

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Milena Simović

zamjenik sekretara u Sekretarijatu za zakonodavstvo Vlade Republike Srpske i vanredni profesor na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci, Banjaluka, Bosna i Hercegovina

Primljen / Received: 2. februar 2016. / February 2, 2016

Prihvaćen / Accepted: 17. februar 2016. / February 17, 2016

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Nema povrede prava apelanta na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada u obrazloženju osporenih odluka nema ničega što ukazuje na proizvoljnu primjenu materijalnih propisa na štetu apelanta, te kada su sudovi za svoje odlučivanje dali jasne i precizne razloge.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud napominje da zastara kao posljedica nevršenja prava kroz zakonom određeno vrijeme može imati različite učinke. Iako u teoriji postoje različita pravna stanovišta u pogledu posljedica zastare potraživanja, dva su temeljna. Prema prvom stanovištu, povjerilac zadržava subjektivno pravo u materijalnom smislu, te gubi „samo“ pravo na sudsku zaštitu ili na tužbeni zahtjev. Dakle, povjerilac gubi samo dio svoga prava, i to dio koji se sastoji u zakonskoj i sudskoj mogućnosti njegovog ostvarivanja. Navedeno stanovište se odnosi na privatnopravne grane, prvenstveno na obligaciono pravo. Prema drugom stanovištu, nastupanjem zastare prestaje da postoji povjeriočevo subjektivno pravo. Navedeno stanovište se vezuje za javno pravo - poput poreskog prava. U privatnom pravu se smatra da nastupanjem zastare prestaje pravna obaveza dužnika, budući da je postala neutuživa i postaje, tj. pretvara se u naturalnu obavezu. Budući da se subjektivno pravo sastoji od povjeriočevog ovlaštenja da se njime koristi ili ne koristi, kao i od prava na sudsku zaštitu, može se zaključiti da nastupanjem zastare povjerilac nije izgubio ovlaštenje koje čini sadržaj njegovog subjektivnog prava. Prema tome, dužnik može svoju obavezu izvršiti, a povjerilac primiti ispunjenje. Ako dužnik izvrši zastarjelu obavezu, nema pravo na povrat, ali njegovo je ovlaštenje bilo da istakne prigovor zastare, čime bi se oslobodio pravne obaveze. Prigovor zastare dužnik će moći staviti u sudskom postupku koji je povjerilac pokrenuo radi izvršenja pravne obaveze. Ako dužnik ne iskoristi to svoje ovlaštenje, sud će presuditi u korist povjerioca, jer se u privatnom pravu o zastari ne vodi računa po službenoj dužnosti.

Ustavni sud primjećuje da su upravo u konkretnom slučaju redovni sudovi odlučivali po prigovoru tuženih da je potraživanje apelanta zastarjelo. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) u svojoj odluci donesenoj u predmetu *Baničević protiv Hrvatske* od 21. oktobra 2012. godine ukazao da zakonski zastarni rokovi imaju nekoliko važnih svrha, kao što su osiguranje pravne izvjesnosti i pravnosnažnosti i zaštita mogućih tuženika od zastarjelih zahtjeva kojima bi se moglo teško suprotstaviti i spriječiti nepravdu koja bi mogla nastati ako se od sudija traži da odluče o događajima koji su se dogodili u dalekoj prošlosti, na osnovi dokaza koji bi mogli postati nepouzdana ili nepotpuni zbog protoka vremena (vidi *Stubbings i ostali protiv Velike Britanije*, presuda od 22. oktobra 1996. godine, Izvještaj o presudama i odlukama 1996-IV, stav 51; vidi, takođe, *mutatis mutandis*, *Vo protiv Francuske* [VV], broj 53924/00, stav 92, ECHR 2004-VIII i *J.A. Pye (Oxford) Ltd. i J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], broj 44302/02, st. 68 i 69, ECHR 2007-X). Stoga, partične stranke treba da očekuju primjenu tih pravila (vidi, *mutatis mutandis*, *Miragall Escolano i ostali protiv Španije*, br. 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 i 41509/98, stav 33, ECHR 2000-I).

Prema tome, prema mišljenju Evropskog suda, postojanje zastarnog roka nije, *per se*, nespojivo s Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija). Stoga je naglašeno da je zadatak Evropskog suda u konkretnom predmetu da utvrdi da li su priroda roka o kojemu je riječ i (ili) način na koji je primijenjen spojivi s Konvencijom (vidi, *Vrbica protiv Hrvatske*, broj 32540/05, stav 66, 1. aprila 2010. godine). Prema mišljenju Evropskog suda, to osobito znači da se Evropski sud mora uvjeriti kako se primjena zakonskih rokova može smatrati predvidivom za podnosiocima s obzirom na nadležno zakonodavstvo i konkretne okolnosti predmeta (vidi, *Osu protiv Italije*, broj 36534/97, stav 35, 11. jula 2002.; već citirani predmet *Vrbica*, stav 72 i *Majski protiv Hrvatske* (broj 2), broj 16924/08, stav 69, 19. jula 2011). Evropski sud je, takođe, primijetio da član 377 Zakona o obligacionim odnosima predviđa duži

zakonski zastarni rok za zahtjeve za naknadu štete kad je šteta uzrokovana krivičnim djelom. Duži zakonski zastarni rok na taj način djeluje u korist žrtava zločina, dopuštajući im da potražuju naknadu štete u dužem zakonskom roku, propisanom za krivično djelo o kojemu je riječ. Međutim, prema ustanovljenoj praksi domaćih sudova, taj zakonski zastarni rok primjenjiv je samo kad je pravnosnažnom presudom u krivičnom postupku utvrđeno da je šteta uzrokovana krivičnim djelom.

Razmatrajući okolnosti konkretnog slučaja, Evropski sud je naglasio da nije bilo ničega što bi spriječilo podnosiocima (niti oni tvrde drukčije) da podnesu svoju građansku tužbu za naknadu štete u opštem zakonskom zastarnom roku na osnovu člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. To bi, prema mišljenju Evropskog suda, građanskim sudovima omogućilo da ispituju osnovanost zahtjeva podnosilaca bez obzira na protek zakonskog zastarnog roka u krivičnom postupku ili bilo kakvog drugog ishoda krivičnog postupka. Umjesto toga, podnosioci su čekali četiri godine, te tako stvorili situaciju u kojoj je ishod krivičnog postupka imao odlučujući uticaj na njihovu građansku tužbu. Prema mišljenju Evropskog suda, time što svoju građansku tužbu nisu podnijeli u opštem zastarnom roku podnosioci su se, iako su imali advokata, našli u situaciji u kojoj su se izložili opasnosti da nastupi zastara u odnosu na njihovu građansku tužbu. Prema tome, Evropski sud je istakao da se ne može reći da su sami zakonski zastarni rokovi, ili način na koji su primijenjeni u ovom predmetu, povrijedili samu bit prava podnosilaca na pristup sudu (vidi, Evropski sud, *Baničević protiv Hrvatske*, odluka od 2. oktobra 2012. godine, aplikacija broj 44252/10, st. 31-37).

Osim ukazivanja na praksu Evropskog suda, Ustavni sud smatra da je predmetni slučaj potrebno analizirati (i) u kontekstu odredaba Rezolucije Ujedinjenih nacija, kojom su usvojena Osnovna načela i smjernice za ostvarivanje prava na pravni lijek i reparacije žrtava teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava (Usvojena od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija na 60-toj sjednici održanoj 16. decembra 2005. godine - u daljnjem tekstu: Osnovna načela).

S tim u vezi, ukazuje se na tačku III/4 navedenog dokumenta, kojim je propisana obaveza država da (u slučajevima teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine prema međunarodnom pravu) sprovedu istragu i kada postoje dovoljni dokazi krivično gone lice navodno odgovorno za ove povrede i ako se odgovornost dokaže - da to lice kazne. Tačka IV sadrži odredbe o zastarjelosti, te se naglašava da se odredbe o zastarjelosti neće primjenjivati na teška kršenja koja predstavljaju zločine na osnovu međunarodnog prava (tačka IV/6). Međutim, u tački IV/7 se naglašava da domaće odredbe o zastarjelosti (uključujući one odredbe o zastarjelosti koje se primjenjuju na tužbene zahtjeve i druge postupke) ne smiju biti pretjerano restriktivne, u odnosu na druge oblike povreda koje ne predstavljaju krivična djela na osnovu međunarodnog prava. Zatim se u tač. VII i VIII propisuju prava na pravni lijek i pristup sudu za žrtve teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava ili ozbiljnog kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Dalje, navedeni dokument

određuje pojam reparacije za žrtve teških kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava. Tako se u tački IX/18 Osnovnih načela utvrđuje da reparacije uključuju sljedeće oblike, i to: restituciju, naknadu štete, rehabilitaciju, zadovoljenje i garanciju da se povrede neće ponoviti.

