgija), *Ustavna (a)simetrija naspram legitimiteta i stabilnosti u bosanskohercegovačkom ustavnom dizajnu*

15:45-16:20 Diskusija

16:20-16:30 **Zaključenje skupa**

Izdanja Centra za javno pravo

Biblioteka Javno pravo

1. *Jedan vrhovni sud za BiH?* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2011, ISBN 978-9958-1960-0-3
2. *Sistem socijalne zaštite: BiH i regija* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2012, ISBN 978-9958-1960-2-7
3. *Ko bira sudije ustavnog suda?* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2012, ISBN 978-9958-1960-4-1
4. *Pravosuđe u medijima: medijska manipulacija ili javna kontrola pravosuđa — slučaj Bosne i Hercegovine* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2012, ISBN 978-9958-1960-3-4
5. *Državna imovina: entitetsko ili državno vlasništvo?* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2012, ISBN 978-9958-1960-5-8
6. *Sudije u pravnom sistemu: izbor sudija u Srbiji i zemljama regiona* (uredili E. Šarčević i V. Petrov), Sarajevo 2013, ISBN 978-9958-1960-8-9
7. *Upravni spor i organizacija upravnih sudova* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2013, ISBN 978-9958-1960-6-5
8. *Notarijat i pravna država: bilans i perspektive notarijata Bosne i Hercegovine i Hrvatske* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2013, ISBN 978-9958-1960-7-2
9. *Ko bira sudije redovnih sudova?* Regionalni bilans teorije i prakse: BiH, Hrvatska i Srbija (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2014, ISBN 978-9958-1960-9-6
10. *Pravni principi* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2014, ISBN 978-9958 0376-0-3
11. *Reforma izbornog sistema u Srbiji* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2015, ISBN 978-9958-0376-2-7
12. *Vjerski simboli u sudovima* (uredio E. Šarčević), Sarajevo 2016, ISBN 978-9958-0376-4-1
13. *Revizionarna vlast u Srbiji: proceduralni aspekti ustavnih promena* (uredili E. Šarčević i D. Simović), Sarajevo 2017, ISBN 978-9958-0376-5-8
14. *Ombudsmani za ljudska prava BiH: bilans jednog neuspjeha* (uredio E. Šarčević) Sarajevo 2017, ISBN 978-9958-0376-6-5.
15. *Parlamentarizam u Srbiji* (uredili D. Simović i E. Šarčević), Sarajevo 2018, ISBN 978-9958-0376-7-2
16. *Ustav Savezne Republike Njemačke* (preveo E. Šarčević), Sarajevo 2019, ISBN 978-9958-0376-8-9.

Biblioteka Pravo i politika

1. Jürgen Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, Sarajevo 2011, ISBN 978-9958-1960-1-0
2. *Sekularnost i religija: BiH i regija* (uredili E. Šarčević i D. Bojić), Sarajevo 2015, ISBN 978-9958-0376-1-0
3. Tarik Haverić, *Ethnos i demokratija*, 2. izdanje, Sarajevo 2016, ISBN 978-9958-0376-3-4

Izdanja Fondacije Centar za javno pravo mogu se nabaviti u sarajevskim knjižarama Svjetlost (Maršala Tita 54) i Buybook (Radićeva 4).