

*Maša Alijević**¹

*Senada Zatagić***²

*Amna Hrustić***³

USLOV ISCRPLJENOSTI DOMAĆIH PRAVNIH LIJEKOVA U POSTUPCIMA PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA - PRIMJER BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Odredba člana 35., stava 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1950. godine (u daljem tekstu Konvencija), predviđa da pojedinačna aplikacija Evropskom sudu za ljudska prava (u daljem tekstu Sud), može biti podnešena od strane pojedinaca, nevladinih organizacija ili grupa lica protiv članica Konvencije. Da bi takva aplikacija bila prihvaćena moraju biti ispunjeni određeni uslovi, između ostalih, i uslov iscrpljenosti unutrašnjih pravnih lijekova zemlje koja je tužena. Ovisno o državi u pitanju, to će najčešće značiti da mora postojati pravosnažna presuda vrhovnog ili ustavnog suda o pitanju na koje se aplikacija odnosi.

U svojoj praksi Sud je uspostavio određena pravila u odlučivanju o ovom uslovu, te se smatra da ovom pitanju treba pristupiti sa određenom fleksibilnošću i da ono nije automatski primjenjivo, niti apsolutno pravilo. Tako je, na primjer, Sud utvrdio da ovaj uslov može biti ispunjen i nakon podnošenja aplikacije Sudu, ali prije donošenja odluke o prihvatljivosti slučaja za odlučivanje pred Sudom, ili da mogu postojati određene posebne okolnosti kada ovaj uslov ne mora biti ispunjen.

Ovaj rad će se baviti analizom prakse Suda u odnosu na pitanje iscrpljenosti unutrašnjih pravnih lijekova, te kako je ovo pitanje uređeno u Bosni i Hercegovini, odnosno, kakva je procedura predviđena domaćim zakonodavstvom za zadovoljenje ovog uslova. Obzirom na specifično ustavno uređenje Bosne i Hercegovine i organizaciju sudova, u ovom radu će biti analizirana procedura za zadovoljenje uslova iscrpljenosti unutrašnjih pravnih lijekova, te će ista biti analizirana i u odnosu na presudu *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*, koja predstavlja izuzetak od pravila, obzirom da prije aplikacije Sudu o ovom slučaju nije odlučivano na Ustavnom sudu BiH, a Sud je slučaj prihvatio i o istom odlučivao.

Ključne riječi: dopustivost, iscrpljenost domaćih pravnih lijekova, fleksibilnost, izuzeci

¹ Vanredna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici;

² Dr.sc.iur., spoljna saradnica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici;

³ Mr.iur., viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici;

1. Uvod

Primarni uslov da Sud razmatra eventualnu povredu ljudskog prava garantovanog Konvencijom je njena formalna dopustivost. U tom pogledu postoji više kriterija, među kojima je i prethodna iscrpljenost domaćih pravnih lijekova. Iako se radi o procesnopavnoj pretpostavci, bez čije ispunjenosti Sud ne ulazi u meritum stvari, praksa Suda je ipak pokazala određena odstupanja. S tim u vezi u ovom radu se analitičkom metodom izdvaja pitanje iscrpljenosti domaći pravnih lijekova iz *numerus clausus* liste procesnih zahtjeva, te se ono analizira kako sa teorijskog aspekta, tako i kroz relevantnu sudsku praksu. Nakon toga uz deskriptivnu i dogmatsku metodu analize problema, izdvajaju se i analiziraju specifična odstupanja, koja se na koncu sintetiziraju u jedinstven zaključak. Primjer takvog odstupanja je presuda Suda u predmetu *Baralija protiv Bosne i Hercegovine* kojoj je posvećena posebna pažnja u radu. Stoga je cilj rada kroz pravnu teoriju teleološki pristupiti zahtjevu za iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova, te predstaviti pomenuto tumačenje na primjerima presuda ovog Suda.

2. Dopustivost kao formalni preduslov podnošenja aplikacije

Po identičnom principu na koji smo navikli u nacionalnom pravu, međunarodni sudovi, *in concreto*, Sud, nakon što zaprimi aplikaciju, provjerava da li su ispunjene procesne pretpostavke za odlučivanje o istoj. Dake, ova faza prethodi fazi meritornog odlučivanja. U ovoj fazi, Sud ispituje nekoliko uslova: legitimni interes, iscrpljenost domaćih pravnih lijekova, zasnovanost na odredbi međunarodnog instrumenta, zabrana zloupotrebe prava, zabrana *prima facie* neosnovanosti, zabrana litispendencije, te zahtjev da postoji značajnije oštećenje.⁴

Legitimni interes kao uslov, odnosi se na aktivnu legitimaciju podnosioca aplikacije. U tom kontekstu govorimo o direktnoj ili indirektnoj žrtvi⁵, koji status se u ovoj fazi dokazuje. *Actio popularis*, s druge strane, nije dozvoljena.⁶ Ova vrsta tužbe se kratko može definirati kao tužba za zaštitu općeg interesa koju može podići bilo koji pojedinac, bez ispunjenja kriterija (pravnog ili nekog drugog) interesa.⁷ Institut *actio popularis* se smatra izvedenim iz normi koje

⁴ M. Paunović/B.Krivokapić/I.Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 126-129.

⁵ D. Šago, "Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strasbourg", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 37, br. 1, 2016., 597.

⁶ ESLJP, *Klass i drugi protiv Njemačke*, presuda od 6. septembra 1978., Serija A, br. 28. 17.-18. st. 33.

⁷ D. Javorić Barić, „Nevladine organizacije i pojam action popularis pred Evropskim sudom

štite kolektivne interese, a primjenjuju ga Međunarodni sud za pravo mora, Evropski sud pravde, Evropski sud za ljudska prava i Tijelo za rješavanje sporova Svjetske trgovinske organizacije.⁸

Uslov zasnovanosti na odredbi međunarodnog akta, odnosi se na kompatibilnost sa međunarodnim instrumentom u odnosu *na ratione materiae*⁹, *rationae personae*¹⁰ i *ratione temporis*¹¹ zahtjeve.

Zabrana zloupotrebe prava, ima za cilj zaštitu kako sudbenog organa, tako i tužene strane od nepotrebnog maltretiranja, kao i sprečavanje zloupotrebe u kontekstu sticanja publiciteta. Na ovaj uslov naslanja se i ispitivanje očigledne neosnovanosti, čime se Sudu daje mogućnost odbacivanja trivijalnih i kverulantnih zahtjeva.¹²

Zabrana litispedencije odnosi se na to da se suštinski isti zahtjev ne može podnijeti istovremeno pred dva različita tijela.¹³

Konačno, posljednji zahtjev za značajnije oštećenje (*significant disadvantage*) je uveden nešto kasnije, članom 12. Protokola broj 14. uz Konvenciju i predstavlja formalnu mogućnost odbacivanja aplikacije ukoliko podnosilac nije pretrpio značajniju štetu.¹⁴

U nastavku rada ćemo se baviti isključivo iscrpljenošću domaćih pravnih lijekova kao uslovom dopustivosti aplikacije.

za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 28-1/2021, 102.

⁸ Vidi više: F. Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, Brill, Leiden 2018.

⁹ Ovaj uslov u suštini znači da Sud može raspravljati samo o pitanjima koja predstavljaju potencijalna kršenja ili ograničavanja prava koja su garantovana Konvencijom, ali ne i nekim drugim aktom.

¹⁰ Ovaj uslov u kontekstu *ratione parsonae* pitanja, usko je povezan sa prethodnim pitanjem legitimnog interesa, ali se odnosi i na zahtjev da je država protiv koje se odnosi aplikacija, potpisnica Konvencije. Odnosna država, dužna je zaštititi sva prava garantovana Konvencijom, svakoj osobi koj ase nađe na njenom teritoriju i pod njenom nadležnošću, bez obzira na državljanstvo osobe.

¹¹ *Ratione temporis* zahtjev se odnosi na dva momenta: prvi, da se odnosni događaj desio nakon pristupanja odnosne države Konvenciji i drugi, da je aplikacija podnesena u roku koji predviđa Konvencija.

