

Živorad Rašević*

USTAVNA ZAŠTITA LJUDSKOG DOSTOJANSTVA U BOSNI I HERCEGOVINI

SAŽETAK

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži normu kojom se eksplicitno garantuje ljudsko dostojanstvo. To svakako ne pogoduje građanima koji traže zaštitu ustavom zajemčenih ljudskih prava u jednoj složenoj državi. U ovom radu su istraživane pravna priroda ljudskog dostojanstva kao ljudskog prava i privatnog ličnog dobra, prepreke ostvarivanju njegove ustavnosudske zaštite u pravnom poretku BiH i mogućnosti njihovog prevazilaženja. Kao ključni problemi uočeni su: usko tumačenje materijalne apelacione nadležnosti Ustavnog suda BiH; nerazjašnjena primjenjivost međunarodnih instrumenata iz Aneksa I Ustava BiH; nerazjašnjen odnos javnog i privatnog prava u pravnom poretku BiH. Kao mogućnosti prevazilaženja ovih prepreka predviđene su ustavne, zakonske i doktrinalne mjere koje se sastoje u proširenju materijalne apelacione nadležnosti Ustavnog suda; ekstenzivnoj primjeni ustanove opšte zabrane diskriminacije; razvoju doktrine efekta zračenja; ustavnom uređenju ili doktrinalnom razvoju koncepta opšteg prava ličnosti.

Ključne riječi: ljudsko dostojanstvo, pravo ličnosti, apelaciona nadležnost i praksa Ustavnog suda BiH.

*dr., pukovnik pravne službe Oružanih snaga BiH.

UVOD

Ako prijetnja sankcijom predstavlja jedan od pozitivističkih postulata važnja i efikasnosti prava, onda konkretna (pojedinačna, neposredna) ustavnosudska zaštita ljudskih prava daje ovoj grani prava važan pozitivistički pečat. Obraćanjem ustavnom sudu građanin se postavlja u pravni odnos neposredno sa državom kao nedjeljivim pravnim subjektom koji obuhvata sve institucije u horizontalnoj i vertikalnoj podjeli javne vlasti, radi sudskog nadzora i izricanja sankcija zbog kršenja jemstava tih prava. Na osnovu člana VI/3.b Ustava BiH, Ustavni sud Bosne i Hercegovine-USBiH je jedini ustavni sud u BiH kome je povjerena ovakva nadležnost, čime je građanima, pored isticanja povreda ljudskih prava u redovnim sudskim postupcima, omogućen još jedan adut¹⁾ u borbi za njihovo ostvarivanje. U unutrašnjem pravnom poretku USBiH predstavlja posljednju instancu nadzora ispunjavanja međunarodnih standarda ljudskih prava od strane BiH i njenih entiteta. Pojam ljudskog dostojanstva je duboko ukorijenjen u filozofsku koncepciju prava ljudskih prava. Etabliranje jednog ovakvog preskriptivnog pojma u pozitivno pravo izaziva brojne kontroverze i različita tumačenja, posebno u bosanskohercegovačkom javnom diskursu opterećenom visokim konfliktnim potencijalom. Jedan od mnoštva mogućih pozitivno-pravnih značenja podrazumijeva pristup dostojanstvu kao ličnom dobru, koga štiti privatno (građansko) pravo ličnosti.

U ovom radu su pravno-dogmatski, filozofski i uporednopravno ispitana značenja dostojanstva u javnopravnom i privatnopravnom kontekstu, međunarodna i ustavna praksa u zaštiti dostojanstva kao sadržaja ljudskih prava i kao posebnog ličnog dobra, te mogućnosti šireg domašaja ove ustanove u pravnom poretku BiH.

1. Ljudsko dostojanstvo u javnom i privatnom pravu

1.1. Ljudsko dostojanstvo kao sadržaj prava ljudskih prava

Ljudsko dostojanstvo kao pravna ustanova se u javnopravnom kontekstu pripisuje sistemskoj cjelini prava ljudskih prava. Za razvoj diskursa o ovoj pravnoj ustanovi najveće zasluge pripadaju njemačkoj filozofiji i pravnoj nauci.

1) V. Dimitrijević *et al.*, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, 62. Autori se pozivaju na Dvorkina, koji je načinio analogiju odnosa države i građanina sa igrom kartama.

Kant je, ispitujući moralne izazove života u društvenoj zajednici²⁾ ishodio ideju o najvišoj vrijednosti ljudskog bića,³⁾ koju je nazvao dostojanstvom.⁴⁾ Ono se shvata različito: kao širi pojam koji obuhvata pojedina prava i slobode; kao korijen svih osnovnih prava, kao vrhovna vrijednost koja ima funkciju kontrole nad čitavim sistemom zaštite ljudskih prava⁵⁾; kao temelj jednakosti⁶⁾; kao vrhovni značaj, temeljna vrijednost i nepovredivost ljudske osobe⁷⁾; kao pojmovna spona morala i pozitivnog prava.⁸⁾ Navedena značenja svakako

2) „Ako ja uopšte zamislim jedan hipotetički imperativ, ne znam unapred šta će on sadržati, sve dok mi ne bude dat uslov. Ali, ako zamislim jedan kategorički imperativ, onda ja odmah znam šta on sadrži. Pošto imperativ osim zakona sadrži samo neophodnost maksime da bude u saglasnosti sa zakonom, a zakon ne sadrži nikakav uslov na koji je on bio ograničen, to ne preostaje ništa drugo do opštost zakona sa kojim maksima radnje treba da je u saglasnosti, i tu saglasnost jedino imperativ predstavlja zapravo kao nužnu. Dakle, postoji samo jedan kategorički imperativ, i to ovaj: Delaj samo prema onoj maksimi za koju u isto vreme možeš želeti da ona postane jedan opšti zakon.“ E. Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Dereta, Beograd 2008, 60.

3) „Ja sada tvrdim: Čovek i uopšte svako umno biće egzistira kao svrha po sebi, a ne samo kao sredstvo za kakvu bilo upotrebu ove ili one volje...Bića čije se postojanje, doduše, ne zasniva na našoj volji već na prirodi, ipak imaju, ako su bića bez uma, samo neku relativnu vrednost, kao i sredstva, i zato se zovu stvari, naprotiv, umna bića zovu se ličnosti, jer ih već njihova priroda odlikuje time što ih ističe kao svrhe same po sebi, to jest kao nešto što ne sme da se upotrebljava kao sredstvo, pa utoliko ograničava svaku samovolju (i predstavlja jedan predmet poštovanja)...Prema tome, praktični imperativ glasiće: Postupaj tako da ti čoveštvo u svojoj ličnosti kao i u ličnosti svakog drugog čoveka uvek upotrebljavaš u isto vreme kao svrhu, a nikada samo kao sredstvo“ *Ibid.*, 72-74.

4) „Um, dakle, primenjuje svaku maksimu volje kao opšte zakonodavne na svaku drugu volju, a i na svaku radnju prema samom sebi, i to ne zbog neke druge praktične pobude ili buduće koristi, već na osnovi ideje dostojanstva umnog bića koje se pokorava nijednom drugom zakonu do onom koji u isto vreme ono samo postavlja...ono što je uzvišenije od svake cene, ono što ne dopušta nikakav ekvivalenat, dostojanstvo je...ono što sačinjava uslov, pod kojim je jedino nešto kadro da sačinjava svrhu samu po sebi, nema samo neku relativnu vrednost, neku cenu, već poseduje unutrašnju vrednost-dostojanstvo...Prema tome, moral i čovek, ukoliko je on za moral sposoban, jesu ono što jedino ima dostojanstva.“ *Ibid.*, 82-83.

5) S. Gajin, *Ljudska prava-pravnosistemski okvir*, Pravni fakultet Univerziteta Union, CUPS i Institut za uporedno pravo, Beograd 2011, 91-94. Autor je citirao praksu Ustavnog suda SR Njemačke.

6) S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, 193-194.

7) *Non-Discrimination in International Law*, Interights, London, 2011, 220.

