

LJUDSKA PRAVA I PITANJE IDENTITETA

Zbornik radova sa znanstvenog skupa *Ljudska prava i pitanje identiteta*
održanog 9. prosinca 2022. godine

UREDNICI

MATIJA MILOŠ, VALENTINO KUZELJ,
LEONARDO MIKAC, SONJA CINDORI

Zagreb – Rijeka, 2022.

LJUDSKA PRAVA I PITANJE IDENTITETA

Zbornik radova sa znanstvenog skupa *Ljudska prava i pitanje identiteta* održanog
9. prosinca 2022. godine

NAKLADNICI

ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba,
Trg Republike Hrvatske 3, Zagreb

Sveučilište u Rijeci – Pravni fakultet,
Hahlić 6, Rijeka

UREDNICI

Matija Miloš
Valentino Kuzelj
Leonardo Mikac
Sonja Cindori

DIZAJN KORICA

Domeniko Kvartuč (dizajn)
Matija Miloš (fotografija)

TISAK

Sveučilišna tiskara,
Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb

NAKLADA

50 primjeraka

ZAGREB – RIJEKA, 2022.

ISBN 978-953-49987-1-7 (ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba – tisak)

ISBN 978-953-49987-2-4 (ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba – online)

ISBN 978-953-8034-46-6 (Sveučilište u Rijeci – Pravni fakultet – tisak)

ISBN 978-953-8034-47-3 (Sveučilište u Rijeci – Pravni fakultet – online)

<https://hrcak.srce.hr/omp/index.php/pravri-uniri>

**PREDSJEDAVAJUĆI ORGANIZACIJSKOG ODBORA KONFERENCIJE I UREDNICI
ZBORNIKA RADOVA:**

- Dr. sc. Matija Miloš
- Valentino Kuzelj
- Leonardo Mikac
- Dr. sc. Sonja Cindori

ORGANIZACIJSKI ODBOR KONFERENCIJE:

- Dr. sc. Damir Banović
- Dr. sc. Sanja Barić
- Dr. sc. Bojan Bilić
- Dr. sc. Franko Dota
- Dr. sc. Zrinka Erent-Sunko
- Dr. sc. Mari Kooskora
- Dr. sc. Snezhana Mojsoska
- Dr. sc. Enis Omerović
- Dr. sc. Antonija Petričušić
- Dr. sc. Vilma Pezelj
- Dr. sc. Ozren Pilipović
- Dr. sc. Silvio Traverso
- Darija Željko, mag. iur.

Urednici

MATIJA MILOŠ je docent Katedre za ustavno pravo Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci te član Upravnog odbora udruge ZA-Pravo.

Na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci predaje kolegije *Ustavno pravo, Retorika i govornišтво u pravu* te povremeno surađuje u izvođenju kolegija *Civilno društvo i javna uprava*.

Doktorirao je 2019. godine pri Pravnom fakultetu u Zagrebu na temu koncepta predstavljanja u kontekstu neposredne demokracije, a magistrirao 2012. godine na Srednjeeuropskom sveučilištu (*Central European University – CEU*) u Budimpešti, izradivši završni rad o pravnom pluralizmu. Svoj je magistarski studij završio kao najbolji student usporednog ustavnog prava u akademskoj godini 2011./2012.

Autor je više znanstvenih radova na temu neposredne demokracije, slobode savjesti i vjeroispovijedi te svjetovne države, slobode izražavanja i prava na privatnost.

Za svoj je nastavni rad primio priznanje Sveučilišta u Rijeci u tri navrata. Njegov je rad o pravu na zaborav nagrađen na konferenciji „CEE eDem and eGov Days 2015 - Independence Day: Time for a European Internet?“.

Član je Hrvatske udruge za ustavno pravo, Hrvatskog politološkog društva te Međunarodnog društva za javno pravo (*International Society for Public Law*).

VALENTINO KUZELJ student je Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i član Upravnog odbora udruge ZA-Pravo. Od ožujka 2018. do listopada 2020. godine bio je demonstrator na Katedri za ustavno pravo te od listopada 2021. do listopada 2022. godine na Katedri za opću povijest prava i države na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. U dva je mandata, od listopada 2019. do listopada 2021. godine, bio glavni urednik znanstvenostručnog časopisa *Pravnik* te je bio član Organizacijskog odbora domaćeg znanstvenog skupa organiziranog u okviru Udruge Pravnik 2. lipnja 2021. godine naziva „*Prvi Pravnikov znanstveni skup: Utjecaj društvenih promjena na pravni sustav i vice versa*“. Bio je jedan od predsjedavajućih članova Organizacijskog odbora međunarodnog znanstvenog skupa organiziranog u okviru udruge ZA-Pravo 10. prosinca 2021. godine naziva „*Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba / Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*“ te

je suurednik istoimenog zbornika radova s međunarodnog znanstvenog skupa objavljenog u nakladi udruge ZA-Pravo.

(Su)autor je više znanstvenih i stručnih radova objavljenih u znanstvenim i stručnim časopisima te u zbornicima radova s međunarodnih znanstvenih skupova na temu socijalnih prava; ustavnog koncepta socijalne države i načela socijalne pravde; ustavnih načela oporezivanja; razvoja fiskalnoga suvereniteta; ograničenja referendumskog odlučivanja u odnosu na proračunsku materiju; zaštite dostojanstva siromašnih osoba i potrebe napuštanja sankcioniranja prosjačenja i skitnje u hrvatskom zakonodavstvu; liberalne orijentiranosti hrvatskoga Ustava; ustavnopravne zaštite nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj i dr.

Laureat je pet *Dekanovih nagrada* Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, nagrade *Krešimir Kufrin* Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, nagrade *Eugen Pusić* Instituta za javnu upravu te nagrade *Marko Petrak* Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Dekanovom nagradom Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu nagrađen je za pisane radove *Evolucija socijalne države i socijalne pravde kao ustavnih vrednota: od „kriznog poreza“ do „konverzije kredita u švicarskim francima“* (ak. god. 2017./2018.) i *Apoteoza socijalne države: ustavno-identitetska ukorijenjenost i imperativni zahtjev ostvarenja socijalne pravde* (ak. god. 2019./2020.) te izlaganja (su)autorskih radova (na međunarodnim znanstvenim skupovima) naslova *Komplementarnost ustavnopravnih i društvenih odrednica porezne pravednosti u Republici Hrvatskoj* (ak. god. 2019./2020.), *Pluralizam ustavnih vrednota: konstituiranje socijalnog tržišnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj* (suautor: Domeniko Kvartuč, ak. god. 2020./2021.) i *Temeljna predanost hrvatskog Ustava principima liberalne demokracije i ustavno-identitetsko jamstvo jednakosti* (ak. god. 2021./2022.).

Godišnjom nagradom *Krešimir Kufrin* Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za 2021. godinu nagrađen je za suautorski rad naslova *Uloga nacionalnih socijalnih država u očuvanju i zaštiti socijalnih vrijednosti u kontekstu neoliberalnog globalnog poretka* (suautor: Domeniko Kvartuč).

Godišnjom nagradom *Eugen Pusić* Instituta za javnu upravu za 2021. godinu nagrađen je za najbolji znanstveni rad u kategoriji studenata naslova *Zabrana referenduma o proračunskim pitanjima u hrvatskoj i poredbenoj perspektivi* te je po objavi tog rada u znanstvenom časopisu *Hrvatska i komparativna javna uprava – Croatian and Comparative Public Administration* (Vol. 22, br. 2, 2022., str. 331-354) nagrađen i

nagradom *Marko Petrak* za najbolji znanstveni rad studenata Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu objavljen u ak. god. 2021./2022.

Od 16. do 20. srpnja 2018. godine sudjelovao je na *CEE Vienna International Tax Law Summer School 2018* na Institutu za austrijsko i međunarodno porezno pravo u Beču.

LEONARDO MIKAC student je Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i član Upravnog odbora udruge ZA-Pravo.

Sudjelovao na 16. regionalnom *Moot Court* natjecanju u ljudskim pravima (ožujak – svibanj 2022.).

Sudjelovao u *HealthyLifestyle4All Youth Ideas Labs* (lipanj – kolovoz 2022.) u kojem se kroz zajednički rad trideset studenata, stručnjaka i drugih osoba nominiranih od pojedinih Europskih organizacija, identificiralo ključne izazove s kojima se susreću mladi u nastojanju stjecanja ili održavanja zdravog načina života. Naposljetku, izrađen je sažeti dokument s konačnim prijedlozima te predstavljen javnosti.

Uspješno je završio Studentski program *Akademije za politički razvoj* (#APR Student) koji je proveden tijekom ljetnog semestra akademske godine 2020./2021.

Volonter je u Organizacijskim timovima *Zagreb Pride-a* pri osmišljavanju, koordinaciji i provedbi *Povorke ponosa* (2019. –) i član *Zagreb Pride-a* (prosinac 2021. –). Volonter je u organizaciji *Zelena akcija*, nevladinom, nestranačkom, neprofitnom i dobrovoljnom udruženju građana za zaštitu okoliša (listopad 2019. –).

SONJA CINDORI redovita je profesorica na Katedri za financijsko pravo i financijsku znanost Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Nakon devet godina prakse u Ministarstvu financija (1998-2007.) od čega šest godina u Uredu za sprječavanje pranja novca (2001-2007.), zapošljava se na Pravnom fakultetu, Sveučilište u Zagrebu i stječe titulu doktorice znanosti (2009.) obranom doktorske disertacije naslova *Unapređenje sustava sprječavanja pranja novca Republike Hrvatske i usklađivanje s međunarodnim standardima*.

U okviru Katedre za financijsko pravo i financijsku znanost sudjeluje u izvođenju nastave na sveučilišnom integriranom preddiplomskom, diplomskom i doktorskom studiju

Pravnog fakulteta i stručnom preddiplomskom studiju Studijskog centra za javnu upravu i javne financije.

Utemeljiteljica je i nositeljica premeta *Sustav sprječavanja pranja novca* te autorica istoimene knjige (2010.), kao i suautorica sveučilišnog priručnika *Sustav sprječavanja pranja novca: nove prijetnje globalnoj sigurnosti* (2019.).

Osim navedenih djela i poglavlja u knjigama na temu pranja novca i financiranja terorizma, kao i onih iz područja financijskog prava i financijske znanosti, objavila je 50-tak znanstvenih radova i recenzija te aktivno sudjelovala na 40-tak konferencija, poglavito u inozemstvu. Svoje znanstveno djelovanje širi i kao članica znanstvenih odbora međunarodnih konferencija i inozemnih znanstvenih institucija. Njezina stručna djelatnost i organizacijske sposobnosti ističu se i obnašanjem funkcije Koordinatora za financijsko upravljanje i kontrole (2009-2014.), vezano za uspostavu i provođenje sustava financijskog upravljanja i kontrole Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

U periodu 2015-2018. godine bila je voditeljica projekta „Pravna i ekonomska analiza sustava prevencije pranja novca i financiranja terorizma” UIP-2014-09-5933 Hrvatske zaklade za znanost.

Predgovor

MATIJA MILOŠ, VALENTINO KUZELJ, LEONARDO MIKAC,
SONJA CINDORI

POŠTOVANO ČITATELJSTVO,

Zadovoljstvo nam je predstaviti Vam zbornik znanstvenih radova izloženih u okviru znanstvene konferencije *Ljudska prava i pitanje identiteta* organizirane u okviru studentsko-nastavničke udruge ZA-Pravo (koje je osnovana i djeluje pri Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu) te Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Konferencija je održana na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci 9. prosinca 2022. godine u osvit Međunarodnog dana ljudskih prava (10. prosinca 2022. godine).

Konferencija je otvorena obraćanjem predsjedavajućih članova Organizacijskog odbora, a skupu se zatim u ime Uprave Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci obratila dekanica prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić. Potom je uslijedilo obraćanje Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova Višnje Ljubičić, dipl. iur. Njegova ekscelencija, veleposlanik Kraljevine Nizozemske u Republici Hrvatskoj Dr. Hendrik Jan (Henk) Voskamp svojim je govorom zaključio dio uvodnih obraćanja. Ovim putem zahvaljujemo Veleposlanstvu Kraljevine Nizozemske na financijskoj pomoći pri organizaciji konferencije i publikaciji ovoga zbornika te Uredu Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova na pokroviteljstvu konferencije.

U okviru konferencije izloženi su, a u ovom zborniku sabrani, najbolji radovi pristigli na poziv za sudjelovanje na znanstvenom skupu.

Tematski dio konferencije otpočeo je uvodnim izlaganjem Valentina Kuzelja na temu *Ljudska prava i pitanje identiteta – suverenitet ljudskih prava na slojevitoj sceni prava i politike*.

U prvoj sekciji izloženi su radovi Matije Miloša i Erika Haidingera (*Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava*), Dore Pavković (*Praktični pristup Ustavnom suda Republike Hrvatske načelu razmjernosti u ocjeni protuepidemijskih mjera*) te Vedrana Zlatića (*Ustavno-pravna jamstva očuvanja identiteta nacionalnih manjina*).

U drugoj sekciji izloženi su radovi Danijela Javorića Barića i Lucije Katalinić (*Ustavnopravni položaj i identitet Krima u SSSR-u – pravno-povijesna analiza*), Mirana

Marelje (*Zaštita medicinskog osoblja od učinaka neprijateljstava u oružanim sukobima: uzdizanje načela humanosti u prvoj etapi kodifikacije međunarodnog prava oružanih sukoba*) te Rutvice Rusan Novokmet (*Međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo – komplementarnost dvaju pravnih režima u vrijeme oružanih sukoba*).

U trećoj sekciji izloženi su radovi Tajane Petrović i Sonje Cindori (*Prava poreznih obveznika kao ljudska prava: razmatranje procesne i materijalne pravednosti u oporezivanju*), Emine Jerković i Line Helebrant (*Porezna evazija kao negativan učinak oporezivanja*) te Zrinke Erent-Sunko i Ivane Matulin (*Razvoj identiteta pojedinca od „lochnerovske slobode ugovaranja“ do socijalnog zakonodavstva „New Deal“*)

U četvrtoj sekciji izloženi su radovi Domenika Kvartuča, Valentina Kuzelja i Jasminke Lažnjak (*Identitet radnika u eri novih (nesigurnijih) oblika rada*), Maše Marochini Zrinski i Luke Brajkovića (*Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta: konvencijska perspektiva*) te Smiljane Milinkov i Maje Sedlarević (*Mržnja prema Drugima – analiza slučaja Parade ponosa u Beogradu 2022. godine*).

U petoj sekciji izloženi su radovi Darije Željko (*Razvitak aktivnosti Vijeća Europe i jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava u kontekstu rodnih stereotipa*), Dragane Pejović (*Identitet prostitutke u kontekstu ljudskih prava*) te Leonarda Mikaca (*Regulatorni okvir priznanja promjene oznaka spola – diskriminacija transrodnih osoba u pristupu zdravstvenim uslugama*).

Svi radovi izloženi u okviru konferencije, a koji obrađuju nedvojbeno širok spektar tema vezanih uz identitet ljudskih prava, objavljeni su u ovom zborniku. Nadamo se kako će i ova publikacija pridonijeti izgradnji svijesti o važnosti ljudskih prava kao dijela identiteta svakog čovjeka u demokratskom društvu te potaknuti daljnja znanstvena istraživanja materije u područje koje smo ovim skupom tek uspjeli kročiti.

ZAGREB – RIJEKA, PROSINAC 2022.

Sadržaj

1. Ljudska prava i pitanje identiteta – suverenitet ljudskih prava na slojevitoj sceni prava i politike VALENTINO KUZELJ

str. 1
2. Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava MATIJA MILOŠ& ERIK HAIDINGER

str. 27
3. Praktični pristup Ustavnog suda Republike Hrvatske načelu razmjernosti u ocjeni protuepidemijskih mjera DORA PAVKOVIĆ

str. 51
4. Ustavno-pravna jamstva očuvanja identiteta nacionalnih manjina VEDRAN ZLATIC

str. 71
5. Ustavno-pravni položaj i identitet Krima u SSSR-u – pravno-povijesna analiza DANIJEL JAVORIĆ BARIĆ& LUCIJA KATALINIĆ

str. 95
6. Zaštita medicinskog osoblja od učinaka neprijateljstava u oružanim sukobima: uzdizanje načela humanosti u prvoj etapi kodifikacije međunarodnog prava oružanih sukoba MIRAN MARELJA

str. 113
7. Međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo – komplementarnost dvaju pravnih režima u vrijeme oružanih sukoba RUTVICA RUSAN NOVOKMET

str. 133
8. Razvoj identiteta pojedinca od „*Jochnerovske* slobode ugovaranja“ do socijalnog zakonodavstva „*New Deal*“ ZRINKA ERENT-SUNKO & IVANA MATULIN

str. 167

9. Identitet radnika u eri novih (nesigurnijih) oblika rada DOMENIKO KVARTUČ,
VALENTINO KUZELJ & JASMINKA LAŽNJAK
str. 189
-
10. Prava poreznih obveznika kao ljudska prava: razmatranje procesne i materijalne
pravednosti u oporezivanju TAJANA PETROVIĆ & SONJA CINDORI
str. 221
-
11. Porezna evazija kao negativan učinak oporezivanja EMINA JERKOVIĆ & LINA
HELEBRANT
str. 245
-
12. Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta:
konvencijska perspektiva MAŠA MAROCHINI ZRINSKI & LUKA BRAJKOVIĆ
str. 281
-
13. Mržnja prema Drugima – analiza slučaja Parade ponosa u Beogradu 2022.
godine SMILJANA MILINKOV & MAJA SEDLAREVIĆ
str. 315
-
14. Razvitak aktivnosti Vijeća Europe i jurisprudencije Europskog suda za ljudska
prava u kontekstu rodni stereotipa DARIJA ŽELJKO
str. 331
-
15. Identitet prostitutke u kontekstu ljudskih prava DRAGANA PEJOVIĆ
str. 351
-
16. Regulatorni okvir priznanja promjene oznaka spola – diskriminacija transrodnih
osoba u pristupu zdravstvenim uslugama LEONARDO MIKAC
str. 365
-

Autori snose odgovornost za lekturu vlastitih radova i točnost u njima iznesenih podataka. Svi radovi objavljeni u Zborniku radova, kao i Zbornik u cjelini, objavljeni su u otvorenom pristupu.

Tekst Zbornika oblikovan je korištenjem EB Garamond fonta, dostupnog za korištenje u otvorenom pristupu putem <http://www.georgduffner.at/ebgaramond/> sukladno uvjetima SIL Open Fonts License (OFL).