¹² M. Paunović/B. Krivokapić/I. Krstić, 128.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ ESLJP, *Adrain Mihail Ionescu protiv Rumunije*, aplikacija broj 36659/04, odluka o dopustivosti od 28.06.2010. godine;

2.1. Iscrpljenost domaćih pravnih lijekova kao uslov dopustivosti podnošenja aplikacije

Iscrpljenost domaćih pravnih lijekova¹⁵ kao uslov dopustivosti aplikacije pred Sudom, normirana je u odredbi člana 35. stav 1 Konvencije. Međutim, ovo pravilo nije izvorno pravilo koje se razvilo unutar oblasti ljudskih prava nego je karakteristično za oblast diplomatske zaštite državljana u inostranstvu.¹⁶ Pravilo služi kao još jedna potvrda principa supsidijarnosti, svojevrsan filter za slučajeve pred Sudom, te kao test usklađenosti domaćih zakonodavstava sa Konvencijom.¹⁷

Pored Konvencije, zahtjev iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova sadrže i drugi međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine (član 41. stav 1. tačka (c)) sadrži odredbu koja glasi: *“Komitet može da raspravlja o stvari koja mu je podnijeta samo pošto se bude uvjerio da su bili upotrebljeni i iscrpljeni svi unutrašnji pravni lijekovi u skladu sa opće priznatim načelima međunarodnog prava. Ovo pravilo se ne primjenjuje u slučaju kada se postupak po pravnim lijekovima bezrazložno odugovlači.”* Prvi Opcioni protokol ovaj zahtjev normira u odredbama članova 2. i 5(2)(b): *“Pod uslovom iz odredaba člana 1. svaki pojedinac koji tvrdi da je žrtva kršenja ma koga od prava navedenih u Paktu i koji je iscrpio sva raspoloživa unutrašnja pravna sredstva, može podnijeti Komitetu na razmatranje pismenu predstavku.”*, *“Komitet neće razmatrati nijednu predstavku pojedinaca ako se nije uvjerio:... da je pojedinac iscrpio sva raspoloživa unutrašnja pravna sredstva. Ovo se pravilo ne primjenjuje ako je postupak po žalbi produžen preko razumnog roka.”* Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine (član 46.) ovaj zahtjev normira na sljedeći način: *“Komisija prihvata predstavku ili priopćenje podnesenu u skladu s članovima 44. ili 45. podložnim sljedećim zahtjevima: a. da su pravni lijekovi prema domaćem pravu iskorišteni i iscrpljeni u skladu s općepriznatim načelima međunarodnog prava...”*, dok Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda iz 1981.godine (član 50. i 56. stav 5.) sadrži sljedeći zahtjev: *“Komisija se može baviti predmetom koji joj je dostavljen samo nakon što se uvjeri da su svi domaći pravni lijekovi, ako postoje, iscrpljeni su, osim ako je Komisiji očito da bi njihovo iskorištavanje neopravdano odužilo postupak.”*, *“Priopćenja koja se odnose na ljudska prava i prava naroda iz člana 55. koja*

¹⁵ S. D’Ascoli/K. M. Scherr, “The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection”, *EUI Working paper LAW No. 2007/02*, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6701/LAW_2007_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y (pristupljeno 17.07.2023.)

¹⁶ *Ibid.*, 9.

¹⁷ *Ibid.*, 15-16.

je zaprimila Komisija uzimaju se u obzir: ...nakon što su iscrpljeni lokalni pravni lijekovi, ako ih ima, osim ako je očito da je postupak neopravdano odugovlačen.”

Ovo pravilo spada u domen općeprihvaćenih međunarodnih pravila, te je postalo dijelom međunarodnog običajnog prava. Kao takvo, okarakterisano je u presudi Međunarodnog suda (ICJ) *Interhandel* (Švicarska protiv US), od 21.03.1959. godine¹⁸, a potom i potvrđeno kasnijom praksom. S druge strane, Sud je u svojoj praksi upostavio i mogućnost da se država odrekne benefita iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova.¹⁹ Naime, Sud konstatuje da državu ništa ne sprječava da se odrekne prednosti pravila iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova. *Ratio* ovakvog stava se nalazi u činjenici da je ovo pravilo uspostavljeno sa osnovnim ciljem da se zaštititi njihov nacionalni pravni poredak. Konačno, Sud konstatuje, da u slučaju da do odricanja od ove prednosti dođe u postupku koji se vodi pred Komisijom, da se teško može zamisliti da dotična vlada ima pravo povući to odricanje nakon što je slučaj prosljeđen Sudu. Uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova kao uslov dopustivosti aplikacije pred Sudom, normiran je odredbi člana 35., stav 1 Konvencije koja glasi:

“Sud može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lijekovi, u skladu sa općeprihvaćenim načelima međunarodnog prava, i u roku od četiri mjeseca od dana kada je donijeta pravosnažna odluka.”

Teleološkim tumačenjem navedene odredbe koja propisuje ovaj uslov, ustanovljava se naglašavanje supsidijarnosti²⁰ zaštite ljudskih prava putem međunarodnih tijela, odnosno, putem Suda, u odnosu na nacionalni sistem zaštite, koji je primarni i koji treba da obezbijedi odgovarajući nivo zaštite ljudskih prava u svakoj državi stranci.²¹

Nacionalni sistem zaštite je građanima bliži i pristupačniji, a građani uživaju pravo korištenja tog benefita. S druge strane, nacionalni sudovi odlučujući o pravnim pitanjima u svakom konkretnom slučaju, ispituju suštinsku, praktičnu kompatibilnost odredaba nacionalnog prava u nacionalnom sistemu

¹⁸ “Pravilo da se domaći pravni lijekovi moraju iscrpiti prije pokretanja međunarodnog postupka je utvrđeno pravilo međunarodnog običajnog prava; pravilo je općenito poštovano u slučajevima u kojima je država prihvatila predmet svog državljanina za čija prava se tvrdi da su prekršena u drugoj državi kršenjem međunarodnog prava.”

¹⁹ ESLJP, *De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) protiv Belgije*, aplikacija broj 2832/66; 2835/66; 2899/66, presuda od 18.06.1971.godine, paragraf 55.

²⁰ Vidi više: S Marković/S. Trgovac, Isticanje povreda konvencijskih i ustavnih prava u postupcima pred redovnim sudovima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 40, br. 1, 2019, 535-558.

²¹ ESLJP, *A, B i C protiv Irske*, aplikacija broj 25579/05, presuda od 16.12.2020. godine;

zaštite ljudskih prava sa odredbama Konvencije.²² Konceptualno, to bi trebalo ishodovati harmoniziranjem pomenutih odredaba tamo gdje se utvrdi nekompatibilnost.

S druge strane, Sud također uživa benefit od iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova iz razloga što se tokom postupka, u najvećem broju slučajeva ukaže na sva sporna pravna pitanja koja se otvaraju u nacionalnom pravu, a za posljedicu mogu imati ograničavanje ili lišavanje nekog ljudskog prava.