8) „Ljudsko dostojanstvo, koje je jedno isto svuda i za svakoga, utemeljuje nedjeljivost ljudskih prava. Iz takvog razvoja objašnjava se istaknuto mjesto koje je dobio pojam pravosuđa. Što više osnovna prava prožimaju cijeli sistem, to ona češće zahvataju-izvan vertikalnog odnosa pojedinog građanina prema državi-i horizontalne odnose između pojedinih građana. Pritom je sve veći broj kolizija koje iziskuju odvajanje između konkurentnih zahtjeva za osnovnim pravima. U takvim *hard cases* će utemeljena odluka biti moguća tek na osnovu pozivanja na povredu ljudskog dostojanstva koje važi apsolutno, koje prema tome zahtijeva prvenstvo. Stoga ovaj pojam ne igra u sudskom diskursu ulogu maglovite zamjene za integriranu koncepciju

daju sliku širine i neodređenosti, a jedan pokušaj prevođenja preskriptivnih značenja u deskriptivne identifikovao je pet „literalno prihvaćenih uputstava“ kao sadržinu ovog pojma: (1) oslobađanje od straha za egzistenciju čovjeka, (2) očuvanje jednakosti, (3) očuvanje identiteta i integriteta čovjeka, (4) ograničavanje i određivanje mjere u kojoj se primjenjuje državna vlast prema pravilima pravne države i (5) poštovanje tjelesne neprikosновенosti.⁹⁾

Posmatrano strogo pozitivistički, involviranost ljudskog dostojanstva kao jednog meta-pravnog pojma u međunarodno i ustavno pravo ne doprinosi pravnoj sigurnosti, ali svakako koristi ideološkoj, političkoj i programsko-deklarativnoj funkciji ljudskih prava. Zato je njegova zastupljenost u međunarodnim instrumentima primjetna: pominje se u preambulama Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima-MPGPP i Međunarodnog pakta o ekonomskim i socijalnim pravima-MPESKP), a u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima-UDP pominje se ne samo u preambuli, nego i u članu 1.¹⁰⁾ U ključnom regionalnom instrumentu ljudskih prava-Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda-EK, ovaj pojam je našao mjesta jedino u preambuli Protokola broj 13.¹¹⁾ Izostanak odredbi o dostojanstvu opravdava se mogućnostima širokog tumačenja odredbi EK, a posebno člana 8. (rubrum Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života).¹²⁾ „Dalje, ovaj pojam je uveden u unutrašnje pravo putem preambule Ustava BiH kako eksplicitno, tako i implicitno, međunarodnim

ljudskih prava koje nema. Ljudsko dostojanstvo je seizmograf koji pokazuje šta je konstitutivno za demokratsko pravno uređenje-naime, tačno ona prava koja građani jedne političke zajednice moraju ustanoviti kako bi jedni druge mogli poštovati kao članovi slobodnog udruženja slobodnih i jednakih. Tek jamčenje ovakvih ljudskih prava proizvodi status građana koji kao subjekti jednakih prava imaju pravo da ih se poštuje u njihovom ljudskom dostojanstvu...Ideja ljudskog dostojanstva je pojmovna spona koja moral jednakog poštovanja za svakog veže sa pozitivnim pravom i demokratskim utvrđivanjem prava...“ J. Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, Fondacija CJP, Sarajevo 2011, 20-21.

9) E. Šarčević, *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo 2009, 19.

10) Stav 1. preambule: „Pošto je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svijetu...“; član 1: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“

11) „Države članice Savjeta Evrope...uvjerene...da je ukidanje smrtno kazne bitno za...puno priznavanje dostojanstva svojstvenog svim ljudskim bićima...“

12) „EK (čl. 8)...izričito govori o jemstvu privatnosti privatnog života, doma i prepiske. Evropski sud za ljudska prava je vremenom tu odredbu o pravu na privatnost vremenom razvio kao osnov za zaštitu i drugih ličnih prava-prava na čast i ugled, prava na lične podatke, prava na polni identitet i dr., pretvorivši je tako u jemstvo svih ličnih prava koja nisu drugim odredbama posebno zajemčena.“ V. Vodinić, *Građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012, 293.

instrumentima koji čine ustavnu inspiraciju.¹³⁾ U Ustavu Federacije BiH, Sl. novine FBiH br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08, pominje se samo u normativnom dijelu, i to kao objekat zaštite Ombudsmana.¹⁴⁾ Sa druge strane, Ustav Republike Srpske, Sl. glasnik RS br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/02, 31/03, 98/03, 115/05, sadrži jasno propisane garancije dostojanstva i opšteg prava ličnosti u članu 13.,¹⁵⁾ a u preambuli se navodi kao temelj ustavnog uređenja.¹⁶⁾

1.2. Ljudsko dostojanstvo kao privatno lično dobro

U privatnopravnom kontekstu, dostojanstvo se navodi kao jedno od ličnih dobara zaštićenih građanskim pravom ličnosti. Prava ličnosti su najmlađa grupacija subjektivnih građanskih prava i definišu se kao subjektivna prava na ličnim dobrima, tj. na onim dobrima koja su najneposrednije i neraskidivo vezana sa licem.¹⁷⁾ Radi se o otvorenom pojmu, obzirom da ni pozitivno pravo ni pravna teorija nisu u stanju da potpuno i konačno odrede njihovu sadržinu, niti da pobroje sva zaštićena lična dobra.¹⁸⁾ U krajnjoj liniji, to bi bilo štetno, jer bi spriječilo njegovu funkciju i dalji razvoj.¹⁹⁾ Bliskost privatnih prava ličnosti i javnopravnih ljudskih prava je očigledna. Njihov međusobni odnos

13) Stav I preambule: „- na osnovu poštivanja ljudskog dostojanstva, slobode i jednakosti, ...”

Stav 8 preambule: „-Inspirisani Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, Međunarodnim paktovima o građanskim i političkim pravima, odnosno o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, i Deklaracijom o pravima lica koja pripadaju nacionalnim ili etničkim, vjerskim i jezičkim manjinama, kao i drugim instrumentima ljudskih prava.”

14) U članovima 2. i 5. Poglavlja II.B Ustava FBiH. Član 2.:“ Ombudsmeni su dužni štiti ljudsko dostojanstvo, prava i slobode zajamčene ovim ustavom, instrumentima navedenim u Aneksu i ustavima kantona.”

15) „Ljudsko dostojanstvo, tjelesni i duševni integritet, čovjekova privatnost, lični i porodični život su nepovredivi.”

16) „1. Poštujući volju svojih konstitutivnih naroda i građana da obrazuju i očuvaju Republiku Srpsku i da ustavno uređenje Republike utemelje na poštovanju ljudskog dostojanstva, ...“ (Amandman LXVI).

17) Vodinelic pravi podjelu zaštićenih ličnih dobara na ona koja mu pripadaju kao fizičko-biološkom biću, kao psihičkom biću i kao društvenom biću, a u ove posljednje ubraja, pored časti, ugleda, privatnosti, identiteta, imena i ličnog podatka, i dostojanstvo. V. Vodinelic, 252

18) Navode se sljedeća zaštićena lična dobra: život, tijelo, zdravlje, psihički integritet, pijetet, lik, glas, privatnost, dostojanstvo, čast, ugled, ime, identitet, lični podatak, itd. V. Vodinelic, 253; Čovjekov život, zdravlje, izgled, razina kulture, glas, čast i ugled, emocije, talenti koje posjeduje, inteligencija koja mu je urođena, itd. A. Radolović, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* v. 27 1/2006, 133.

19) „...broj ličnih prava nije zatvoren zbog izuzetne važnosti ličnih dobara za čoveka i neprihvatljivosti da budu nezaštićena od povreda zbog nesposobnosti zakonodavca da pravovremeno reaguje na nove mogućnosti njegovih povreda. V. Vodinelic, 253.

reflektuje kontroverze razgraničenja privatnog i javnog prava,²⁰⁾ uzrokovane nedovoljno preciznim i jasnim kriterijumima razlikovanja, kao što su razlikovanje privatnopravnog i javnopravnog odnosa,²¹⁾ odnosno interesa koje se štiti-privatnog ili opšteg,²²⁾ njihovog značaja,²³⁾ ili pak ne/podobnosti za privatnopravno normiranje.²⁴⁾

Ustavna zaštita prava ličnosti razvijena je u jurisprudenciji Ustavnog suda SR Njemačke, utemeljenoj na ustavnim tužbama zbog povrede ustavom zajemčenog prava na slobodan razvoj ličnosti,²⁵⁾ kojom je građanskopravna zaštita navedenog prava proširena i na ustavnopravnu, iz člana 2. u vezi sa članom 1. Osnovnog zakona.²⁶⁾ Slične odredbe koje povezuju privatno pravo ličnosti sa ljudskim pravima uobičajene su u kontinentalnom ustavnom pravu.²⁷⁾ Pravnoteorijsko objašnjenje se svodi na konstrukciju javnopravnog opšteg prava ličnosti, kao matičnog, okvirnog prava, i posebnih prava, koja mogu biti i javnopravna i privatnopravna. Ova posebna prava su manifestacije

20) „Između javnog i privatnog prava ne postoji do kraja isključivo razgraničenje kompetencije, pa neke vrijednosti mogu biti objektom regulacije u jednom i drugom.“ A. Radolović, 133-134.