1. Ljudska prava i pitanje identiteta – suverenitet ljudskih prava na slojevitoj sceni prava i politike

VALENTINO KUZELJ*

UVODNO POGLAVLJE

UDK 342.721.01

17.021.2.01

1. UVOD

Kompleksnost proučavanja identiteta ljudskih prava počesto se pojednostavljeno svodi na zamišljenog i generičkog nositelja prava i obveza dodijeljenih mu temeljnim pravnim aktom. Iako takav, svima drugima jednak, pojedinac proizlazi iz nužno potrebnog pravnog shvaćanja jednakopravnosti sviju pripadnika ljudske vrste, upravo ga takvo artifično odvajanje od životnih posebnosti, aspiracija i težnji nužno svodi na objekt pravnoga poretka i u ime pravnog izjednačavanja nerijetko potire njegovu osobnost. Tako Becker ističe čovjeka kao „normalan (...) univerzalistički definiran pojam. On se odnosi na, prema mogućnosti, beskonačan broj pojedinih ljudskih primjeraka. Pojedini su ljudi kao primjerci svoga pojma obilježeni jednakošću“.¹ Takvo shvaćanje suprotstavlja konceptu osobe, s obzirom da „[z]a osobe ne postoji ni univerzalni pojam ni mogućnost razlaganja u podvrste. Dok svaki pojedinac, kao primjerak pojma, mora biti određen jednako kao svatko drugi, osobe su, kao što znamo, definirane individualistički; svaka je osoba jedinstvena individua koja se ne može ni duplicirati ni umnožiti“.²

U tom se smislu nužno nameće pitanje ostaje li i u suvremenosti, obilježenoj moralno nedvojbeno ispravnom proklamacijom Opće deklaracije o ljudskim pravima kako se „[s]va ljudska bića rađaju (...) slobodna i jednaka u dostojanstvu i

* **Valentino Kuzelj**, student Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: valentino.kuzelj01@gmail.com

¹ Becker, W., Ljudska prava: prilog analizi jednoga pojma, *Politička misao*, Vol. 46, br. 3, 2009., str. 209.

² *Ibid.*

pravima (...) obdarena razumom i sviješću (...)“³, čovjek odcijepljen od osobe i svrstan u pravne kategorije koje mu jamče *opstanak* kao objektu prava, ostavljajući njegovu *dušu* na milost kategorizaciji od strane zajednice koja je neminovno i u najširem mogućem smislu uvijek politična. Time se krutošću prava nastoji prikriti njegova nužna pristranost kao proizvoda politički formirane volje. Na ovom se mjestu priča ponovno vraća na početak te nužno vodi do Hobbesova shvaćanja „ljudi (koji po prirodi vole slobodu i vlast nad drugima)“⁴ te se postavlja pitanje je li svrha prava i dalje isključivo u ograničenju (naizgled neograničene) volje tiranina, nekada personificiranog u ulozi (apsolutnoga) vladara, a danas obilježenog smjelim tvrdnjama o izrazu volje poprilično mitološkog bića narodnog suverena. U tom kontekstu ni danas u pravnoj i političkoj praksi nije potvrđena Millova teza koji, identificirajući samozaštitu kao jedinu legitimacijsku osnovu uplitanja (kolektivnog i/ili individualnog) u privatnu sferu pojedinca, navodi da je „[n]ad samim sobom, nad vlastitim umom i tijelom, pojedinac (...) suveren“⁵.

Radovi sadržani u ovom zborniku na različite načine se dotiču ove središnje teme. Ne smatramo da je na nju moguće dati lapidaran i jednostavan odgovor. Jedan je dio izazova sasvim sigurno u tome što, iako je poistovjećenje apstrahiranog pojedinca i ljudskih prava intuitivno, u ustavnopravnoj i političkoj stvarnosti ljudska prava nemaju isključivo individualističko lice. Usljed nastojanja da se jezikom ljudskih prava ne zahvati tek pojedinca i osobu, već i državu, različite njezine institucije, zajednicu ili njihov pluralizam te tokovi globaliziranog svijeta, način na koji će se odraziti problem identiteta i ljudskih prava pod utjecajem je scenarija u kojem se taj odnos odigrava. Ovo je razvidno i iz priloga sadržanih u Zborniku. Imajući ovo u vidu, poglavlje koje slijedi teži samo načeti problem identiteta i ljudskih prava u sferi apstraktnog pučkog suverena. Nakon toga se usmjeravamo na dijametralno suprotnu scenu, dostojanstvo pojedinca upravo zaštićeno od neobuzdane volje većine. Treći dio poglavlja podiže raspravu na razinu ustavnih sudova kao institucija koje u svojem radu koriste i slike narodnog

³ Vidi čl. 1. Opće deklaracije o ljudskim pravima u Odluci o objavi Opće deklaracije o ljudskim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 12/2009.

⁴ Hobbes, T., *Levijatan ili Građa oblik i moć crkvene i građanske države*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2013., str. 119.

⁵ Mill, J. S., *O slobodi*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2020., str. 30.

suverena i pojedinačnog dostojanstva. Četvrtim se odjeljkom problematizira korištenje ljudskih prava u međunarodnoj zajednici, kao sredstvo procjene poštovanja obveza pojedinih država. Peti je dio poglavlja posvećen razmеди između prava i jednog njegovog konteksta, problematizirajući pitanje identiteta i ljudskih prava u suočavanju s ekonomijom. Posljednji dio poglavlja smješta pitanja slobode i autonomije ljudske osobe u odnosu prema državi i drugim pripadnicima društva.

2. ODNOS IDENTITETA MITOLOŠKOG NARODNOG SUVERENA I LJUDSKIH PRAVA

U suvremenosti obilježenoj širenjem ideje demokratske republike kao još uvijek najboljeg oblika vladavine nužno je osvijestiti kako „[n]arod koji obnaša vlast nije uvijek istovjetan narodu nad kojim se ona izvršava“ te i omeđivanje takve (demokratski legitimirane) vlasti nad građanima „ne gubi na važnosti kad su nositelji vlasti u pravilu odgovorni zajednici, odnosno najsnažnijoj njezinoj skupini“.⁶ U tom je smislu potrebno preispitati nedjeljivost i apsolutnost suverene vlasti kako ju poima Bodin, naime da je suveren onaj „tko ne prepoznaje ništa, osim Boga, kao veće od sebe“.⁷ U skladu s načelom diobe vlasti⁸ kao jednom od temeljnih ideja konstitucionalističkoga pokreta⁹, identifikacija osobe ili tijela s apsolutnim autoritetom suverene vlasti postaje u najmanju ruku neprikladna.

Čak i suvereni narod, koji se nerijetko poistovjećuje s neograničenom vlašću izvornog ustavotvorca, ovisi o okolnostima u kojima ga se priziva, njegovo konstituiranje nerijetko ostaje mitološki udaljeno od društvene, pravne i političke zbilje te se njegova volja iznova identificira sa skupinom koja u pojedinom

⁶ *Ibid.*, str. 25.

⁷ Bodin, J., *On Sovereignty: Four Chapters from The Six Books of the Commonwealth*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010., str. 4.

⁸ Vidi čl. 4. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.

⁹ U kojoj, unatoč mogućim konceptualnim prigovorima takvoj tvrdnji, Brajković nastoji identificirati ustavno-identitetsku odrednicu hrvatskoga Ustava, vidi Brajković, L., O (ne)postojanju klauzula vječnosti u Ustavu Republike Hrvatske, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 10, br. 3, 2021., str. 282-285.

vremenskom trenutku kontrolira proces odlučivanja (bili to inicijatori referendumskog odlučivanja ili većina u predstavničkom tijelu).¹⁰ Unatoč teorijski ispravnoj tvrdnji o nedjeljivosti i apsolutnom suverenitetu naroda¹¹ koji „pripada svakom pojedincu koji zapravo i čini narod unutar određene države (...) osnovna stanica naroda kao kolektiviteta upravo je pojedinac koji u zajedništvu s drugim, sebi nužno jednakim, i čini narod“¹², ostaje problem identifikacije pojedinca s njegovom ulogom kao dijela suverenog (ustavotvornog) naroda.

Naime, iako je (u skladu s filozofijom liberalne demokracije) nedvojbeno ispravno shvaćati svakog građanina osnovom društva i izvorom legitimiteta državne vlasti (pa i samoga ustavnog dokumenta), ostaje činjenica da svako odlučivanje koje nije utjelovljeno u konsenzusu narodnog bića (a koji nerijetko ima prizvuk prikrivanja autoritarnih nakana) s jedne strane ostavlja manjinu koja je izgubila. U radikalnoj iteraciji takva je manjina ostavljena na milost većinskoj volji dijela percipirano suverenog naroda. Stoga simbolična pripadnost tkivu narodnog suverena malo znači kada su u političkom odlučivanju (čiji je prvoklasni izraz, s temeljnim i dugoročnim posljedicama, upravo ustavni trenutak) pojedinci podložni prikrivenoj ili otvorenoj degradaciji (ili čak negaciji) svojih prava. Naposljetku, politička volja – uparena s realno (ne nužno i pravno-filozofski) gotovo neograničenom moći odlučivanja većinskog dijela naroda ili kvalificirane većine njegovih predstavnika – može dovesti u pitanje i samu jednakopravnost svakog pojedinca (čovjeka) i negirati mogućnost njegova razvoja kao osobe. U tom se smislu identifikacija naroda kao zajednice svih državljana sa suverenom vlašću pokazuje nedovoljnom te joj je potrebna dopuna. Takvu dopunu identitetu

¹⁰ Tako se u pogledu narodnog referenduma ističe da na oblikovanja mitološkog pojma naroda presudno utječu inicijatori referendumskog pitanja te njegova pojava zapravo ovisi o pitanju koje mu je postavljeno, tj. „[n]arodni suveren prizvan kroz neposrednu demokraciju je biće pitanja koje mu je postavljeno“, Miloš, M., *Reimagining Direct Democracy as an Intersection of Different Forms of Representation*, *Pravni zapisi*, Vol. 11, br. 1, 2020., str. 78.

¹¹ Što, primjerice, proizlazi iz dikcije čl. 2., st. 2. hrvatskoga Ustava prema kojem „vlast proizlazi iz naroda i pripada narodu kao zajednici slobodnih i ravnopravnih državljana“.

¹² Zlatić, V., *Ljudsko dostojanstvo – temelj ustavnog poretka*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 13, br. 1, 2022., str. 45.

narodnog suverena nužno je i jedino moguće iznaći u temeljnim ljudskim pravima i slobodama.

Ljudska prava, u čijem središtu neizbježno stoji sveobuhvatni i prožimajući pojam čovjekova dostojanstva kao jamstva njegove autonomije, mogu dati legitimnost ideji narodnog suvereniteta jamčeći svakom njegovu pripadniku pravni temelj vlastite opstojnosti te mu omogućavajući da kao ravnopravan i jednakovrijedan sudjeluje u vršenju suverene vlasti (riječima hrvatskoga Ustava „izborom svojih predstavnika i neposrednim odlučivanjem“¹³). Kako ističe Zlatić, „ne samo da je očuvanje ljudskoga dostojanstva nužno za očuvanje ustavnoga [i cjelokupnog pravnoga, *op. a.*] poretka, nego tvori bit njegova stvaranja. U tome smislu zahtjevom za očuvanjem ljudskoga dostojanstva ograničeni su ne samo nositelji konstituirane vlasti (...) nego su njime vezani i sami nositelji konstituirajuće vlasti u stvaranju novoga ustava jer ljudsko dostojanstvo čini samu njihovu bit te bi se njegovim negiranjem doveli u neodrživu poziciju negiranja sebe samih“.¹⁴

U konstelaciji odnosa volje narodnog suverena i pojedinca, identitet i ljudska prava ulaze u kompleksnu interakciju. Da bi *narodni suveren* zaista bio to što tvrdi da jest, mora postojati identitet u smislu poistovjećenja između apstraktne „volje naroda“ i pripadnika biračkog tijela. Tim se pojedincima istovremeno ne smije oduzeti individualnost koja podrazumijeva autonomiju, a onda i pojedinačna ljudska prava. Ova zato moraju ostati izolirana od presezanja većinske volje kako bi identifikacija *narodnog suverena* i biračkog tijela ostala u konačnici vezana za autonomiju pojedinaca koji sačinjavaju narod. Ljudska prava u tom pogledu služe kao sredstvo artikuliranja odnosa između političkog i onoga što ostaje izvan njegova dohvata.

Niz radova u Zborniku barem se jednim dijelom dotiče ove dinamike, pogotovo u kontekstu manjina. Primjerice, Leonardo Mikac problematizira prava transrodnih osoba, nesumnjivo uvjetovana djelovanjem pučke volje posredstvom kanala političkog odlučivanja, posebno zakonodavca, upozoravajući kako se

¹³ Čl. 2., st. 3. Ustava Republike Hrvatske.

¹⁴ Zlatić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 48.

„neuvažavanjem pojedinčevog prava na samoodređenje (...) ograničava njegov potpuni i slobodan razvoj kao osobe“.¹⁵ Za pitanja identiteta i ljudskih prava pojedinca relevantni su i nadnacionalni standardi temeljnih prava. Građevni materijal za razmatranje toga pružili su, između ostalih, Darija Željko u razmatranju problema rodni stereotipa u praksi Europskog suda za ljudska prava¹⁶, kao i Maša Marochini Zrinski i Luka Brajković u svojem razmatranju problema pravnog priznavanja kreativnosti u konvencijskom kontekstu.¹⁷

3. NEPOVREDIVOST ČOVJEKOVA DOSTOJANSTVA KAO TEMELJ IZGRADNJE TEZE O SUVERENITETU LJUDSKIH PRAVA

Razmatranje odnosa suverene volje puka i položaja pojedinca nužno nas dovodi do usko individualne i široko zastupljene perspektive. Ljudska se prava uobičajeno shvaćaju kao brana od pretjeranog i neprimjerenog većinskoga presizanja u osobnu sferu pojedinaca, „protiv moći korištene u ime kolektivnoga subjekta, i koja brane pojedince od žrtvovanja za ono što se naziva većim [ili općim, *op. a.*] dobrom“.¹⁸ Ne poričući važnost shvaćanja ljudskih prava u opisanom aspektu, Gill-Pedro pozornost upućuje njihovoj drugoj mogućoj ulozi u demokratskom društvu, smatrajući da ona mogu „prevenirati fantom naroda od rastakanja u iluziju, čineći mogućim simboličko postojanje naroda kao konstituirajuće vlasti“.¹⁹ Pritom kao polazište uzima potrebu legitimnosti prava koja nužno pretpostavlja postojanje naroda iz čije demokratski formirane volje ono emanira²⁰ te zaključuje kako „[d]ruštvo u kojem nema naroda kao simboličkog mjesta vlasti, gdje oni koji vrše vlast ne mogu tvrditi da to čine u ime naroda (...) takvo društvo ne može tvrditi da

¹⁵ Vidi 16. poglavlje Zbornika: Mikac, L., Regulatorni okvir priznanja promjene oznaka spola – diskriminacija transrodnih osoba u pristupu zdravstvenim uslugama, str. 366.

¹⁶ Vidi 14. poglavlje Zbornika: Željko, D., Razvitak aktivnosti Vijeća Europe i jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava u kontekstu rodni stereotipa.

¹⁷ Vidi 12. poglavlje Zbornika: Marochini Zrinski, M.; Brajković, L., Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta: konvencijska perspektiva.

¹⁸ Gill-Pedro, E., *Claiming Human Rights: The Reflexive Identity of the People*, u: Arvidsson, M.; Brännström, L.; Minkkinen, P. (ur.), *Constituent Power: Law, Popular Rule and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2020., str. 132-133.

¹⁹ *Ibid.*, str. 133.

²⁰ *Ibid.*, str. 133-134.

je demokratsko“.²¹ U tom smislu ističe da ono „što imamo u demokratskom društvu stoga nije narod koji je prisutan u tom društvu, već suprotstavljene težnje za predstavljanjem naroda, težnje koje nikad ne mogu biti konačno potvrđene. Jer ako su tako potvrđene, ako je ijedna skupina, osoba ili stranka sposobna autoritativno tvrditi da predstavlja narod i spriječiti bilo koga drugoga od izazivanja takve tvrdnje, demokracija će nestati“.²² Naposljetku zaključuje da demokratska legitimnost koja počiva na autoritetu narodne volje „ovisi o mogućnosti onih nad kojima se taj autoritet ističe, da ga izazovu“ te upravo „taj čin izazivanja tvrdnje o autoritetu, učinjen kao zahtjev za ljudskim pravima, je čin koji konstituira narod kao simboličku referencu“ na kojoj je moguće utemeljiti „demokratsku legitimaciju pravnoga poretka“. U tom je argumentu implicirana „politička koncepcija ljudskih prava“ prema kojoj su ona norme usmjerene zaštititi prava na jednaku političku participaciju u zajednici te zahtjev za zaštitom i/ili ostvarenjem ljudskih prava nije usmjeren osiguranju određenog dobra koje pripada pojedincu već postavljanju tvrdnje da on „nije tretiran kao jednak pripadnik političke zajednice“.²³

Takvo, u naravi političko shvaćanje ljudskih prava, moguće je uskladiti kako s normativnom (pravnom) tako i s moralnom koncepcijom ljudskih prava time što sva tri smjeraju istom cilju: afirmaciji dostojanstva, autonomije i jednakosti svijju pripadnika pravne, političke i državne zajednice. Političko shvaćanje ljudskih prava procjenjivo kroz mogućnost participacije u formiranju političke stvarnosti određene (državne i društvene) zajednice nužno predmnijeva njihovo prepoznavanje kao jednakih kroz priznanje klasičnih liberalnih građanskih i političkih prava, ali i ostvarenje ekonomskih i socijalnih jamstava. Naime, obje kategorije prava služe ispunjavanju sadržajem filozofske tvrdnje o pravu na jednako sudjelovanje u kreiranju političke volje te se na tom mjestu krug zatvara i vraća na ishodišnu točku demokratske ustavne republike – ljudsko dostojanstvo. Kako je već isticano, „[o]stvarenje ljudskog dostojanstva u demokratskoj državi – uz (...) jamstvo općih i slobodnih izbora uz opće biračko pravo – pretpostavlja dovoljnu

²¹ *Ibid.*, str. 135.

²² *Ibid.*, str. 136.

²³ *Ibid.*, str. 144-145.

ekonomsku i socijalnu sigurnost građana ne bi li se doista mogli informirati, uključiti i participirati u demokratskom procesu²⁴. Tako shvaćeno ljudsko dostojanstvo čini polazište čovjekove jednakovrijednosti i jednakopravnosti te postavlja zahtjev za njegovom jednakom participacijom u formiranju političke volje (još uvijek) države/nacije. Pritom obvezuje i samog izvornog ustavotvorca (konstituirajuću vlast) da pri kreaciji ustavnoga poretka zaštiti dostojanstvo svake jedinice vlastitoga bića (suverenog naroda). Razmatrajući Häberleovu tezu o kulturi kao konstitutivnom elementu države Posavec ističe da je „Ustav (...) dio jedne kulture, on je kultura. Da si građani daju ustav, gdje su u središtu čovjek i njegovo ljudsko dostojanstvo, može proisteći samo iz jedne kulture, koja vidi čovjeka kao nositelja i stvaraoca vlastite sudbine. Ljudsko dostojanstvo kao kulturno-antropološka premisa za cjelokupnu organizaciju državne sile može pro[i]steći samo iz posve određene kulture“²⁵. Pritom ideja nepovredivosti ljudskog dostojanstva ujedno postavlja i zahtjev svakoj sljedećoj (konstituiranoj) vlasti u tako uspostavljenome poretku na osiguranje pravnih, političkih i materijalnih preduvjeta jednakoj participaciji u definiranju dnevopolitičkoga života zajednice²⁶ te, naposljetku, legitimira specijalizirana tijela (poput ustavnih sudova) na zaštitu tako izražene volje i temeljnog usmjerenja u ustavnome trenutku protiv transgresija i zastranjenja u ime partikularnih ciljeva i interesa u svakodnevnom pravnom i političkome životu.