Odredba Konvencije koja postavlja uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova, polazi od pretpostavke da domaći sistem nudi efikasan pravni lijek. Ovo je zagantovano i odredbom člana 13. Konvencije. Postojanje efikasnih pravnih lijekova je oboriva pretpostavka, iako pravni sistemi država stranaka Konvencije, načelno prate standard barem formalnog predviđanja efikasnih pravnih lijekova za zaštitu ljudskih prava. U postupku pred Sudom, tužena država dužna je dokazati da postoji takav lijek u njenom pravnom sistemu, te da je pravni lijek kao takav, efikasno pravno sredstvo zaštite. S druge strane, na aplikantu je teret dokazivanja da je takav pravni lijek iskorišten²³, ali da je bio neadekvatan i/ili neefikasan.²⁴

Pomenuti raspored tereta dokazivanja, Sud je detaljno ustanovio u presudama *Akvidar i drugi protiv Turske*²⁵, *Sejdović protiv Italije*²⁶, i dr. U pomenutim presudama, Sud navodi da jedan od dokaza neefikasnosti pravnog lijeka može biti potpuno pasivno držanje nacionalnih vlasti pred ozbiljnim optužbama za nedolično ponašanje ili nanošenje štete od strane državnih agenata, na primjer kada nisu poduzeli istrage ili ponudili pomoć. U takvim okolnostima može se reći da se teret dokazivanja ponovno pomiče, tako da tužena Vlada postaje dužna pokazati šta je učinila kao odgovor na opseg i ozbiljnost stvari na koje se prigovara. Sud dalje naglašava da se prilikom primjene pravila mora uzeti u obzir činjenica da se ono primjenjuje u kontekstu mehanizma za zaštitu ljudskih prava koji su se ugovorne stranke dogovorile uspostaviti. U skladu s tim je naglasio da se član 26. mora primjenjivati s određenim stepenom fleksibilnosti i bez pretjeranog formalizma. Nadalje je priznao da pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova niti je apsolutno niti se može automatski primijeniti; pri preispitivanju je li ono poštovano bitno je uzeti u obzir posebne

²² *Ibid.*

²³ ESLJP, *Grässer protiv Njemačke*, aplikacija broj 66491/01, odluka o dopustivosti od 16.09.2004. godine;

²⁴ ESLJP, *Selmouni protiv Francuske*, aplikacija broj 25803/94, presuda od 28.07.1999. godine, paragraf 76., ESLJP, *T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj aplikacije 24724/94, presuda od 16.12.1999, paragraf 55).

²⁵ ESLJP, *Akvidar i drugi protiv Turske*, aplikacija broj 21893/93, presuda od 16.09.1996. godine;

²⁶ ESLJP, *Sejdović protiv Italije*, aplikacija broj 56581/00, presuda od 10.03.2006. godine;

okolnosti svakog pojedinog slučaja. To između ostalog znači da mora uzeti u obzir realno ne samo postojanje formalnih pravnih lijekova u pravnom sistemu dotične ugovorne stranke, već i opći pravni i politički kontekst u kojem oni djeluju, kao i osobne okolnosti podnositelja zahtjeva.

Konačno, Sud je u svojoj praksi ustanovio i obavezu oštećene osobe da testira obim zaštite ljudskih prava u svom domaćem, nacionalnom pravnom sistemu.²⁷ Tako npr, u presudi *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine*, Sud konstatuje da aplikacija nije dopuštena jer se aplikant nije obraćao Ustavnom sudu BiH, zatim da brzina kojom Ustavni sud BiH procesuirao predmete niti izvršenje pravosnažnih sudskih odluka ne povećava njegovu važnost što se tiče efikasnosti, te konačno zaključuje da “*ne vidi neke posebne okolnosti zbog kojih bi izuzeo aplikanta od obaveze da koristi taj lijek*”. Konačno, Sud u ovoj presudi kaže: “*Što se tiče sudskih sistema koji pružaju ustavnu zaštitu za osnovna prava, kao što je slučaj u Bosni i Hercegovini, Sud podsjeća da je dužnost osobe kojoj je nanesena šteta da testira opseg te zaštite*”.²⁸

Jedno od spornih pitanja koja se mogu javiti prilikom odlučivanja da li su iscrpljeni domaći pravni lijekovi ili ne, jeste pitanje karaktera organa koji je odlučivao po nekom pravnom lijeku (žalbi, prigovoru). Ovo pravilo je izričito sadržano u Konvenciji, i to odredbi člana 35. stav 2: “*Sud ne postupa po pojedinačnoj predstavi podnijetoj na temelju članka 34. koja je: a. anonimna; ili b. u suštini istovjetna s pitanjem koje je sud već razmatrao, ili koja je već podnijeta nekoj drugoj međunarodnoj instanci glede ispitivanja, odnosno rješavanja a ne sadrži nove relevantne činjenice.*”

Da li je organ koji je odlučivao nacionalni ili organ međunarodnog karaktera je pitanje o kojem opet odlučuje Sud i to na temelju kriterija ustanovljenih u presudama *Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*²⁹, *Peraldi protiv Francuske*³⁰ i dr. U pomenutom slučaju *Jeličić*, Sud je razmatrao pitanje da li je Dom za ljudska prava³¹ domaće ili međunarodno tijelo. Vlada je smatrala da se radi o međunarodnom tijelu i to iz sljedećih razloga: (a) Dom je uspostavljen

²⁷ ESLJP, *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 13628/03, odluka o dopustivosti od 16.05. 2006.godine; ESLJP, *Holland protiv Irske*, broj aplikacije 24827/94, Odluka Komisije od 14.04.1998. godine;

²⁸ ESLJP, *Mirazović protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 13628/03, odluka o dopustivosti od 16.05. 2006.godine;

²⁹ ESLJP, *Jeličić protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 41183/02, odluka o dopustivosti od 15.11.2005. godine;

³⁰ ESLJP, *Peraldi protiv Francuske*, aplikacija broj 2096/05, odluka o dopustivosti od 4.04.2009. godine;

³¹ Detaljnije o Domu za ljudska prava vidjeti u: C.Steiner/N.Ademović, *Constitution of Bosnia and Herzegovina – Commentary*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2010, 127-135.; R.Aybay, “Dom za ljudska prava Bosne i Hercegovine”, https://www.academia.edu/35568113/DOM_ZA_LJUDSKA_PRAVA_BOSNE_I_HERCEGOVINE; pristupljeno 17.07.2023.

privremeno (zavisno od pristupanja Bosne i Hercegovine Vijeću Europe i ratifikovanja Konvencije); (b) Sporazum o ljudskim pravima po osnovu kojeg je i Dom uspostavljen predstavljao je međunarodni ugovor; (c) osam od ukupno četrnaest članova Doma bili su stranci; (d) nije bilo mogućnosti ulaganja žalbe Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine protiv odluke Doma ili bilo kojem drugom sudu u Bosni i Hercegovini; (e) finansiranje Doma dolazi gotovo isključivo od međunarodnih donatora; (f) odluke Doma su prosljeđivane Organizaciji za bezbjednost i saradnju u Evropi (OSCE) i Kancelariji Visokog predstavnika za BiH (OHR) koji prate njihovu implementaciju. Sud je, procjenjujući i odgovarajući na ovo pitanje rekao da treba u obzir uzeti sljedeće faktore: sastav tijela, njegovu nadležnost, mjesto (ako postoji) u postojećem zakonskom sistemu i njegovo finansiranje. Analizirajući pitanje Doma za ljudska prava, u konkretnom slučaju, Sud je konstatovao da pravni osnov za njegovo formiranje predstavlja međunarodni sporazum, da Dom, po svom sastavu, nije bio sličan međunarodnim mješovitim arbitražnim sudovima, bez obzira na učešće međunarodnih članova, samo sporazumi Bosne i Hercegovine i njenih entiteta, dakle Federacije BiH i Republike Srpske (bez odobrenja Republike Hrvatske i Srbije i Crne Gore)³² su produžili mandat Doma do 31. decembra 2003. godine; promijenili organizaciju Doma dodajući još dva vijeća sastavljena od članova izabranih iz Bosne i Hercegovine (u 2003. godini); i okončali mandat Doma 31. decembra 2003. godine. Nadalje, Dom je primao značajnu finansijsku podršku od brojnih dvostranih i mnogostranih donatora, što je bilo ključalno u postratnim godinama, dok je Bosna i Hercegovina preuzela formalnu obavezu da finansira Dom (član III stav 2 Sporazuma o ljudskim pravima). Isto tako je važno da u mandat Doma nisu spadali odnosi, odnosno obaveze među državama, nego samo obaveze koje je preuzela Bosna i Hercegovina i njeni konstitutivni entiteti. Sud dalje naglašava da nije zaključen nikakav „sporazum o pružanju gostoprimstva“ između Doma i Bosne i Hercegovine. Konačno, činjenica da međunarodne organizacije, kao što je OSCE, nadgledaju izvršenje odluka Doma može se tumačiti u postratnom kontekstu formiranja Doma. To ne mijenja njegov primarno domaći karakter. Iz svega navedenog, Sud zaključuje da žalbeni postupci pred Domom nisu bili „međunarodni“ u skladu sa članom 35. stav 2(b) Konvencije i dalje, postupci pred Domom trebaju se smatrati kao „domaći“ pravni lijek u skladu sa značenjem člana 35. stav 1 Konvencije.