Analizirajući relevantne odredbe Osnovnih načela u kontekstu konkretnog slučaja, Ustavni sud primjećuje da se ovdje radi o naknadi štete kao obliku reparacije iz tačke IX/18 Osnovnih načela. U tački IX/20 Osnovnih načela detaljnije su pobrojani oblici naknade štete, te je pod alinejom a) navedeno: povreda tjelesnog integriteta i duševni bolovi, što bi imajući u vidu konkretan slučaj (tužba podnesena zbog neosnovanog lišenja slobode, te boravka u logoru u kom je žrtva bila izložena fizičkom i psihičkom zlostavljanju) bio oblik štete koji je potraživao apelant. U konkretnom slučaju, posebno su značajne odredbe tačke IV Osnovnih načela, s obzirom na to da je apelantova tužba odbijena zbog zastarjelosti potraživanja iz člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. Prije analize navedenih odredaba, Ustavni sud naglašava da je nesporno da su u konkretnom slučaju zadovoljeni zahtjevi iz tač. VII i VIII Osnovnih načela koji se odnose na pravo na pravni lijek i pravo na pristup sudu. Naime, nesporno je da je apelantu bilo obezbijeđeno pravo na pravni lijek (podnošenje tužbe radi naknade štete), kao i pravo na pristup sudu, s obzirom na to da je apelantova tužba meritorno ispitana na dvije sudske instance.

Kao što je već rečeno, tačka IV Osnovnih načela reguliše institut zastarjelosti u dva stava. Prvim stavom (IV/6) se propisuje da se odredbe o zastarjelosti neće primjenjivati na teška kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine na osnovu međunarodnog prava. Međutim, ovaj stav se, po mišljenju Ustavnog suda, ne može primijeniti na konkretan slučaj. Naime, kada se odredbe tačke IV/6 Osnovnih načela analiziraju u kontekstu odredaba tačke III/4 istog dokumenta, očigledno je da se zabrana primjene odredaba o zastarjelosti odnosi na provođenje istrage, odnosno krivično gonjenje i eventualno kažnjavanje lica koja su odgovorna za teške slučajeve kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljnih povreda međunarodnog humanitarnog prava. Upravo tačka III/4 Osnovnih načela zahtijeva od država da provedu istragu, te, ukoliko postoje dokazi, krivično goni i kazni lica koja su odgovorna za teška kršenja međunarodnog prava ljudskih prava i ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava koje predstavljaju zločine prema međunarodnom pravu. Osim toga, zabrana primjenjivanja odredaba o zastarjelosti iz tačke IV/6 Osnovnih načela nije apsolutna, jer u tački IV/7 Osnovnih načela je propisano da domaće odredbe o zastarjelosti za druge oblike povreda koje ne predstavljaju krivična djela na osnovu međunarodnog prava, uključujući one odredbe koje se primjenjuju na tužbene zahtjeve i druge postupke, ne smiju biti pretjerano restriktivne. Dakle, Osnovna načela ne isključuju primjenu domaćih odredaba o zastarjelosti na postupke koji se odnose na tužbene zahtjeve kao i na druge postupke, već samo postavljaju uslov da takve odredbe o zastarjelosti ne smiju biti pretjerano restriktivne.

S tim u vezi, u konkretnom slučaju se postavlja pitanje da li su odredbe člana 376 Zakona o obligacionim odnosima (teme-

ljem kojih je odbijena apelantova tužba zbog zastarjelosti) pretjerano restriktivne? Odredbe člana 376 Zakona o obligacionim odnosima propisuju dva roka zastarjelosti od tri i pet godina, te će Ustavni sud ispitati da li su navedeni rokovi pretjerano restriktivni u smislu odredaba iz tačke IV/7 Osnovnih načela. Po mišljenju Ustavnog suda, ne postoji ni jedan razlog na temelju kog bi se moglo razumno smatrati da su rokovi od tri i pet godina iz člana 376 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima pretjerano restriktivni. Ustavni sud smatra da su propisani vremenski periodi od tri i pet godina sasvim dovoljni za podnošenje tužbe radi naknade štete i svako ko je smatrao da ima osnova za podnošenje ove vrste tužbe - mogao ju je podnijeti u navedenim rokovima.

Osim navedenog, Ustavni sud ukazuje da je u svojoj ranijoj praksi imao predmet koji je dosta sličan ovom. Naime radi se o predmetu broj AP-3111/09 u kojem je apelant podnio tužbu radi naknade materijalne (i) nematerijalne štete koja mu je prouzrokovana usljed zarobljavanja od strane pripadnika Vojske Republike Srpske. Redovni sudovi su odbili apelantovu tužbu radi nastupanja zastarjelosti iz člana 376 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima. Rješavajući o apelaciji u ovom predmetu, Ustavni sud je donio odluku broj AP 3111/09 od 23. decembra 2013. godine (dostupno na web stranici Ustavnog suda: www.ustavnisud.ba) kojom je odbio kao neosnovanu predmetnu apelaciju, smatrajući da redovni sudovi nisu proizvoljno primijenili relevantno pravo, te da nije došlo do povrede prava na koja se apelant pozivao.

Dakle, prema mišljenju Ustavnog suda, obrazloženje redovnih sudova u pogledu primjene odredbe člana 377 Zakona o obligacionim odnosima ne ukazuje na bilo kakvu proizvoljnost, budući da se odredba člana 377 ovog zakona može primijeniti samo prema učiniocu krivičnog djela, a ne i prema onom trećem licu koje, inače, odgovara za štetu umjesto faktičkog učinoca krivičnog djela. Stoga se na to treće lice može samo primijeniti odredba člana 376 Zakona o obligacionim odnosima. Takođe, Ustavni sud primjećuje da su redovni sudovi usvojili stanovište da u konkretnom slučaju nema uslova da se u predmetnom parničnom postupku utvrđuje da li je šteta učinjena radnjama koje sadrže elemente krivičnog djela za šta su, prema mišljenju Ustavnog suda, dali jasne i precizne razloge koji ne ukazuju na proizvoljnost u primjeni materijalnog prava. Pored navedenog, Ustavni sud zapaža da apelant u predmetnom postupku nije dokazao da postoji pravnosnažna presuda krivičnog suda kojom je utvrđeno da su pripadnici oružanih snaga Republike Srpske počinili krivično djelo protiv čovječnosti ili međunarodnog prava u vrijeme apelantovog zatočeništva u logoru, za koju presudu bi bio vezan parnični sud u smislu odredbe člana 12 Zakona o parničnom postupku.

Prema tome, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, kao i praksu Evropskog suda u predmetu *Baničević*, zatim vlastiti praksu, kao i odredbe Osnovnih načela - Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije bilo ničega što bi apelanta spriječilo da svoju građansku tužbu za naknadu štete podnese u roku iz odredbe člana 376 st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima. Stoga se apelant, iako je imao advokata, izložio opasnosti da nastupi zastara u odnosu na njegovu građansku tužbu. Pri tom, Ustavni sud ima u vidu da se u konkretnom slučaju nije mogla primijeni

niti odredba člana 377 Zakona o obligacionim odnosima, budući da se rokovi iz navedene odredbe odnose na izvršioca krivičnog djela, a ne na treća lica koja su eventualno odgovorna za njegove radnje. Stoga se, prema mišljenju Ustavnog suda, u konkretnom slučaju, primjenjujući zakonske zastarne rokove iz člana 376 Zakona o obligacionim odnosima, ne može reći da su sami zakonski rokovi ili način na koji su primijenjeni u ovom predmetu povrijedili pravo apelanta na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4537/11 od 9. decembra 2014. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA IMOVINU
Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije niti prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada su redovni sudovi na osnovu sveobuhvatnog dokaznog postupka i provedenih dokaza utvrdili apelantovu odgovornost za počinjena krivična djela, te u vezi s tim dali detaljna i jasna obrazloženja koja ne ostavljaju utisak proizvoljnosti.

Is obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da je Okružni sud proveo detaljan dokazni postupak koji je obuhvatio saslušanje svjedoka (uključujući i učesnike grupe koji su zajedno s apelantom planirali otmicu oštećenog i koji su priznali krivicu, za što su pravnosnažno osuđeni), uvid u brojne materijalne dokaze, između ostalih i dokaze pribavljene od Republike Srbije, u skladu s Ugovorom između Srbije i Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, u predmetu koji se istovremeno vodio protiv S.B. za isto krivično djelo, uvid u nalaze i mišljenje vještaka, te u vezi s tim saslušao vještaka (specijalistu sudske medicine, sudskomedicinskog genetičara, vještaka biološke struke, te vještaka za oblast elektronike i telekomunikacija). U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud u obrazloženju presude u potpunosti opisao proces pojedinačne ocjene dokaza, te njihovog dovodenja u međusobnu vezu i izvođenje zaključka da je apelant počinio krivična djela za koja je proglašen krivim. Isto tako, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud dao dovoljno jasno obrazloženje zašto nije prihvatio kao valjan apelantov iskaz dat u svojstvu svjedoka, te zašto nije prihvatio dokaz optužbe koji je dat pred istražnim, odnosno sudskim organima u Republici Srbiji.