Stoga se jedino prihvatljivo jedinstvo i sveopći konsenzus – moralni, politički i pravni – mora odcijepiti od filozofskih uvjerenja i političkih stremljenja te utemeljiti u vrhovnom dokumentu koji predstavlja izraz ustavotvorne volje suverenog naroda i koji, paradoksalno, omogućuje konstituiranje i egzistenciju fantomskog oblića naroda unutar ustavnih okvira – čija jamstva i ograničenja čine mogućim autonoman razvoj zajednice jednakih građana. U tom smislu valja

²⁴ Kuzelj, V., Apologija socijalne države nasuprot institucionalizaciji nejednakosti u neoliberalnom poretku, *Paragraf*, Vol. 3, br. 1, 2019., str. 77-78.

²⁵ Posavec, Z., Nastanak, procvat i kraj države, *Politička misao*, Vol. 39, br. 2, 2002., str. 10.

²⁶ Kako ističe Vorländer, „Ovlaštenje ustavotvorcem slijedi odmah razvlaštenje ustrojenih vlasti. Ako ustav konstituira demokratske vlasti, on temeljito limitira demokratsko načelo“, Vorländer, H., Supremacija ustava. O odnosu napetosti između demokracije i konstitucionalizma, *Politička misao*, Vol. 38, br. 1, 2001., str. 27.

tumačiti Vorländerovu tvrdnju da „[u] ustavnoj državi nema suverena“, što je „moguće zato što ustav sam postavlja suverenitetski postulat. Ustav hoće biti suveren“²⁷ rješavajući time „jedan suverenitetski problem. Ustav zauzima mjesto koje je ponajprije zauzimala suverena osoba, vladar, monarh i, zatim, u obliku čiste demokracije, suverenost naroda“.²⁸

Ponovno paradoksalno, idealtipski primjer duhovnog jedinstva i predanosti pravnome dokumentu osvjedočuje se u njemačkom Temeljnem zakonu iz 1949. godine²⁹ koji, odijeljen od tradicije i uvelike oktroiran od okupacijskih sila, postaje „simbol, možda jedini za pozitivni temeljni konsenzus u pluralističkome disenzu“ te nitko nije mogao „ni slutiti kakvo će značenje dosegnuti (...) u svojoj višedesetljetnoj valjanosti“.³⁰ Pritom, kako ističe Isensee, „[n]i izvorne komponente (...) nisu element koji treba izrasti u izvanrednu integracijsku snagu, nego su to diljem svijeta priznata, temeljna prava i demokracija“, a „Temeljni zakon dosljedno i ljubomorno teži zaposjesti vrh državne normativne piramide. Prvenstvo se ustava osigurava Saveznim ustavnim sudom“.³¹ Naime, zauzimajući supremaciju u okviru uspostavljenoga poretka i rješavajući jedan suverenitetski problem, ustav nužno mora zajamčiti svoju normativnost postavljanjem čuvara s autoritetom tumačenja njegova sadržaja te je time „[p]ravi (...) suverenitetski dobitnik u ustavnoj državi tumač ustava: demokratsko-parlamentarna

²⁷ *Ibid.*, str. 28.

²⁸ *Ibid.*, str. 30. Naime, iako izvorna suverena (ustavotvorna) vlast naroda „doista, nije isprva vezana, ona je, slično apsolutnome monarhu, *legibus solutus* i zato (...) suverena (...) upravo proces konstitucionalizacije vladavine i moći odlikuje to što se aktom ustavotvorstva sam *pouvoir constituant* oslobađa svoje suverenosti. On se povlači iza jednom stvorenoga ustava te su sve vlasti konstituirane ustavom time *pouvoirs constitués*“, *ibid.*, str. 28., a kako je *supra* navedeno, i takva je vlast obvezana zaštitom ljudskog dostojanstva koje konstituira jednakost pripadnika (pojedinaca) bića suverenog naroda koji bi, negacijom njihova dostojanstva, dokinuo samu ideju narodnoga suverena.

²⁹ Temeljni zakon SR Njemačke, https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en [pristup: 23. studenoga 2022.].

³⁰ Isensee, J., Ustav kao domovina. O njemačkome potiskivanju države, *Politička misao*, Vol. 38, br. 2, 2001., str. 140.

³¹ *Ibid.*, str. 141.

zakonodavna država postaje ustavnosudska jurisdikcijska država. Zakonodavac prednjači, ustavni sud ima supremaciju³².

U ovoj ulozi, ljudska se prava pojavljuju kao sredstvo izražavanja opstojnosti svakog njihovog pojedinačnog nositelja. Njihov se sadržaj s obzirom na identitet takvog pojedinca istovremeno prepušta vrijednosnoj jurisprudenciji i ustavnim sudovima koji njome upravljaju. Ipak, kao što nas podsjećaju neki naši autori, ustavnosudski govorni aparat nije jedino što daje sadržaj takvoj ulozi temeljnih prava. Smiljana Milinkov i Maja Sedlarević pokazuju kako akteri poput medija, kojima nisu podareni nikakvi atributi pravne vlasti mogu, oblikujući identitet skupina, posredno utjecati i na pojedinca koji takvim skupinama pripada.³³ Slično tome, Dragana Pejović svojim zanimljivim prilogom skreće pozornost na ulogu ljudskih prava u artikuliranju identiteta prostitutke, marginalizirane i stigmatizirane oznake.³⁴ Stoga, iako smo kao pravnici najčešće zaokupljeni upravo djelovanjem sudova, treba voditi računa i o granicama takve perspektive.

4. LJUDSKA PRAVA KAO IZVOR LEGITIMACIJE NA PROAKTIVNU USTAVNOSUDSKU ZAŠTITU ODREDBI TEMELJNOGA DOKUMENTA

U kontekstu *supra* iznesenoga nužno se postavlja pitanje legitimacije ustavnoga sudstva na (ob)vezivanje drugih tijela vlasti te odlučivanje o ustavnim pravima građana. Pozitivistički gledano takva legitimacija proizlazi iz ustavnih odredbi o njegovu mjestu i ulozi u okviru ustavnoga poretka.³⁵ Naposljetku, u većini pravnih sustava ustavni suci imaju izvedeni legitimitet koji je *lančano* moguće pratiti do mitološkog pojma naroda.³⁶ Tako su i u Republici Hrvatskoj ustavni suci izabrani

³² Vorländer, *op. cit.* (bilj. 26), str. 30.

³³ Vidi 13. poglavlje Zbornika: Milinkov, S.; Sedlarević, M., Mržnja prema Drugima – analiza slučaja Parade ponosa u Beogradu 2022. godine.

³⁴ Vidi 15. poglavlje Zbornika: Pejović, D., Identitet prostitutke u kontekstu ljudskih prava.

³⁵ Vidi npr. Glavu V. Ustava Republike Hrvatske te odredbe Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02, 49/02.

³⁶ Kumm, M., On the Representativeness of Constitutional Courts: How to Strengthen the Legitimacy of Rights Adjudicating Courts without Undermining Their Independence, u: Landfried, C. (ur.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019., str. 283.

dvotrećinskom većinom u parlamentu³⁷ te je teško obranjiva teza o nedostatku legitimiteta u njihovu izboru u odnosu na npr. Vladu kao nositeljicu izvršne vlasti, izabranu apsolutnom većinom glasova zastupnika.³⁸ S time na umu, gledajući svrhu liberalno-demokratskoga ustava, zaštitu jednakopravnog sudjelovanja građana u demokratskom odlučivanju te osiguranje i ostvarenje njihova dostojanstva, nužno je potrebno zaključiti kako temelj ustavnosudskog postupanja valja tražiti u temeljnim vrednotama i načelima te zaštititi ustavom zajamčenih ljudskih prava.

Stoga se ne valja složiti s Podolnjakom kada tvrdi da je Ustav Republike Hrvatske „proteklih desetljeća toliko izmijenjen da je sadržajno danas na snazi bitno drukčiji Ustav. Od Ustava 1990. do danas nije izmijenjeno samo 27 ustavnih članaka, a od toga najveći dio odnosi se na poglavlje o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda“.³⁹ Naime, upravo je u kontinuitetu i trajnosti jamstava ljudskih prava i sloboda u hrvatskome ustavnom dokumentu razvidna njegova trajnost, jer upravo se u njima identificira srž onoga što Republika Hrvatska kao ustavna država jest. Odredbe o ustrojstvu vlasti služe jamstvu autonomnog razvoja i oblikovanja demokratske zajednice, ali su ona sadržajno tehnička i u službi jamstva ljudskih prava. Suvremeni se ustavi, za razliku od začetaka konstitucionalističkoga pokreta krajem 18. stoljeća, ne iscrpljuju u razgraničenju ovlasti i postavljanju *pravila demokratske igre*, već unatoč i nasuprot ishodu demokratskih procesa jamče opstanak, supstancu čovjeka kao ljudskog bića obdarenog inherentnim dostojanstvom i pravima.

S time na umu nužno je potrebno paziti da se tvrdnjama o zračenju i prožimanju (ustavnih) ljudskih prava kroz dokument i pravni poredak ne pokuša prikriti nužno politična narav ustavnosudskog odlučivanja te time ustavni dokument izdvojiti u mitološko pravno biće odcijepljeno od političke i društvene stvarnosti.

³⁷ Vidi čl. 122. Ustava Republike Hrvatske.

³⁸ Vidi čl. 109., st. 3. Ustava Republike Hrvatske.

³⁹ Podolnjak, R., Zašto Hrvatskoj treba novi Ustav?, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavne promjene i političke nagodbe: Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 203.

Naime, metafora o zračenju i prelijevanju temeljnih vrednota, u čijoj pozadini ne stoji pravna argumentacija već se njome prikriva njezina odsutnost, „daje naznačiti nastojanje (ustavno)sudskih tijela da zaklone vlastito djelovanje i moć u tumačenju temeljnog akta. Ako vrijednosne komponente temeljnog akta 'zrače' i 'prožimaju', sudovi su poput kemičara koji promatraju tu reakciju i prijavljuju njezin tijek zainteresiranoj javnosti i usprkos tome što zapravo vlastitim odlučivanjem definiraju značenje 'zračenja' i 'prožimanja'“. ⁴⁰ Ovime se ne nastoji negirati prožimajući utjecaj temeljnih prava ⁴¹ u okviru ustavnoga poretka, već apostrofirati potrebu supstancijalne pravne argumentacije u pozadini takvog prelijevanja, a koje zahtijeva aktivno (i nužno dijelom politično) djelovanje tumača temeljnoga dokumenta. Naime, „utemeljenje [posebnog, *op. a.*] Suda kao specifičnog nositelja ustavnog sudovanja ističe upravo neizbježna ograničenja u pravnom pristupu političkim sporovima“. ⁴²

Stoga zračeci i prožimajući utjecaj temeljnih prava ne smije biti zaklon ustavnom sudištu u nedostatku pravne argumentacije niti može predstavljati takvu argumentaciju *per se*. Umjesto toga, ono utjelovljuje vrijednosnu potku ustavnoga dokumenta koja treba usmjeravati ustavnosudsku argumentaciju, ali ju ne može zamijeniti niti isključiti. U tom je smislu tvrdnju da su „ljudska prava i vladavina prava u kontekstu hrvatskog Ustava postavljena (...) tako da su u prvom redu namijenjena za izražavanje moralne predanosti objektivnim principima liberalne demokracije“ ⁴³ nemoguće svesti samo na značenje koje joj je dano u odnosu na predmet u kojem je postavljena, već je u skladu s njome i u odnosu na nju potrebno propitivati argumentaciju u budućoj adjudikaciji te u pravnoj doktrini. ⁴⁴ Naime,

⁴⁰ Vidi 2. poglavlje Zbornika: Miloš, M., Haidinger, E., Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava, str. 43-44.

⁴¹ Takvo je shvaćanje u skladu sa stajalištem iznesenim u presudi Saveznog ustavnog suda SR Njemačke u predmetu *Lüth*, 1 BvR 400/51 od 15. siječnja 1958. godine, gdje ističe da Temeljni zakon uspostavlja objektivni poredak vrijednosti.

⁴² Vidi 2. poglavlje Zbornika, Miloš, Haidinger, *op. cit.* (bilj. 40), str. 48.

⁴³ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., para 10.1.

⁴⁴ Primjerice u pogledu zaštite jednakosti istospolnih parova, vidi Kuzelj, V., Temeljna predanost hrvatskog Ustava principima liberalne demokracije i ustavno-identitetsko jamstvo jednakosti, u: Horvat Vuković, A.; Kuzelj, V.; Petričušić, A. (ur.), *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba /*

ljudska prava i ustavne vrednote predstavljaju kredo ustavnog sudovanja te legitimiraju ograničenje svakodnevne politike sudskom politikom⁴⁵, ali pritom ne smiju služiti kao paravan za prikrivanje političkih odluka kvazi-pravnom argumentacijom.

U tom smislu ističe se potreba dubljeg razumijevanja odredbi i veće posvećenosti načelima temeljnoga dokumenta koja je u više navrata osvjedočena argumentacijskim propustima hrvatskog ustavnog sudišta. Tako je u kontekstu protupandemijskih mjera u uvjetima pandemije bolesti COVID-19, izbjegavajući sadržajno argumentirati svrhu razlikovanja ustavne legitimacije na ograničenje ljudskih prava u cilju zaštite zdravlja u redovitim⁴⁶, odnosno izvanrednim okolnostima⁴⁷, Ustavni sud Republike Hrvatske svoje odlučivanje ponovno utemeljio na pitanju razgraničenja ustavom podijeljenih ovlasti. U tom je smislu zaključio „da je odluka o tome hoće li se pojedine mjere radi suzbijanja pandemije/epidemije bolesti COVID-19 donijeti primjenom članka 16. ili članka 17. Ustava u isključivoj domeni Hrvatskog sabora. Navedeni izbor Ustav je prepustio Hrvatskom saboru kao zakonodavnom tijelu. Ustavni sud nije ovlašten nalagati Hrvatskom saboru koju će od dvije ustavne mogućnosti ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda odabrati“.⁴⁸ Takvo rezoniranje ne samo da dovodi u pitanje svrhu i cilj zahtjeva za dvotrećinskom većinom iz čl. 17., st. 1. te time Ustavni sud oduzima značaj razlikovanju navedenih odredbi o dopuštenom

Development and Protection of LGBTIQ+ Rights, ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba, Zagreb, 2022., str. 1-34.

⁴⁵ Interpretacija svakog teksta, pa tako i ustavnog, predmnijeva određenu razinu diskrecije njegova tumača te iako ustavnosudsko odlučivanje na prvi pogled djeluje kao primjena postojećih pravnih pravila, u odnosu na vremenski trenutak i kontekst, svakim se novim tumačenjem pisanog pravila nužno ujedno stvara (ili otkriva) njegov nepisani (ili skriveni) sadržaj jer, neizbježno, „interpretacija uključuje izbore između alternativnih, plauzibilnih, tekstualnih značenja“ te što je „širi, nejasniji ili dvosmislen jezik postojećeg pravnog teksta, veća je diskrecija suda“, Shapiro, M. M., *Judicial Power and Democracy*, u: Landfried, C. (ur.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019., str. 23.

⁴⁶ Vidi čl. 16. Ustava Republike Hrvatske.

⁴⁷ Vidi čl. 17. Ustava Republike Hrvatske.

⁴⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr. od 14. rujna 2020., para 28.

ograničenju ljudskih prava u redovitim i izvanrednim okolnostima, pritom ne snažeći odluku Hrvatskog sabora kao deliberativnog predstavništva građana, već „omoguć[avajući] vladajućoj većini da marginalizira manjinske političke opcije u usuglašavanju ograničenja temeljnih prava“, čime „se zakonodavčeva autonomija ograničava, jer ju se izlaže snažnijem utjecaju izvršne vlasti koja u predstavničkom tijelu ima potporu kvalificirane većine“.⁴⁹ Osim u pogledu različitih zahtjeva za brojčanim suglasjem saborskih zastupnika glede ograničenja ljudskih prava, Ustavni je sud time relativizirao i razlikovanje razine opravdanja mjera usmjerenih ograničenju ljudskih prava u cilju zaštite zdravlja, ogleđane kroz zahtjev razmjernosti (čl. 16., st. 2.), odnosno primjerenosti (čl. 17., st. 2.). Dora Pavković u svojem doprinosu ovom Zborniku elokventno pokazuje krajnje posljedice relativizacije načela razmjernosti koje je uslijedilo nakon dubioznog tumačenja članaka 16. i 17. Ustava.⁵⁰ Svojim pregledom relevantnih odluka ustavnog sudišta pokazuje kako Ustavni sud nije tek prepustio izbor okvira ograničenja ljudskih prava volji saborske većine, već je i površnom argumentacijom u pogledu pojedinačnih pandemijskih mjera doveo u pitanje svoju ulogu u kontroli ograničenja ljudskih prava.

Nešto više pažnje argumentaciji ustavnih odredbi Ustavni je sud posvetio u kontekstu zaštite prava nacionalnih manjina.⁵¹ Na neke okvire njegovog djelovanja u Zborniku je upozorio Vedran Zlatić.⁵² Na ovom mjestu valja istaknuti prihvaćanje građanskog koncepta naroda, čime je Ustavni sud potvrdio da „pripadni[ci] hrvatskoga naroda i pripadni[ci] svih nacionalnih manjina - čine 'narod'“.⁵³ Osobito valja naglasiti afirmaciju prava nacionalnih manjina na

⁴⁹ Miloš, M., Susprezanje autonomije političkog predstavništva građanskim inicijativama, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 43, br. 1, 2022., str. 24.

⁵⁰ Vidi 3. poglavlje Zbornika: Pavković, D., Praktični pristup Ustavnog suda Republike Hrvatske načelu razmjernosti u ocjeni protuepidemijskih mjera.

⁵¹ Vidi Kuzelj, V.; Kvartuć, D.; Petričušić, A., Ustavnopravna zaštita nacionalnih manjina: protuvećinski argument u ulozi zaštitnika demokratskih vrijednosti, *Političke perspektive*, Vol. 11, br. 2, 2021., str. 7-33.

⁵² Vidi 4. poglavlje Zbornika: Zlatić, V., Ustavno-pravna jamstva očuvanja identiteta nacionalnih manjina.

⁵³ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-3597/2010 i dr. od 29. srpnja 2011., para. 30.2.

slobodno služenje svojim jezikom i pismom⁵⁴ koje „čini bit identiteta svakog naroda i univerzalne je naravi“⁵⁵ te prepoznavanje ustavne mogućnosti uvođenja manjinskog jezika i pisma u službenu uporabu u pojedinim jedinicama lokalne samouprave⁵⁶ kao „javnopravn[og] izraz[a] osobite važnosti koju Ustav pridaje jeziku i pismu nacionalnih manjina“.⁵⁷ U skladu s time, za razliku od uobičajenih politoloških ili mahom čisto pozitivističkih razmatranja ustavnih, međunarodnih i zakonskih dokumenata o pravima nacionalnih manjina, od iznimnog je značaja razumijevanje samog identiteta nacionalnih manjina i zaštite koju mu hrvatski ustavotvorac pridaje.

Iz svega iznesenoga vidljivo je da se temeljni (ustavni) dokument ne može tumačiti odvojeno od društvenoga i političkoga koncepta te da temeljne vrednote i načela trebaju služiti kao polazišna točka otkrivanja volje izvornoga ustavotvorca – personificiranoga u konceptu mitološkog suverenog naroda – a ne služiti kao bijeg od suočavanja s političkim pitanjima inherentnim demokratskom ustavu te samim time i ljudskim pravima. Na ovom je mjestu važno upozoriti i da sam ustavni poredak uspostavljen demokratskim ustavom ne predstavlja izdvojenu jedinku, već ga je potrebno smjestiti u širi ekosustav koji osim ustavnih demokracija poznaje i drugačije oblike državnih zajednica. Stoga se potrebno odmaknuti od pojma suvereniteta ogledanog kroz prizmu mitskog bića (ustavotvornog) naroda i osvrnuti na ideju državnog suvereniteta i mjesta koje ljudska prava zauzimaju u međunarodnim i geopolitičkim odnosima. Degan u tom kontekstu upozorava da se „međunarodni (...) pravници ne mogu baviti pojmovima 'narodne suverenosti', 'suverenosti pojedinaca' i sl. Oni moraju imati u vidu djelotvornu suverenost kao odliku države koja je čini subjektom međunarodnoga prava“.⁵⁸

⁵⁴ Vidi čl. 15., st. 4. Ustava Republike Hrvatske.