³² Venecijanska komisija je u svojim pisanim podnescima Sudu od 15.6.2005. godine istakla da je Dejtonski mirovni sporazum kao očito međunarodni ugovor bio okvirni ugovor, a da su njegovi aneksi, uključujući i Sporazum o ljudskim pravima (Aneks 6) imali svrhu provođenja njegove suštine. Stoga je i Sporazum o ljudskim pravima, bez obzira što se radi o sporazumu potpisanom od strane smao jedne države (Bosne i Hercegovine sa njenim entitetima, prema shvatanju ove Komisije, i dalje međunarodni ugovor. (ESLJP, Jeličić protiv Bosne i Hercegovine, Konačna odluka o dopustivosti aplikacije broj 41183/02 od 15.11.2005. godine);

3. Praksa Suda u pogledu uslova iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova za dopustivost aplikacije

3.1. Iscrpljenost pravnih lijekova u domaćem zakonodavstvu

Općim okvirnim sporazumom za mir u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu Daytonski mirovni sporazum), nije uspostavljen jedinstven pravosudni sistem u BiH jer se u izvornoj verziji tog ugovora ne predviđaju pravosudne institucije na državnom nivou. U oba entiteta, prema toj verziji akta, pravosudni sistem se zaokružuje Vrhovnim sudom iako imaju različitu strukturu uređenja. Ali se na razini entiteta i iscrpljuje sudska vlast, jer nema pravosudnih institucija na nivou države³³ izuzev Ustavnog suda BiH, koji ima drugačije nadležnosti od redovnih sudova, što se nadomješta apelacionom jurisdikcijom Ustavnog suda BiH u pogledu zaštite ljudskih prava i sloboda. Pravosudni sistem BiH Daytonskim sporazumom dezintegriran je, nije predviđen ni Vrhovni sud na državnom nivou koji bi uvezao sve razučene dijelove pravosudnog sistema.³⁴

Najveća vrijednost Ustava BiH je u dijelovima koji govore o zaštiti ljudskih prava i jasno je da je tu izvršena internacionalizacija po uzoru na zapadne zemlje.³⁵ Može se zaključiti, prema Ustavu BiH, da je pravosuđe potpuno zanemareno jer se cjelokupna sudska vlast svodi na Ustavni sud BiH dok nema vrhovnog suda na nivou države kao krajnje instance za oba entiteta.³⁶ U nadležnosti Ustavnog suda BiH nalaze se i neki elementi koji asociraju na specifičan spoj redovnog i ustavnog sudstva, ali ipak ustavni sudovi ne vrše klasičnu sudsku funkciju rješavanja pravnih sporova. Ustavni sudovi kao čuvari ustava nadležni su za kontrolu ustavnosti i zakonitosti opštih akata. Iako Ustav BiH cjelokupno pravosuđe svodi na Ustavni sud BiH, u toku reforme pravosuđa desile su se tzv. „tije izmjene ustava“ temeljem čl. III/5. Ustava BiH koji omogućava dodatne nadležnosti institucija BiH.³⁷ Naknadno su formirane pravosudne institucije na državnom nivou koje nisu navedene u tekstu Ustava BiH (Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Tužilaštvo BiH i Sud BiH).

Ustavni sud BiH ima najvažnije ustavnosudske nadležnosti i neke nadležnosti tipične za najviše redovne sudove, tačnije apelacionu nadležnost u odnosu

³³ Sud BiH predstavlja pravosudno tijelo na nivou države, ali je ono osnovano tek 2009. godine i to Zakonom o sudu BiH, “Službeni glasnik BiH”, br. 49/2009 - prečišćen tekst, 74/2009 - ispravka i 97/2009;

³⁴ M. Alijević/D. Samardžić, *Constitutional Law-Bosnia and Herzegovina*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2019, 167.

³⁵ N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo 2012, 115.

³⁶ M. Alijević/D. Samardžić, 168.

³⁷ N. Ademović/J. Marko/G. Marković, 5.

na redovne sudove.³⁸ Ustavni sud BiH dakle ima i apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u Ustavu BiH, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH.³⁹ Ustavni sud BiH može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu. Ustavni sud BiH može izuzetno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav BiH ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.⁴⁰

Dakle, dvije su situacije moguće pred Ustavnim sudom BiH kada je u pitanju iscrpljenost svih djelotvornih pravnih lijekova. Prva, razmatranje apelacija samo pod uslovom da su iscrpljeni svi pravni lijekovi mogući prema zakonu, što je uslov za dopustivost apelacije. I druga, izuzetna situacija, kada je moguće razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ali samo ako je to opravdano.

Ustavni sud BiH može da razmatra apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako je podnesena u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku koji je koristio.⁴¹ Iz čega proizilazi da apelacija nije dopustiva ako je protekao rok za podnošenje apelacije ili ako apelant nije iscrpio pravne lijekove moguće po zakonu.⁴² Naravno, apelacija će biti nedopustiva i ako nisu ispunjeni ostali uslovi iz člana 18. stav (3) Pravila Ustavnog suda BiH. Ustavni sud BiH će odbaciti apelaciju kao očigledno (*prima facie*) neosnovanu kada utvrdi da ne postoji opravdan zahtjev stranke u postupku, odnosno da predočene činjenice ne mogu da opravdaju tvrdnju da postoji kršenje prava zaštićenih Ustavom BiH i/ili kada se za stranku u postupku utvrdi da ne snosi posljedice kršenja prava zaštićenih Ustavom BiH, tako da je ispitivanje merituma apelacije nepotrebno.⁴³

Izuzetno Ustavni sud BiH može da razmatra apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav BiH ili međunarodna dokumenta koja se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.⁴⁴ Tako Ustavni sud BiH u predmetu broj AP-532/21

³⁸ M. Simović, *Ustavnopravni osnov vladavine prava u Bosni i Hercegovini kroz funkcionisanje ustavnih institucija*, http://www.soros.org.ba/docs_pravo/ustav_txt/prof_dr_miodrag_simovic.doc

³⁹ Član VI. stav. 3. Ustava BiH.

⁴⁰ Član 18. Pravila Ustavnog suda BiH, Službeni glasnik BiH Br. 22/14 i 57/14.

⁴¹ Član 18. stav 2. Pravila Ustavnog suda BiH.

⁴² Član 18. stav 3. Pravila Ustavnog suda BiH.

⁴³ Član 18. stav 4. Pravila Ustavnog suda BiH.

⁴⁴ Član 18. stav 2. Pravila Ustavnog suda BiH.

utvrđuje da apelacija ispunjava uslove dopustivosti iako nema odluke nadležnog suda. U konkretnom slučaju apelantica, u suštini, ne osporava konkretne odluke nadležnog suda ili organa uprave, već tvrdi da zdravstvene ustanove nisu uvažile njezin zahtjev da se zdravstveni radnici iz zdravstvenog sistema angažiraju pri porodu kod kuće, čime joj je prekršeno pravo na privatni život iz člana II/3.f) Ustava BiH i člana 8. Konvencije, pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. Konvencije i pravo iz člana 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju.⁴⁵ Razmatrajući ove apelanticine navode, Ustavni sud BiH, najprije, podsjeća da je Sud u više svojih odluka zaključio da su pitanja u vezi sa rađanjem, uključujući izbor mjesta rođenja, u osnovi povezana s privatnim životom žene i da spadaju u opseg tog pojma u smislu člana 8. Konvencije. Imajući u vidu navedene stavove, Ustavni sud BiH smatra da se oni mogu u cjelosti primijeniti i u okolnostima konkretnog predmeta. Prema tome, Ustavni sud BiH smatra da se apelacijom pokreću pitanja mogućnosti ozbiljnog kršenja prava iz Ustava BiH i Konvencije zbog čega je apelacija dopustiva u smislu člana 18. stav (2) Pravila Ustavnog suda BiH kao izuzetna situacija.