Isto tako, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne može prihvatiti apelantov prigovor da redovni sudovi nisu pravilno identifikovali oblik apelantove vinosti prema krivičnim djelima, budući da je Okružni sud tokom postupka upravo tom segmentu posvetio posebnu pažnju, zaključivši da je apelant prilikom izvršenja krivičnih djela postupao s direktnim umišljajem, u smislu člana 15 stav 2 Krivičnog zakona Republike Srpske, jer su svi provedeni dokazi nesporno ukazali na to da je apelant u potpunosti bio svjestan krivičnih djela i da je htio njihovo izvršenje, s obzirom na način njihovog izvršenja i druge okolnosti, za što je Okružni sud dao jasno i argumentovano obrazloženje koje se ne čini proizvoljnim. Ustavni sud zapaža da je prvostepeni sud prilikom odmjeravanja visine kazne postupio u svemu

u skladu s odredbom čl. 28 i 37 Krivičnog zakona Republike Srpske, pa se u svjetlu datog obrazloženja Okružnog suda prilikom odmjeravanja visine kazne i ti prigovori čine neosnovanim. Za Ustavni sud se ne čini proizvoljnom ni odluka o troškovima postupka, imajući u vidu sadržaj relevantnih odredaba Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, koje je Okružni sud imao u vidu prilikom odlučivanja (član 99 stav 1 u vezi s članom 96), koje propisuju ko snosi troškove postupka i šta ih čini (Okružni sud je u obrazloženju iznio pojedinačan prikaz troškova).

Ustavni sud zapaža da su se identičnim prigovorima kao ovim iz apelacije u vezi s ocjenom dokaza, te u skladu s tim pogrešno utvrđenim činjeničnim stanjem (što je apelantov ključni prigovor), manjkavostima u izreci presude i sl. bavila vijeća Vrhovnog suda (Drugostepeno i Trećestepeno), koja su dodatnom analizom provedenih dokaza zaključila da je prvostepeni sud postupao u svemu u skladu s relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. Dakle, Ustavni sud podsjeća na to da su oba vijeća Vrhovnog suda, razmatrajući identične prigovore iznesene u apelaciji, bila saglasna s tim da u tom segmentu nije bilo propusta prvostepenog suda. Naprotiv, Drugostepeno i Trećestepeno vijeće Vrhovnog suda ocijenili su neosnovanim sve apelantove prigovore u vezi s nedostatkom dovoljno čvrstih dokaza da je upravo apelant (zajedno sa S.B.) počinio krivično djelo teškog ubistva, te ostala krivična djela koja su mu stavljena na teret, nalazeći u provedenim dokazima dovoljno kvalitetnih dokaza za takvo utvrđenje, što su dovoljno jasno obrazložili, pri čemu su dodatno analizirali odluku o visini kazne i troškovima postupka ne nalazeći proizvoljnost prvostepenog suda ni u tim segmentima.

U vezi s apelantovim navodima o kršenju prava na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, Ustavni sud zapaža da apelant te navode nije posebno obrazložio, ali iz navoda apelacije proizlazi da apelant kršenje navedenog prava dovodi vezu s pravom na pravično suđenje u kontekst dosuđenih troškova postupka. Budući da se Ustavni sud u prethodnim tačkama ove odluke osvrnuo i na taj apelantov prigovor u kontekstu prava na pravično suđenje, Ustavni sud, shodno tome, navod o kršenju prava na imovinu smatra neosnovanim.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3192/11 od 18. novembra 2014. godine)

PRAVO NA SLOBODU MIRNOG OKUPLJANJA I UDRUŽIVANJA

Postoji povreda prava na slobodu okupljanja iz člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 11 Evropske konvencije kada su javne vlasti, u skladu s pozitivnom obavezom koja proizilazi iz ovog člana, propustile preduzeti neophodne mjere radi osiguranja mirnog okupljanja organizovanog u skladu sa zakonom, a zbog čega je došlo do nasilja između suprotstavljenih strana, te kada su propustile osigurati jasan pravni okvir kojim bi sankcionisale ponašanje koje je u konačnici i dovelo do nasilja, a kako bi preventivno djelovale u njegovom sprečavanju i odvraćanja od činjenja istih ili sličnih djela.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud primjećuje da je apelant (Udruženje Q za pro-

mociju i zaštitu kulture, identiteta i ljudskih prava queer osoba) pravna osoba, nevladina organizacija, koja se, kako je u apelaciji i navedeno, zalaže za promociju i zaštitu kulture, identiteta, ljudskih prava i pružanja podrške LGBTIQ osobama, te uklanjanje svih oblika diskriminacije i nejednakosti na osnovu pola, roda, seksualne orijentacije, polnog identiteta, rodnog identiteta, rodnog izražavanja i interpolnih karakteristika. Takođe, apelant je istakao da je, uprkos svemu što je preduzeo kao udruženje, javna vlast bila i ostala neefikasna kako u sprečavanju nasilja nad njim, članovima i simpatizerima Udruženja, tako i u provođenju djelotvorne istrage, otkrivanja i sankcionisanja onih koji su se govorom mržnje, kao i fizičkim nasiljem obračunali sa pripadnicima apelanta. Stoga se „Udruženje kao apelant žali“ na povredu navedenih prava.

Ustavni sud podsjeća da se prema stanovništvu Evropskog suda izraz „žrtva“ u smislu člana 34 Konvencije mora tumačiti autonomno i nezavisno od domaćeg koncepta kao što je interes da se uzme učešće u postupku ili sposobnost da se to učini. Prema stavu Evropskog suda, da bi aplikant bio u poziciji tvrditi da je žrtva kršenja jednog ili više prava i sloboda garantovanih Konvencijom i njenim Protokolima, treba da postoji dovoljno direktna veza između aplikanta i štete koju tvrdi da je pretrpio kao rezultat navodne povrede (vidi, pored ostalih, Evropski sud, *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus protiv Francuske* (dec.), aplikacija broj 45053/98, 29. februar 2000. godine).

Nadalje, Evropski sud odbija da prihvati kao aplikante nevladine organizacije koje su uspostavljene jedino sa svrhom da štite prava navodnih žrtava (vidi, Evropski sud, *Smits, Kleyn, Mettler Toledo B.V. al., Raymakers, Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute i Van Helden protiv Holandije* (dec.), aplikacije br. 39032/97, 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99 i 61707/00, 3. maj 2001. godine, u pogledu aplikanta *Vereniging Landelijk Overleg Betuweroute; Stichting Mothers of Srebrenica i drugi protiv Holandije*, aplikacija broj 65542/12, 11. jun 2013. godine, stav 11.), kao i nevladine organizacije čija je potpuna svrha zaštita ljudskih prava (vidi, Evropski sud, *Van Melle and Others protiv Holandije* (dec.), aplikacija broj 19221/08, 29. septembar 2009. godine, u pogledu aplikanta *Liga voor de Rechten van de Mens*).

Najzad, prema stanovništvu Evropskog suda, pravna osoba se može pozivati samo na povredu svojih vlastitih prava, ali ne i na povredu prava svojih članova, jer član 35 Konvencije pojedincima ne osigurava pokretanje jedne vrste *actio popularis* za interpretiranje Konvencije (vidi, Evropski sud, *Ada Rossi i drugi protiv Italije* (dec.), aplikacije broj 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 i 58424/08, ECHR 2008-...).

Ustavni sud smatra da se pri ocjeni dopustivosti ovog dijela apelacije u cjelini može rukovoditi navedenim principima Evropskog suda. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da je apelant nevladina organizacija, pravna osoba, koja se bavi promocijom i zaštitom ljudskih prava, te koji je izričito istakao u apelaciji da se „Udruženje kao apelant“ žali jer nije provedena efektivna istraga u povodu nasilja koje je počinjeno prema njegovim članovima i simpatizerima. Rukovodeći se navedenim principima Evropskog suda, proizilazi da se apelant kao nevladina organizacija žali na

povredu pobrojanih prava svojih članova, pa Ustavni sud, podržavajući praksu Evropskog suda u predmetima koji su sa ovog aspekta - statusa podnosioca aplikacije pokretali slična pravna pitanja, smatra da je apelacija u ovom dijelu u kontekstu apelacionih navoda o povredi prava članova i simpatizera - nedopustiva. Pri tom, Ustavni sud zapaža da apelant uz apelaciju nije predočio punomoć za zastupanje niti jednog od svojih članova, pripadnika i simpatizera kojim su, kako tvrdi, navedena prava povrijeđena, shodno članu 21 stav 2 Pravila Ustavnog suda (vidi, Evropski sud, *Verein „Kontakt-Information-Therapie“ (KIT) protiv Austrije*, Odluka Komisije od 12. oktobar 1988. godine). S obzirom na izneseno Ustavni sud zaključuje da je, u smislu člana 18 stav 3 tačka d) Pravila Ustavnog suda, apelacija u dijelu koji se tiče povrede navedenih prava članova i simpatizera apelanta nedopustiva, jer ju je podnijelo neovlašteno lice.