⁵⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., para 13.

⁵⁶ Vidi čl. 12., st. 2. Ustava Republike Hrvatske.

⁵⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., para 13.1.

⁵⁸ Degan, V.-Đ., Načelo suverene jednakosti država u prošlosti, sadašnjosti i budućnosti, *Politička misao*, Vol. 39, br. 2, 2002., str. 125.

5. LJUDSKA PRAVA KAO POLITIČKI KONCEPT PROCJENE POŠTOVANJA
MEĐUNARODNIH OBVEZA

Iako se teza o suverenoj jednakosti država u teoriji usko povezuje uz Vestfalski mir, njezine je začetke moguće tražiti prije njegova sklapanja 1648. godine.⁵⁹ Unatoč tome, za potrebe argumentacijske jasnoće te uvažavajući činjenicu da ovaj prilog nije pravno-povijesne tematike i ne može se baviti ispravljanjem povijesnih grešaka u identificiranju začetka onoga što je danas poznato kao vestfalski sustav, i takav će nespretn naziv poslužiti ne bi li se pokušalo prikazati mjesto i ulogu ljudskih prava u odnosima suverenih država. Naime, suverena jednakost država predstavlja „[s]rž našeg razumijevanja vestfalskog sustava, kako se postupno razvijao od 1648.“ godine te tako shvaćen suverenitet podrazumijeva polaganje najvišeg autoriteta ili jurisdikcije nad određenim teritorijem (unutrašnji suverenitet), odnosno slobodu od interferiranja drugih država u sferu unutrašnjih kompetencija kao i formalnu jednakost među državama (vanjski suverenitet).⁶⁰ Ideja prava u vestfalskom je sustavu tako nužno vezana uz državu pri čemu, u maniri krajnjeg pozitivizma, „pravo emanira iz države i njezine volje (...) pravo nije pravo zato što je vrijedno ili nužno već zato što je ukotvljeno u suverenoj volji država“.⁶¹ Pri razmatranju odnosa država međusobno te u odnosu prema pojedincima na njezinu teritoriju (nad kojima ističe autoritet) neizostavno je potrebno poći od pitanja koje postavlja Posavec kada, prepoznajući opadanje državnog utjecaja kako u unutarnjoj, tako i u međunarodnoj sferi, ističe da je u suvremenosti „[s]uverenitet pojedinih država (...) ublažen, ali suverenitet još uvijek nije otpisan. Može li, i smije li se suverenitet države kao element državnosti dalje neupitno potvrđivati, to je, mislim, postalo jako upitnim. Može li se još opravdati njegovo svečano postavljanje na početku

⁵⁹ Croxton, D., The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty, *The International History Review*, Vol. 21, br. 3, 1999., str. 570. Croxton tako ističe da ako je on doista „označio kraj papinskog autoriteta u [Svetom Rimskom, *op. a.*] Carstvu, bio je to zadnji u nizu ustupaka u prethodnih tristo godina u kojima su pape bile prisiljene ustupiti autoritet kraljevima“, *ibid.* str. 572. Stoga je pri referiranju na tzv. vestfalski sustav suverenih država potrebno imati na umu da „Vestfalski mir ne može biti smatran začetkom suverenosti temeljem toga što je dodijelio suverenitet pojedinačnim njemačkim državama, jer nitko nije doista vjerovao da je to učinio“, *ibid.*, str. 574.

⁶⁰ Rosas, A., State Sovereignty and Human Rights: towards a Global Constitutional Project, *Political Studies*, Vol. 43, br. 1, 1995., str. 63.

⁶¹ *Ibid.*, str. 64-65.

ustava? Treba li mu uopće još u ustavnim konstrukcijama pridavati neko svečano mjesto?⁶² Sva ta pitanja opterećuju razmatranje položaja država ili određenih područja čiji identitet do danas nije razriješen te je u tom smislu neizostavno „naglasiti istinu da se suverena jednakost svih država nikada u povijesti nije mogla očitovati kao njihova stvarna jednakost. To ne treba očekivati ni u budućnosti“.⁶³

S obzirom na takvu realnost, a osobito u kontekstu nedvojbeno turbulentnih geopolitičkih zbivanja koja su obilježila godinu na izmaku, ponovno je potrebno otvoriti staru i međunarodnim pravnicima nedvojbeno nelagodnu raspravu o svrsi međunarodnih pravila te pravnoj naravi onoga što se ponekad olako i paušalno nastoji nazvati međunarodnim pravom. Ovdje ljudska prava postaju medijem ispitivanja karaktera prava u pokušaju reguliranja odnosa među državama. Pritom se u odnosu na klasične prigovore pravnoj prirodi međunarodnoga prava u pogledu oskudnosti njegovih normi, njegova učestalog kršenja (osobito u okviru ratnoga stanja, odnosno vođenja oružanih sukoba), nedostatku međunarodne vlasti od koje bi takvo pravo potjecalo te odsutnosti jamstva njegove provedbe, tj. izvršenja⁶⁴, za potrebe ovoga priloga dovoljno osvrnuti na potonji argument (s kojim je nužno povezan i prvi, naime učestalost kršenja pravila međunarodnoga prava). Odsustvo sudbenog nadzora u zaštiti ljudskih prava proklamiranih međunarodnim dokumentima te autoriteta prisile kojim se jamči usklađivanje normativnog i stvarnog stanja teško je obranjivo tvrdnjama kako „postojanje suca, odnosno sudova nije preduvjet za postojanje prava“ jer „[s]udac ne stvara pravo – on ga primjenjuje“ te da „i pokraj potpunog nedostatka sankcije, ne bi bilo zapreke da se međunarodno pravo smatra pravom“, s obzirom da „konačno mjerilo o tome je li neka norma pravna ili nije, ovisi o objektivnom sudu pojedinaca, javnoga mišljenja i znanosti“.⁶⁵

⁶² Posavec, *op. cit.* (bilj. 25), str. 10.

⁶³ Degan, V.-Đ., *op. cit.* (bilj. 58), str. 130.

⁶⁴ Andrassy, J.; Bakotić, B.; Seršić, M.; Vukas, B., *Međunarodno pravo, Vol. 1*, Školska knjiga, Zagreb, 2010., str. 10-15.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 14.

Ovdje se valja osloniti na Kelsenovo shvaćanje važenja pravne norme koja „postaje važećom u trenutku kada je postavljena pod uvjetom da je moguće da bude učinkovita te da norma (opća i pojedinačna) prestaje važiti u trenutku od kojega više ne postoji mogućnost da bude učinkovita i, dodatno, da opća norma prestaje važiti u trenutku od kojega više nije stvarno učinkovita (*desuetudo* ili izobičajenje)“.⁶⁶ Pritom, kako ističe Burazin, „učinkovitost nije uvjet važenja norme u smislu da norma mora biti učinkovita da bi bila važeća. Ako se o nekoj normi govori kao učinkovitoj ili neučinkovitoj, to pretpostavlja da je norma već postala važeća“⁶⁷ te „uvjet početka važenja norme nije njezina učinkovitost, nego samo *mogućnost* njezine učinkovitosti“.⁶⁸ U skladu s time, početak važenja općih normi međunarodnoga prava ne ovisi o postojanju ili odsutnosti mehanizama njihove primjene i provedbe, ali je njihova sudbina vezana uz mogućnost njihove učinkovitosti.

U tom je smislu, osobito u pogledu recentnih tragičnih zbivanja na istoku Europe, nužno potrebno izučavanje povijesnog razvoja prav(il)a oružanih sukoba i izdvajanja pojedinih osoba i/ili objekata kao (embrionalnog) izraza načela humanosti⁶⁹, ali i suvremenih stremljenja k regulaciji i humanizaciji prava oružanih sukoba.⁷⁰ Pritom je u razmatranju navedenih pitanja u središte nužno postaviti pojedinca, njegova ljudska prava i temeljne slobode te se nije dovoljno zadržati na razmatranju postupanja država u oružanim sukobima, kao da ratna stanja i neprijateljski sukobi odcjepljuju države od njihove osnovne građevne jedinice, ishodišta i svrhe – zaštite čovjeka obdarenog dostojanstvom koje je proklamirano

⁶⁶ Burazin, L., Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj Općoj teoriji normi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 70, br. 2-3, 2020., str. 318.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 323.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 324.

⁶⁹ U kontekstu zaštite medicinskog osoblja od učinaka neprijateljstva u oružanim sukobima vidi 6. poglavlje Zbornika: Marelja, M., Zaštita medicinskog osoblja od učinaka neprijateljstva u oružanim sukobima: uzdizanje načela humanosti u prvoj etapi kodifikacije međunarodnog prava oružanih sukoba.

⁷⁰ Tako se u 7. poglavlju Zbornika razmatra komplementarnost međunarodnopravne zaštite ljudskih prava te međunarodnog humanitarnog prava u kontekstu oružanih sukoba: Rusan Novokmet, R., Međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo – komplementarnost dvaju pravnih režima u vrijeme oružanih sukoba.

neotuđivo, ali kojem se u navedenim okolnostima poklanja malo ili nimalo pažnje te ga se redovito svodi na brojke (poginulih, ranjenih, nestalih) i relativizira kao da je riječ o sporednoj odredbi kućnoga reda, a ne temelju i svrsi postojanja država (pa i onih sukobljenih).

Stoga, iako ljudska prava (koja predstavljaju primarni istraživački interes ovoga zbornika) nisu nužno normativno zajamčena međunarodnim dokumentima te u tom smislu predstavljaju svojevrsni *lex imperfecta*, ona mogu igrati važnu ulogu u ostvarenju političke koncepcije ljudskih prava koja „definir[a] narav ljudskih prava u smislu njihove uloge u globalnom političkom diskursu“.⁷¹ Tako Macklem navodi da su „autori Opće deklaracije [o ljudskim pravima, *op. a.*] razumjeli ljudska prava kao javne principe na koje se oslanjaju sudionici u globalnoj praksi ljudskih prava kako bi kritizirali vršenje suverene vlasti, ne kao ovlaštenja koja pojedinci posjeduju samom činjenicom svoje čovječnosti“.⁷² U tom smislu isključivo inzistiranje na normativnom karakteru ljudskih prava „riskira miješanje stvarnosti i norme i potencijalno iscrpljuje kapacitet ljudskih prava kao instrumenta kritike postojećih praksi“.⁷³ Stoga proklamacije o ljudskim pravima u međunarodnim dokumentima mogu poslužiti kao procjena poštovanja ljudskih prava pojedinaca (najčešće građana) od strane država, predanost kojima su osvjedočile sklapajući, odnosno pristupajući pojedinim međunarodnim dokumentima. Istovremeno treba voditi računa o slučajevima u kojima takve proklamacije nisu ili nisu mogle igrati ulogu, i u kojima se mjesto i uloga pojedinaca gubi naspram drugih kategorija kojima se međunarodno pravo bavi, kao što je teritorij države.⁷⁴ Takvi slučajevi mogu nam pomoći jasnije ucrtati mjesto i ulogu ljudskih prava u vodama međunarodnog prava.

Ono što je primjetno i zabrinjavajuće jest nedostatak slaganja o univerzalnosti i sadržaju ljudskih prava u različitim dokumentima, a koje je nužna posljedica

⁷¹ Macklem, P., *The Sovereignty of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2015., str. 13.

⁷² *Ibid.*, str. 15.

⁷³ *Ibid.*, str. 16.

⁷⁴ Vidi 5. poglavlje Zbornika: Javorić Barić, D.; Katalinić, L., Ustavnopravni položaj i identitet Krima u SSSR-u – pravno povijesna analiza.

brojnosti i različitosti državnih uređenja u okviru međunarodne zajednice (naposljetku, niti teoretičari ustavne demokratske države nisu suglasni o univerzalnom karakteru ljudskih prava ili njihovu sadržaju te ih se počesto umjetno razdvaja na *generacije* ili *skupine*). Tako su načela proklamirana Općom deklaracijom o ljudskim pravima razdvojena i odijeljeno razrađena u dvama paktovima⁷⁵ dok se, primjerice, u Bečkoj deklaraciji i Programu djelovanja ističe povezanost, nedjeljivost, međuovisnost i univerzalnost ljudskih prava.⁷⁶

6. ULOGA SOCIOEKONOMSKIH PRAVA U OSTVARENJU LJUDSKOG DOSTOJANSTVA I ZAŠTITA FISKALNIH INTERESA DRŽAVE

Upravo je inzistiranje na univerzalnom karakteru, nedjeljivosti i međuovisnosti ljudskih prava (u nacionalnom i međunarodnom okružju) od osobite važnosti u kontekstu zaštite socijalnih i ekonomskih prava (koja se nerijetko nazivaju pozitivnim, odnosno pravima druge generacije⁷⁷) te je i danas „većina pokušaja obrane socijalnih prava (...) dočekana s vrstom pristojnog odbijanja kakvo je rezervirano za posebno uzbuđenu djecu koja nisu dovoljno zrela kako bi shvatila sve praktične posljedice evidentno šarmantnih stvari koje govore“.⁷⁸ Pritom u kontekstu procesa globalizacije (i nasuprot njemu), najdosljednije provedenog u čistoj ekonomskoj sferi, nacionalne države i dalje ostaju primarni forumi zaštite

⁷⁵ Vidi UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999.; te UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993.

⁷⁶ Vidi Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, para 5, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action> [pristup: 25. studenoga 2022.].

⁷⁷ Vidi primjerice razlikovanje generacija ljudskih prava T. H. Marshalla i K. Vasaka: Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, u: Marshall, T. H., Bottomore, T., *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, London, 1992., str. 3-51.; Vasak, K., *A 30-year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, The UNESCO Courier, br. 11, 1977., str. 29.

⁷⁸ Scheppele, K. L., A Realpolitik Defense of Social Rights, *Texas Law Review*, Vol. 82, br. 7, 2004., str. 1921-1922.

socijalnih prava.⁷⁹ I ovdje međunarodni dokumenti usmjereni zaštiti socijalnih prava mogu poslužiti snaženju moralne obveze države ugovornice u ostvarenju socioekonomskog blagostanja građana. U tom je smislu već isticano kako je prihvaćanjem socijalnih prava u hrvatskom Ustavu te pristupanjem Republike Hrvatske Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (notifikacijom o sukcesiji) „stvoren dvostruka obveza (ustavna i međunarodna) hrvatskog zakonodavca na kreiranje socijalno pravednoga poretka“.⁸⁰

Dodatno, kroz potvrdu čl. 1. i čl. 3. Ustava, u kojima su (*inter alia*) locirana i načela socijalne države i socijalne pravde, dijelom ustavnog identiteta otkriven je temeljni značaj koji im je hrvatski ustavotvorac dodijelio, kao i njegova vizija (socijalnog) tržišnog gospodarstva u suvremenoj Republici Hrvatskoj.⁸¹ U tom se kontekstu neizostavno nameće pitanje prava na rad (i u vezi s radom) s obzirom da on predstavlja jednu „od temeljnih vrijednosti suvremenoga društva, a za osobu, individu, ali i za društveno okruženje u kojemu ona živi, on predstavlja izvor egzistencije i osobne sigurnosti“.⁸² Stoga je od osobite važnosti šira kontekstualizacija radnoga odnosa izvan njegova ugovornog (obveznopravnog) obilježja te se *lochnerovsko*⁸³ shvaćanje slobode ugovaranja, koje zanemaruje faktičnu neravnopravnost ugovornih strana, pokazuje krajnje neprimjerenim suvremenom shvaćanju uloge radnoga prava. Važan doprinos ovome Zborniku i

⁷⁹ Više o tome vidi u Kvartuć, D., Kuzelj, V., Petrović, T., Uloga nacionalnih socijalnih država u očuvanju i zaštiti socijalnih vrijednosti u kontekstu neoliberalnog globalnog poretka, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, Vol. 15, br. 3-4, 2021., str. 71-86.

⁸⁰ Kuzelj, V.; Cindori, S., Horvat Vuković, A., Apoteoza socijalne države: imperativni zahtjev ostvarenja socijalne pravde u Republici Hrvatskoj, *Pravni vjesnik*, Vol. 37, br. 3-4, 2021., str. 63.

⁸¹ Vidi Kuzelj, V.; Horvat Vuković, A., Apoteoza socijalne države: ustavno-identitetska ukorijenjenost socijalne pravde u Republici Hrvatskoj, *Politička misao*, Vol. 59, br. 1, 2022., str. 75-99.; Kuzelj, V.; Kvartuć, D., Pluralizam ustavnih vrednota: konstituiranje socijalnog tržišnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj, u: Bevanda, V., Dias, R. (ur.) *EMAN 2021 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times*, Association of the Economists and Managers of the Balkans, Beograd, 2021., str. 499-505.

⁸² Gotovac, V. Budućnost radnog prava: što se događa s radom (u Republici Hrvatskoj)?, u: Gardašević, Đ.; Gotovac, V.; Zrinščak, S. (ur.), *Pravo i društvo: Liber amicorum Josip Kregar*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022., str. 395.

⁸³ Vidi Supreme Court of the United States, *Lochner v New York* 198 US 45 of 17 April 1905.

pitanju definiranja identiteta pojedinca u kontekstu zaštitne uloge države u pravno-povijesnoj perspektivi prve polovice 20. stoljeća, kroz promatranje razvoja socijalnog zakonodavstva u Sjedinjenim Američkim Državama, daje rad Zrinke Erent-Sunko i Ivane Matulin.⁸⁴ S takvim povijesnim razvojem na umu, kao i činjenicom važnosti rada za samoidentifikaciju pojedinca u svim sferama društvenoga života, navodi se važnost interdisciplinarnog pristupa proučavanju identiteta radnika u suvremenom kontekstu pojave novih i nesigurnijih oblika rada. Posebno se neprimjerenim ističe svođenje ustavnog prava na rad (isključivo) na slobodu rada, čime se to (umnogome ključno) socioekonomsko pravo odvajava od ostalih ustavnih struktura, isušuje od sadržaja te svodi na puki *ustavni ukras*.⁸⁵

Promatranje ekonomske funkcije rada neizostavno je povezano uz poreznu jurisdikciju države koja, neprimjereno korištena i odvojena od temeljnih principa poreznoga sustava, prijeti (pretjerano) umanjiti gospodarsku snagu poreznog obveznika (potencijalno) ugrožavajući njegovu egzistenciju. Stoga se ističe potreba (pr)ocjene legitimnosti vršenja fiskalnog suvereniteta zakonodavne vlasti⁸⁶ u odnosu na temeljna (ustavna) načela oporezivanja.⁸⁷ Naime, neprimjereno je fiskalni suverenitet Hrvatskoga sabora promatrati isključivo kroz njegove ovlasti u pogledu proračunske materije⁸⁸, zanemarujući eksplicitne ustavne odredbe o ustrojstvu poreznoga sustava⁸⁹ te zahtjeve koje (i u pogledu uređenja poreznog

⁸⁴ Vidi 8. poglavlje Zbornika: Erent-Sunko, Z.; Matulin, I., *Razvoj identiteta pojedinca od „lochnerovske slobode ugovaranja“ do socijalnog zakonodavstva „New Deal“*.