U predmetu broj AP-2639/22 Ustavni sud BiH je postupio na sličan način. U konkretnom slučaju apelantici su rješenjem kantonalnog suda određene mjere zabrane preduzimanja određenih poslovnih aktivnosti ili službenih dužnosti. Apelantica tvrdi da joj je zbog propusta kantonalnog suda da postupi u skladu sa zakonom i rješenjem o određivanju mjere zabrane i da svaka dva mjeseca provjerava opravdanost te mjere, te slijedom toga donese odluku, povrijeđeno pravo na imovinu iz Ustava BiH i Konvencije. Ustavni sud smatra da apelacija ukazuje na kršenje prava iz Ustava BiH i Konvencije. Naime, u ovom slučaju postoje specifične okolnosti jer je kantonalni sud propustio da postupi prema odredbama Zakona o krivičnom postupku FBiH i svaka dva mjeseca izvrši kontrolu opravdanosti daljnjeg postojanja izrečene mjere zabrane apelantici što ničim nije opravdao. Također, Ustavni sud BiH zapaža da apelantica u takvim slučajevima nema zakonom propisan pravni lijek kojim bi „natjerao“

⁴⁵ Apelantica navodi da je višerotkinja i da se u trenutku podnošenja apelacije nalazi u 40. sedmici trudnoće za koju navodi da je niskorizična. S obzirom na epidemiološku situaciju izazvanu pandemijom korona virusa, apelantica je smatrala da bi za njezin i život njezine nerođene bebe jedini siguran porod bio onaj koji bi se odvijao u kućnim uvjetima uz asistenciju primalje, kao i dostupnost hitne medicinske pomoći u slučaju bilo kakvih komplikacija. U tom pogledu apelantica je 18. januara 2021. godine podnijela zahtjev za asistiranje pri porođaju kod kuće Kliničkom centru i Odjelu za ginekologiju i akušerstvo pri Općoj bolnici. U zahtjevu se pozvala na Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, navodeći da taj zakon propisuje prava pacijenata na samoodlučivanje i pravo na slobodan izbor, te na odredbe člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Klinički centar je dostavio apelantici izjašnjenje u kojemu je naveo da ta zdravstvena ustanova obavlja bolničku zdravstvenu djelatnost na tercijarnom nivou zdravstvene zaštite, što podrazumijeva pružanje zdravstvenih usluga pacijentima/trudnicama u bolničkim uvjetima. Vidi više: Ustavni sud BiH, AP 532/21 od 05.05.2021. godine.

redovni sud da postupi po imperativnim odredbama zakona i o tome donese odluku, koja bi potom mogla biti predmet osporavanja. Stoga i u ovom slučaju Ustavni sud BiH smatra da je apelacija dopustiva u smislu člana 18. stav (2) Pravila Ustavnog suda BiH.⁴⁶

Česti su slučajevi da apelanti ukazuju na povredu prava na donošenje odluke u razumnom roku, u smislu odredbi člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Konvencije, u postupcima koji nisu okončani, pa su i u tom slučaju apelacije dopustive u skladu sa članom 18. stav (2) Pravila Ustavnog suda.⁴⁷

Da zaključimo, postupak pred Ustavnim sudom BiH utvrđen je odredbama Pravila Ustavnog suda BiH.⁴⁸ Postupak se pokreće apelacijom (zahtjevom) koja mora imati određene elemente i biti dopustiva. Ustavni sud dostavlja apelaciju donositelju pobijanog akta radi davanja odgovora, odnosno dostavljanja spisa. Sudionici u postupku imaju pravo izvršiti uvid u spise predmeta koji se vodi pred Ustavnim sudom BiH, a ovo se pravo može priznati i drugim zainteresiranim osobama. Zatim slijedi javna rasprava. Po pravilu, odmah nakon vijećanja i glasanja Ustavni sud BiH donosi odluke. Odluke Ustavnog suda BiH su konačne, obavezujuće i izvršne. Nakon toga može se uputiti aplikacija Sudu čime je ispunjen jedan od uslova, a to je iscrpljenost unutrašnjih pravnih lijekova zemlje koja je tužena.

4. Izuzeci od zahtjeva za iscrpljenost domaćih pravnih lijekova u slučajevima protiv Bosne i Hercegovine pred Sudom

Koristeći HUDOC bazu presuda Suda, utvrđeno je da uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova nije bio zadovoljen u devet slučajeva protiv Bosne i Hercegovine, odnosno, da su zastupnici Vlade postavili taj prigovor u navedenom broju slučajeva. Sud je u jednom slučaju spojio raspravu o dopuštenosti i meritumu, te je o dopustivosti aplikacije odlučivao prilikom odlučivanja o povredi člana 13. Konvencije – pravo na djelotvoran pravni lijek.⁴⁹ Ovaj predmet se odnosio na staru deviznu štednju, a pored Bosne i Hercegovine bile su tužene i druge zemlje bivše Jugoslavije. Sud je zaključio „da su tužene države prihvatile da „stara“ devizna štednja predstavlja dio finansijskih obaveza SFRJ koje one trebaju podijeliti“⁵⁰ i utvrdio da „aplikanti

⁴⁶ Vidi više: Ustavni sud BiH, AP-2639/22 od 19.01.2023. godine.

⁴⁷ Vidi odluke Ustavnog suda BiH broj AP-3042/21 i broj AP-2716/21.

⁴⁸ Opća pravila postupka čl. 8-76. Pravila Ustavnog suda BiH.

⁴⁹ ESLJP, *Ališić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije*, broj aplikacije 0642/08, presuda od 6. novembra 2012. godine, paragraf 4, paragrafi 51-53, paragrafi 76-90.

⁵⁰ *Ibid*, § 52.

nisu imali na raspolaganju djelotvorno pravno sredstvo⁵¹ jer nije dokazano da su dostupna pravna sredstva u Sloveniji i Srbiji aplikantima ponudila izgleda za uspjeh, a druge države nisu iste ni imale u svom pravnom poretku⁵² (prema izjašnjenjima zastupnika Bosne i Hercegovine i Hrvatske, a zastupnici Sjeverne Makedonije se nisu izjasnili po ovom pitanju).⁵³

Nepostojanje djelotvornog pravnog lijeka u domaćem pravnom poretku je bio argument aplikantata i u ostalim predmetima u kojima uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova nije bio ispunjen. U slučajevima *Karanović protiv Bosne i Hercegovine*⁵⁴ i *Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*⁵⁵ aplikanti su zaštitu svojih prava pred Sudom tražili zbog neprovođenja konačnih i izvršnih odluka sudova. Neprovođenje konačnih i izvršnih odluka sudova kao razlog za nedjelotvornost pravnih lijekova odnosi se na nepostupanje određenih organa vlasti i institucija u pitanjima vezanim za prelazak iz penzionog fonda jednog entiteta u penzioni fond drugog i primanje penzije u slučaju *Karanović*, te neispлаćivanje kantonalnog duga po osnovu prava iz radnog odnosa u slučaju *Kunić i drugi*. U ovim predmetima je došla do izražaja kompleksnost državne strukture Bosne i Hercegovine, te specifičnosti pitanja podjele nadležnosti. Bez obzira na navedeno, sudska zaštita prava, kao konačni vid zaštite prava unutar jednog pravnog sistema, mora biti sprovedena. U suprotnom, ona gubi smisao, a vladavina prava izostaje. Dakle, efikasnost pravnih lijekova predstavlja jedan od ključnih elemenata obazbeđenja vladavine prava. Ona se nikako ne ogleda samo u mogućnosti meritornog preispitivanja prethodno donesene odluke⁵⁶, nego i u mogućnosti njihovog izvršavanja.⁵⁷ U Bosni i Hercegovini je nažalost, evidentno da povremeno dolazi do ignorisanja pravosnažnih sudskih presuda, nerijetko i od strane drugih javnih organa.⁵⁸ Takvi primjeri se ne odnose samo

⁵¹ *Ibid*, § 90.

⁵² Više o situacijama nepostojanja pravnog lijeka u nacionalnom sistemu zaštite: J.C. Jeffries, “The Right-Remedy Gap in Constitutional Law”, *The Yale Law Journal* Vol. 109, No. 1, he Yale Law Journal Company, Inc. 1999, 87-114.

⁵³ *Ibid*.