U vezi sa apelantovim tvrdnjama da su mu povrijeđena prava garantovana članom II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije, Ustavni sud podsjeća da, prema stanovištu Evropskog suda, prava garantovana članom 3 Evropske konvencije po svojoj suštini ne mogu biti prava koja mogu uživati pravne osobe kao privatna udruženja (vidi, *Verein „Kontakt-Information-Therapie“ (KIT) protiv Austrije*, Odluka o dopustivosti, 12. oktobar 1988. godine). S obzirom da je apelant nevladina organizacija, pravna osoba, proizilazi da ne može uživati garancije iz člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da član 8 Evropske konvencije štiti četiri vrijednosti: porodični život, dom, prepisku i privatnost. Kada su u pitanju pravne osobe kao žrtve povrede prava iz ovog člana, Evropski sud je zauzeo stav da pravne osobe uživaju zaštitu prava na „dom“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Société Colas Est i Drugi protiv Francuske*, aplikacija broj 37971/97, stav 41, ECHR 2002III; *Buck protiv Njemačke*, aplikacija broj 41604/98, stav 31, 28. april 2005. godine i *Kent Pharmaceuticals Limited i Drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (dec.), aplikacija broj 9355/03, 11. oktobar 2005. godine). Nadalje, prepiska i drugi oblici komunikacije pravne osobe uživaju garancije „prepiske“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. juna 1997. godine, p. 1016, stav 44; *Aalmoes i Drugi protiv Holandije* (dec.), aplikacija broj 16269/02, 25. novembar 2004. godine). Najzad, prema stanovištu Evropskog suda, pravne osobe mogu biti žrtve tajnog nadzora (vidi, Evropski sud, *Mersch i Drugi protiv Luksemburga*, aplikacije br. 1043941/83, 10452/83, 10512/83 i 10513/83, Odluka Komisije od 10. maja 1985. godine, Odluke i Izveštaji (DR) 43, p. 34, na pp 113-14). U dosadašnjoj praksi, Evropski sud je ostavio otvorenim pitanje da li pravna osoba može imati „privatni život“ u smislu člana 8 Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Case of The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev protiv Bugarske*, presuda od 28. juna 2007. godine, stav 60).

Ustavni sud podsjeća da identifikacija pola, seksualna orijentacija i polni život spadaju u privatnu život zaštićen članom 8 Evropske konvencije i kroz njih se štiti najintimnija sfera života svakog ljudskog bića (vidi, Evropski sud, *Dudgeon protiv Ujedi-*

njenog Kraljevstva, presuda od 22 oktobra 1981. godine, st. 41 i 52, Serija A br. 45; *Laskey, Jaggard i Brown protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 19. februara 1997. godine, stav 36, Izveštaji o presudama i odlukama 1997-I). Shodno navedenom, proizilazi da je priroda ovog prava takva da ga ne mogu uživati pravne osobe.

Shodno navedenom, proizilazi da apelant, kao pravna osoba, ne može uživati pravo na privatni život iz člana 8 Evropske konvencije, u dijelu kojim se štiti seksualna orijentacija i polni život.

Ustavni sud podsjeća da je članom 11 Evropske konvencije pravo na slobodu okupljanja garantovano svima koji imaju namjeru organizovati mirno okupljanje. Nadalje, prema stanovištu Evropskog suda, garancije ustanovljene ovim članom pokrivaju kako privatna tako i javna okupljanja. Najzad, garancije ustanovljene ovim članom odnose se na organizatora okupljanja, čak i kad se u ulozi organizatora pojavljuje udruženje (vidi, Evropski sud, *Christians Against Racism and Fascism protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Odluka o dopustivosti od 16. jula 1980. godine; *Rassemblement jurassien and Unité jurassienne protiv Švajcarske*, Odluka o dopustivosti od 10. oktobra 1979. DR 17, p. 93 i p. 119). U konkretnom slučaju apelant je imao ulogu organizatora Festivala, koje je, kao mirno okupljanje, što je i jedna o zakonom propisanih ulova za izdavanje dozvole, odobreno od strane javnih vlasti. Shodno navedenom, apelant se može pozivati na garancije utvrđene članom 11 Evropske konvencije.

Pravo na slobodu okupljanja predstavlja fundamentalno pravo u demokratskom društvu i, kao i pravo na slobodu izražavanja, jedan je od osnova takvog društva (vidi, Evropski sud, *G protiv Njemačke*, aplikacija broj 13079/87, Odluka o dopustivosti od 6. marta 1989. godine; *Rai i Drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacija broj 25522/94, Odluka o dopustivosti od 6. aprila 1995. godine). Ustavni sud podsjeća da član 11 Evropske konvencije javnim vlastima nameće obavezu da se uzdrže od arbitrarnog miješanja u pravo na slobodu udruživanja i okupljanja. Međutim, istinska i efektivna sloboda okupljanja i udruživanja ne može se ograničiti samo na obavezu države da se ne miješa, jer čisto negativni koncept ne bi bio u skladu sa svrhom i ciljem ovog člana niti sa konvencijom uopšte. Zbog toga postoji pozitivna obaveza države da osigura efektivno uživanje prava na slobodu okupljanja (vidi, Evropski sud, *Wilson, National Union of Journalists i Ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacije br. 30668/96, 30671/96 i 30678/96, stav 41, ECHR 2002-V) čak i u odnosima između pojedinaca (vidi, *Plattform „Ärzte für das Leben“ protiv Austrije*, presuda od 21. juna 1988. godine, Serija A no. 139, p. 12, stav 32). Stoga je na javnim vlastima obaveza da osiguraju istinsko funkcionisanje udruženja i političkih partija čak i onda kada ljute ili vrijeđaju osobe koje se protive zakonitim idejama i zahtjevima koje udruženje ili partija nastoji promovisati. Nadalje, njihovi članovi moraju biti u stanju održavati skupove bez straha da će biti objekt fizičkog napada njihovih protivnika. Ovaj strah može udruženje ili drugu grupu koja podržava zajedničke ideje ili interese obostrabriti od otvorenog izražavanja mišljenja o kontroverznim pitanjima koja se tiču zajednice. Najzad, u demokratskom društvu, pravo na kontrademostracije ne može se proširiti na sprečavanje prava na slobodu okupljanja (vidi, Evropski sud, *Ouranio Toxo i*

Drugi protiv Grčke, presuda od 20. oktobra 2005. godine, stav 37 sa referencama na navedenu praksu Evropskog suda).

Ustavni sud ukazuje da je u odgovoru na apelantove tvrdnje da nisu preduzete adekvatne mjere zaštite u svrhu osiguranja skupa, Ministarstvo unutrašnjih poslova, odnosno Policijska uprava istakli da je do eskalacije nasilja na dan otvaranja Festivala došlo zbog propusta apelanta da provede mjere koje su mu naložene, činjenice da su pozivnice dijeljenje putem e-maila iako je apelantova web stranica već bila „hakovana“, te najzad pogrešne procjene apelanta o broju posjetilaca koji je za svih pet dana Festivala najavio oko 300 posjetilaca, a već prvi dan se pojavilo oko 250 ljudi.

Ustavni sud podsjeća da je obaveza javnih vlasti da preduzmu razumne i prikladne mjere da omoguće da se dozvoljeni protesti odvijaju mirno. Međutim, one to ne mogu i apsolutno garantovati i imaju široka diskreciona prava u izboru sredstava koje će koristiti (videti, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali* od 28. maja 1985. godine, Serija A br. 94, str. 33 i 34, stav 67 i *Rees* od 17. oktobra 1986. godine, Serija A, br. 106, str. 14 i 15, st. 35–37). U ovoj oblasti je obaveza koju preuzimaju javne vlasti u skladu sa članom 11 Konvencije - obaveza u pogledu mjera koje će biti preduzete, a ne rezultata koji će biti postignuti. U tom smislu, Evropski sud ne ispituje pravovremenost i taktiku policije već samo da li je osnovana tvrdnja da nisu preduzete neophodne mjere (vidi, naprijed citiranu, *Plattform „Ärzte für das Leben“*, stav 36.).