21) „U građanskom pravu, ekvivalentnost postoji između privatnih subjekata...U odnosu na državu, pojedinac je slab i ima pravo da se poziva na argumente protiv njene neobuzdane svemoći.“ V. Dimitrijević, 62.

22) „Vrijednosti kao što su život i zdravlje čovjeka u određenoj, čak dosta jakoj mjeri zahvaća javno pravo, ali ne zahvaća npr. ni po prilici u istom intenzitetu ostale neimovinske vrijednosti (ugled, čast, dostojanstvo, talent, inteligenciju, itd.). To će, po naravi stvari, pretežito spadati u privatno pravo. Na području prava osobnosti i neimovinske štete to je gotovo i dramatično vidljivo, jer samo oštećenik (a ne država) zna je li povrijeđen u svom pravu osobnosti i koliko je povrijeđen. Mehanizam zaštite prava osobnosti mora biti u rukama samog nositelja prava i to je, možda, presudni argument za tezu da pravo osobnosti spada u privatno (građansko) pravo.“ A. Radolović, 134.

23) Ljudska prava imaju dublje, etičke izvore i ne smeju doći u opasnost da ih zakonodavac, poput običnih, nezaštićenih subjektivnih prava, ukine po svom nahodenju.“ V. Dimitrijević, 43.

24) „Pravo osobnosti...proizlazi iz javnog prava (prije svega iz Ustava), ali nisu sva ustavna prava ujedno i prava osobnosti. To postaju samo ona ustavna prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna i apsolutna u građanskopravnom smislu te riječi. Bez prolaza kroz taj „filter“ nema prava osobnosti.“ A. Radolović, 142.

25) V. npr. BVerfGE 116, 243 (*Ausländische Transsexuelle*), BVerfGE 34, 269 (*Soraya*), itd. u J. Schwabe/E. Šarčević, *Izabrane odluke njemačkog Savezbog ustavnog suda*, Fondacija Konrad Adenauer, Sankt Augustin 2009.

26) Član 1. : „Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Njegovo poštovanje i zaštita će biti dužnost svake državne vlasti...“ Član 2. stav 1: „Svako ima pravo na razvoj svoje ličnosti, dokle to ne krši prava drugih ili ne vrijeđa ustavno uređenje i moralne zakone.“

27) Npr. član 23. Ustava Republike Srbije: „Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite. Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom.“ ili članak 35. Ustava Republike Hrvatske: „Svatom se jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.“

opšteg, što omogućuje ekstenzivno tumačenje i, u krajnjoj liniji, pomijeranje granica pojma i njegovo širenje. Bez eksplicitnog navođenja zaštićenih ličnih dobara, ustavna norma upućuje na zaštitu cjeline ljudske ličnosti, a zakonodavcu i tumaču prava ostavlja da putem testa srazmjernosti ocijeni njihovu vrijednost u odnosu na druga dobra, privatne i javne interese.²⁸⁾

Najvažniji izvor građanskog prava ličnosti u BiH su odredbe Zakona o obligacionim odnosima –ZOO, Sl. list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89, Sl. list RBiH br. 2/92, 13/93 i 13/94, Sl. glasnik RS br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.²⁹⁾ Dostojanstvo ličnosti je eksplicitno pomenuto jedino u članu 202., dok se u ostalim odredbama pominje integritet ličnosti, ugled, čast, sloboda, i sl. Ovakav izostanak češćeg navođenja dostojanstva kao zaštićenog ličnog dobra ne znači da ono nije zaštićeno kao takvo, jer je zakon u članu 157. stav 1. ostavio pojam prava ličnosti otvorenim, a, kako je pokazano, pravna teorija smatra poželjnim njegovo ekstenzivno tumačenje. Drugi važan izvor jesu odredbe Zakona o zaštiti od klevete-ZZK, Sl. glasnik RS br. 37/01, Sl. novine FBiH br. 59/02 i 73/05, Sl. glasnik Brčko Distrikta br. 14/03, koji određuje poseban postupak zaštite od štete nanesene ugledu lica iznošenjem

28) „Generalna garantija nepovredivosti ličnosti u njenoj sveukupnosti (opšte lično pravo) predstavlja blanketnu (upućujuću) normu koja nalaže zakonodavcu odn. sudiji da zaštiti ono lično dobro odn. sankcioniše onu povredu, ako i kad utrdi da zavređuju zaštitu odn. sankciju. Otuda otvorenost kruga ličnih prava, ali i prateća pravna nesigurnost. Do odluke o tome da li na nekom dobru priznati lično pravo, odn. da li neku povredu ličnog dobra smatrati nedopuštenom, zakonodavac i sud dolaze tzv. postupkom odmeravanja dobara i interesa: lično dobro je zaštićeno od radnji kojimna se ostvaruje neko manje vredno dobro ili interes; redovno se sukobljavaju jednakovredna dobra i interesi, tako da se mora naći rešenje koje neće jednostrano žrtvovati nijedno od njih radi drugog, nego će omogućiti da se oba ostvare koliko god je to moguće; pri tome je bitna srazmjernost (proporcionalnost) radnje, tj. da ne nadilazi meru koja je dovoljna za ostvarenje dobra odn. interesa.“ V. Vodinelić, 258.

29) Član 157. stav 1.: “Svako ima pravo zahtevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje integritet ljudske ličnosti, ličnog i porodičnog života i drugih prava njegove ličnosti.” Član 198. stav 1.: “Ko drugome povredi čast kao i ko iznosi ili prenosi neistinite navode o prošlosti, o znanju, o sposobnosti drugog lica, ili o čemu drugome, a zna ili bi morao znati da su neistiniti, i time mu prouzrokuje materijalnu štetu dužan je naknaditi je.” Član 199.: „U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.” Član 200. stav 1.: “Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu.” Član 202.: „Pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog pretrpljenih duševnih bolova ima lice koje je prevarom, prinudom ili zloupotrebom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti navedeno na kažnjivu obljubu ili kažnjivu bludnu radnju, kao i lice prema kome je izvršeno neko drugo krivično delo protiv dostojanstva ličnosti i morala.”

ili prenošenjem neistinitih (difamnih) tvrdnji. Njime je zakonodavac ograničio pravo na slobodu mišljenja iz člana II/3.h Ustava BiH, između ostalog, „ugledom i pravima drugih“ iz člana 10. stav 2 EK. U odnosu na navedene odredbe ZOO, ZZK se može pravnosistemske postaviti kao *lex specialis* koji reguliše jednu posebnu situaciju povrede ličnih dobara koje mu pripadaju kao društvenom biću iznošenjem difamnih tvrdnji trećim licima. U odnosu na javno pravo, ZZK ograničava ljudsko pravo iz člana II/3.h Ustava BiH u skladu sa zahtjevima koje postavlja član 10. stav 2 EK, za račun važnijeg privatnog ličnog dobra, koje se ovdje može nazvati i ljudskom dostojanstvom.

1.3. Pokušaj integracije i pouke

Put ka jedinstvenom pravnosistemske razumijevanju pojma dostojanstva podrazumijeva stavljanje u odgovarajuću teorijski odnos međunarodnih standarda ljudskih prava prema unutrašnjem pravu, a posebno prema privatnom pravu. Prvo pitanje podrazumijeva podvođenje ustavnog rješenja pod monističke ili dualističke koncepcije odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, a u okviru monističkih opredjeljenje za primat međunarodnog ili unutrašnjeg prava.³⁰⁾ Drugo pitanje se odnosi na upoređivanje bosanskohercegovačkog rješenja sa stranim i izbor između uobličjenih modela: (1) neposredne primjene ljudskih prava u privatno pravo (kao u npr. Švajcarskoj, SR Njemačkoj)³¹⁾; (2) neprimjenjivanja ljudskih prava u privatno pravo (u Kanadi); (3) posredne primjene ljudskih prava u privatno pravo (u Njemačkoj, Italiji, Španiji i Japanu)³²⁾; (4) pravosudne primjene (u Sjedinjenim američkim državama).³³⁾

Prvo pitanje razriješeno je odredbom člana II stav 2 Ustava BiH (rubrum Međunarodni standardi)³⁴⁾, koja određuje neposrednu primjenu i prvenstvo EK nad unutrašnjim zakonodavstvom. Drukčije rješenje ne bi ni bilo uputno, jer član II/3 Ustava BiH ne predstavlja ništa drugo do enumeraciju subjektivnih

30) Pregled uporednopravnih ustavnih rješenja u V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka 2000, 20-27.