⁵⁴ ESLJP, *Karanović protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 39462/03, presuda od 20. novembra 2003. godine.

⁵⁵ ESLJP, *Kunić i ostali protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 68955/12 i 15 ostalih, presuda od 14. novembra 2017. godine.

⁵⁶ O značaju prava na meritorno preispitivanja odluka državnih organa: T. Bubalo, “Pravo na pravni lijek protiv odluka tijela državne vlasti prema domaćem i međunarodnom pravu”, <https://hrcak.srce.hr/file/289100>; 01.09.2023.; W. Piątek, “The right to an effective remedy in European law: significance, content and interaction”, *China-EU Law J* 6, 163–174 (2019). <https://doi.org/10.1007/s12689-019-00086-3>;

⁵⁷ Vidjeti više: A. Street, *Judicial Review and the Rule of Law - Who is in Control?*, The Constitution Society, London, 2013.

⁵⁸ Iako se u navedenim primjerima radi o problem neizvršenja sudskih odluka u Bosni i Hercegovini, naša država naravno nije jedina koja se susreće sa ovim problemom. S tim u vezi

na presude redovnih sudova, nego i Ustavnog suda BiH.⁵⁹ U slučaju *Karanović i drugi* Sud je konstatovao da Vlada nije uspjela dokazati kako je apelacija podnesena Ustavnom sudu BiH dovoljno „djelotvoran“ domaći pravni lijek i da je potrebno njezino iscrpljivanje u skladu s članom 35. paragraf 1) Konvencije jer je prošlo više od četiri godine od konačnosti odluke Doma za ljudska prava, a podnositelju zahtjeva nije omogućen prelazak u Fond F BiH niti mu je isplaćena puna naknada, te je na ovaj način „narušena bit prava na pristup sudu u mjeri u kojoj je zaštićena članom 6. Konvencije“.⁶⁰ U slučaju *Kunić* Sud je zaključio da „nije dokazano da je žalba Ustavnom sudu uspjela pružiti obeštećenje aplikantima, niti da je ponudila razumne izgleda za uspjeh“⁶¹ te da je aplikacija dopustiva.

, organizovano je I održano nekoliko okruglih stolova pod naslovom: “Effective remedies against non-execution or delayed execution of domestic court decisions” u Vijeću Evrope gdje je ovo pitanje problematizirano. Neki od važnih zaključaka ovih okruglih stolova su da države moraju usvojiti odgovarajuće zakonodavstvo i dodijeliti odgovarajuća sredstva kako bi osigurale izvršenje domaćih sudskih odluka, uključujući one donesene protiv njih i njenih entiteta. Također trebaju predvidjeti moguće potrebe za uvođenjem domaćih pravnih lijekova u slučaju neizvršavanja ili sporog izvršenja takvih odluka kako to zahtijeva Konvencija. S druge strane, tamo gdje je problem neizvršenja ili sporog izvršenja sistemski, uvođenje domaćih pravnih lijekova, iako je važno, ne može samo po sebi predstavljati dugotrajno rješenje. Takve situacije zahtijevaju usvajanje sveobuhvatnih integriranih domaćih strategija koje uključuju sve uključene aktere i donosioce odluka (u duhu Preporuke Odbora ministara Vijeća Evrope (2008)2 o učinkovitom domaćem kapacitetu za brzo izvršenje presuda Suda). Vidjeti više na: <https://www.coe.int/en/web/execution/remedies-against-non-or-delayed-execution>; 01.09.2023.

⁵⁹ Bosna i Hercegovina s također susreće sa problemom neizvršenja presuda Evropskog Suda za ljudska prava, za šta su razlozi dominantno ili u cjelosti političke prirode. U tom smislu su potrebna važna sistemska rješenja, iako ni tu nismo usamljeni: J. Glukhikh/ N. Gryazin, “Four ways to strengthen the enforcement of the judgments of the European Court of Human Rights”, <https://www.europeanleadershipnetwork.org/commentary/four-ways-to-strengthen-the-enforcement-of-the-judgments-of-the-european-court-of-human-rights/>; 01.09.2023. Analizirajući razloge zbog kojih u našoj državi dolazi do ovog fenomena, 2010. godine, sudija Suda Faris Vehabović je istakao pet najznačajnijih razloga do tada neuspjelih ustavnih reformi, prognozirajući da će ona i u budućnosti praviti problem: (1) institucionalno ustrojstvo uspostavljeno od strane ustava stvoreno kao dio Daytonskog mirovnog sporazuma kojim je okončan rat u Bosni 1992-95, (2) psihologija i mentalitet etničkih grupa u okruženju političkog nepovjerenja, (3) fragmentacija stranačkog sistema unutar etničke grupe, (4) ravnodušnost i nejedinstvo međunarodne zajednice, (5) nepoštivanje ustavnog poretka. Nažalost, sudija je bio u pravu. I trinaest godina poslije, ovi razlozi su i dalje aktuelni. O navedenom više na: E. Omerović/H. Cero, “Bosnia’s Institutions Must Take Lead in Implementing ECHR Judgements”- mišljenje, objavljeno na BIRN, 07.01.2021. godine; <https://balkaninsight.com/2021/01/07/bosnias-institutions-must-take-lead-in-implementing-echr-judgements/>; 03.09.2023.

⁶⁰ ESLJP, *Kunić i ostali protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 68955/12 i 15 ostalih, presuda od 14. novembra 2017. godine, paragraf 25.

⁶¹ Ibid, paragraf 21.

U slučajevima *Tokić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*⁶² i *Hadžić i Suljić protiv Bosne i Hercegovine*⁶³ aplikanti su se žalili na povredu prava zbog protuzakonitog držanja u pritvoru u Forenzično-psihijatrijskom odjelu zatvora u Zenici, do kojeg je došlo zbog nepostojanja adekvatne ustanove za smještaj određene vrste zatvorenika dok su zakonski i podzakonski akti nalagali smještaj u takvoj ustanovi. Naime, nakon određenih zakonskih izmjena i prelaska nadležnosti sa sudova na centre za socijalni rad kao nadležne institucije u postupku odlučivanja u slučajevima obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi osuđenih za krivična djela, Mehmed Tokić je pušten na slobodu na osnovu odluke Centra za socijalni rad Gračanica, kao i Jusuf Alibašić, kojeg je Centar za socijalni rad Goražde bezuslovno pustio na slobodu. Oba aplikanta su uložila žalbe Domu za ljudska prava, odnosno, Ustavnom sudu, koje nisu rezultirale odlukama, jer je već došlo do odlučivanja od strane nadležnih centara za socijalni rad i puštanja na slobodu. Po žalbama druga dva aplikanta, Danijela Marinića i Adisa Hadžića, Ustavni sud BiH je utvrdio da je došlo do pravnog vakuma nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine, da ustanova u koju su aplikanti smješteni nije više odgovarajuća, te je došlo do povrede člana 5. stav 1(e) Konvencije. Domaća tijela prilikom donošenja odluka o držanju u pritvoru ove osobe nisu uvažila prethodno donesene odluke Ustavnog suda BiH u sličnom slučaju kojom su naložene određene opće mjere⁶⁴, a koje nisu implementirane od strane vlade, dok osjetljivost situacije u kojoj je bio aplikant opravdava odstupanje od pravila iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova u ovom konkretnom slučaju⁶⁵. Dakle, Sud je ustanovio da, iako su aplikanti ispustili obratiti se Domu za ljudska prava ili Ustavnom sudu BiH, činjenica da su takve odluke postojale u sličnom predmetu i da ih domaći organi nisu ispoštovali, predstavlja argument da se ne radi o dovoljno efikasnom sredstvu, te bi insistiranje na njegovoj iskorištenosti kako bi aplikacija bila dopustiva, u suštini čist formalizam, za koji se unaprijed može pretpostaviti da neće dati traženi efekat, a s druge strane, uzet će vrijeme, što će u konačnici značiti da će aplikant samo duže biti u položaju u kojem se nalazi, čekajući okončanje postupaka koji neće polučiti traženi rezultat u smislu izvršenja odluke, odnosno efikanosti sredstava na raspolaganju. Ovakvim tumačenjem⁶⁶ teksta Konvencije, Sud daje prednost telosu, odnosno

⁶² ESLJP, *Tokić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, brojevi aplikacija 12455/04, 14140/05, 12906/06 i 26028/06, presuda od 8. jula 2008. godine.