Ustavni sud primjećuje da se, kao organizator Festivala, shodno Zakonu o javnom okupljanju („Službene novine Kantona Sarajevo“ broj 17/01) obratio nadležnoj Policijskoj upravi, odnosno Ministarstvu unutrašnjih poslova Kantona Sarajevo za izdavanje dozvole, koju je i dobio, pored ostalog, jer je ispunio i zakonski uslov da se radi o održavanju mirnog skupa. Iz dokumenta koje su Ustavnom sudu predočili apelant i Policijska uprava proizilazi da je organizacija Festivala u dijelu koji se ticao bezbjednog odvijanja u potpunosti urađena u saradnji i koordinaciji između Policijske uprave i apelanta. Policijska uprava je nakon održanog sastanka i dogovora sa apelantom, sačinila Operativni plan u kojem je, pored ostalog, naznačen i broj policajaca koji trebaju biti angažovani na osiguranju lokaliteta na kom je bilo određeno otvaranje Festivala i koji su, kako je navedeno u ovom planu, trebali biti raspoređeni u dva prstena. U odgovoru na navode iz apelacije Policijska uprava se nije izjašnjavala kojem broju posjetilaca i učesnika Festivala bi bio adekvatan broj angažovanih policajaca. Takođe, u skladu sa ovlašćenjima koja ima, Policijska uprava je apelantu naložila preduzimanje određenih mjera obezbijedenja.

Ustavni sud zapaža da iz predočenih dokumenta nije moguće zaključiti da apelant ovu obavezu nije i ispunio, s obzirom da bi to, u skladu sa članom 9 Zakona o okupljanju, uzrokovalo zabranu skupa, a što nisu okolnosti konkretnog slučaja. Nadalje, Policijska uprava je već bila upoznata sa prijetnjama i najavama nasilja koje su bile usmjerene prema apelantu, samom Festivalu, kao i nekima od onih koji su ovu manifestaciju javnim istupom podržali. Uz to, opšta situacija nastala u povodu održavanja Festivala, medijska pažnja i plakati koji su lijepljeni po gradu sa porukama

uvredljivoga sadržaja i pozivanjem na nasilje, kao i javni poziv o organizovanju kontra-skupa na dan otvaranja Festivala o kom ga je apelant takođe obavijestio, a čiji učesnici su pozvani da dođu pred Akademiju likovnih umjetnosti i spriječe otvaranje Festivala, bili su dovoljan signal da se u konkretnom slučaju moraju primijeniti pojačane mjere zaštite. U tom smislu, Ustavni sud smatra da eventualni propust apelanta u pogledu dostavljanja pozivnica putem e-maila, u situaciji kada je njegova web stranica već bila „hakovana“, ne može biti od odlučujućeg značaja za izazivanje nasilja do kog je došlo, s obzirom da je i o neovlaštenom upadu na web stranicu Policijska uprava već bila obaviještena.

Nadalje, Policijska uprava je istakla da je došlo do nasilja, jer apelant nije u potpunosti ispoštovao mjere koje su mu naložene, ne izjašnjavajući se, pri tom, o kakvim mjerama se radi i kako bi one u konkretnom slučaju spriječile nasilje koje se dogodilo. Pri tom, Ustavni sud zapaža da je, kako navodi i sama Policijska uprava, apelant bio obavezan osigurati bezbjednost unutar objekata u kojim su se održavale planirane manifestacije, a policijske snage oko i van njih. Pored toga, apelant je još u toku priprema za Festival, angažovao specijalizovanu zaštitarsku agenciju koja je trebala osigurati redarsku službu na skupu, što je i bila zakonska obaveza apelanta kao organizatora skupa, te je uz apelaciju predočio i Plan obezbijedenja fizičke zaštite otvaranja manifestacije koji je ova agencija sačinila i koji je, uz najavu skupa, dostavljen i Policijskoj upravi.

Najzad, Ustavni sud zapaža da je apelant još u prijavi najave skupa, obrazlažući razloge zbog kojih smatra da je potrebno da obezbijedenje skupa osigura i policija, pored ostalog istakao da smatra da je to potrebno posebno na mjestima oko lokacija održavanja Festivala zbog mogućih „sačekuša“. Na dan otvaranja Festivala, pored incidenta koji se dogodio između pristalica i protivnika Festivala pred Akademijom likovnih umjetnosti, u kojoj se održala ceremonija otvaranja, proizilazi da je sedam lica učesnika (posjetilaca) Festivala napadnuto i tom prilikom zadobilo lakše i teže tjelesne povrede upravo u „sačekušama“. S tim u vezi, Ustavni sud primjećuje da je Policijska uprava vodila i disciplinske postupke protiv pojedinih policijskih službenika koji su upravo bili raspoređeni na obezbijedenju mjesta na kojim su se napadi dogodili. Ustavni sud primjećuje da je Krivični zakon Federacije BiH u relevantnom periodu u skladu sa pozitivnom obavezom javnih vlasti da zaštite mirne demonstracije - propisivao kao krivično djelo sprečavanje i ometanje javnog okupljanja (član 190). Međutim, kada se imaju u vidu okolnosti konkretnog slučaja, proizilazi da su javne vlasti propustile da preduzmu razumne i prikladne mjere kako bi spriječile sukob između pristalica i protivnika Festivala, kao i pojedinačne napade na učesnike Festivala koji su uslijedili nakon toga.

U konkretnom slučaju nameće se i pitanje i da li je i sam odnos javnih vlasti prema organizovanju i održavanju Festivala doprinio izbijanju nasilja koje se desilo na dan njegovog otvaranja.

Ustavni sud primjećuje je Festival organizovan sa ciljem da predstavi životne priče LGBTIQ osoba – njihov svakodnevni život, ljubavi, veze, prijateljstva, porodice, aktivnosti, strahove i druga životna pitanja s kojim se susreću u svojoj svakodnevnicu, te da se radilo o prvom takvom događaju na prostorima BiH.

Isticanje pripadnosti, kao što je i pripadnosti LGBTIQ populaciji, te zaštita i razvoj njenog identiteta i vrijednosti, ne može predstavljati prijetnju „demokratskom društvu“ čak i kada može biti uzrok za tenzije (vidi, *mutadis mutandis*, Evropski sud, *Sidiropoulos i Drugi protiv Grčke*, presuda od 10. jula 1998. godine, Izvještaji 1998-IV, pp. 1615, stav 41). Naime, nastanak tenzija jedna je od neizbježnih posljedica u pluralizmu kada se slobodno raspravlja o različitim idejama. U takvim okolnostima, uloga javne vlasti nije da uzrok tenzija otkloni eliminišući pluralizam, nego da osigura da suprotstavljene grupe tolerišu jedna drugu (vidi, citiranu, *Plattform "Ärzte für das Leben"*, p. 12, stav 32 i *Serif protiv Grčke*, aplikacija broj 38178/97, stav 53, ECHR 1999-IX). Pri tom, od suštinske važnosti je i da političari u javnim istupima izbjegavaju netoleranciju (vidi, Evropski sud, *Erbakan protiv Turske*, aplikacija broj 59405/00, 6. jul 2006. godine, stav 64).

Ustavni sud ukazuje da je apelant uz apelaciju predočio i pisanu obraćanja nizu institucija na svim nivoima vlasti u BiH, kao i, u to vrijeme, ličnostima i političarima koje su obavljali važne javne funkcije. U svim ovim obraćanjima, pored ostalog, upućen je apel za javni istup kojim bi se spriječilo i osudilo najavljeno nasilje i govor mržnje, a što je u pismima bilo ilustrovano porukama i prijetnjama koje su upućene apelantu. Ishod ovih obraćanja su bila saopštenja samo dvije institucije, te sastanci sa dva zvaničnika, odnosno njihovim predstavnicima, u povodu kojih nije izdato bilo kakvo javno saopštenje od strane zvaničnika. Pri tom, iz dokumentacije koja je predočena Ustavnom sudu proizilazi da su u javnim istupima u sredstvima informisanja i neki političari iznosile stavove koji su upućivali na negiranje LGBTIQ populacije, izražavajući negativan stav prema Festivalu, kao i bilo kom obliku javne prezentacije ovog djela populacije.

Ustavni sud podsjeća da je uloga javne vlasti da štiti i promovise pluralizam, toleranciju i društvenu koheziju kao vrijednosti inherentne demokratskom društvu. U tom smislu, u okolnostima konkretnog slučaja, na javnim vlastima je bilo da se, u skladu sa navedenim vrijednostima, zalažu za pomirljive stavove, a ne da doprinose daljnjoj konfrontaciji koju je izazvalo organizovanje jednog ovakvog događaja (vidi, *mutatis mutandis*, naprijed citiranu, *Ouranio Toxo*, stav 42). Stoga je, po mišljenju Ustavnog suda, i ignorantski odnos javnih vlasti, odnosno stav izražen u javnim istupima pojedinih zvaničnika, očigledno doprinio nasilju koje se dogodilo na dan otvaranja Festivala.