31) Model je formulisan sistematizacijom njemačke jurisprudencije i izražen pojmom *Drittwirkung der Grundrechte* (dejstvo ljudskih prava na treću stranu) i svodi se na sljedeću tvrdnju: ustavom zajemčena prava nemaju dejstvo samo prema državi (druga strana), nego i prema trećim licima.

32) Ljudska prava se primjenjuju u privatnom pravu, ali ne ustavnim rješenjem, nego posredno-putem neodređenih i otvorenih pravnih pojmova privatnog prava, kao što su: „savjesnost i poštenje“, „nepažnja“, „javni poredak“ i slično. Izražen je maksimum „efekta zračenja (radijacije)“ ustavnog sistema vrijednosti na privatno pravo.

33) Više o navedenim modelima u A. Barak, „Constitutional Human Rights and Private Law“ u D.Friedman/D. Barak-Erez (ur.), *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 13-28

34) „Prava i slobode predviđeni u EK i njenim protokolima se direktno primjenjuju u BiH. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.“

prava, čiji sadržaj treba onda tražiti u EK i precedentima Evropskog suda za ljudska prava. Ovo radikalno monističko rješenje je ipak eksplicitno navedeno samo u odnosu na EK, a ne i ostale instrumente međunarodnog prava ljudskih prava.³⁵⁾ U odnosu na privatno pravo, navedeno rješenje upućuje na model neposredne primjene EK (nazvan u praksi Ustavnog suda SR Njemačke *Drittwirkung der Grundrechte*), a naznake ovog modela mogu se naći i u praksi USBiH.³⁶⁾ Sa druge strane, odredbe privatnog prava dopuštaju mogućnost da se ipak radi o modelu posredne primjene, jer sadrže neodređene pravne pojmove („blanketne klauzule“), koje omogućuju prodor javnopravnih normi. U ZOO npr.: „prinudni propisi, javni poredak i dobri običaji“ navedeni su u članovima 10., 49., 51., 75., 103. i 104., „savjesnost i poštenje“ u članu 12., itd.

Dvosmisleno bosanskohercegovačko pozitivnopravno rješenje izvjesno ide u prilog prodoru normi prava ljudskih prava u privatno pravo. Ono u tom smislu pogoduje svim subjektima privatnopravnih odnosa, jer im, načelno, daje ovlaštenje da traže zaštitu ustavom zajemčenih ljudskih prava, kako privatnopravnim (redovnim), tako i javnopravnim (vanrednim) putem.

Navedena razmatranja o pravnoj prirodi dostojanstva ukazuju na višeznačnost pojma i upućuju na sljedeće zaključke. Prvo, nema rezolutnog odgovora na pitanje da li ljudsko dostojanstvo ostaje samo jedna od društvenih vrijednosti ili pak zadovoljava kriterijume pravnosti da bi moglo biti smatrano pravnom ustanovom koja se etablirala u svijet pozitivnog prava.³⁷⁾ Ako to

35) Vehabović primjenom analogije generalizuje monistički pristup i na odnos ostalih normi međunarodnog prava prema Ustavu BiH, iako ovakav stav nema uporišta u odredbama Ustava: „...taj princip nam dosta govori, ne samo o plemenitom cilju-zaštiti ljudskih prava- već o ograničenom suverenitetu, o hijerarhiji pravnih normi, o hijerarhiji vrijednosti, o premoći monističkog pristupa...Kao zaključak, može se reći da, imajući u vidu da je u BiH zastupljen radikalni monistički pravni sistem, norme međunarodnog prava, odnosno ratificirani međunarodni ugovori, imaju supremaciju nad Ustavom. Samim tim, EK je, kao i ustavni princip, i kao ratificirani međunarodni sporazum i kao jedan od nosivih stupova državne strukture BiH... direktno primjenljiva, odnosno „samoizvršiva“ i hijerarhijski iznad drugih ustavnih odredbi...“ F. Vehabović, *Odnos Ustava BiH i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, ACIPS, Sarajevo 2006, 51, 110-111. Sa druge strane, primjenom *argumentum a contrario* bi se moglo zaključiti upravo suprotno-da se norme međunarodnog prava koje ne pripadaju EK, iako nesumnjivo obavezujuće, ne primjenjuju direktno i neposredno.

36) U tom smislu se izjašnjavaju i autori komentara Ustava BiH. Vidjeti C. Steiner *et. al.*, *Ustav BiH, komentar*, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010, 133-139.

37) O kriterijumima pravnosti društvenih vrijednosti: „...reći ćemo da pripadaju isključivo i nužno...pravu oni vrijednosni stavovi koji se postavljaju kao „trebanje“ da se društveni odnosi discipliniraju pomoću organizirane fizičke prisile i da se društvena moć i druga društvena dobra prisilno raspodijele na određen način među društvenim grupama i pojedincima.“ N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split 1981, 132.

nije sporno, ostaje nejasno u kojoj mjeri je konkretizovano: da li se radi o načelu, čija primjena ne proizvodi direktne pravne posljedice po građanina, ili o subjektivnom pravu kao ovlašćenju koje pojedincu otvara konkretne mogućnosti zaštićene pozitivnim pravom. Na kraju, ako ljudsko dostojanstvo jeste pravna ustanova, izvjesno je da njegova konkretizacija u javnom pravu nije otišla tako daleko kao u privatnom: dok se u javnom pravu prije može shvatiti kao društvena vrijednost i načelo uživanja ljudskih prava, u privatnom pravu je ono ustanovljeno i kao lično dobro zaštićeno pravom ličnosti.

2. Ustavna zaštita ljudskog dostojanstva kao prava ličnosti

Imajući u vidu gore izneseno, ljudsko dostojanstvo bi se moglo shvatiti samo kao društvena vrijednost, sa određenim stepenom normativne konkretizacije kao načela tumačenja drugih javnopravno utemeljenih prava.³⁸⁾ Ustavna poveznica javnopravnih ljudskih prava i privatnog prava ličnosti je izostala, čime je eliminisana i mogućnost uvezivanja privatnopravnog i javnopravnog pojma ljudskog dostojanstva. Paradoksalno, ustavi entiteta su otišli dalje i pružaju više u tom smislu, ali nisu predvidjeli poseban postupak kojim bi se građanima omogućila zaštita, kao što je to previđeno odredbom o apelacionoj nadležnosti US BiH iz člana VI/3.b Ustava BiH. Međutim, lapidarnost pozitivnopravnih stipulacija US BiH sigurno predstavlja veliku teškoću građanima u spoznaji ove pravne ustanove i mogućnostima disponiranja njome u pravosudnim postupcima. U nastavku o apelacionoj nadležnosti i praksi US BiH po ovom pitanju.

2.1. Apelaciona nadležnost Ustavnog suda BiH

Član VI/3.b određuje široku apelacionu nadležnost USBiH³⁹⁾ na „pitanja koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH,“ čime omogućuje zaštitu ustavnih jemstava ljudskih prava svakom građaninu kome ta prava nisu zaštićena u redovnim postupcima. Pravila USBiH, Sl. glasnik BiH br. 60/05, 64/08 i 51/09, uređuju njegovu organizaciju i postupak,⁴⁰⁾ a u članu 16. unesene su odredbe o procesnim prepostavkama za podnošenje apelacije, u smislu iscrpljenosti pravnih lijekova, prekluzivnog oročenja za podnošenje apelacije, aktivne legitimacije apelanta, nadležnosti USBiH, nepostojanja zloupotreba, *res judicata* i *litis pendet* u dotičnoj pravnoj stvari, kompatibilnosti apelacije sa Ustavom BiH,

38) C. Steiner, 40.

39) „Prema jezičkom značenju, apelacija iz člana VI/3.b Ustava BiH je formulisana šire nego ustavna žalba...iz njemačkog Osnovnog zakona...Prema tome moglo bi se govoriti o *ustavnoj reviziji*...“ *Ibid.*, 642.