⁸⁵ Vidi 9. poglavlje Zbornika: Kvartuč, D.; Kuzelj, V.; Lažnjak, J., *Identitet radnika u eri novih (nesigurnijih) oblika rada*.

⁸⁶ Čiji se razvoj usko vezuje uz razvoj parlamentarizma i demokracije, vidi Marelja, M.; Kuzelj, V., *Evolucija fiskalnoga suvereniteta u Engleskoj: od sredstva ograničenja vladara do prerogativa zakonodavne vlasti*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 41, br. 2, 2020., str. 509-527.

⁸⁷ Tako se postavlja upitnim predanost hrvatskog zakonodavca socijalnim načelima poreznog sustava Ustava Republike Hrvatske kod uređenja oporezivanja dohotka u (od samostalnosti do danas), vidi Kuzelj, V.; Jerković, E.; Perić, R., *Predanost zakonodavca temeljnim (socijalnim) poreznim načelima Ustava pri uređenju sustava oporezivanja dohotka u Republici Hrvatskoj*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 43, br. 1, 2022., str. 247-266.

⁸⁸ Čl. 91., st. 2. Ustava Republike Hrvatske.

⁸⁹ Čl. 51. Ustava Republike Hrvatske.

sustava) pred njega postavljaju ustavni koncept socijalne države⁹⁰ i načelo socijalne pravde⁹¹.⁹² U ekonomskim se raspravama navedena načela često zanemaruju te se poreznog obveznika svodi na privrednika, a poreznu presiju odmjerava isključivo sa stajališta (umanjenja) profita/dohotka te je i dalje potrebno isticati kako načela kojima ustavotvorac obvezuje zakonodavca prilikom uređenja poreznog sustava konstituiraju mjerilo poštovanja, odnosno kršenja prava poreznih obveznika. S tog gledišta značajan doprinos temi daju Tajana Petrović i Sonja Cindori naglašavajući narav prava poreznih obveznika kao ljudskih prava te analizirajući (stožerno) načelo (materijalne i procesne) pravednosti u oporezivanju.⁹³

S druge je strane važno imati na umu kako porezi predstavljaju primarni izvor državnih prihoda te je njihovo prikupljanje nerazdvojivo vezano uz izvršenje njezinih zadaća. Iz toga proizlazi nužnost proaktivnog djelovanja na suzbijanju izbjegavanja podmirenja poreznih obveza jer se time istovremeno narušava ideja porezne pravednosti (usko vezana uz načelo univerzalnosti porezne obveze) te otežava ili čak onemogućava ostvarenje ustavnih obveza države prema vlastitim građanima. U tu je svrhu nezanemariv doprinos ovome Zborniku razmatranje Emine Jerković i Line Helebrant o različitim pojavnim oblicima porezne evazije.⁹⁴ Iako navedeni rad nije primarno vezan uz materiju ljudskih prava, sadržajno (s aspekta prikupljanja sredstava za ispunjenje državnih zadaća, od kojih je prva ostvarenje, promicanje i zaštita ljudskih prava) je od njih zapravo neodvojiv.

⁹⁰ Čl. 1., st. 1. Ustava Republike Hrvatske.

⁹¹ Čl. 3. Ustava Republike Hrvatske.

⁹² Detaljnije o tome vidi Kuzelj, V., Komplementarnost ustavnopravnih i društvenih odrednica porezne pravednosti u Republici Hrvatskoj, u: Bevanda, V. (ur.), *EMAN 2020 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times*, Association of the Economists and Managers of the Balkans, Beograd, 2020., str. 469-475.; Miloš, M.; Kuzelj, V., Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svjetlu zahtjeva socijalne države, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 58, br. 4, 2021., str. 1101-1120.

⁹³ Vidi 10. poglavlje Zbornika: Petrović, T.; Cindori, S., Prava poreznih obveznika kao ljudska prava: razmatranje procesne i materijalne pravednosti u oporezivanju.

⁹⁴ Vidi 11. poglavlje Zbornika: Jerković, E.; Helebrant, L., Porezna evazija kao negativan učinak oporezivanja.

Upravo ta povezanost ponajbolje osvjeđoćuje *supra* naznaćenu tvrdnju o ljudskim pravima kao izvoru legitimiteta pravne (državne) vlasti.

7. UMJESTO ZAKLJUĆKA

Iako se uvodno poglavlje doima pomalo neprimjerenim završiti zaključkom, potrebno je barem na razini apstrakcije ponuditi nekoliko rećenica koje bi pokušale uokviriti neobićno širok dijapazon tema koje se u Zborniku obrađuju. Naposljetku, i sam Zbornik naslova *Ljudska prava i pitanje identiteta* ne treba i ne smije stremiti davanju definitivnog odgovora na u njemu postavljena pitanja. Naime, identitet pojedinca je višeslojan i u stalnom razvoju te ga ne treba pokušati svesti na nekoliko stotina stranica. Umjesto toga, njegov cilj i svrha pronalaze se upravo u postavljanju pitanja i propitivanju pravnih, politićkih i društvenih praksi koje (ćesto nekritićki) predmnijevajući idealtipskog ćovjeka (obilježenog jednakošću sa svima drugima) sputavaju i/ili onemogućavaju njegov razvoj kao osobe. Tako Foucault istiće kako „smo dugo podnosili, i da još danas trpimo, viktorijanski poredak“ te da viktorijanska građanska država, odnosno „[k]raljica bogomoljka još i danas navodno stoji na grbu naše seksualnosti, ćedna, nijema i licemjerna“⁹⁵, a navedena je tvrdnja uvelike primjenjiva i na ostale sfere državna i društvenog žvota. Stoga ljudska prava trebaju služiti (pr)ocjeni djelovanja (još uvijek primarno) državne vlasti (ali i samog postupanja država međusobno) te drugih društveno odgovornih aktera (npr. medija). Jamstvo svekolikih ljudskih prava stoga ispunjava moralnu, politićku i pravnu svrhu pravnoga poretka te predstavlja sredstvo perpetuiranog ispitivanja njegove legitimnosti.

Nadamo se da će ovaj Zbornik potaknuti ćitatelja na kritićeko preispitivanje identiteta ljudskih prava te makar na ćas raspršiti naturalistićku iluziju o prirodnoj datosti ljudskih prava. Ljudska prava, toliko imanentna ljudskoj osobi i ono što je odvaja od svega drugoga u prirodi i svijetu, krhka su i u stalnoj opasnosti od degradacije i negacije. Riemen istiće kako „[l]ude na ćjedilu ostavlja i obrazovanje, odrićući se umjetnosti i klasićnih studija, koji im mogu ponuditi duhovno i moralno oblikovanje i time mogućnost izrastanja od individue u osobnost, da bi

⁹⁵ Foucault, M., *Znanje i moć*, Globus, Zagreb, 1994., str. 7.

se u potpunosti pokorilo diktatu onoga što je korisno za poslovni život i državu“.⁹⁶ Stoga se nadamo de će Zbornik svoju primarnu čitateljsku publiku pronaći među studentima (što je uvelike razlog da se, uz tiskano izdanje, njegovu elektroničku verziju učini javno dostupnom kroz otvoreni pristup) koji moraju preispitivati koncepte svojih učitelja i modernizirati postavke svojih prethodnika, nikad ne prestajući vjerovati u temelj, svrhu i cilj pravnoga i društvenoga poretka – dostojanstvo ljudske osobe!

⁹⁶ Riemen, R., *Vječiti povratak fašizma*, TIM Press, Zagreb, 2015., str. 48.

2. Procjena autonomije ustavnog sudovanja identitetom ljudskih prava

MATIJA MILOŠ*, ERIK HAIDINGER**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.565.2:342.7

SAŽETAK Potaknut nedavno ponovno oživljenim kontroverzama o smislu postojanja Ustavnog suda Republike Hrvatske u domaćem ustavnom poretku, ovaj rad istražuje problem autonomije funkcije ustavnog sudovanja i uloge Ustavnog suda u osiguravanju te autonomije. Aktualnim je kritikama hrvatskog ustavnog suda, uz medijsku eksponiranost, zajedničko to što preispituju upravo samostalnost tog tijela kao utjelovljenja ustavnosudske funkcije. Neki kritičari temeljem ocjene takve autonomije traže i radikalni zahvat ukidanja Suda i prenošenja funkcije čiji je nositelj na redovnu sudsku vlast. Svrha je ovog rada istražiti vezu između navedenih kritika ustavnog sudovanja i problema identiteta ljudskih prava, tvrdeći da upravo potonji može poslužiti kao jedno sredstvo pri promišljanju autonomije trenutne organizacije funkcije ustavnog sudovanja. U tom se smislu prvo raspravlja problem autonomije ustavnosudske funkcije i locira njezinu kritiku u postojećoj domaćoj literaturi. Zatim se usmjeravamo na pitanje identiteta temeljnih prava i razrađujemo ga kao okvir opisa i procjene ustavnosudske autonomije. Posljednji dio rada prikazuje kako utjelovljivanje ustavnosudske funkcije u Ustavnom sudu ulazi u odnos s tim identitetom i kako to može dodatno opravdati postojanje ustavnog sudišta kao zasebnog tijela te pružiti osnovu za njegovu kritiku.

KLJUČNE RIJEČI identitet, ljudska prava, ustavno sudovanje, ustavni sud, ustavna teorija

1. UVOD

Odluka Ustavnog suda o ustavnosti dviju građanskih inicijativa posvećenih pandemijskim mjerama¹ uzburkala je duhove. Ona je bila povodom radikalnih kritika upućenih Ustavnom sudu, uključujući i prijedloge, već ranije isticane u

* **Dr. sc. Matija Miloš**, docent na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: matija.milos@pravri.uniri.hr

** **Erik Haidinger**, student Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: ehaidinge@student.uniri.hr

¹ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-2180/2022 od 16. svibnja 2022., Narodne novine br. 61/2022/888.

javnom prostoru,² da bi Sud trebalo ukinuti uslijed njegove pretjerane politiziranosti.³ Jednim su dijelom ove kritike sasvim sigurno akademski periferne utoliko što nisu izrečene u sklopu neke teorijske rasprave niti posežu za izvorima na koje bi se takva rasprava trebala osvrnuti. Njih puno više oblikuje afektivna reakcija na rezoniranje Suda u određenoj kontroverznoj epizodi hrvatskog političkog života. To ipak ne čini ove kritike nevažnima niti bi samo po sebi trebalo poslužiti njihovom nekritičkom odbacivanju. One tvore jedan legitimni dio političkog života države jer niti jedna vlast, pa tako niti ona utjelovljena u Ustavnom sudu, ne smije dograbiti imunitet od preispitivanja svojeg djelovanja u tom istom političkom životu.

Drugim se pak dijelom ove kritike dotiču jednog općeg obilježja rasprave o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, a to je uglavljenost njegovog smisla u opću obranu *funkcije* ustavnog sudovanja.⁴ Ustavno je sudovanje neophodno, uči nas postojeća teorija, zbog toga što osigurava vladavinu ustava. Predstavljajući instancu koja je specijalizirana za tumačenje najvišeg pravnog i političkog akta, ustavni sud kao utjelovljenje ustavnosudske funkcije stvara prostor autonomije ustavne politike od one uvjetno rečeno redovne, koja bi bila sklona uzeti ustavna određenja instrumentalno i podrediti ih svojim parcijalnim projektima.⁵ Tako piše i korifej suvremenog hrvatskog ustavnog sudovanja, Jadranko Crnić, svojom poznatom formulacijom naglašavajući mjesto ustavnosudske vlasti naspram drugih vlasti. Ustavnosudska vlast prema njemu „nije hijerarhijski“ nadređena

² <https://www.vecernji.hr/vijesti/jasna-omejec-poigravanje-s-temeljnim-ustavnim-institucijama-prerasta-u-opasan-drzavni-eksperiment-1050698> [pristup: 20. srpnja 2022.].

³ <https://n1info.hr/vijesti/raspudic-ustavni-sud-treba-ukinuti-i-ovlasti-prebaciti-na-vrhovni-sud/> [20. listopada 2022]; <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/milanovic-napao-ustavni-sud-ukinimoga-nema-razloga-postojati-nakon-ovog-ovo-je-drzavni-udar-foto-20220516> [pristup: 20. srpnja 2022.].

⁴ O razlici između funkcije i tijela vlasti vidi Sokol, S., Razlikovanje funkcija u državi i organizacija vlasti, u: Sokol, S.; Smerdel, B. (ur.) *Organizacija vlasti. Političke ideje, ustavni modeli, zbilja*, Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 4-11.

⁵ Barić, S., Ustav, ali najljepši: Premise kvalitete funkcioniranja ustavnog poretka i potrebe tekstualnih izmjena Ustava Republike Hrvatske, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavne promjene i političke nagodbe: Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 192.

zakonodavcu, izvršnoj vlasti niti sudovima, „niti je njihov dio u smislu ustrojstva državne vlasti, a ni u kom drugom smislu“.⁶ Pretpostavlja se da je središnje obilježje ustavnog sudovanja, a onda i Ustavnog suda kao njegove inkarnacije, upravo autonomija prema drugim institucijama i prema njihovom načinu i sadržaju ustavnog rezoniranja. Ako možemo tvrditi da te autonomije nema ili je ugrožena, možemo zagovarati reforme Suda kojom bi se osiguralo vjernije vršenje funkcije koja mu je povjerena. Međutim, ovo postavlja pitanje kako prepoznamo autonomiju koja odvaja jednu vlast od drugih u organizacijskom i svakom „drugom smislu“ te kako znamo da je ona ugrožena.

Dok su pojmovi sudskog aktivizma i sudskog suzdržavanja od uplitanja u političke probleme predmetom bogate domaće literature, pitanje autonomije ustavnog sudovanja daleko je slabije istraženo. Ono ipak nije istovjetno dihotomiji aktivizam-suzdržavanje, već je pretpostavka takvom djelovanju (ustavnih) sudova. Tome je tako već ukoliko razumijemo aktivizam, odnosno suzdržavanje od njega, kao izbor u pitanjima u kojima je takav izbor moguć.⁷ Zbog toga je izlišno raspravljati o sudskom aktivizmu ako nema prostora da se sudovi pokrenu i postave nasuprot postojećem stanju stvari ili da ga svojim nečinjenjem potvrde. Osim što nam ovo pokazuje već i leksičko određenje pojma „aktivizam“, koji podrazumijeva određeno vlastito djelovanje,⁸ to slijedi i iz postojećih teorija ustavnosudskog aktivizma. U tim teorijama središnju ulogu igra koncept političkog pitanja. Ustavnosudski se forumi moraju suzdržati ili barem suzdržanije nastupati prema problemima koji nose izražene političke konotacije, ma koliko teško bilo odrediti koji su to problemi i koliko uzdržavanja oni traže.⁹ Pojam političkog pitanja stoga pretpostavlja interakciju već relativno samostalnih sfera

⁶ Jadranko Crnić, *Vladavina ustava. Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina ili kako pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Informator, Zagreb, 1994., str. 3.

⁷ Bačić, P., *Suvremeni konstitucionalizam i „nova“ dioba vlasti*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 46, br. 4, 2009., str. 777.

⁸ Vidi Klaić, B., *Rječnik stranih riječi*, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 38. Zahvaljujemo kolegi Luki Brajkoviću što nam je skrenuo pozornost na ovu poantu.

⁹ Sokol, S., *Ustavna interpretacija ustavnog suda u kontroli ustavnosti zakona*, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 20.

pravnog i političkog ili, kao što piše Arsen Bačić, „demokracije i konstitucionalizma“.¹⁰ Prema Petru Bačiću, bitno je „s koliko slobode suci koriste svoje diskrecijske ovlasti“.¹¹ Autonomija se i tu pokazuje kao specifična pretpostavka sudskog aktivizma, teren na kojem se aktivizam i njegova alternativa mogu odigravati i bez kojega nemaju smisla.

Autonomiju ustavnog sudovanja bitno je dodatno raspraviti iz dva razloga. Prvo, kao što ćemo pokazati, kritike upućene Ustavnom sudu u svojoj su suštini usmjerene na preispitivanje upravo s obzirom na njegovu ulogu u ostvarenju samostalnosti ustavnosudske funkcije.¹² Nju se smatra nedostatno cijepljenom na dnevno-politička zbivanja i volju trenutno vladajućih političkih aktera. Vidjet ćemo da su s opravdanjem snaženja tog jaza već bile predložene određene promjene u ustrojstvu Ustavnog suda, poglavito u sustavu izbora njegovih članica i članova. Agresivna politička reakcija na odluke Suda o referendumima spomenuta na početku ovog uvoda ujedno predstavlja ekstremni i praktično slabo vjerojatni projekt reformiranja vršenja funkcije ustavnog sudovanja ne bi li se, njezinim prenošenjem na redovitu sudsku vlast, utjecalo na kvalitetu ustavnosudske politike. Drugo, argument iz ustavnosudske autonomije može se zloupotrijebiti na

¹⁰ Bačić, A., Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 27. Takva je jasna razlika vidljiva, primjerice, iz Sokolovog nastojanja da razlikuje više i manje politička pitanja na koje ustavni sudovi vođeni vladavinom prava trebaju reagirati s većim, manjim ili nikakvim posebnim aktivizmom, Sokol, *op. cit.* (bilj. 9) str. 20-21. Zamišljene uloge „pozitivnog“ i „negativnog“ zakonodavca prate ovakve rasprave te se od ustavnih sudova očekuje da se u najmanju ruku klone uloge pozitivnog zakonodavca, to jest, predstavničkog tijela, Brewer-Cariás, A., *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011., str. 33.

¹¹ Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 776.

¹² Iz opsega ovog rada isključeni su prijedlozi reforme ustavnog sudovanja koji se dotiču preopterećenosti Suda pojedinim vrstama predmeta, odnosno neoptimalnog uređenja njegovih nadzornih ovlasti, vidi npr. Omejec, J., O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, u: Bačić, A. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2009., str. 46. Iako se i ti prijedlozi dotiču ostvarivanja autonomije funkcije ustavnog sudovanja, u ovom nas radu zanimaju prvenstveno oni prijedlozi i kritike koji za svoju metu imaju autonomiju kao temeljnu pretpostavku ustrojstva te funkcije. S druge strane, prijedlozi kojima se ovdje ne bavimo teže povećanju kvalitete njezinog vršenja.

način da se, pod egidom snaženja kvalitetnog djelovanja ustavnog sudišta, provede reforma kojom se može obesnažiti ustavno sudovanje kao funkciju. Iako takva nastojanja u vrijeme pisanja ovog rada nisu razvila utjecaj u Republici Hrvatskoj, to što ona predstavljaju sastavni dio djelovanja dominantnih političkih opcija u nekim drugim državama članicama Europske unije¹³ daje nam razloga za oprez. Jasno je da puka teorija ne može biti apsolutna brana takvim pojavnostima, čak i ako se ustavno sudište odluči „suprotstaviti nasilnicima“,¹⁴ ali ona ipak može poslužiti kao dodatno sredstvo razlučivanja utemeljenih kritika od onih koje, iako zakrivene naizgled opravdanim razlozima, dugoročno žele samo na scenu postaviti jednu političku arbitrarnost kako bi je mogle zamijeniti vlastitim viđenjem proizvoljnog. U tom je svjetlu bitno kako ustavnopravno artikulirati i omeđiti autonomiju funkcije ustavnog sudovanja tako da čim manje može poslužiti kao sredstvo arbitrarne političke manipulacije.