Ustavni sud primjećuje da je od trenutka najave održavanja Festivala apelant kao njegov organizator bio izložen napadima, vrijeđaju i otvorenim najavama nasilja protiv njega, njegovih članova, kao i LGBTIQ populacije uopšte. Takođe, kako proizilazi iz dokumenta predočenih Ustavnom sudu, sve ovo nije ostalo nepoznato ni nadležnom Ministarstvu unutrašnjih poslova, odnosno Policijskoj upravi kojim je apelant od početka najave Festivala i u periodu priprema za otvaranje podnosio prijave, koje su bile potkrijepljene podacima i saznanjima kojim je raspolagao, koje su mogle poslužiti u svrhu otkrivanja i sprečavanja pojedinaca i grupa od kojih su prijetnje i uvrede dolazile. Sve prijave takođe su proslijedene i Kantonalnom tužilaštvu. Osim toga, ove činjenice Ministarstvu unutrašnjih poslova, kao ni Kantonalnom tužilaštvu nisu mogle ostati nepoznate, s obzirom na kampanju koja je vođena u

medijima i uopšte interes koji je izazvalo organizovanje ovakvog događaja, kao i plakati i leci sa uvredljivim porukama i pozivima na nasilje koji su bili postavljeni na vidnim i frekventnim mjestima u gradu. Najzad, iz dokumenta predočenih Ustavnom sudu proizilazi da su Ministarstvo unutrašnjih poslova odnosno Kantonalno tužilaštvo bili upoznati i sa prijetnjama koje su upućene i onima koji su javno izrazili podršku Festivalu. Međutim, Ustavni sud primjećuje da do dana otvaranja Festivala, tj. 24. avgusta 2008. godine, ni Ministarstvo unutrašnjih poslova ni Kantonalno tužilaštvo nisu preduzeli niti jednu radnju u svrhu istraživanja i, eventualnog, otkrivanja pojedinaca od kojih su prijetnje, uvrede i pozivi na nasilje dolazili. Takođe, iz predočenog nije moguće zaključiti da su preduzimane bilo kakve mjere i radnje prema imaicima web stranica na kojim su objavljivani ovakvi sadržaji, odnosno prema imaicima web stranica na čijim forumima su ostavljali poruke njihovi posjetioci, a kako bi se zaustavilo i spriječilo daljnje širenje ovakvih materijala. Ovo tim prije što, kako proizilazi, pristup ovim stranicama i njihovim sadržajima nije bio ničim ograničen. Isto tako, do dana otvaranja Festivala nije preduzeto ništa ni u pogledu apelantovih prijava o neovlaštenim upadima na njegovu web stranicu, prijetećim i uvredljivim porukama koje su upućene na njegovu e-mail adresu, kao i zloupotrebama ovih podataka.

Ustavni sud podsjeća da pozitivna obaveza države podrazumijeva i preduzimanje radnji na efektivnom sprovođenju istrage i, kad je to neophodno, osiguranje zaštite od nezakonitih akta koji uključuju nasilje. Obim ove obaveze zavisi od konkretnih prilika koje vladaju u zemlji, kao i teškoća s kojim se javne vlasti suočavaju u upravljanju modernim društvima i izbora koji moraju biti napravljeni u pogledu prioriteta i resursa. Najzad, ova obaveza ne može se shvatiti na način da nameće nemoguć ili neproporcionalan teret javnim vlastima (vidi, Evropski sud, *Özgür Gündem protiv Turske*, presuda od 16. marta 2000. godine, st. 43 i 45).

Ustavni sud najprije primjećuje da su u konkretnom slučaju prijetnje, uvrede i najave nasilja upućene putem Interneta. U savremenom društvu Internet predstavlja specifičan način komunikacije i jedan od njegovih fundamentalnih principa je visoki stepen anonimnosti koji garantuje svojim korisnicima. Zahvaljujući tome, Internet ohrabruje slobodu govora i izražavanje i razmjenu najrazličitijih ideja. Međutim, zbog visokog stepena anonimnosti Internet predstavlja i moćno sredstvo, pored ostalog, u vrijeđaju i prijetnjama i kršenju prava drugih. Nasuprot tradicionalnim medijima, žrtva ne može lako da identifikuje osobu ili grupa od koje su uvrede i prijetnje upućene zbog činjenice da je moguće da se sakriju iza pseudonima ili čak da koristi lažni identitet. Zbog toga i istraživanje i otkrivanje osoba ili lica koja ovakve radnje preduzimaju, odnosno onemogućavanje ili praćenje ovakvih poruka može biti otežano ili čak i nemoguće i pored raspoloživih tehničkih sredstava, kao i mjera i radnji koje žrtva može koristiti kako bi spriječila ili onemogućila prijem ovakvih poruka. Stoga je obaveza zakonodavaca da osigura okvir u kom će pomiriti različite interese koji se očigledno takmiče za zaštitu u ovom kontekstu (vidi, Evropski sud, *K.U. protiv Finske*, presuda od 2. decembra 2008. godine, stav 49).

Ustavni sud primjećuje da je u relevantnom periodu u okviru federalnog Ministarstva unutrašnjih poslova već postojao

specijalizovani Odjel za istraživanje kibernetičkog kriminala. Međutim, kako proizilazi iz predočenih dokumenata, ovaj odjel je preduzeo radnje na istraživanju i otkrivanju osoba koje su uputile prijetnje i uvrede apelantu, pojedinim od njegovih članova lično, tek nakon prijave koje su podnijete 27. septembra 2008. godine, odnosno kad se nasilje već dogodilo. Ustavni sud ukazuje da se u odgovoru na navode iz apelacije Ministarstvo unutrašnjih poslova odnosno Kantonalno tužilaštvo nisu izjašnjavali zbog čega ovaj odjel nije angažovan ranije, s obzirom na to da je apelant prijave o prijetnjama i uvredama upućenim putem Interneta dostavljao još od 10. septembra, da ih je dokumentovao kako u pogledu sadržaja, tako i, u ne malom broju slučajeva, imenima lica koja su ih upućivala ili bar podacima koji su mogli biti od koristi da se ova lica identifikuju, te najzad da je Ministarstvo unutrašnjih poslova sve prijave prosljeđivao Kantonalnom tužilaštvu po čijem nalogu ovaj specijalizovani odjel može biti i angažovan. Ustavni sud primjećuje da činjenica da je istraga u ovom dijelu dala određene rezultate, te da su neka od ovih lica identifikovana i da su protiv njih vođeni prekršajni postupci upućuje na zaključak da preduzimanje istražnih radnji u ovom dijelu ne može biti označeno kao pretjeran teret na strani javnih vlasti da istraže i spriječe nezakonite radnje koje su uključivale nasilje koje se dogodilo. Osim toga, Ustavni sud zapaža da su ove radnje preduzete nakon što se nasilje već dogodilo i zbog toga ne mogu biti prihvaćene kao ispunjenje pozitivne obaveze javnih vlasti da djeluje i preventivno.

Ustavni sud podsjeća da prema stanovištu Evropskog suda tolerancija i poštovanje jednakog dostojanstva svih ljudskih bića predstavljaju temelje demokratskog i pluralističkog društva. Zbog toga se, u principu, u određenim demokratskim društvima može smatrati neophodnim da se sankcionišu ili čak spriječe svi oblici izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju na osnovu netrpeljivosti, ako se osigura da su „formalnosti“, „uslovi“, „ograničenja“ ili „kazne“ proporcionalne legitimnom cilju kom se teži (vidi, Evropski sud, *Erbakan protiv Turske*, presuda od 6. jula 2006. godine, stav 56). Nadalje, prema stanovištu Evropskog suda, podsticanje mržnje ne mora podrazumijevati i čin nasilja ili druga krivična djela. Međutim, i sami napadi na lica počinjeni vrijeđanjem, ismijavanjem i klevetanjem posebne grupe ili dijela stanovništva mogu biti dovoljni za vlast da favorizuje borbu protiv rasističke mržnje u licu slobode izražavanja kad se ona vrši na neodgovoran način (vidi, Evropski sud, *Féret protiv Belgije*, aplikacija broj 15615/07, stav 73, 16. juli 2009. godine). Pri tom, Evropski sud posebno naglašava da je diskriminacija zasnovana na seksualnoj osnovi jednako ozbiljna kao i diskriminacija zasnovana na „rasi, porijeklu i boji“ (vidi, *inter alia*, Evropski sud, *Smith i Grady protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacije br. 33985/96 i 33986/96, stav 97, ECHR 1999-VI). Najzad, izrazi koji konstituišu govor mržnje ne uživaju zaštitu člana 10 Evropske konvencije (vidi, naprijed citiranu, *Gündüz*, stav 41).