40) Član 1. „Ovim pravilima USBiH...uređuje se, u skladu sa Ustavom BiH..., organizacija US BiH..., postupak pred Ustavnim sudom i druga pitanja značajna za rad Ustavnog suda.“

urednosti apelacije, itd. Predmetne procesne prepostavke izgledaju sasvim opravdano i razumno u funkciji *process of law*. Ipak, ne može se zanemariti činjenica da se radi o jednom neuobičajenom rješenju, jer je USBiH jedini ustavni sud u BiH i okruženju čija pravila postupanja nisu uređena zakonom. Ovo se opravdava širokim tumačenjem ustavnog osnova za donošenje ovog akta od strane USBiH iz člana VI/2.b, nepostojanjem ustavnog naloga zakonodavcu da zakonski propiše njegovu unutrašnju strukturu i postupak, te širokom tumačenju načela podjele vlasti, koji je „inherentan element principa pravne države.“⁴¹⁾

Ipak se navedeni argumenti ne čine previše uvjerljivim, a ustavni osnov i donosilac Pravila i dalje izgledaju podjednako problematično. Naime, još jednom se potvrđuje italijanska poslovice da je svaki prevod izdaja: u izvornom tekstu Ustava na engleskom jeziku član VI/2.b daje ustavni osnov USBiH da donese „*rules of court*“, što se bukvalno zaista može prevesti kao „pravila suda,“ ali u svom uobičajenom značenju u unutrašnjem pravosudnom kontekstu ne može značiti ništa drugo nego poslovnik, čija se funkcija iscrpljuje u uređenju unutrašnje organizacije Suda. Bilo kako bilo, načelo legaliteta nalaže da pravila za postupanje (koja uključuju i definisanje procesnih pretpostavki) ne budu u dispoziciji suda, nego zakonodavca. Dalje, ustavni osnov za zakonsko uređenje ove materije nesumnjivo postoji u članu III/5. Ustava, a argument o primjeni načela podjele vlasti u funkciji pravne države izgleda više nego sumnjivo, jer navedeni pojmovi nisu ni direktno uslovljeni, niti komplementarni: prvi je u funkciji organizacije državne vlasti, a drugi u funkciji uređenja odnosa između države i građana. Na ovaj način se ne može opravdati paradoks da USBiH primjenjuje i tumači pravila postupka koja je sam donio i koja nisu bila predmet demokratske zakonodavne procedure. Jednostavno, ne treba ignorisati opasnost od neopravdanog ograničavanja pristupa USBiH zbog njegove njegove preširoke diskrecije u tumačenju sopstvene nadležnosti, što mu omogućuju neodređeni pojmovi u ustavnim odredbama i procesnim odredbama samoproglashenih Pravila.

U nastavku će se opravdanost razmatranih rješenja provjeriti ispitivanjem prakse USBiH, koja treba da obezbijedi, u skladu sa članom II/1 Ustava, najviši stepen međunarodno priznatih ljudskih prava.

2.2. Apelaciona praksa Ustavnog suda BiH

Uvidom u dostupnu apelacionu praksu USBiH u elektronskoj bazi podataka pronađeno je u posljednjih petnaest godina samo 43 apelaciona predmeta u kojima se pominje dostojanstvo. Veći dio se odnosi na lišavanje slobode u

41) C. Steiner, 629.

krivičnim postupcima, a samo nekolicina na traženje zaštite ovog dobra kao privatnog prava ličnosti.⁴²⁾ Koji su razlozi ovakvog zanemarivanja?

Na početku treba skrenuti pažnju na nesklonost USBiH da se bavi pitanjima privatnog prava, što je kritikovano kao odricanje od svojih ovlašćenja da vrši kontrolu i odgovornosti za tu kontrolu.⁴³⁾ Tako je odbacivao apelacije argumentacijom da njegov zadatak nije da ispita apelaciju po osnovu ZOO, nego da utvrdi da li odluke nižih sudova povređuju Ustav; da njegov zadatak nije da provjerava korektnost tumačenja i primjene odgovarajućih zakonskih propisa, jer je to u nadležnosti redovnih sudova; da nije pozvan da provjerava postupak utvrđivanja činjeničnog stanja, tumačenje i primjenu običnog prava osim ako njihove odluke povređuju ustavna prava⁴⁴⁾; da pravo na razvod braka, kao ni pravo na rad nisu zaštićeni Ustavom BiH; da ostavinski postupak, sam po sebi, ne podliježe garancijama pravičnog suđenja;⁴⁵⁾ i sl. S tim u vezi je i usko tumačenje sopstvene materijalne apelacione nadležnosti od strane US BiH, odnosno djelokruga ustavom zaštićenih prava. Malo je ostalo od širine odredbe člana VI/3.b Ustava, tj. „pitanja koja su sadržana u ovom ustavu.“ Naime, nejasnoće po pitanju obaveznosti i primjenjivosti jemstava ljudskih prava sadržanih u međunarodnim ugovorima ljudskih prava iz člana II/7 i Aneksa I Ustava, koje su predmet sporenja i različitih tumačenja,⁴⁶⁾ razriješene su njihovim potpunim eliminisanjem iz djelokruga zajemčenih ustavnih prava, osim u vezi sa nediskriminacijom iz člana II/4.⁴⁷⁾ Pored toga, US BiH se ne smatra obaveznim da štiti čitav korpus ekonomsko-socijalnih prava i ljudskih prava treće generacije koja su zajemčena entitetskim ustavima, jer zauzima rezolutan stav da ova prava iz entitetskih ustava nisu predmet njegove zaštite.⁴⁸⁾

Slijedi nekoliko primjera koji potkrepljuju izneseno. U predmetu AP

42) Elektronska baza podataka dostupna na www.cbbh.ba. Kriterijumi pretrage: Vrsta postupka: „AP“, traženi pojmovi: „dostojanstvo“ i „dignitet.“ Prikazano je stanje zaključno sa 02.03.2015. godine.

43) C. Steiner, 157.

44) *Ibid.*, 138 i 155. Navode se odluke u predmetima U 15/99 (Zec), U 27/01 i U 31/01 (R.Š.).

45) Odluke u predmetima AP 136/02, AP 1677/05, AP 1718/05, AP 2039/05, AP 2405/05 i AP 84/04. Preuzete iz *Pregled prakse Ustavnog suda BiH*, Ustavni sud BiH, Sarajevo 2009, 199 i 189.

46) O neujednačenoj praksi Doma za ljudska prava i USBiH po ovom pitanju vidjeti *op.cit.* C. Steiner, 143-152.

47) Obzirom da su garancije ovih prava u vezi sa zabranom diskriminacije osigurane eksplicitnom navođenjem međunarodnih ugovora iz Aneksa I, njihovo bi eliminisanje očigledno bilo *contra legem*.

48) Komentatori Ustava BiH izvlače sljedeći zaključak iz prakse USBiH: „Tako postavljajući stvari, apelant može, u principu tvrditi da je povrijeđena bio koja norma osim norme entitetskih ustava.“ *op.cit.* C. Steiner, 682.

1931/04 apelacija odbačena kao *ratione materiae* inkompatibilna sa ustavom iz sljedećih razloga: „Apelant se pozvao na odredbe Ustava FBiH, a pri tome nije naveo odredbe Ustava BiH i EK za koje smatra da su povrijeđene odlukom US Federacije. UDP nije pravno obavezujući ugovor, te nema ustavnopravni status u BiH. Slijedi da UDP kao ni odredbe Ustava FBiH na koje se pozvao apelant, nisu primjenjive u konkretnom slučaju.“⁴⁹⁾ Dalje, u predmetu AP 1031/04: “Objavljivanjem vijesti o tomu kako je apelant smijenjen sa radnoga mjesta i kako je nestao novac iz blagajne gdje je radio, nije moglo ni doći do povrede apelantovoga prava na privatan i obiteljski život.”⁵⁰⁾ U predmetu AP 969/05: „Članovi Ustava BiH i EK primjenjivi su samo na postupke koji imaju za predmet spora imovinu, a ne postupke u kojima apelant nastoji sebi da obezbijedi pravo na sticanje imovine. U konkretnom slučaju, predmet spora pred redovnim sudovima je naknada nematerijalne štete, dakle, buduća imovina. Stoga, u konkretnom slučaju ne može da se primijeni član II/3.k Ustava BiH, kao ni član Protokola broj I uz EK, iz čega proizlazi zaključak da je apelacija u ovom dijelu *ratione materiae* inkompatibilna sa Ustavom BiH.“

Nekoliko predmeta se odnosi na apelacije jednog funkcionera političke stranke, koji je u pravom medijskom ratu sa jednim časopisom na kontaminiranoj bosanskohercegovačkoj političkoj i medijskoj sceni u više navrata bezuspješno posezao za svim raspoloživim pravnim sredstvima u odbrani svog dostojanstva.⁵¹⁾ Naime, dotični časopis nije birao riječi u nepovoljnim kvalifikacijama apelanta kao što su: “Iljen, neambiciozan, nedoučen, svake vrste znanja i pameti oslobođen idiot, nedotupavni dripac, histerična demagoško-populistička, dakle fašistička neman, ludak, politički mutant, budala,“ i sl.⁵²⁾ U parničnim postupcima apelant je tvrdio da su navedene kvalifikacije difamne, jer su neistinite, a nije se pozivao na povredu prava ličnosti. Kantonalni sud je odbio tužbu primjenom ZZK, jer je ocijenio da se radi o iznošenju negativnog ličnog stava, vrijednosnog suda i mišljenja o apelantu, a ne o kleveti. Kantonalni sud i kasnije Vrhovni sud FBiH nisu ispitali da li navedene tvrdnje vrijeđaju lična prava apelanta, što su bili dužni imajući u vidu načelo *iura novit curia* iz člana 2. stav 2. i 53. stav 3. Zakona o parničnom postupku, Sl. novine FBiH br. 53/03,73/05, 19/06.⁵³⁾ Apelant se

49) Pregled prakse Ustavnog suda BiH, 189.