⁶³ ESLJP, *Hadžić i Suljić protiv Bosne i Hercegovine*, brojevi aplikacija 39446/06 i 33849/08, presuda od 7. juna 2011. godine.

⁶⁴ ESLJP, *Tokić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, brojevi aplikacija 12455/04, 14140/05, 12906/06 i 26028/06, presuda od 8. jula 2008. godine., paragraf 57).

⁶⁵ *Ibid*, paragraf 59).

⁶⁶ J. M. Beermann/R. A. Cass, Interpretation, Remedy, and the Rule of Law: Why Courts Should Have the Courage of Their Convictions, *Administrative Law Review* Volume 74, No.

njenom cilju, čime njena primjena dobiva na fleksibilnosti, a što kao rezultat ima efikasnost same Konvencije. Na ovaj način se zaista suštinski ispravljaju nedostaci i tačke u kojima dolazi do suštinske neefikasnosti pravnih lijekova u nacionalnim sistemima, čime se ostvaruje i cilj Konvencije. Na istom tragu, Sud će kasnije biti i u predmetu *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*.

U slučaju *Hadžić i Suljić*, prvi aplikant je 2004. podnio aplikaciju Sudu žaleći se na nezakonito držanje na Psihijatrijskom odjelu zatvora u Zenici, te je tada postupak obustavljen zbog prijateljske nagodbe kada se vlada BiH obavezala premjestiti sve pacijente sa odjela u odgovarajuće objekte do 31. decembra 2005. godine i isplatiti aplikantu iznos od 9.000 Eura *ex gratia*. Ovaj iznos je isplaćen, ali je aplikant ostao na istom odjelu. Ustavni sud BiH je 21. decembra 2006. godine utvrdio da je došlo do povrede člana 5. stav 1(e) i člana 5. stav 4 Konvencije, da Psihijatrijski odjel nije adekvatna institucija za smještaj osoba sa mentalnim poremećajem i naložio hitno formiranje takve institucije, međutim, aplikant je 2008. godine premješten u opšti dio zatvora. Slična situacija je bila i sa drugim aplikantom. Prilikom razmatranja aplikacija, Sud je konstatovao da u trenutku kada su aplikanti podnijeli zahtjev Sudu nije postojala „konsolidovana i konzistentna sudska praksa građanskih sudova u odnosu na zahtjeve za pravičnom naknadom zbog nezakonitog lišavanja slobode“,⁶⁷ te da „još uvijek nije donesena odluka po tužbi za naknadu štete koju je podnio prvi aplikant, iako se postupak vodi već skoro četiri godine“,⁶⁸ dakle, da nije bilo efikasnog pravnog lijeka. Zbog toga je Sud obrazložio da u datim okolnostima „prva aplikacija se ne može smatrati preuranjenom, kao što se ni druga aplikacija ne može smatrati nedopustivom zbog neispunjavanja pravnih lijekova“.⁶⁹

Dva slučaja iz ove grupe slučajeva se odnose na različita prava osuđenih za ratne zločine. U slučaju *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*⁷⁰ aplikanti se se žalili na retroaktivnu primjenu Krivičnog zakona iz 2003. godine za ratne zločine počinjene u periodu 1992-1995, a u slučaju *Rodić i tri ostala protiv Bosne i Hercegovine*⁷¹ aplikanti su se žalili zbog postupanja drugih zatvorenika prema njima u zatvoru u Zenici i smještanju u bolničkoj jedinici zatvora kao rješenje tog problema. Pitanje dopustivosti u prvom slučaju se

4, Boston University, 2022.

⁶⁷ ESLJP, *Tokić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, brojevi aplikacija 12455/04, 14140/05, 12906/06 i 26028/06, presuda od 8. jula 2008. godine, paragraf 32).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ESLJP, *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 2312/08 i 34179/08, presuda od 18.07.2013.

⁷¹ ESLJP, *Rodić i tri ostala protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 22893/05, presuda od 27.05.2008.

odnosilo na procjenjenu neefikasnost žalbe Ustavnom sudu BiH obzirom na prethodne slične slučajeve, a u drugom slučaju na izgleda za efektivnost pravnog lijeka u vidu pritužbe zatvorskim inspektorima i Ustavnom sudu BiH.

Konačno, u slučaju *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*⁷² aplikantica se uopće nije obraćala domaćim sudovima nego je direktno tražila zaštitu svojih prava pred sudom u Strazburu. To je jedna od specifičnosti ovog slučaja u odnosu na prethodno analizirane slučajeve. Razlog je situacija vezana za lokalne izbore u Mostaru, koja je trajala skoro deset godina, i za koju, u trenutku podnošenja aplikacije, nije bilo izgleda da će se promijeniti. Naime, lokalni izbori u Mostaru nisu održani 2012. i 2016. godine zbog stavljanja van snage⁷³ određenih odredbi Statuta Grada Mostara nakon odluke Ustavnog suda BiH⁷⁴, pa je gradonačelnik izabran na lokalnim izborima 2008. nastavio vršiti funkciju. On je zamijenio Gradsko vijeće u procesu usvajanja budžeta zbog nemogućnosti konstituisanja istog, što je predviđeno izmjenama Zakona o budžetu FBiH i ovakva iznimna ovlast data je samo gradonačelniku Mostara zbog postojeće situacije. Na ovaj način je finansiranje Grada Mostara riješeno, međutim, gradska uprava i građani Mostara suočili su se sa mnogim problemima zbog neizbora gradskog vijeća, a što je dovelo i do određenih frustracija i nezadovoljstva građana.

Istovremeno, ova aplikacija je okarakterizirana kao *actio popularis*, što znači da se može pojaviti veliki broj aplikanata u istoj situaciji obzirom na složenost problema i izgleda za rješavanje. U svojim razmatranjima o dopuštenosti tužbe, Sud je potvrdio da Konvencija predviđa da osoba, nevladina organizacija ili grupa pojedinaca prilikom podnošenja tužbe moraju biti u mogućnosti tvrditi da su im zagarantovana prava prekršena, odnosno, da su direktno pogođeni spornom mjerom. Ipak, Sud se pozvao na izuzetak u ovom pravilu, a to je onda kada postoji tvrdnja da zakon krši prava neke osobe i „u odsustvu pojedinačne izvršne mjere, ako pripada kategoriji ljudi koji su izloženi riziku da budu direktno pogođeni tim zakonom“,⁷⁵ a što je i primjenjivo u slučaju nepostojanja zakona, odnosno, postojanja pravne praznine. Obzirom na činjenicu da je aplikantica bila aktivna članica političke stranke, imenovana na određene unutarstranačke pozicije i aktivno sudjelovala u javnom životu, očekivano je da je i razmatrala mogućnost glasanja i kandidiranja na lokalnim izborima. Zbog navedenog, Sud je smatrao da ona pripada grupi ljudi koja je

⁷² ESLJP, *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*, broj aplikacije 30100/18, presuda od 29.10.2019.

⁷³ Rješenje Ustavnog suda BiH od 18.01.2012., dostupno na: https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_bs/U-9-09-478777.pdf.

⁷⁴ Presuda Ustavnog suda BiH broj: U-9/09, dostupna na: https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/_bs/U-9-09-386218.pdf.

⁷⁵ *Ibid*, paragraf 33).

direktno pogođena situacijom na koju se žali, i posljedično, diskriminirana.

Da bi Sud prihvatio neku aplikaciju bez da su prethodno iscrpljeni domaći pravni lijekovi mora biti riječi o situaciji u kojoj je isti neadekvatan ili neefikasan u okolnostima slučaja ili da su postojale posebne okolnosti koje opravdavaju neispunjenje ovog uslova.⁷⁶ Sud će pri tome voditi računa o posebnim okolnostima svakog konkretnog slučaja, što podrazumijeva i opći pravni i politički kontekst, te lične okolnosti aplikanta. U aplikaciji *Baralija protiv Bosne i Hercegovine*, Sud je bio mišljenja da činjenica da aplikantica nije koristila ustavnu aplikaciju nije od velikog značaja obzirom na činjenicu da domaće vlasti nisu izvršile odluku Ustavnog suda BiH iz 2010. godine, te je vrlo vjerovatno da ustavna aplikacija aplikantice ne bi proizvela rezultate.