Ustavni sud ukazuje da je apelant u obimnoj dokumentaciji koju je priložio dokumentovao sadržaj poruka koje su pristizale na njegovu adresu, koje su ostavljane na forumu na njegovoj web stranici, na forumima imao druga web stranica, te najzad sa-

držaj tekstova koji su imao pojedinih web stranica objavljivali. Iz navedenog proizilazi da je homoseksualnost označena kao bolest i pošast savremenog društva, kao zlo protiv kog se treba boriti, kao krivac za AIDS i HIV, da je izjednačena sa pedofilijom, da je protivna, odnosno da uništava moral društva i dr. Takođe, u ovim tekstovima ne mali broj je i onih koji pozivaju na otvoreno nasilje, sugerišu najgrublja i svirepa sredstva koja pri tom treba primijeniti i mjere koje treba preduzeti prema organizatorima i učesnicima Festivala, te LGBTIQ populaciji uopšte. U svakom slučaju, sadržaj ovih poruka nedvosmisleno upućuje na zaključak da su prvenstveno potaknute načinom na koji LGBTIQ populacija izražava svoju seksualnu i rodnu pripadnost i seksualno opredjeljenje. S obzirom na način na koji su, uglavnom, plasirane, tj. putem Interneta, imajući u vidu njegovu rasprostranjenost i dostupnost, nesumnjivo je i da su imale karakter javnog izražavanja. U tom smislu, predstavljaju „govor mržnje“ koji u najširem smislu podrazumijeva javno izražavanje ili prouzrokovanje mržnje prema određenoj grupi ili pojedincu zbog nekog njenog određenja u svrhu stvaranja netrpeljivosti, razdora, diskriminacije i nasilja (ili) raspirivanja već postojeće mržnje, s tim što se ona kroz javni govor mržnje razvija, jača i produbljuje.

Ustavni sud primjećuje da je u relevantnom periodu (2008. godina) država Bosna i Hercegovina već bila ratifikovala Konvenciju o kibernetičkom kriminalu, te Dodatni protokol Konvencije o kibernetičkom kriminalu, a u vezi sa kažnjavanjem djela rasističke i ksenofobične prirode učinjenih putem kompjuterskih sistema („Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“ broj 6/06). Dodatnim protokolom obuhvaćena je i kriminalizacija djela rasističke i ksenofobične prirode počinjenih preko kompjuterskih sistema, kao što su, pored ostalog: širenje rasističkog i ksenofobičnog materijala putem kompjuterskih sistema, prijetnja sa rasističkom i ksenofobičnom motivacijom, uvreda sa rasističkom i ksenofobičnom motivacijom. Nadalje, u relevantnom periodu Krivični zakon Federacije BiH je u Glavi XXXII propisivao krivična djela protiv sistema elektronske obrade podataka, a koji odgovara obavezama preuzetim Konvencijom o kibernetičkom kriminalu. Međutim, obaveze preuzete i Dodatnim protokolom nisu se odrazile na sadržaj ove glave, kao ni neki drugi dio Krivičnog zakona Federacije BiH. Zatim, Krivični zakon Federacije BiH ni u relevantnom periodu kao ni danas ne reguliše zločin iz mržnje kao svako krivično djelo koje je učinjenog zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog porijekla, invaliditeta, pola, polnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Takođe, u relevantnom periodu, kao ni danas, u Bosni i Hercegovini ne postoji propis kojim je regulisano objavljivanje sadržaja na Internetu kojim bi se zaštitila prava građana, kada je riječ o sadržajima koji se publikuje na web stranicama, kao i objavama na različitim web portalima i društvenim mrežama.

Isto vrijedi i u pogledu Zakona o komunikacijama, koji kao državni zakon reguliše, pored ostalog, oblast telekomunikacija. Naime, Regulatorna agencija za telekomunikacije ne postupa po pritužbama građana u vezi sa objavama na web portalima i društvenim mrežama već ih prosljeđuje Vijeću za štampu BiH. Vijeće za štampu BiH je samoregulatorno tijelo uspostavljeno kao izraz dobre volje medijske industrije da primijeni samore-

gulatorni sistem u štampi i online medijima. Vijeće postupa u skladu sa Kodeksom za štampu i online medije u BiH, kao vlastitim propisom čije je cilj da postavi osnove sistema samouređivanja u štampi i online medijima, koji će biti smatran moralno obavezujućim za novinare, urednike, vlasnike i izdavače printanih i online medija. Vijeću se mogu podnijeti pritužbe zbog sadržaja koji je publikovan na web stranici neke medijske kuće, pored ostalog i kada se takav sadržaj može kvalifikovati kao govor mržnje. Međutim, odluke Vijeća su deklaratornog karaktera i ono nema autoritet da kažnjava prekršioca Kodeksa.

Kada se navedena zakonska rješenja dovedu u vezu sa principima Evropskog suda, proizilazi da u relevantnom periodu kao ni danas, javne vlasti nisu ispunile ni pozitivnu obavezu da u ostvarivanju legitimnog cilja sankcionisanja ili sprečavanja svih oblika izražavanja koji šire, podstiču, promovišu ili opravdavaju mržnju propišu „formalnosti“, „uslove“, „ograničenja“ ili „kazne“ koje bi bile srazmjerne njegovom ostvarivanju i tako osigura okvir u kom će pomiriti različite interese koji se očigledno takmiče za zaštitu u ovom kontekstu. Efektivna prevencija teških djela, kada se dovode u pitanje bitni aspekti i suština prava koje se garantuje, javnim vlastima može nametati obavezu kreiranja efikasne odredbe krivičnog prava koja će kroz efektivnu istragu i krivično gonjenje odvracati od počinjena takvih djela (vidi, *mutatis mutandis*, naprijed citiranu X i Y, st. 23, 24 i 27; *August protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (dec.), aplikacija broj 36505/02, 21. januar 2003. godine i *M.C. protiv Bugarske*, aplikacija broj 39272/98, stav 150, ECHR 2003-XII).

Ustavni sud ukazuje da je govor mržnje u konkretnom slučaju bio usmjeren prema apelantu, kao organizaciji koja se bavi promocijom i zaštitom ljudskih prava LGTBIQ populacije, kao i pripadnicima ove populacije u cjelini. Nadalje, u konkretnom slučaju, uvrede, klevete i prijetnje pokrenute su u povodu organizovanja i održavanja Festivala, prvog takve vrste u BiH, koji je za cilj upravo imao, pored ostalog, da preispita heteronormativne i patrijarhalne vrijednosti u kontekstu roda, pola i seksualne orijentacije. Naime, način na koji se ovaj dio stanovništva opredjeljuje prema identifikaciji pola, seksualnoj orijentaciji i polnom životu, još uvijek je kontroverzna tema. Međutim, ova pitanja tiču se najintimnije sfere života svakog ljudskog bića i kao takva ulaze u krug pozitivne obaveze države da ih zaštititi. U tom smislu i javno iznošenje stavova i opredijeljenost o ovim pitanjima ne može biti onemogućeno niti uskraćeno čak i kada to ljuti ili nailazi na očigledno neodobravanje, netrpeljivost i mržnju dijela društva. Naime, osnovu svakog demokratskog društva čini pluralizam koji je izgrađen na istinskom prepoznavanju i poštovanju različitosti, raznovrsnosti i dinamike tradicije i etničkog i kulturnog identiteta, religijskih vjerovanja, umjetničkih, književnih i društveno-ekonomskih ideja i koncepata.

Skladna interakcija između osoba i grupa sa različitim identitetima je suštinska za ostvarivanje društvenog jedinstva (vidi, Evropski sud, *Gorzelik i Ostali protiv Poljske* [GC], aplikacija broj 44158/98, stav 92, ECHR 2004-I; *Moscow Branch of the Salvation Army protiv Rusije*, aplikacija broj 72881/01, stav 61, ECHR 2006XI i *Zhechev protiv Bugarske*, aplikacija broj 57045/00, stav 35, 21. jun 2007. godina). Zbog toga je, kao što je već uka-

zano u ovoj odluci, promocija i zaštita ovih vrijednosti obaveza javne vlasti. Propustom da osigura jasan pravni okvir koji bi onemogućio širenje uvreda, kleveta i prijetnji prema apelantu i njegovim članovima i simpatizerima zbog organizacije Festivala posvećenog jednom legitimnom pitanju, bez obzira na kontroverze koje u društvu ovo pitanje pokreće, a kroz koji bi takvo ponašanje bilo i sankcionisano u svrhu preventivnog djelovanja i odvracanja od činjenja istih ili sličnih djela, te koje je, u konačnici, u apelantovom slučaju, rezultiralo i fizičkim nasiljem na dan otvaranja Festivala i uzrokovalo apelantov odustanak od njegovog daljnjeg održavanja - javne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obavezu da u apelantovom slučaju osiguraju efektivno uživanje prava na slobodu okupljanja.