50) Odluka o dopustivosti i meritumu broj od 26.04.2005. godine, stav 22, objavljena u *Sl. glasniku BiH* br. 48/05.

51) Predmeti AP 95/06, 3260/06, 581/07, 516/07 i 2608/07 (M.A.).

52) Preneseno iz t. 3. Odluke o dopustivosti od 06.03.2007. godine u predmetu broj AP 95/06.

53) Član 2. stav 2: „Sud u postupku primjenjuje materijalno pravo po vlastitoj ocjeni i nije vezan za navode stranaka glede materijalnog prava.“ Član 53. stav 3.: „Sud nije vezan za pravni osnov tužbenog zahtjeva.“

stoga u apelaciji pozivao na povredu „digniteta i jednakosti“ iz preambule Ustava, prava iz Ustava FBiH, MPGPP i MPESKP i UDP, što je USBiH odbacio iz razloga što „ne razmatra eventualne povrede prava prema Ustavu FBiH“, te da nijedno od prava zajemčenih Aneksom I „nije garantovano samostalno, nego samo u vezi sa članom II/4 Ustava BiH-nediskriminacija.“ U odnosu na tvrdnje o povredi prava iz EK, USBiH je našao da „u osporenim odlukama nije pronašao ništa što bi ukazalo da su materijalno-pravno propisi proizvoljno ili nepravično primijenjeni na štetu apelanta, niti da ima elemenata koji ukazuju na procesnu nepravičnost u smislu člana 6. stav 1 EK“, „da nije bio žrtva kršenja člana 10. EK“ i da su „apelantovi navodi o diskriminaciji paušalni.“ Izjašnjavanja o povredi „digniteta“ je izostalo, iako ovaj pojam očigledno predstavlja integrativni faktor svih apelantovih tvrdnji. USBiH je nastavio sa sličnim rezonovanjem i u ostalim predmetima koje je pokrenuo dotični apelant.

U sličnom činjeničnom stanju u predmetu AP 1659/06⁵⁴⁾ USBiH je bio naklonjeniji apelantima, najviše zahvaljujući dobro postavljenom tužbenom zahtjevu u parnici koja je prethodila, koji je uključivao i tvrdnju o povredi prava ličnosti iz člana 198. stav 1 ZOO. U parničnom postupku u kome su apelanti tvrdili da su oklevetani i izvrijeđani, Vrhovni sud FBiH je ocijenio da izrazi kojima su na *web-site* apelanti okvalifikovani kao „špijuni, dezerteri, balije, bezveznjaci, zlostavljači, napadači, ljigavci, dupelisci, uvlakači, uhljupi, bezveznjaci, uhode“ zaista „vrijeđaju dostojanstvo i čast svakog lica, odnosno da sadrže uvrede,“ ali ne klevetu i posljedično tome odbio tužbeni zahtjev primjenom ZZK. USBiH je utvrdio povredu prava na pravično suđenje zbog proizvoljne primjene materijalnog prava, tj. zbog propusta Vrhovnog suda FBiH da se izjasni o osnovanosti zahtjeva apelanta o povredi prava ličnosti. Nažalost, i ovdje je izostalo rezonovanje o ustavnoj vrijednosti i pravnoj prirodi ljudskog dostojanstva.

Ukratko, materijalni djelokrug zaštite ljudskih prava USBiH svojim tumačenjem svodi na uzak krug građanskih i političkih prava navedenih u EK i dopunskim protokolima. Ako opšte značenje jemstva označava pojačanje položaja jedne strane u nekom pravnom odnosu osiguravanjem izvršenja obaveze druge strane, onda ustavna jemstva ljudskih prava ne mogu značiti ništa drugo do poboljšanje položaja građanina u odnosu na državu. To se postiže ustanovljenjem najviše instance sudovanja i postupka koja će obezbijediti ostvarivanje tih prava. Ako USBiH kao sud posljednje instance u BiH ne pruža ustavnosudsku zaštitu izvan prava određenih EK i njenim protokolima, kompromituje se važenje i efikasnost ustavnih jemstava svih

drugih prava, koja ostaju prepuštena redovnom pravosuđu. Ono, naravno, ima izvjestan potencijal u tom smislu, ali nedostatak nadzora njihovih odluka sa stanovišta ostvarivanja ustavom zajemčenih prava oduzima pravu ljudskih prava mogućnost sankcionisanja pogrešnih odluka kao premisu njegove efikasnosti. Ovakvo sužavanje jurisdikcije u praksi svakako nije u funkciji ostvarivanja proklamovane obaveze BiH i entiteta da osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava iz člana II/1 Ustava, što svako jeste „pitanje sadržano u ovom ustavu“ u smislu člana II/2.b Ustava, za koje bi onda USBiH moralo da bude nadležan.

U razmatranju ovog problema ne treba zanemariti ni međunarodne apekte: članovi 26. (rubrum *Pacta sunt servanda*) i 27. (rubrum Unutrašnje pravo i poštovanje ugovora) Bečke konvencije o ugovornom pravu, Sl. list SFRJ br. 30/72, obavezuju BiH da u ispunjavanju svojih međunarodnih obaveza postiže konkretne rezultate u poštovanju i zaštiti prava iz Aneksa I, bez obzira na ograničenja njene unutrašnje organizacije.

Ovakvom postupanju USBiH sasvim priliči metafora da se od drveća ne vidi šuma. Ako entitetski ustavi i Ustav BiH čine koherentnu cjelinu u smislu člana III/3.b. Ustava BiH, postavlja se pitanje zašto USBiH ne posmatra ljudska prava sadržana u svim ustavima u BiH kao jednu koherentnu cjelinu, u kojoj građanin BiH zaslužuje punu zaštitu ljudskih prava kao cjelovita ličnost, sa urođenim i neotuđivim dostojanstvom. Na kraju, USBiH, nasuprot uočenoj normativnosti stava 1 preambule Ustava⁵⁵⁾ ne uključuje pojam dostojanstva u krug „pitanja sadržanih u ovom ustavu,“ iako se on upravo tu i nalazi. Potpuno isključivanje rezonovanja o ustavnim vrijednostima ukazuje na jedan rigidni pozitivistički pristup koji ne priliči jednom ustavnom sudu i koji teško može da pouzdano vodi i inspiriše pravosuđe u smislu zaštite ljudskih prava.

U predmetima koji se odnose na činjenična stanja povezana sa povredama prava ličnosti možda se najjasnije pokazuje kako opisana sužavanja nadležnosti i nedostatak rezonovanja o ustavnim vrijednostima uzrokuju manjkavu ustavnu zaštitu ljudskih prava. Kao ilustraciju jednog sasvim drugačijeg pristupa slijedi citat iz presude njemačkog ustavnog suda u predmetu *Lúth*: Ustav nije želio uređenje koje je vrednosno neutralno da je u djelu sa ljudskim pravima uspostavio objektivno ustrojstvo vrijednosti i da upravo ovdje dolazi do izražaja principijelno osnaženje položaja važenja osnovnih prava...Ovakav sistem vrijednosti, koji u svom središtu ima ljudske osobe koje se slobodno razvijaju u socijalnoj zajednici i njihovo dostojanstvo, mora kao ključna ustavnopravna odluka važiti za sva područja prava; zakonodavstvo, uprava i pravosuđe dobijaju od njega smjernice i impulse. Po sebi se razumije da on

55) C. Steiner, 35-41.

tako utiče i na građansko pravo...⁵⁶⁾

3. Mogućnosti proširenja domašaja zaštite ljudskog dostojanstva

Neprimjetnost diskursa o ljudskom dostojanstvu u praksi USBiH jasno ukazuje na zabrinjavajuću nekoherentnost jemstava ljudskih prava u BiH i zaostatak ustavnosudske zaštite u BiH u odnosu na okruženje.⁵⁷⁾ U nastavku se predlažu putevi prevazilaženja, koji se u mnogo čemu uslovljavaju i/ili preklapaju, a načelno se mogu razvrstati na zakonske (u nadležnosti ustavotvorca/zakonodavca) i doktrinalne (u nadležnosti US).