Naš je doprinos u ovom radu dvostruk. Prvo, neposredno skiciramo ustavnosudsku autonomiju kao specifičan problem ustavnog sudovanja. Drugo, razrađujemo pojam identiteta ljudskih prava kao heurističko sredstvo koje omogućuje opis i procjenu doprinosa Ustavnog suda samostalnosti ustavnosudske funkcije. Pokazat ćemo kako takva argumentacija može dodatno opravdati postojanje Suda i uz klasične argumente o važnosti očuvanja funkcije koju vrši. Osim toga, ovo čitanje autonomije može biti izvor utemeljene kritike ustrojstva i djelovanja ustavnog sudišta, uslijed čega se može razlučiti ustavnopravno utemeljene prigovore od onih kojima bi se, pod egidom snaženja kvalitetne ustavnosudske politike, zapravo moglo oduzeti žalac ustavnog sudovanja kao funkciji.

Prvi se dio rada posvećuje propitivanju ustavnosudske autonomije. Prikazujemo kritike koje su u domaćoj literaturi do sada upućene Ustavnom sudu i naglašavamo njihovu usku vezu upravo s problemom autonomije ustavnog sudovanja kao

¹³ Sajó, A., *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021., str. 67.

¹⁴ Yaniv, R., Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 29, br. 2, 2020., str. 327-366.

funkcije. Drugi se dio rada zatim usmjerava na koncept identiteta ljudskih prava te pruža razloge zbog kojih upravo iz njegove vizure možemo opisati i cijeliti djelovanje Ustavnog suda u očuvanju autonomije funkcije ustavnog sudovanja. Treći dio rada konačno daje čitanje hrvatskog ustavnog sudišta upravo iz te perspektive, pokazujući zašto identitet ljudskih prava podupire postojanje odvojenog ustavnosudskog foruma, ali i kako iz perspektive takvog koncepta možemo kritizirati ostvarenje ustavnog sudovanja. Time se zaključno pokazuje kako temeljna prava, osim što služe uređenju odnosa građana i vlasti, mogu informirati naše razmišljanje o strukturama vlasti.

2. PROBLEM AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Kao što smo istaknuli u uvodu, hrvatskoj literaturi nisu strane rasprave o sudskom aktivizmu. Literatura je posvećena kako aktivizmu u usporednoj perspektivi¹⁵ tako i ocjeni (nedovoljno) aktivističkog postupanja hrvatskog ustavnog suda u pojedinim primjerima ili u nizu slučajeva.¹⁶ U postojećim je raspravama slabije zastupljen problem autonomije, kojega smo uvodno branili kao specifično pitanje ustrojstva i djelovanja ustavnog sudovanja. Preciznije bi bilo tvrditi da se njega ne raspravlja direktno, već je podloga dijela domaće literature koji predlaže promjene u ustrojstvu i djelovanju Ustavnog suda Republike Hrvatske. U ovom dijelu rada

¹⁵ Primjerice, Arlović, M., Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 51, br. 1, 2014., str. 1-26.; Bačić, A., O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova, *Politička misao*, Vol. 35, br. 2, 1998., str. 94-114.; Bačić, P., Parlamentarni suverenitet i izazovi sudskog aktivizma u Ujedinjenom Kraljevstvu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 60, br. 5, 2010., str. 1109-1134.; Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 747-779.; Bačić, P., Ustavna demokracija i sudska uzurpacija ustava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 46, br. 3., str. 585-600.; Bačić, P., Zakonodavna supremacija i sudski aktivizam u SAD-u, *Politička misao*, Vol. 25, br. 2, 2009., str. 7-30.; Podolnjak, R., Američki Vrhovni sud kao politička institucija: Slučaj Bush v. Gore, *Pravni vjesnik*, Vol. 19, br. 1-2, 2003., str. 285-324.

¹⁶ Primjerice, Gardašević, Đ., Neustavni ustavni amandmani i Ustavni sud Republike Hrvatske, u: Bačić, A. (ur.), *Konstitucionalizacija demokratske politike*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 85-110.; Horvat Vuković, A., Referendum narodne inicijative 2013. – ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma, u: Podolnjak, R.; Smerdel B. (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji*, Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb, 2014., 149-177.; Podolnjak, R., Ustavni sud, izborne jedinice za izbor zastupnika u Hrvatski sabor i načelo jednakosti biračkog prava, *Informator*, br. 5934, 2011., str. 6..

prvo ocrtavamo elementarne konture autonomije ustavnog sudovanja koristeći djelo Hansa Kelsena, a zatim pokazujemo kako takva autonomija figurira u domaćoj literaturi. Time ćemo pružiti jasnije određenje problema koji je predmetom ovog rada.

Autonomija čini važan dio Kelsenove obrane ustavnog suda, i to u dva smisla. Kelsen je očekivano vidi kao središnji preduvjet samostalnog značaja ustava. Primjećujući da vladajuće političke snage njegovog vremena ne dopuštaju snaženje institucija koje bi osiguravale ustavnost zakona i podzakonskih pravnih izvora,¹⁷ Kelsen brani ustavne sudove koji bi „dali zube“ tvrdnji da je ustav najviši pravni akt države.¹⁸ Tu bi autonomiju temeljnog akta ustavni sudovi osiguravali ovlašću ocjene apstraktne pravne norme, i to takvo odlučivanje koje će biti centralizirano i apstraktno, omogućujući odvajanje pitanja ustavnosti od pojedinačnih slučajeva u kojima bi sporne pravne norme mogle biti primijenjene.¹⁹ Ustav se na taj način ne čini autonomnim samo u odnosu na značenje koje mu pridaju druge grane vlasti ili bilo koji drugi subjekti koji su u mogućnosti tumačiti ga, već i u odnosu na činjenice konkretnih slučajeva, koje u glavnini ostaju ograničene na postupke pred pravosudnim tijelima. Da bi to bilo moguće, bitna je autonomija ustavnog sudovanja i u drugom smislu, odnosno neovisnost samog ustavnog suda od zakonodavne i izvršne vlasti.²⁰ Bez toga je i njegovo djelovanje u osiguravanju autonomije ustava potpuno iluzorno.

Usprkos svojoj važnosti, autonomija ustavnosudske funkcije igra krajnje ograničenu ulogu kao normativno mjerilo uređenja strukture ustavnog suda i njegovih ovlasti. Kelsen ne smatra da ona nameće posebna pravila vezana za izbor članova suda kao niti za sastav tog tijela općenito.²¹ Samo povjeravanje specifične uloge „negativnog zakonodavca“ ustavnom sudovanju čini praktički nebitnim način na koji se sud kao nositelj te uloge formira. Negativni je zakonodavac,

¹⁷ Kelsen, H., *The Nature and Development of Constitutional Adjudication*, u: Vinx, L. (ur.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015., str. 25.

¹⁸ *Ibid.*, 27-28, 69.

¹⁹ Kelsen, *op. cit.* (bilj. 17), str. 40.

²⁰ *Ibid.*, str. 47.

²¹ *Loc. cit.*

ustavni sud, „u vršenju svoje funkcije (...) sadržajno predodređen ustavom“.²² On, kao i svaki drugi sud, „uglavnom primjenjuje pravo“, vršeci „istinsko presuđivanje“, zbog čega ga treba organizirati kao i bilo koji drugi sudski organ.²³ Budući da je toliko vezan vlastitom funkcijom, ona će usmjeravati članove suda i bez obzira kako su imenovani. Autonomija tijela jednostavno slijedi iz obilježja funkcije koju vrši. Za razliku od ustavnog suda, pozitivni je zakonodavac, parlament, u pravilu ograničen samo postupkom usvajanja odluka, dok su sadržajna ograničenja rijetka te se svode na „opća načela, smjernice, i tome slično“.²⁴ (Ustavni) sudovi po samoj svojoj zadaći nisu u istoj situaciji.

Uloga negativnog zakonodavca kako je Kelsen zamišlja zapravo je rezultat izdvajanja ustavnosudske vlasti od one zakonodavne, što i sugerira sintagma koja pridjev „negativan“ postavlja između ustavnog sudovanja i usvajanja zakona. Ipak treba primijetiti da takvo podizanje zida između ustavnog sudovanja i zakonodavstva ne otklanja u potpunosti takozvanog pozitivnog zakonodavca. Kelsen na jednom mjestu tako tvrdi da se uloga pozitivnog zakonodavca kod ustavnih sudova „povlači jako daleko u pozadinu“.²⁵ Pitanje je koja je to pozadina naspram koje negativna zakonodavna uloga djeluje i što za nju znači to što pozitivna zakonodavna uloga ustavnog sudovanja zapravo nikada nije u cijelosti odsutna sa scene, već je smještena „daleko u pozadinu“. Iako se ovaj problem može promatrati kroz prizmu sudskog aktivizma, značajan je i za autonomiju stoga što pokazuje da je i Kelsen bio svjestan poroznosti razlike između ustavnog sudovanja i zakonodavne vlasti na kojoj je ipak gradio ostvarenje samostalnosti ustavnog sudovanja.

Za razliku od Kelsena koji je mogao samo nastojati predvidjeti kako će se ustavnosudska funkcija razvijati, suvremeni teoretičari, pa tako i oni hrvatski,

²² *Loc. cit.*

²³ *Loc. cit.* Kelsen je smatrao da vršenje zakonodavne vlasti nije čin stvaranja prava u odnosu na ustav, uslijed kojega bi zakon sam stvarao standarde vlastite valjanosti, već je primjena ustava. Zakon „stvara pravo“ samo u odnosu na podzakonske akte. Budući da je u Kelsenovoj perspektivi on u odnosu na ustav tek puka primjena postojećeg prava, moguće je zamisliti ustavni sud koji će moći provjeravati valjanost te primjene i istovremeno neće uzurpirati ovlasti predstavničkog tijela, *ibid.*, str. 24.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ *Ibid.*, str. 47.

uživaju bitno iscrpniju usporednu i vremensku perspektivu. Dok je Kelsen pretpostavljao da će ustavni sudovi primjenjivati pravne standarde koji će u najvećoj mogućoj mjeri biti predodređeni temeljnim aktom, suvremene institucije posvećene ustavnom sudovanju štite standarde čiji sadržaj nije iscrpno kodificiran. Nije tu riječ samo o temeljnim pravima, već i o konstruktima poput „osnovne strukture“ temeljnog akta, „ustavnog identiteta“ i srodnim konceptima koje nije jednostavno uklopiti u pozitivističku jurisprudenciju.²⁶ U tim uvjetima ustavni suci ne ostaju tek pri primjeni prava, već vrlo kreativno nastupaju u interpretaciji temeljnog akta, pravnim rasuđivanjem otkrivajući nove vrijednosno utemeljene standarde i aktivno sudjelujući u djelovanju pozitivnog zakonodavca.²⁷ Razlika između pozitivnog i negativnog zakonodavca postala je u bitnome problemom sudske aktivnosti te je veći naglasak stavila na autonomiju demokratskih procesa naspram nadzora ustavnosti,²⁸ a specifično pitanje autonomije ustavnog sudovanja ostavljeno je po strani. Podrazumijeva se da su njegovi zahtjevi zadovoljeni ukoliko se adekvatno uredi postupak izbora ustavnih sudaca kao i njihov položaj.

Autonomija ustavnog sudovanja u hrvatskoj se literaturi pojavljuje uglavnom u spomenutim suvremenim konturama, svedena na problem uređenja izbora sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske kao i na reguliranje njihovog položaja.²⁹ Ističe se pritom da je upravo proces imenovanja sudaca presudan za otklanjanje svakolikog interesnog pogodovanja koje bi moglo ugroziti autonomiju Ustavnog

²⁶ Horvat Vuković, A., „U ime ustava“ – materijalne granice promjene ustava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65, br. 3-4, 2015., str. 481-503.; Kostadinov, B., Ustavni identitet, u: Bačić, A. (ur.), *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske: okrugli stol održan 16. prosinca 2010. u palači HAZU u Zagrebu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2011., str. 305-337.; Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 12), str. 32.

²⁷ Primjerice, vidi Stone Sweet, A., *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

²⁸ Smerdel, B., Kriza Ustavnog suda: narav pogibelji i znanstveni odgovor – Prijedlog ustavno utemeljenog rješenja obnove Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Hrvatska pravna revija*, Vol. 16, br. 3, 2016., str. 5.

²⁹ Vidi, primjerice, Arlović, M., O nezavisnosti ustavnog suda i njegovih sudaca, *Pravni vjesnik*, Vol. 29, br. 3-4, 2013., str. 2-27.

suda.³⁰ Obično se kao središnji prostor upliva takvih pogodovanja naglašava otvorena mogućnost reizbora ustavnih sudaca i sutkinja, uslijed čega trenutni članovi Suda imaju poticaj odmjeravati svoja mišljenja kako se ne bi zamjerali političkim akterima o kojima im ovisi novi mandat.³¹ Kako tumačenje temeljnog akta definitivno nije tek primjena dobro razrađenih pravnih mjerila, Ustavni sud ima i prostor za takvo kalkuliranje kojim se zapravo ugrožava smisao autonomije Ustava kao i samostalnost Suda naspram drugih grana vlasti.

Problem reizbora prikazuje temu koja prožima i sve druge prijedloge za reformom načina popunjavanja sastava Suda, a to je problem osmišljavanja postupaka kojima bi se prostor političkih kalkulacija pri formiranju sastava Ustavnog suda sveo na ograničenu mjeru i time osnažilo autonomiju tog tijela. Dvotrećinska većina potrebna za izbor svakog pojedinog člana i članice Suda krunska je mjera u tom pogledu, jer prisiljava većinske i manjinske političke opcije na veći stupanj suglasnosti o popunjavanju svakog pojedinog mjesta pri ustavnom sudištu. Međutim, taj isti problem ograničavanja političke arbitrarnosti prepoznaje se i u drugim prijedlozima koji, za razliku od zahtjeva dvotrećinske većine, još nisu dijelom pozitivnog prava. Dostatno je osvrnuti se na Podolnjakov opširan popis poželjnih promjena u načinu izbora i položaju ustavnih sudaca. Namjeru otklanjanja prostora političkoj arbitrarnosti možemo pripisati mjerama poput osiguravanja ovlasti predlaganja sudaca koja bi pripala Ustavnom sudu slučajju da se u Hrvatskom saboru ne postigne dogovor, osiguravanje određene kvote za suce najviših sudova, kao i paran broj sudaca koje se može ravnomjerno rasporediti između političkih opcija i time barem donekle neutralizirati potrebu za prevagom jednih naspram drugih.³² Značajno je da se sve te mjere izvode iz usporednog

³⁰ Antić, T., Postupak i uvjeti za izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 1, 2015., str. 50-51.

³¹ Lauc, Z., Novo uređenje statusa sudaca Ustavnog suda: od načina izbora do materijalnih osnova njihova rada, u: Bačić, A. (ur.), *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2009., str. 317.; Podolnjak, R., Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 57, br. 3, 2007., str. 556.

³² Podolnjak, R., Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske dvotrećinskom većinom zastupnika Hrvatskog sabora i promjena Ustava, *Informator*, br. 5818, 2009., str. 6-7.

iskustva, a usmjerene su upravo na osiguravanja autonomije ustavnog sudišta od suvišnih političkih utjecaja.

Kao što je u uvodu istaknuto, u vrijeme pisanja ovog rada pojedini su politički akteri i komentatori počeli isticati i ekstremne mjere preustroja ustavnog sudovanja kao funkcije. Njihovi argumenti, iako ustavnopravno uglavnom periferni, pokazuju slabosti autonomije kao čisto proceduralne ideje koju se može popuniti tek usporednim uzorima. U odsustvu vlastitog sadržaja, autonomiju je moguće odmaknuti od usporednog prava i popuniti političkim gledištima koja je ocjenjuju ugroženom i pružaju osnovu za radikalne mjere. Tako je i prema spomenutim kritičarima djelovanje Ustavnog suda toliko sklono politiziranju da bi Sud trebalo ukinuti i njegovu funkciju prenijeti redovnoj sudbenoj vlasti.³³ Jasno je da se naspram takvih prijedloga može inzistirati na potrebi očuvanja izbora kojemu je ustavotvorac bio privržen još prije osamostaljenja Republike Hrvatske, kada je ustavno sudovanje povjereno Ustavnom sudu kao zasebnom tijelu.³⁴ Ipak, sama ideja autonomije ustavnog sudovanja, kakvom je poznaje trenutna literatura, nije protivna prenošenju funkcije Suda na redovnu sudsku vlast sve dok je to prenošenje takvo da osigurava jamstva neovisnog ustavnog sudovanja. Bez obzira što se takav zahvat ne može izvesti jednim referendumskim pitanjem, kako to smatra Puhovski,³⁵ takva vrsta preustroja stoga nije niti sasvim nezamisliva.

Iako je Kelsen smatrao da zahtjev autonomije ne postavlja nikakve posebne zahtjeve pred ustrojstvo ustavnih sudova, držeći da je riječ o „političkim

³³ <https://www.tportal.hr/vijesti/clanak/milanovic-napao-ustavni-sud-ukinimo-ga-nema-razloga-postojati-nakon-ovog-ovo-je-drzavni-udar-foto-20220516> [pristup: 20. srpnja 2022.].

³⁴ Arlović, M., Međudnos između pozitivnog i negativnog zakonodavca u Republici Hrvatskoj, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 3-4, 2015., str. 244.; Omejec, J., *op. cit.* (bilj. 12), str. 35.

³⁵ <https://net.hr/danas/hrvatska/moze-li-se-uopce-ukinuti-ustavni-sud-24ffa398-d766-11ec-b0b6-625f77fa319f> [20. srpnja 2022.]. Tome je tako jer nije moguće jednim zahvatom ukinuti Sud i prenijeti njegove zadaće, primjerice, Vrhovnom sudu. U najmanju je ruku potrebno predvidjeti koja će ustrojbeni jedinica u Vrhovnom sudu odlučivati o ustavnopravnim pitanjima i kako će se njezini članovi imenovati. To traži odlučivanje o nizu odvojenih pitanja i o različitim pravnim aktima koje niti uz najveću vještinu nije moguće uklopiti u jedno pitanje na koje se može odgovoriti s „da“ ili „ne“, odnosno „za“ ili „protiv“.

razmatranjima“³⁶, vidimo da se danas i ta politička razmatranja nastoji staviti pod kontrolu ali da se ona u Hrvatskoj i kontinuirano nastoje oteti granicama. Pitanje je radi li se o problemu na koji se može nešto drukčije ustavnoteorijski intervenirati. Uostalom i sâm je Kelsen tvrdio kako bi se „specifičan dizajn ustavnog suda morao prilagoditi osobitostima ustava o kojima je riječ“.³⁷ Međutim, on ne objašnjava koje bi to „specifičnosti“ ovdje bile u igri. Nije jasno niti je li na umu imao samo formalni ustav u osnovnom smislu ili neko prošireno shvaćanje tog akta. U osnovnom bi smislu ustav uređivao tek pravila uređenja države, posebno zakonodavca i zakonodavnog postupka te, eventualno, vrhova izvršne vlasti.³⁸ Ustav u širem smislu može obuhvaćati i sadržajna predodređenja zakona, što uključuje i temeljna prava.³⁹ Nije moguće da je Kelsen mislio tek na pozitivističko viđenje ustava kao vrha piramide izvora prava, jer takav položaj temeljnog akta nikako ne predstavlja „specifičnost“ koja bi mogla posebno uvjetovati ustavne sudove u pojedinim jurisdikcijama. Naprotiv, Kelsen baš i određuje vrhovni položaj ustava kao karakteristiku koncepta koja ne ovisi o posebnostima jedne države i koja može eventualno varirati u svojem odnosu prema međunarodnom pravu.⁴⁰ Konačno, čak i ako zanemarimo ovaj problem određivanja relevantnih posebnosti, otvoreno je pitanje što bi one točno mogle zahtijevati od uređenja ustavnih sudova i tko je nadležan za utvrđivanje njihovog značaja. Dvostruki zahtjev autonomije ustava i ustavnog sudovanja možda bi mogao poslužiti kao nit vodilja u tome. U nastavku ćemo pokazati da se taj zahtjev može, osim usporednim iskustvom, konkretizirati i promišljanjem identiteta ljudskih prava.