Naime, kako je već ukazano u ovoj odluci na javnim vlastima je obaveza da osiguraju istinsko funkcionisanje udruženja čak i onda kada ljute ili vrijeđaju osobe koje se protive zakonitim idejama i zahtjevima koje udruženje nastoji promovisati. Nadalje, njihovi članovi moraju biti u stanju održavati skupove bez straha da će biti objekt fizičkog napada njihovih protivnika. Ovo iz razloga što ovaj strah može udruženje ili drugu grupu koja podržava zajedničke ideje ili interese obeshabriti od otvorenog izražavanja mišljenja o kontroverznim pitanjima koja se tiču zajednice.

Ustavni sud zapaža da iz činjenica predmeta nespornim proizilazi da su u konkretnom slučaju javne vlasti preduzele čitav niz radnji nakon što se dogodio incident ispred Akademije, te su otkrivena i procesuirana lica koja su učestvovala u incidentu koji se dogodio ispred zgrade Akademije, kao i u napadima na neke od učesnika Festivala, na dan otvaranja Festivala. Međutim, za suštinsko osiguranje uživanja prava na slobodu okupljanja u apelantovom slučaju, tj. obezbjeđivanje svih neophodnih uslova za nesmetano odvijanje Festivala, kao skupa za čije održavanje su javne vlasti izdale dozvolu, jer se, pored ostalog, radilo o mirnom okupljanju, bilo je potrebno kao preduslov osigurati sprečavanje govora mržnje i sankcionisanje onih koji su ga širili, te putem Interneta pozivali otvoreno na organizovanje nasilja koje se i dogodilo i koje javne vlasti nisu uspjele spriječiti. Na taj način javne vlasti nisu ispunile svoju pozitivnu obavezu da u svrhu efektivne prevencije djela kojim se dovode u pitanje bitni aspekti i suština prava koje se garantuje, kreiraju efikasne odredbe krivičnog prava koje će kroz efektivnu istragu i krivično gonjenje odvracati od počinjena takvih djela. Pri tom, a kako je već ukazano u ovoj odluci, i istraga protiv ovih lica je pokrenuta tek nakon što se nasilje dogodilo, te kada je već bilo otkazano održavanje Festivala.

S obzirom na utvrđenu povredu apelantovog prava iz člana II/3i) Ustava BiH i člana 11 Evropske konvencije, Ustavni sud na ime naknade nematerijalne štete apelantu određuje naknadu u ukupnom iznosu od 6.000 KM, koji su apelantu dužni isplatiti Vlada Federacije BiH u iznosu od 3.000,00 KM i Vlada Kantona Sarajevo u iznosu od 3.000 KM.

(*Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1020/11 od 24. septembra 2014. godine*)

PRAVO DA SE NE BUDE SUĐEN ILI KAŽNJEN DVA PUTA PO ISTOM PREDMETU

Nema povrede člana 4. Protokola broj 7 uz Evropsku jer

pravnosnažna presuda kojom je zbog stvarno nadležnosti suda optužba protiv apelantice odbijena nije sadržavala odluku o „oslobađanju“, odnosno „osudi“ apelantice.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da su se praksa i stavovi Evropskog suda u vezi primjene i principa iz stava 1 člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju mijenjali i evoluirali. S tim u vezi, Ustavni sud posebno naglašava da je Evropski sud jasno naveo da član 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju u prvom stavu sadrži zabranu *ne bis in idem* (ne dva puta o istom), dok u drugom stavu predviđa izuzetke od ovog pravila pod „kontrolisanim“ uslovima. Takođe, Ustavni sud primjećuje da pojam *bis* postavlja pitanje koje vrste sudskih odluka aktiviraju primjenu ovog načela, dok pojam *idem*, posebno razvijen u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* (vidi Evropski sud, [GC] aplikacija broj 14939/03 presuda od 10. februara 2009. godine). polazi od identiteta pravnih kvalifikacija, odnosno opredjeljenja da se radi „o istom“. Tako je u navedenoj odluci utvrđeno da se zabranjuje progon ili suđenje za „isto krivično djelo“, odnosno djelo koje proizilazi iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste. Takođe, Evropski sud je jasno utvrdio da se postupak principa iz člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju „aktivira“ kada je prethodna oslobađajuća ili osuđujuća presuda stekla svojstvo *res iudicata* (presuđena stvar), a što je dalje definisano da nema redovnog pravnog lijeka u skladu sa domaćim zakonima, da je iskorišten ili da je istekao rok za izjavljivanje pravnog lijeka.

Stoga će Ustavni sud navode apelantice o dvostrukom suđenju za isto krivično djelo ispitati u skladu s navedenim stavovima Evropskog suda. Dakle, Ustavni sud prije svega podsjeća da je za primjenjivost člana 4 Protokola 7 uz Evropsku konvenciju potrebno postojanje krivičnog postupka okončanog pravnosnažnom presudom, postojanje drugog postupka i postojanje pravnosnažno osuđujuće i oslobađajuće presude. Dakle, za primjenjivost nije dovoljno da odluka ima snagu *res iudicata*, već je potrebno da ona bude oslobađajuća ili osuđujuća.

U konkretnom slučaju presuda Opštinskog suda, potvrđena presudom Kantonalnog suda kojom se optužba protiv apelantice odbija, stekla je formalnu pravnosnažnost. Nadalje je nesporno nakon postupka koji je proveden pred Kantonalnim sudom, kao prvostepenim sudom, da je apelantica proglašena krivom za „isto krivično djelo“ za koje je u postupku koji je vođen pred Opštinskim sudom optužba odbijena. Međutim, u konkretnom slučaju Ustavni sud mora odgovoriti na pitanje da

li je presuda Opštinskog suda, kojom se prema apelantici optužba odbija, po svom karakteru predstavlja uslov za primjenljivost člana 4 Protokola 7.

Ustavni sud primjećuje da Zakon o krivičnom postupku predviđa dvije vrste odluka - procesne i meritorne. U procesne, između ostalih, spada i odluka kojom se optužnica odbija zbog nenadležnosti suda. U konkretnom slučaju, na osnovu činjeničnog opisa krivičnopravnih radnji koje su apelantici stavljen na teret, sud, koji nije vezan pravnom kvalifikacijom djela, utvrdio je da iz opisa radnji koje su apelantici stavljen na teret proizilazi teži oblik krivičnog djela koji je u stvarnoj nadležnosti Kantonalnog suda. U skladu sa zakonskim odredbama, s obzirom na fazu postupka - glavni pretres, sud je donio presudu. Ustavni sud, prije svega sa aspekta domaćeg prava primjećuje da je Zakon o krivičnom postupku jasno propisao da se nakon potvrđivanja optužnice sud ne može oglasiti nenadležnim rješenjem i uputiti nadležnom sudu (što može u ranijim fazama), već mora donijeti presudu kojom se optužba odbija.

Ustavni sud nadalje primjećuje da su sudovi u svojim odlukama dali razloge zbog kojih smatraju da se ne radi o situaciji *ne bis in idem*, pa su isticali da se radi o procesnoj odluci u kojoj nije rješavano o meritumu krivične stvari, odnosno o krivičnoj odgovornosti apelantice. U tom kontekstu, Ustavni sud zapaža da u postupku prvobitno vođenom pred Opštinskim sudom, od strane redovnih sudova (dakle Opštinskog suda i Kantonalnog suda u žalbenom postupku) nije ispitivana bilo koja radnja u odnosu na apelanticu, već se pošlo od prostog opisa radnji koje su apelantici stavljen na teret, kao elementa krivičnog djela za koje je optužena. Dalje, u odnosu na utvrđene elemente krivičnog djela i radnje koje su stavljen apelantici na teret, sud se bavio „sobom“, odnosno našao da za navedene radnje, odnosno krivično djelo koje iz njih proizilazi nije nadležan. Dakle, iz opisa presude kojom je optužnica odbija ne proizilazi niti jedna činjenica koja upućuje da je na bilo koji način utvrđivana krivična odgovornost u odnosu na apelanticu. Čak i restriktivnim tumačenjem presude Opštinskog suda kojom se odbija optužba, Ustavni sud ne može izvesti zaključak da je u pitanja „oslobađajuća“ ili „osuđujuća“ pravnosnažna presuda, odnosno da je ona riješila pitanje konačnog oslobađanja ili osude apelantice nakon ocjenjivanja činjenica predmeta i utvrđivanja krivične odgovornosti (ili nevinosti) apelantice.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP-3555/13 od 9. decembra 2014. godine)

Practice of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Milena Simović

Deputy Secretary at the Republic of Srpska Government's Secretariate for Legislation and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection of the Independent University of Banja Luka, Banjaluka, Bosnia and Herzegovina