Druga specifičnost ovog slučaja je to što je u ovom slučaju utvrđeno da je došlo do kršenja zabrane opće diskriminacije garantovane u Protokolu broj 12 uz Konvenciju. U nekim od ostalih gore navedenih slučajeva aplikanti su se žalili i na diskriminaciju u uživanju substantivnih prava koja su im ugrožena, no Sud nije usvojio te zahtjeve. Slučaj *Baralija* je značajan i jer je u trenutku donošenja presude to bila već peta presuda Suda iz Strazbura koja je ustanovljavala diskriminaciju prisutnu u ustavnom sistemu i izbornom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Iako se slučaj *Baralija* sadržajno razlikuje od presuda u slučaju *Sejdić i Finci*, *Zornić*, *Šlaku i Pilav* i utvrđuje postojanje diskriminacije u uživanju prava glasa i prava biti biran na lokalnim izborima na području Mostara, ova presuda je značajna jer je ukazala na još jedan aspekt diskriminacije prisutne u izbornom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, ali i to da je u situaciji kakva je postojala u Bosni i Hercegovini i Mostaru u trenutku podnošenja aplikacije Sudu od strane aplikantice opravdano da se ne traži uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova.

Iz analize navedenih slučajeva vidimo da se pristup Suda ocjeni ispunjenosti uslova iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova razlikuje od slučaja do slučaja, pa i u odnosu na slučajeve koji se odnose na istu državu. Također, očigledno je da djelotvornost domaćih pravnih lijekova veoma važan faktor prilikom odlučivanja Suda o dopustivosti aplikacije u onim slučajevima kada domaći pravni lijekovi nisu ispunjeni, ali i da Sud procjenjuje i potencijalnu efektivnost najviših instanci jedne države kada iste nisu odlučivale o određenom pitanju. Što se tiče razloga za neefektivnost domaćih pravnih lijekova u Bosni i Hercegovini evidentno je da koordinacija između različitih nivoa vlasti i institucija razlog koji je Sud smatrao dovoljnim da bi dopustio aplikacije u kojima domaći pravni lijekovi nisu bili iscrpljeni. Također, Sud je procijenio da je nepostojanje političke volje za dogovore i kompromise pri usvajanju određenih zakonskih akata u oblasti izbornog zakonodavstva faktor koji

⁷⁶ *Ibid*, paragraf 36).

opravdava i prihvatanje aplikacije kada uopće nisu iscrpljeni domaći pravni lijekovi i riječ je o *actio popularis*.

5. Zaključak

Pred Evropskim Sudom za ljudska prava uspostavljen je uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova kao uslov dopustivosti aplikacije jer Sud može uzeti predmet u razmatranje tek kada se iscrpe svi unutrašnji pravni lijekovi, u skladu sa općepriznatim načelima međunarodnog prava, i u roku od četiri mjeseca od dana kada je donijeta pravosnažna odluka. Ovaj uslov polazi od pretpostavke da domaći sistem nudi efikasan pravni lijek što je svakako oboriva pretpostavka. Tako je Sud utvrdio da ovaj uslov može biti ispunjen i nakon podnošenja aplikacije Sudu, ali prije donošenja odluke o prihvatljivosti slučaja za odlučivanje pred Sudom, ili da mogu postojati određene posebne okolnosti kada ovaj uslov ne mora biti ispunjen.

U domaćem pravnom sistemu situacija je slična. Ustavni sud BiH ima apelacionu nadležnost u odnosu na redovne sudove u pitanjima koja su sadržana u Ustavu BiH, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u BiH. Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome osporava, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu. Ustavni sud BiH može izuzetno razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda ali samo kada je to opravdano, tj. ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav BiH ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.

Analiza slučajeva pred Sudom protiv Bosne i Hercegovine ukazuje na postojanje određenih problema unutar pravnog sistema BiH, a koji dovode do situacije u kojoj dostupni pravni lijekovi nisu djelotvorni, što vodi do tužbi pred Sudom. Prvenstveno je riječ o problemima vezanim za neprovođenje konačnih i izvršnih odluka Ustavnog suda BiH, ali i nižih sudova. Domaći pravni lijekovi u Bosni i Hercegovini su smatrani nedjelotvornim zbog protoka više od četiri godine od odluke Doma za ljudska prava i njenog neizvršenja (*Karanović protiv Bosne i Hercegovine*), postojanja pravne praznine nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine i nepostojanje adekvatne ustanove za smještaj mentalno oboljelih osoba koje su počinile krivična djela, a što je dalje dovelo i do neuvažavanja odluka i općih mjera naloženih od strane Ustavnog suda BiH, i nepostojanja konzistentne sudske prakse građanskih sudova u odnosu na zahtjeve za pravičnu naknadu zbog nezakonitog lišavanja slobode (*Tokić i drugi protiv Bosne i Hercegovine* i *Hadžić i Suljić protiv Bosne i Hercegovine*). Posebno ozbiljan problem je situacija kada organi vlasti ne izvršavaju presude

Ustavnog suda BiH i mjere naložene u njima (*Kunić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*). Uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova za dopustivost aplikacije, osim što je eksplicitno propisana, predstavlja i međunarodno običajno pravilo. Sud je ovo pravno pitanje detaljno razradio u svojoj sudskoj praksi, gdje je ustanovio i kriterije za efektivnost domaćih pravnih lijekova, kao i teret dokazivanja u pogledu njihove efektivnosti i iskorištenosti. Ipak, iako generalno pravilo, u pogledu zahtjeva za iscrpljivanjem domaćih pravnih lijekova, Sud je ustanovio i izuzetke. Specifičan izuzetak od uslova iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova je situacija nastala zbog postojanja pravne praznine u izbornim pravilima u BiH, u okolnostima kada je politička situacija u zemlji upućivala na neefektivnost iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova, kao što je bio slučaj sa izbornim zakonodavstvom u Bosni i Hercegovini (*Baralija protiv Bosne i Hercegovine*). Ovaj slučaj je ukazao na to da postojanje diskriminacije u uživanju izbornih prava u situacijama kada nema političke volje za izmjenu istih opravdava prihvatanje aplikacija u kojima uslov iscrpljenosti domaćih pravnih lijekova nije uopće zadovoljen i aplikant se nije ni obraćao domaćim sudovima nego je došlo do primjene *actio popularis*.

EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES IN PROCEEDINGS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - THE EXAMPLE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Article 35, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) of 1950 provides that an individual application to the European Court of Human Rights (the Court) may be submitted by individuals, non-governmental organizations, or groups of individuals against Convention member states. In order for such an application to be accepted, certain conditions must be fulfilled, including the condition of exhaustion of domestic remedies in the country being sued. Depending on the country in question, this will often mean that there must be a final judgment of the Supreme or Constitutional Court on the issue to which the application relates.

In its practice, the Court has established certain rules in deciding on this condition, and it is considered that this issue should be approached with a certain flexibility and that it is not an automatic or absolute rule. For example, the Court has determined that this condition may be fulfilled even after the application is submitted to the Court, but before a decision is made on the admissibility of the case for decision before the Court, or that there may be certain special circumstances when this condition does not have to be fulfilled.

This paper will analyze the Court's case law regarding the issue of exhaustion of domestic remedies, and how this issue is regulated in Bosnia and Herzegovina, i.e., what procedure is provided for by domestic legislation to satisfy this condition. Given the specific constitutional arrangement of Bosnia and Herzegovina and the organization of courts, this paper will analyze the procedure for fulfilling the condition of exhaustion of domestic remedies, and it will be analyzed in relation to the *Baralija v. Bosnia and Herzegovina* case, which represents an exception to the rule, since the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina did not decide on this case before the application to the Court was made, and the Court accepted and decided on it.

Key words: admissibility, exhaustion of domestic remedies, flexibility, exceptions.