3. IDENTITET LJUDSKIH PRAVA: INSTRUMENT PROMIŠLJANJA AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Faraguna pokazuje da je „identitet“ koncept kojemu se u javnom pravu posvećuje puno prostora.⁴¹ Za ustavnu je teoriju u tom smislu posebno bio bitan ustavni

³⁶ Kelsen, *op. cit.* (bilj. 17), str. 47.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ *Ibid.*, str. 28.

³⁹ *Ibid.*, str. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, str. 26.

⁴¹ Faraguna, P., Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?, *German Law Journal*, Vol. 18, br. 7, 2017., str. 1618.

identitet. U literaturi nalazimo dva osnovna pravca problematizacije tog koncepta. Jedan predstavljaju teoretičari kao što su Gary Jacobsohn i Michel Rosenfeld, koji ustavnom identitetu pristupaju poglavito deskriptivno, koristeći ga kako bi postavili teorije o ustavnom subjektu, odnosno o prepoznavanju i promjeni središnjih značenja ustava u pojedinim državama.⁴² Osim njih, postoje i teoretičari koji iz koncepta izvode izražene normativne posljedice, posebno u teorijama neustavnog ustavnog amandmana. Roznai je istaknuti primjer ove struje, koja u identitetskoj jezgri ustava nalazi pitanja koja se ili uopće ne može mijenjati promjenama temeljnog akta ili je promjena moguća samo pod iznimnim uvjetima.⁴³ U hrvatskoj literaturi dominira upravo ovaj drugi, poglavito normativni pristup, posebno razvijen pod utjecajem prakse hrvatskog ustavnog suda koji je i sâm usvojio ovlast neustavnog ustavnog amandmana.⁴⁴

Naš je cilj u ostatku rada koristiti obje struje literature o ustavnom identitetu kao inspiraciju za postavljanje dvaju užih pitanja vezanih za našu temu. Umjesto da se pitamo o odnosu (ustavnog) identiteta i ljudskih prava, prije svega želimo opisati što bi to bio identitet temeljnih prava u okviru hrvatskog konstitucionalizma. Zatim se, u sljedećem dijelu rada, oslanjamo na prikaz identiteta ljudskih prava kao normativni sadržaj za autonomiju ustavnog sudovanja i procjenu djelovanja Ustavnog suda Republike Hrvatske naspram te autonomije. Time ćemo pokazati kako se koncept autonomije može osloniti na posebnosti hrvatskog ustava na način koji pruža određene normativne okvire bez da istovremeno u cjelini istiskuje svaku kritiku i moguću promjenu u načinu na koji je ustrojeno vršenje ustavnog sudovanja.

Prije svega se čini važnim istaknuti zašto bi „identitet ljudskih prava“ uopće bio relevantan za autonomiju ustavnog sudovanja. Već smo ranije vidjeli da je Kelsen pretpostavljao kako će ustavni sudovi primjenjivati ustavom relativno dobro

⁴² Rosenfeld, M., *The Identity of the Constitutional Subject: Subject, Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Oxon, 2010.; Jacobsohn, G. J., *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Cambridge, 2010.

⁴³ Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2017., str. 148-150.

⁴⁴ Vidi, primjerice, Gardašević, Đ., *op. cit.* (bilj. 16); Horvat Vuković, *op. cit.* (bilj. 26); Horvat Vuković, *op. cit.* (bilj. 16).

definirane pravne standarde. U suvremenim su ustavima neizostavni dio tih standarda temeljna prava koja se njima jamče. Konstitucionalizam je danas u bitnome vrijednosno orijentiran, toliko da se tvrdi kako su najviše vrednote ustavnog poretka „jezgra dobrog i ispravnog“ bez kojih bi pravo kao sredstvo uređenja međuljudskih odnosa postalo svrhom samo sebi, jezik moći načelno sposoban neograničeno djelovati na svoje subjekte.⁴⁵ Uslijed takvog usmjerenja, sudovi su u mnogim državama postali bitnim akterima u tumačenju temeljnih prava kao dijela vrijednosne jezgre ustava,⁴⁶ a rasprava o tome koliko je to poželjno pretače se u dobro poznati rasjed između pravnih konstitucionalista, sklonih angažiranim (ustavnim) sudovima te onih političkih, koji puno veću vjeru polažu u političke grane vlasti, posebno zakonodavno tijelo.⁴⁷ Budući da Kelsen nije pisao svoju razradu autonomije ustavnog sudovanja u uvjetima koje su karakterizirali ustavni sudovi toliko oslonjeni na vrijednosnu komponentu ustava, čini se uputnim promisliti kako se ideja autonomije odnosi baš prema temeljnim pravima kao redovitim izvorima argumentacije pred ustavnim sudištima. Hrvatski je slučaj dobra prilika za to zbog toga što naš temeljni akt daje izniman značaj upravo najvišim vrijednostima pravnog poretka, kodificiranim u njegovom trećem članku, kao i temeljnim pravima, koja dominiraju njegovim sadržajem.⁴⁸

⁴⁵ Tamanaha, B. Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006., str. 215.

⁴⁶ Petar Bačić tako ističe kako se smatra da su ljudska prava „sinonim modernih koncepcija ustavnodemokratske države“, Bačić, *op. cit.* (bilj. 7) str. 772.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 773.; Crnić, J., *Vladavina ustava. Zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina ili Kako pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Informator, Zagreb, 1994., str. 104. i 109.; Bellamy, R., Political constitutionalism and the Human Rights Act, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, br. 1, 2011., str. 90.

⁴⁸ Ustav Republike Hrvatske, 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), Narodne novine br. 5/2014 Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (u daljnjem tekstu: Ustav RH), čl. 3 i glava III. O važnosti aksioloških osnova Ustava te temeljnih prava u hrvatskom konstitucionalizmu vidi Bačić, A., Prava izgubljena u tranziciji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 42, br. 1-2, 2005., str. 8.; Bačić, A., Ustav Republike Hrvatske i najviše vrednote ustavnog poretka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 49, br. 1, 2012., str. 10-17. Vidi i odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-III-1451/2015 od 9. travnja 2015., Narodne novine br. 44/2015-899, para 40.1.

Rasprava između pravnih i političkih konstitucionalista podsjeća nas da temeljna prava u sklopu vladavine ustava, neovisno o svojoj nedvojbenoj važnosti, nemaju nužno ulogu koju je moguće jednoznačno opisati. Ona mogu biti resursom sudske djelovanja, ali isto tako i poticaj i okvir većinske politike, oblikovane u političkim granama vlasti.⁴⁹ Način na koji ih se poima ujedno se može razlikovati, ne samo od institucije do institucije, već i između građana i vlasti, kao i između pojedinih građana i skupina građana.⁵⁰ Njihova pretpostavljena univerzalnost stalno ostaje u odnosu napetosti s potrebom da ih se učini praktičnom stvarnošću u poprilično lokalnim kontekstima.⁵¹ Ona su politična te njihovo mjesto i uloga u ustavnom poretku ne moraju pratiti pravnu fiksiranost.⁵² Pravnici na to nisu uvijek osjetljivi, jer u pravu se prvenstveno bavimo ograničenjima temeljnih prava. Ona pak uvijek moraju biti relativno strogo uređena kao iznimka od pravila.⁵³ Pravilo je u glavnini sloboda nositelja određenog prava da svojim djelovanjem konkretizira njegov sadržaj. Ovo djelovanje, sve dok ne potpadne u predmet ograničenja, može promaknuti pravnoj perspektivi.⁵⁴ Zato pravno viđenje prava

⁴⁹ Ova je tvrdnja samorazumljiva, a potvrđuju je i različiti standardi ustavnosudskog nadzora temeljnih prava, koji potvrđuju da se razrada sadržaja tih jamstava nikada ne svodi samo na djelovanje sudova ili političkih grana vlasti, već na njihov različito odmjerjen međuodnos. Osnovno o različitim standardima ograničenja u američkom pravu vidi u Gardašević, Đ., Pojam temeljnih prava i Ustav Republike Hrvatske, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavi i demokracija. Strani utjecaji i domaći odgovori*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012., str. 297. Vidi i Tratar, B., Objektivne funkcije ljudskih prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Pravni vjesnik*, Vol. 31, br. 2, 2015., str. 30.

⁵⁰ Nicholson, M., Majority Rule and Human Rights: Identity and Non-Identity in *SAS v France*, *Northern Ireland Quarterly*, Vol. 67, br. 2, 2016., str. 116.

⁵¹ Al Tamimi, Y., Human Rights and the Excess of Identity: A Legal and Theoretical Inquiry into the Notion of Identity in Strasbourg Case Law, *Social & Legal Studies*, Vol. 27, br. 3, 2018., str. 286; Subotić, J., Stories States Tell: Identity, Narrative, and Human Rights in the Balkans, *Slavic Review*, Vol. 72, br. 2, 2013., str. 326.

⁵² Rodin, S., Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom ustavnom pravu, *Politička misao*, Vol. 34, br. 1, 1997., str. 113. Šire u Goodhart, M., Human Rights and the Politics of Contestation, u: Goodale, M. (ur.), *Human Rights at the Crossroads*, Oxford University Press, Oxford, 2013., str. 31-44.

⁵³ Tako vidi i čl. 16. te 17. Ustava RH.

⁵⁴ Tako su ustavni teoretičari iz perspektive republikanizma kritizirali pravna jamstva temeljnih prava zbog njihovog ograničenog kapaciteta da suzbiju odnose dominacije koji izazivaju gubitak slobode,

zajamčenih ustavom može biti zapravo relativno usko pa i svojim adresatima nametati unaprijed predviđene identitete.⁵⁵ Ipak, baš kao što niti ustavni identitet, ono što čini ustavom to što jest, nikada nije apsolutno fiksiran i potpuno jasan niti može biti sasvim univerzalan,⁵⁶ tako i identitet temeljnih prava može biti podložan mijenama i katkada suprotstavljenim interpretacijama koje ulaze u sraz.

Koncept identiteta ljudskih prava poziva nas da utvrdimo što je to što čini ljudska prava time što ona jesu u konkretnom ustavnom poretku. Nije pitanje pripadaju li temeljna prava samo pojedincima ili i skupinama ili koja se prava, kome i u kojem opsegu trebaju priznati, već po čemu prepoznajemo temeljna prava uopće naspram ostalih ustavnih sadržaja te koja je njihova jezgra bez koje bi se ta prava suštinski izgubila. Promišljanje identiteta ljudskih prava omogućuje utvrditi i kako različite institucije i drugi akteri doprinose artikuliranju i primjeni temeljnih prava zajamčenih ustavom. Time ujedno možemo dobiti osnovu za prepoznavanje i kritiku propusta u djelovanju. Autonomija ustavnog sudovanja i doprinos Ustavnog suda toj autonomiji onda nije tek prostor učitavanja svakojakog poimanja onoga što ta autonomija traži, već se njezino značenje napaja upravo problemom identiteta ljudskih prava.

Osnovna metoda kojom se određuju konture identiteta ljudskih prava u hrvatskom ustavnopravnom poretku jest specifična interakcija forme i supstance. Znamo da su temeljna prava ono što se razlikuje od struktura vlasti predviđenih temeljnim aktom s jedne strane te postupcima promjene temeljnog akta s druge strane. To naznačuje i struktura ustavnog teksta, iako je zapravo ustaljeno ustavnopravno tumačenje ono što povlači razliku između ljudskih prava i drugih ustavnih sadržaja. Prava zajamčena Ustavom Republike Hrvatske tako se redovito dovodi u najbližu vezu s najvišim vrednotama našeg poretka koje se zapravo operacionaliziraju poglavito putem jamstava konkretnih ljudskih prava.⁵⁷ Ona trebaju voditi djelovanje institucija vlasti uspostavljenih Ustavom kao i sve ostale

Daly, E., Freedom as Non-Domination in the Jurisprudence of Constitutional Rights, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 28, br. 2, 2015., str. 295.

⁵⁵ Nicholson, *op. cit.* (bilj. 50), str. 116-117.

⁵⁶ Rosenfeld, *op. cit.* (bilj. 42), str. 36.

⁵⁷ Vidi, primjerice, odluka Ustavnog suda u predmetu U-III-2000/2001 od 10. 7. 2002., para 8.

adresate ustavnih normi, a imuna su od ustavnih promjena koje bi ih mogle ograničiti ili u cjelini dokinuti. Strukture vlasti i sâm proces ustavotvorstva stoga su podložni ovoj jezgri temeljnih prava za koju se, po uzoru na njemačko ustavno pravo, tvrdi da je dijelom objektivnog poretka vrijednosti koji „obasjava“, „zrači“ ili „prožima“ svako pitanje koje uređuje temeljni akt i pravni poredak uopće.⁵⁸ Ustavom zajamčena prava se razlikuju od ustavnih struktura u smislu da im ne mogu biti podređena niti u njih u cijelosti uklopljena, ali su ih istovremeno u stanju prožeti. Ona su supstanca koja ulazi u kontinuiranu interakciju s ustavom predviđenim formama.

Metafore kao što su „zračenje“ i „prožimanje“ zapravo zavaravaju utoliko što u nama stvaraju predodžbu o radioaktivnoj tvari koja, poput kriptonita, dokida neograničenu vlast sasvim neovisno o bilo kakvom ljudskom djelovanju. Umjetnu tvorevinu vlasti ona u tom čitanju čini čovječnijom već samom svojom nazočnošću u ustavnom poretku, oduzimajući joj moći kojima bi ova inače mogla s lakoćom pokoriti obične građane. Ne bismo smjeli gubiti iz vida iluzornost takve ideje, jer sposobnost temeljnih prava da „ozračuju“ sve ostale ustavne strukture i njihovu primjenu podrazumijeva ljudsko djelovanje koje će osigurati da će temeljna prava zadržati svoju opstojnost kao prostori autonomnog djelovanja i istovremeno moći poslužiti kao jezik moći kojim se druge ustavne strukture stavlja pod kontrolu.⁵⁹ Tako je „zračenje“ i „prožimanje“ zapravo izuzetno ograničena metafora, za kojom se najčešće poseže u sudskom tumačenju temeljnog akta, posebno u naporima da se ustave protumači kao cjeline povezane suptilnim vrijednosnim nitima. Ona daje naznačiti nastojanje (ustavno)sudskih tijela da zaklone vlastito djelovanje i moć u tumačenju temeljnog akta. Ako vrijednosne komponente temeljnog akta „zrače“ i „prožimaju“, sudovi su poput kemičara koji promatraju tu reakciju i prijavljuju

⁵⁸ Horvat Vuković, A., *op. cit.* (bilj. 26), str. 490.

⁵⁹ Lohmann, G., Demokracija i ljudska prava, *Politička misao*, Vol. 41, br. 1, 2004., str. 115-125.; Rodin, *op. cit.* (bilj. 52), str. 117.

njezin tijek zainteresiranoj javnosti⁶⁰ i usprkos tome što zapravo vlastitim odlučivanjem definiraju značenje „zračenja“ i „prožimanja“.

Imajući ovo u vidu, ne čini nam se neispravnim odrediti identitet ljudskih prava u hrvatskom ustavnom poretku kao poziv na djelovanje kojim se sadržaj i značaj tih prava definira u odnosu prema drugim ustavnim strukturama. Pod „djelovanjem“ ne podrazumijevamo samo aktivnost političkih grana vlasti, zakonodavne i izvršne, nego takvo postupanje razumijemo u najširem mogućem smislu, tako da uključuje i aktivnost Ustavnog suda, odnosno njegovu ustavnosudsku politiku, kao i građane. Ovo gledište ne teži apriorno i apstraktno ocijeniti je li poželjno da Sud bude više ili manje aktivistički nastrojen naspram Sabora i Vlade, već priznaje sve relevantne aktere kao sudionike istog procesa. Autonomija ustavnog sudovanja u tom smislu nije tek odvojenost jedne institucije od drugih kojom bi se trebala zajamčiti cijepljenost temeljnog akta od redovne politike, već je vezana za identitet ljudskih prava kao prostora i sredstva preispitivanja *statusa quo*.

Ovo naše tumačenje identiteta ljudskih prava nalazi svoju idejnu podlogu u kritičkom pristupu međunarodnom pravu ljudskih prava. Baš kao što postojanje nadnacionalnih standarda temeljnih prava može „osnažiti građanske pokrete i savjesne tvorce javnih politika (...) u preispitivanju političkih praksi“,⁶¹ Ustavom zajamčena prava mogu biti sredstvom problematizacije ustaljenih odnosa moći i pravom zacrtanih identiteta. Jednostavan primjer nalazimo u predmetu o kojem je Ustavni sud odlučivao 2014. godine, kada je utvrdio da je zabrana korištenja pokrivala za glavu muslimanki zapravo ograničenje njezinog prava na slobodu savjesti i vjeroispovijedi. Već je prije odluke Ustavnog suda pozivanje na ovo temeljno pravo ishodilo promjenu relevantnog pravilnika i efektivno otklanjanje povrede, upravo stoga što temeljna prava nikada nisu u cjelini svediva na već

⁶⁰ Tako, prema Omejec, „Ustavni sud samo ocjenjuje „efekt zračenja“ temeljnih prava na privatno pravo i implementira vrijednosti koje čine nerazdvojni dio poimanja ustavnog prava“, Omejec, *op. cit.* (bilj. 12), str. 67.

⁶¹ Baxi, U., *Voices of Suffering and the Future of Human Rights*, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 8, br. 2, 1998., str. 126. Ispravno se utvrđuje i da „ljudska prava na najnevjerovatnije načine čine mogućim diskurs o ljudskoj patnji. Prakse moći, podržane nekom sveobuhvatnom društvenom teorijom, više ne smiju opravdati uvjerenja koja su osnova svojevrijednog nanošenja zla kao da je to obilježje suvereniteta ili dobrog društva“, *ibid.*, str. 137.

postojeće i pravom uređeno stanje.⁶² U biti je njihovog identiteta mogućnost da izazovu takve okvire i to je ono što ih čini specifičnima u odnosu na druge ustavne strukture, dajući im njihov identitet. Temeljna prava priznaju da postoje „široki mehanizmi moći“⁶³ koji uvjetuju pojedinca te u tom smislu nikada nisu potpuno zatvorena u postojeće stanje stvari.

4. IDENTITET LJUDSKIH PRAVA KAO SREDSTVO PROCJENE AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA

Imajući u vidu ranije skicirani koncept identiteta ljudskih prava, ovdje prije svega treba kratko prikazati njegov odnos s ustavnosudskom funkcijom i njezinom autonomijom, a onda naspram te podloge razmotriti slučaj Ustavnog suda Republike Hrvatske kao trenutnog nositelja funkcije ustavnog sudovanja. Time ćemo pokazati kako razmatranje problema autonomije iz vizure identiteta ljudskih prava pomaže isključiti reformske prijedloge koji su uglavljeni na proizvoljnom tumačenju problema samostalnosti Ustavnog suda, ali i da se ovom perspektivom dodatno potvrđuju neki već ranije izneseni reformski prijedlozi.