3.1. Zakonsko i/ili doktrinalno proširenje materijalne apelacione nadležnosti USBiH

Već je pomenuta činjenica da je Ustavni sud BiH jedini takav sud u BiH i okruženju čije postupanje nije uređeno zakonom. Demokratski deficit⁵⁸⁾ ove institucije je utoliko veći što ni ustavne odredbe kojim su uređene osnove njegove nadležnosti i postupanja takođe nikada nisu bile predmet demokratskog odlučivanja, nego su donesene u formi međunarodnog ugovora prethodno zaraćenih strana. Posljedično, nameće se potreba za donošenjem jednog ovakvog zakona, kojim bi se omogućilo građanima BiH da se u demokratskoj i zakonitoj proceduri izjasne o tome kakav ustavni sud žele. Sasvim izvjesno, oni ne bi prihvatili postojeće sužavanje ustavnosudske zaštite njihovih prava na samo ona iz EK i partikularnost zaštite koja zanemaruje cjelovitost pravnog subjektiviteta čovjeka.

Ako ne postoji politička volja ta ovako krupan korak, ništa ne sprečava US da samostalno, ubjedljivom i logičnom argumentacijom u svojim odlukama ekstenzivnije tumači svoju materijalnu apelacionu nadležnost. Naime, ne samo da su odredbe članova II/1, 4 i 7, te VI/3.b Ustava dovoljno široke da

56) BverfGE 7, 198, 1958. godine. Citirano iz J. Schwabe/E. Šarčević, 240-244.

57) Tako je npr. u relevantnoj praksi Ustavni sud Srbije u posljednjih 5 godina riješio 14 ustavnih žalbi u predmetima po članu 23. Ustava Srbije, od kojih je jednu usvojio, a Ustavni sud Hrvatske je od 1997. godine riješio ukupno 123 ustavne tužbe po članu 35. Ustava RH, od čega je 8 usvojio. Stanje sa 02.03.2015. godine. Elektronske baze sudske prakse dostupne na: <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/> i http://www.usud.hr/default.aspx?Show=pregled_prema_%C4%8Dlancima_Ustava_Republike_Hrvatske&m1=2&m2=74&Lang=hr

58) Dauster relativizuje značaj demokratske procedure za legitimitet ustavnih institucija na primjeru SR Njemačke: „Nije sasvim tačno da društveni interes ima svoju osnovu samo u činjenici da je Ustav iz 1995. zaključen bez učešća samog naroda...Ustav SR Njemačke od 23. maja 1949. godine može poslužiti kao primjer. Nikada nije došlo do referenduma o Ustavu, također, ni nakon njemačkog ujedinjenja od 3. oktobra 1990. godine. Historija izlaska na izbore...pokazuje međutim da su građani Njemačke prihvatili svoj ustav.“ M. Dauster, „Ustav BiH: nesavršena država-diskurs“, *Sveske za javno pravo* broj 1-2, 5.

dopuštaju ovakvu mogućnost, nego upravo daju osnova za jedno ovakvo rezonovanje.

Koliki bi trebalo da bude obim tog proširenja? Ako odredba člana II/7 jasno upućuje na međunarodne ugovore iz Aneksa I, svaki pozitivistički pristup mora uključiti subjektivna prava iz tih ugovora u ustavna jamstva.⁵⁹⁾ Takođe, subjektivna prava iz entitetskih ustava koja proizlaze iz ovih međunarodnih ugovora bi tako bila zaštićena jamstvima Ustava BiH, pa nije lako naći dobar razlog zbog čega bi entitetski ustavi bili isključeni. Ako ništa drugo, USBiH kao jedina instanca ustavnog sudovanja u BiH treba da afirmiše svoj legitimitet omogućavanjem građanima zaštite njihovih prava koju im nisu omogućili entitetski ustavi i ustavni sudovi.

3.2. Ekstenzivna primjena ustanove opšte zabrane diskriminacije

(Protokol 12 uz EK)

Protokol broj 12 je uveo je u članu 1., kao dopunskom članu konvencije (član 3. Protokola broj 12) opštu zabranu diskriminacije.⁶⁰⁾ Ova pravna ustanova drastično proširuje područje na koje se zabrana diskriminacije odnosi na „uživanje svih prava određenih zakonom,“ pa čak i preko toga.⁶¹⁾ U njegovoj preambuli se pominje „jednakost pred zakonom“, „jednaka zaštita pred zakonom“, „promovisanje jednakosti kroz kolektivnu primjenu opšte zabrane diskriminacije...“, te „promovisanje pune i efektivne jednakosti.“ Ovako posmatrano, odredbe navode na zaključak da se opšta zabrana diskriminacije ovdje smatra samostalnim materijalnim pravom na jednakost, koje uključuje i aktivnu ulogu države u preduzimanju afirmativnih mjera za

59) Pošto pravnik međunarodno pravo, isto kao i pravni poredak pojedinačne države, posmatra kao kompleks važećih, tj. obaveznih normi, a ne-ili ne samo-kao konglomerat prirodnih činjenica, on uopšte ne može drugačije nego da te komplekse normi pojmi u jednom neprotivrečnom sistemu.“ H. Kelzen, *Čista teorija prava*, Pravni fakultet, Beograd 2007, 90.

60) Član 1. (Opšta zabrana diskriminacije): „(1) Uživanje svih prava određenih zakonom osiguraće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status. (2) Niko ne smije biti diskriminisan od strane javnih tijela po bilo kom osnovu kako je navedeno u stavu 1.“

61) U komentaru uz Protokol navode se četiri osnova na koje dodatno područje zaštite od diskriminacije odnosi: (1) uživanje svakog prava zajamčenog pojedincu prema unutrašnjem pravu (2) uživanje prava koje može biti izvedeno iz jasne obaveze javne vlasti prema unutrašnjem pravu, odnosno gdje je javna vlast u obavezi da postupa na određeni način prema unutrašnjem pravu; (3) od javne vlasti u izvršavanju diskrecionog prava, (4) od bilo koje radnje ili propuštanja javne vlasti. Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://humanrights.coe.int>, t. 22. (9. januar 2015. godine)

njegovu zaštitu i promovisanje. Iako obavezuje samo „javna tijela“ njegov upliv u privatno pravo je neminovan, pošto obavezuje sudove koji odlučuju u privatnopravnim sporovima.

Odmah se uočava nesaglasnost odredbe člana II/4 Ustava sa obavezama iz Protokola 12. Naime, član II/4 jemči nediskriminaciju samo u odnosu na ona prava iz člana II/3 i međunarodnih sporazuma iz Aneksa I, dok Protokol broj 12 ima znatno širi domašaj, jer se odnosi na sva subjektivna prava priznata zakonom. Postavlja se pitanje kako je onda ovaj protokol ratifikovan bez izmjene Ustava, a ovaj propust zakonodavne, izvršne i ustavnosudske vlasti je već doveo BiH u nevolju u notornim predmetima Sejdić i Finci protiv BiH pred Evropskim sudom za ljudska prava.⁶²⁾

Bilo kako bilo, ustanova opšte zabrane diskriminacije kao otvoren pojam štiti veliki i neodređen broj ličnih dobara kao osnova antidiskriminacijske zaštite koja su priznata državnim i entitetskim zakonima, a sasvim izvjesno, primjenom argumenta *a minore ad maius*, i entitetskim ustavima. Ako zabrana diskriminacije teži jednakosti, onda svakako teži i poštovanju ljudskog dostojanstva kao sveobuhvatnijoj i još važnijoj društvenoj vrijednosti. Ovo znači da teškoće koje mogu nastati u razumijevanju načela jednakosti, posebno u slučaju nedostatka komparatora različitog postupanja, mogu biti uspješno riješene pozivanjem na ljudsko dostojanstvo. Tako se ističu koristi od upotrebe ovog pojma u antidiskriminacionom pravu, kao „alata za finu analizu ciljeva zakonodavstva,“ za sljedeće namjene: u slučajevima uznemiravanja; za tumačenje podudarnih i uporedivih situacija; u slučajevima dopuštenog različitog tretmana; za tumačenje opravdanja za različito postupanje; za tumačenje razumnih prilagođavanja; u slučajevima konflikta zabrane diskriminacije sa drugim pravima; u slučajevima višestruke diskriminacije; i tamo gdje to pogoduje poimanju materijalne jednakosti.⁶³⁾ U literaturi se navodi da se nediskriminacija zapravo odnosi tek na jedno posebno lično pravo, pravo na različitost.⁶⁴⁾ Međutim, pojam „različitost“ prije predstavlja jednu logičku i filozofsku konstrukciju poređenja sa drugima, nego neko

62) ESLJP, Sejdić i Finci, broj 27996/06 i 34836/06, Presuda od 22.12.2009. godine.

63) G. Moon/R. Alen, „Dignity discourse in discrimination law: a better route to equality?“, *European Human Rights Law Review* 2006,6, 612-613 i 649.

64) „Različitost je vrlo često povod pojedincu ili društvenoj skupini da osobu, koja je prema bilo kojem osnovu različita od njih, diskriminiraju. Te diskriminacije mogu imati vrlo teške oblike i dovesti do povreda prava osobnosti na tjelesno ili društveno zdravlje, dostojanstvo, ugled, čast i drugo. Iako ZOO izričito ne navodi pravo na različitost kao povredu prava osobnosti, smatramo da to pravo može biti šticešno u građanskopravnom postupku naknade neimovinske štete kroz sintagmu druga prava osobnosti...“ I. Crnić, „Povrede prava osobnosti i neimovinska šteta“, u L. Vego/C.Senta, *Primjena antidiskriminacionog zakonodavstva u praksi*, Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, 104-105.

dobro koje je neposredno i neraskidivo vezano sa licem. Diskriminacija prije označava određeni stepen povrede bilo kog ličnog dobra, nego što sama po sebi kvalifikuje povredu jednog takvog dobra.

Opšta zabrana diskriminacije tako ima veliki potencijal zaštite dostojanstva, jer uspješno obuhvata neodređen broj ličnih dobara i pravnih izvora, koje se lako mogu složiti u mozaik jednog nedjeljivog pravnog subjektiviteta ličnosti, sa cjelinom zajamečenih ljudskih prava, kako u javnom tako i u privatnom pravu.

3.3. Razvoj doktrina posredne primjene ljudskih prava (efekta zračenja) i opšteg prava ličnosti

U razmatranjima *supra* objašnjeno je kako netransparentnost ustavnih jemstava dostojanstva i prava na slobodan razvoj ličnosti ograničava mogućnosti za ostvarivanje cjeline subjektivnih ljudskih prava građana BiH. Dok (ili ako) se to ne promijeni, ništa ne sprečava USBiH da razvija pravno-logičko rezonovanje i argumentaciju kojom bi se navedena ograničenja prevazišla.

U tački 2.3. je pokazano kako pozitivno pravo BiH daje osnova za dvosmisleno tumačenje uloge ljudskih prava u privatnom pravu, i to primjenom (1) modela neposrednog dejstva (*Drittwirkung*) i (2) modela posrednog dejstva (efekta zračenja ustavnog sistema vrijednosti u privatno pravo). Takođe, primijećeno je da bi se naznake dosadašnje relevantne prakse USBiH po ovom pitanju mogle u cjelosti podvesti pod prvi model,⁶⁵⁾ uz samo nekoliko nedovoljno argumentovanih izuzetaka.⁶⁶⁾ Ako bi se ugledao na jurisprudenciju Ustavnog suda SR Njemačke, USBiH bi mogao da ekstenzivnim tumačenjima, koja neminovno uključuju i vrednosne ocjene, utvrđuje koja su to nepisana ustavna načela i društvene vrijednosti koje Ustav BiH teži, da formira njihovu hijerarhiju i poveže ih u jedan logičan, koherentan, potpun i određen sistem.

65) „...Ljudska prava i slobode načelno odnose na zaštitu pojedinca od neopravdanih ograničenja tih prava i sloboda od države iako bi ona nekada mogla da utiču i na odnos između privatnih, fizičkih i pravnih lica. U konkretnom slučaju je, stoga, nebitno da li je radni odnos između apelanta i njegovog poslodavca privatne ili javnopravne prirode...” C. Steiner, 134. Objavljuje se odluka USBiH u predmetu U 39/01.

66) „Nasuprot tome, odluka u predmetu broj U 15/99 je vjerovatno donesena i na osnovu posrednog djelovanja ljudskih prava i sloboda povratnika iz člana II/5 Ustava BiH u vezi sa članom XII.3 Aneksa DMS. Sud se, naravno, odrekao preciznog dogmatskog izvođenja svoje odluke.” *Ibid.*, 136; „Ipak, pogledamo li bolje Odluku broj U 8/99, vidjećemo da nije riječ o etabliranju *neposrednog* djelovanja ljudskih prava jer se u konkretnom slučaju obaveza bespravnog posjednika da oslobodi stan ne izvodi direktno iz ljudskih prava...” *Ibid.*, 135. “Nasuprot tome, ljudska prava i slobode ne djeluju *neposredno* na druga prava, mada Ustavni sud BiH u svojoj Odluci broj U 8/99, možda, stvara takav utisak.” *Ibid.*, 134.

Ako rigidni pozitivizam u savremnoj pravnoj misli sve više ustupa pred moralnim sadržajima,⁶⁷⁾ onda dostojanstvo kao neodređen pravni pojam, načelo tumačenja ljudskih prava i društvena vrijednost izričito navedena u preambuli Ustava predstavlja izvrstan gradivni materijal za konstrukciju kako ustavnih načela koja nisu jasno izražena u ustavnom tekstu, tako i objektivnog sistema ustavnih vrijednosti. Javnopravni pojam dostojanstva bi onda efektom zračenja u njegov privatnopravni pandan (kao lično dobro) dao pravima ličnosti važna javnopravna značenja. I obrnuto: javnopravno značenje dostojanstva kao neodvojivog, nedjeljivog i cjelovitog privatnog ličnog dobra omogućilo bi plodonosne interakcije i obogatilo rezonovanje USBiH važnim etičkim sadržajima, nužnim u duboko podijeljenom bosanskohercegovačkom društvu. Takvo rezonovanje koje bi obavezivalo USBiH u budućim predmetima bilo bi, između ostalog, jasan putokaz građanima o sadržaju, smislu, ulozi i značaju inače šturih ustavnih odredbi.

ZAKLJUČAK

Pojam ljudskog dostojanstva predstavlja jedan od mjerila civilizacijske i etičke kompetentnosti društvene zajednice, jer objašnjava ljudsko biće kao cjelovit subjektivitet, sa unutrašnjom vrijednosti kojoj nema premca. Poimanje dostojanstva u svijetu prava nalaže prevođenje njegovih značenja: etičkih u pravna, preskriptivnih u deskriptivna, javnopravnih u privatnopravna. Pravna značenja su višesmislena i kreću se, od manjeg ka većem stepenu konkretizacije, od shvatanja istog kao društvene vrijednosti, preko načela tumačenja/uživanja subjektivnih prava do konkretnog ličnog dobra zaštićenog privatnim pravom ličnosti. Lapidarnost Ustava BiH, udružena sa uskim tumačenjem sopstvene apelacione nadležnosti i nekonzistentnom praksom Ustavnog suda BiH, ne ide u prilog građanima koji traže zaštitu ovog ličnog dobra podnošenjem apelacija USBiH. Građani BiH imaju legitimno pravo da očekuju više od ustavotvorca/ zakonodavca, kao i od USBiH. Obzirom da je pojam dostojanstva neodređen i otvoren, mogućnosti proširenja domašaja njegove primjene se mogu tražiti u interakciji njegovih javnopravnih i privatnopravnih značenja. Pošto ustavotvorna i zakonodavna intervencija u tom smislu nije izvjesna, potrebno je imati u vidu doktrinalne i praktične mogućnosti u svrhu proširenja materijalne apelacione nadležnosti USBiH, staviti ustanovu opšte zabrane diskriminacije u funkciju zaštite dostojanstva i razvijati doktrine efekta zračenja i opšteg prava ličnosti u rezonovanju USBiH.

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

SUMMARY

The Constitution of Bosnia and Herzegovina does not contain a legal norm with explicit guarantees of human dignity. This fact certainly does not go in favour to citizens who ask for protection of constitutionally guaranteed human rights in such complex state. The legal character of human dignity as a human right and a private personal good, caveats to its constitutional protection in legal system of BiH and opportunities to solve them were explored in this paper. The key issues identified are: a narrow interpretation of the material appellate jurisdiction of the Constitutional Court; unclear applicability of international instruments listed in Annex I of the Constitution of BiH; vague relationship of public and private rights within the legal system of B&H. Solutions to overcome these obstacles have been suggested, such as constitutional, legal and doctrinal measures to extend material appellate jurisdiction of the Constitutional Court; extensive application of the institution of a general prohibition of discrimination; development of „effects of radiation“ doctrine; constitutional establishment or doctrinal development of the concept of general right of personality.

Keywords: human dignity, the personality rights, appellate jurisdiction and practice of the Constitutional Court.