Prije svega je potrebno ukratko se osvrnuti na odnos funkcije ustavnog sudovanja i identitet ljudskih prava. Utoliko što se potonjeg može izjednačiti s kapacitetom jamstava temeljnih prava da posluže kao sredstvo i prostor preispitivanja zatečenog stanja, funkcija ustavnog sudovanja može odigrati bitnu ulogu stoga što služi ostvarivanju autonomnog tumačenja temeljnog akta. Ona uvijek ima prostor pridati temeljnim pravima značenje koje može odudarati od onoga koje mu pripisuju drugi relevantni akteri. Ustavno sudovanje tako tvori jedan način na koji se može osigurati identitet ljudskih prava. Namjerno ističemo da je riječ o „jednom“ načinu. Ustavno sudovanje po prirodi svojeg zadatka ostaje funkcionalno ograničeni forum budući da je ovlašteno odlučivati o sporovima o ustavnosti.⁶⁴ Ti sporovi mogu uzeti različita obličja, kao što je pitanje zaštite pojedinačnih temeljnih prava u postupcima pokrenutima ustavnim tužbama ili pak problem ustavnosti zakona ili kakvog drugog izvora prava. Međutim, oni u

⁶² Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-III-3785/2009, Narodne novine br. 89/2014-1806, para 10.1.

⁶³ Al Tamimi, *op. cit.* (bilj. 51), str. 296.

⁶⁴ Sokol, *op. cit.* (bilj. 9), str. 18.

svakom slučaju pretpostavljaju postojanje kontroverzi o kojima treba odlučiti i izvan kojih ustavno sudovanje nema što tražiti. Proaktivno oživotvorenje identiteta ljudskih prava zato nužno traži angažman drugih aktera. Osim toga, utoliko što se ustavno sudovanje oslanja na pravno rezoniranje, njegovo djelovanje može dovesti do određene mistifikacije političkih problema, ali i do pravnog zatvaranja sporova koje ne mora dovesti do iskupljenja identiteta ljudskih prava.⁶⁵ Naprotiv, moguće je da ustavno sudovanje svojim izraženo pravničkim modusom djelovanja potvrdi postojeće stanje stvari i time suzi prostor njegovog izazivanja posredstvom temeljnim aktom zajamčenih prava. Odluke hrvatskog ustavnog suda o mjerama uvedenima za trajanja koronakrize mogu se kritizirati upravo iz tog gledišta.⁶⁶ U tom svjetlu funkcija ustavnog sudovanja može biti koristan prostor za oživotvorenje identiteta ljudskih prava te je stoga važna i njezina autonomija, ali ne smije postati jedina prilika za to.

Promatranjem odnosa identiteta ljudskih prava i funkcije ustavnog sudovanja možemo utvrditi da je riječ o perspektivi koja prije svega potvrđuje niz prijedloga koji su već izneseni u pogledu reformiranja hrvatskog ustavnog suda. Utoliko što se u izboru sudaca inzistira na kriteriju stručnosti, sve mjere koje bi osigurale da mjesta na Sudu zaista popune vrsni pravnici može se ocijeniti kao važnom barijerom od postupanja koje bi zanemarilo identitet ljudskih prava. Pretpostavka jest da će profesionalnost članica i članova suda priječiti politički arbitrarno odlučivanje i tako osigurati autonomno tumačenje jamstava temeljnih prava te njihovih posljedica po ostatak ustavne arhitekture.⁶⁷ Perspektiva iz identiteta ljudskih prava jednakom će odlučnošću podržati prijedloge kojima se smanjuje

⁶⁵ Balkin, J. M., *Critical Legal Theory Today*, u: Mootz, F. J. (ur.), *On Philosophy in American Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009., str. 64.; Brabazon, H., *Dissent in a juridified political sphere*, u: Brabazon, H. (ur.), *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, New York, 2017., str. 174.; Krever, T., *Law, development and political closure under neoliberalism*, u: Brabazon, H. (ur.), *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, Routledge, New York, 2017., str. 37.

⁶⁶ Barić, S.; Miloš, M., *Mapping the Constitutional Terrain of Vulnerability in the Covid Pandemic: the Croatian case*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 43, br. 2, 2022., str. 431-451.

⁶⁷ Tako i Petar Bačić ispravno ističe kako autonomija ustavnog sudovanja traži određenu vrstu razboritosti, usmjerenu na interakciju principa i praktično-političkog promišljanja, u čemu potreba ponovnog izbora u sastav Suda ne igra nikakvu konstruktivnu ulogu, Bačić, *op. cit.* (bilj. 7), str. 756.

mogućnost da članovi Suda politički trže argumentima kako bi si osigurali dodatne mandate, kao i one prijedloge koji u postupku izbora sutkinja i sudaca stručnost podređuju arbitrarnosti političke stranke.⁶⁸ Svi ti prijedlozi nastoje zadržati protuuećinsku ulogu Suda te zato nisu sporni.

Ipak, perspektiva skicirana u ovom radu nije toliko široko otvorena reformama kao i klasično shvaćanje autonomije ustavnog sudovanja, koje je praktički u cjelini otvoreno „političkim prosudbama“. Ovo tumačenje ne pruža potporu promjeni koja bi ograničila djelovanje u ustavnom sudovanju isključivo na članice i članove sudbene grane vlasti. Ono ujedno ne može dati potporu ukidanju Ustavnog suda i utapanju njegovog djelovanja u redovito sudstvo. Tome je tako stoga što identitet ljudskih prava polazi od toga da se jamstva temeljnih prava, ma koliko u njima bilo bitno pravno rezoniranje, ne smiju svesti isključivo na usku pravnu perspektivu niti isključivo na perspektivu jedne grupacije unutar pravne struke. Kao što je ranije naznačeno, ljudska su prava neizostavno politična, a postojanje Ustavnog suda kao zasebnog tijela podsjeća nas upravo na političku dimenziju tumačenja Ustava. Osim što su postupci izbora sudaca politički kontroverzni, izdvojenost same institucije Suda, baš kao i postupci koji pred njime vode, naglašavaju da se ustavnosudsko tumačenje Ustava nikada ne svodi isključivo na pravničko rezoniranje lišeno politike niti svojih širih implikacija. Naprotiv, čak se i pojedinačni sporovi o povredi ljudskih prava mogu promatrati kao doprinos „konkretizaciji sadržaja temeljnih prava koja predstavljaju objektivni vrijednosni poredak“.⁶⁹ U tom je svjetlu odvojeno postojanje Ustavnog suda i popunjavanje

⁶⁸ Arlović navodi kako smatra da zabrana reizbora “nije jamstvo da će sudci biti nezavisni u obavljanju svoje funkcije”. Kao potporu svojem stavu u bilješki navodi mogućnost da će suci, pogotovo oni mlađi, pogodovati političkim silnicama kako bi si osigurali položaje izvan ustavnog suda nakon kraja njihova mandata, Arlović, *op. cit.* (bilj. 29), str. 22. Nedvojbeno je da zabrana reizbora nije *jamstvo*, ali ona svakako smanjuje vjerojatnost političke trgovine koja može štetiti autonomiji Suda. Takvom se zabranom sprječava da se pojedinci ušance u sudu na račun svoje političke umješnosti i stručne inertnosti. Valjanost te dobrobiti ne može se pobiti time što možemo zamisliti scenarij u kojemu se integritet članica i članova Suda može izložiti kakvoj drugoj nemoralnoj ponudi. Možemo samo napraviti ono što je moguće kako bi se prostor tržišnog raspolaganja ustavnošću čim više smanjio.

⁶⁹ Rodin, S., Temeljna prava i dopuštenost ustavne tužbe, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga ustavnog suda*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 205., 219.

njegovog sastava specifičnim političkim postupkom zapravo i doprinos autonomiji ustavnog sudovanja. Taj se doprinos ne sastoji u tome što se njime, kao kod prije raspravljenih reformskih mjera, osigurava čim veći upliv stručnog pravnog rezoniranja. Da je autonomiju moguće svesti na to, što je i Kelsen isticao, bilo bi moguće tvrditi da se ustavno sudovanje treba prenijeti na jedan odjel Vrhovnog suda u kojem bi djelovali samo suci. Suprotno tome, utemeljenje Suda kao specifičnog nositelja ustavnog sudovanja ističe upravo neizbježna ograničenja u pravnom pristupu političkim sporovima. U isticanju tih ograničenja, Ustavni sud, pogotovo tamo gdje griješi, narušava našu pretjeranu vjeru u pravnu neutralnost i jasnoću te potiče druge aktere da se uključe u projekt tumačenja Ustava koji bi, u razvijenim republikama, trebao pripadati svima.

5. ZAKLJUČAK

Svrha je ovog rada bila razmotriti identitet ljudskih prava kao sredstvo popunjavanja inače čisto proceduralne ideje autonomije ustavnog sudovanja. Problematizacijom Kelsenove obrane ustavnih sudova pokazali smo kako je problem autonomije ostao nedostatan razvijen i kako ga u suvremenoj literaturi istiskuje pitanje sudskog aktivizma. Naspram te smo slike istaknuli iznimnu važnost temeljnih prava u suvremenom ustavnom sudovanju te u slučaju Republike Hrvatske utvrdili da specifičnost tih utjecajnih ustavnih jamstava leži u njihovom otporu prema svođenju na druge strukture predviđene Ustavom naše države. Ovu smo specifičnost zatim premjestili u kontekst autonomije ustavnog sudovanja. Pokazali smo kako je tako protumačena autonomija otvorena mnogim prijedlozima reforme hrvatskog ustavnog suda, ali ne i njegovom ukidanju. Osim inzistiranja na pravu, u zaštiti posebnosti ljudskih prava neizostavno je inzistirati i na ograničenjima pravnog rezoniranja. Ustavni sud ne utjelovljuje samo nadređenost Ustava svim ostalim izvorima prava, već i granice pravnog promišljanja u oživotvorenju temeljnog akta. Ideja autonomije u osnovi te institucije trajno je sporni i nedovršeni projekt već zbog toga što je odijeljenost prava od politike prijeporna. Ukidanje Ustavnog suda ili znatno smanjenje njegovih ovlasti ne bi dokinulo tu prijepornost, već bi je eventualno moglo učiniti manje vidljivom i manje podložnom legitimnim demokratskim sporovima. Ustav

M. Miloš & E. Haidinger

PROCJENA AUTONOMIJE USTAVNOG SUDOVANJA IDENTITETOM LJUDSKIH PRAVA

se ne bi smjelo tumačiti kao put bijega od tih kontroverzi, već kao sredstvo konstruktivnog nošenja s njima.

3. Praktični pristup Ustavnog suda Republike Hrvatske načelu razmjernosti u ocjeni protuepidemijskih mjera

DORA PAVKOVIĆ*

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD
UDK 342.565.2: 616.921.5(497.5)

SAŽETAK U ovom će se radu ispitati test razmjernosti u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske u kontekstu odluka vezanih uz COVID-19 mjere. Uzevši u obzir da u izdvojenom podupirućem mišljenju u odluci i rješenju Ustavnog suda U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022. godine ustavni suci R. Mlinarić i M. Šeparović navode da je u situaciji aktivne pandemije „nužno donositelju propisa dopustiti široku diskreciju pri izboru mjera, što posljedično dovodi do blažeg pristupa u ocjeni njihove razmjernosti i/ili nužnosti“, nameće se pitanje kakav je pristup testu razmjernosti u praksi zaista bio, koliko je bio blag, ali i opravdanost takvog pristupa zbog negativnih posljedica. Posebice se i u kontekstu načela razmjernosti ističe problem koji proizlazi iz upotrebe članka 16. Ustava od početka pandemije, umjesto članka 17. koji je namijenjen za izvanredna stanja. Stoga se u ovom radu analizira koliko je strogo Ustavni sud ocjenjivao mjere kojima su se ograničavala ljudska prava kroz svaki pojedini aspekt testa razmjernosti te se, uzimajući u obzir ključne propuste takvog pristupa, zaključuje o njegovoj neadekvatnosti koja zasigurno ostavlja negativne posljedice na zaštitu ljudskih prava u Republici Hrvatskoj.

KLJUČNE RIJEČI ljudska prava, test razmjernosti, Ustavni sud Republike Hrvatske, COVID-19, protuepidemijske mjere

1. UVOD

Od početka pandemije Ustavni je sud donio veći broj rješenja i odluka. Jedan dio odnosio se na ispitivanje ustavnosti zakona. Tako su se u više navrata prijedlozi za pokretanje postupka i zahtjevi za ocjenu suglasnosti s Ustavom odnosili na Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (dalje: ZZZP) i Zakon o sustavu civilne zaštite (dalje: ZSCZ).¹ Odmah na početku, Ustavni sud je izrazio da na načelnoj razini ne

* **Dora Pavković, mag. iur.**, asistentica na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: e-mail: dpavkovic@pravo.hr

¹ Vidi predmete: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-5918/2020 i dr., od 3. veljače 2021.;

može ocjenjivati nužnost i razmjernost sigurnosnih mjera propisanih ZZP-om, već da ocjena ustavnosti i zakonitosti, a time i razmjernosti konkretnih mjera „može biti predmet samo posebnih ustavnosudskih postupaka“.² Praksu Ustavnog suda koja se odnosi na te konkretne mjere koje je u svojim odlukama donio Stožer civilne zaštite Republike Hrvatske (dalje: Stožer)³, možemo klasificirati u tri kategorije.⁴ Prva kategorija obuhvaća velik broj odluka Stožera koje sud nije ispitivao meritorno, već je odbacio prijedloge na temelju formalnih nedostataka, uglavnom navodeći nedostatnost razloga „koji u dovoljnoj mjeri ukazuju na sumnju da osporena odredba nije u suglasnosti s Ustavom kako bi Ustavni sud mogao procijeniti hoće li pokrenuti postupak za ocjenu suglasnosti osporene odredbe s Ustavom“⁵ ili da odluka više nije na snazi u trenutku ispitivanja.⁶ Tako je Ustavni sud u velikom broju slučajeva izbjegao uopće ispitivati i primijeniti test razmjernosti na odluke Stožera.⁷ U drugu kategoriju možemo svrstati rješenja u

Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-263/2021, od 8. lipnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-5781/2021 i dr., od 21. prosinca 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-7388/2021, od 15. veljače 2022.

² Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 29.1.

³ Osim tih odluka, Ustavni sud je ispitivao i druge, npr. odluku ministra zdravstva (Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6278/2021, od 12. travnja 2022.), Pravilnik Ministarstva i odluke Agencije za odgoj i obrazovanje i suglasnosti Ministarstva znanosti i obrazovanja s tim u vezi (Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-2681/2020 i dr., od 20. listopada 2020.), a zbog nenadležnosti je nekoliko puta odbacio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom Odluke o proglašenju epidemije bolesti COVID-19 uzrokovana virusom SARS-CoV-2 (vidi: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1800/2021, od 8. lipnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3012/2021, od 13. srpnja 2021.; Rješenje br. U-II-6869/2021, od 15. veljače 2022.) Također je ukinuo odredbu Poslovnika Hrvatskog sabora (Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-4208/2020, od 20. listopada 2020.) No, ove odluke i rješenja nisu predmet ovog rada zbog prevelikog opsega i bolje sistematizacije.

⁴ Sistematizacija preuzeta iz: Gardašević, Đ., *Activism of the Croatian Constitutional Court and Covid-19: A Bridge Too Far*, u: Belov, M. (ur.), *Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions: Policy Making in a Time of Illiberalism and Emergency Constitutionalism*, Routledge, Oxon – New York, 2022., str. 201-203.

⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1312/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 7.

⁶ Primjerice, Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1373/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 14.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-4784/2020, od 3. veljače 2021., para 7.

⁷ Sveukupno se u najmanje 11 rješenja radilo o takvoj situaciji barem u jednom dijelu, a neki predmeti su se odnosili na veći broj odluka Stožera (primjerice, Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br.

kojima je sud proveo test razmjernosti, no zaključio da su odluke Stožera udovoljile načelu razmjernosti te nije prihvatio prijedloge za pokretanje postupka odnosno zahtjeve za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom.⁸ Na kraju, sadržajno najmanju kategoriju čine one odluke u kojima je Ustavni sud zaključio da test razmjernosti nije zadovoljen. Samo su dvije takve odluke donesene, jedna koja se odnosila na zabranu rada trgovina nedjeljom iz rujna 2020.⁹ te druga koja se odnosila na obvezu predočenja tzv. COVID potvrda radi ulaska u javnopravna tijela, točnije samo u onom dijelu u kojem je visokim učilištima ostavljena autonomija odlučivanja o tome, donesena u veljači 2022.¹⁰

U ovom će se radu u kontekstu testa razmjernosti analizirati isključivo odluke i rješenja Ustavnog suda koje se odnose na odluke Stožera. Drugo poglavlje će obuhvatiti kratki prikaz praktičnog pristupa Ustavnog suda testu razmjernosti

U-II-1373/2020 i dr., od 14. rujna 2020.). Predmeti o kojima je riječ su sljedeći: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1312/2020 i dr., od 14. rujna 2020.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1373/2020 i dr., od 14. rujna 2020.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-2027/2020, od 14. rujna 2020.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-93/2021 i dr., od 3. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-4784/2020, od 3. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5920/2020 i dr., od 3. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6136/2020 i dr., od 3. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5708/2020 i dr., od 8. lipnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-2591/2021, od 13. srpnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3013/2021, od 13. srpnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6187/2021, od 21. prosinca 2021.

⁸ Sveukupno u najmanje 10 predmeta, barem u jednom dijelu: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3170/2020 i dr., od 14. rujna 2020.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-1024/2021, od 8. lipnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5708/2020 i dr., od 8. lipnja 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5417/2021 i dr., od 21. prosinca 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5571/2021 i dr., od 21. prosinca 2021.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6267/2021 i dr., od 12. travnja 2022.

⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-II-2379/2020, od 14. rujna 2020.

¹⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022.

kroz pojedine njegove stupnjeve; zakonitost, legitimni cilj i razmjernost. Zatim se u trećem poglavlju identificiraju osnovni problemi koji su rezultat takvog praktičnog pristupa te se posebno ističe razlika između ustavne terminologije koje se odnosi, s jedne strane, na razmjernost ograničenja ljudskih prava i sloboda iz članka 16. Ustava te primjerenosti naravi pogibelji u izvanrednom situacijama iz članka 17., s druge strane. Na samom kraju, u četvrtom poglavlju, analiza i identificirani problemi spajaju se u zaključak.

2. PRAKTIČNI PRISTUP USTAVNOG SUDA TESTU RAZMJERNOSTI U KONTEKSTU COVID ODLUKA

Načelo razmjernosti, kako navodi S. Bagić, u okviru Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija) obuhvaća nekoliko stupnjeva – zakonitost, legitimni cilj, prikladnost, nužnost i razmjernost *stricto sensu*.¹¹ Načelo razmjernosti (prema njemačkoj pravnoj teoriji), kako navodi S. Rodin, uključuje tri sastavna dijela – prikladnost („jesu li propisi čija se ustavnost ocjenjuje prikladni za ostvarivanje određenog regulatornog cilja“), nužnost („pravne norme prolaze ako nisu oštrije nego što je to nužno“) i načelo proporcionalnosti u užem smislu (odvagivanje).¹² Uzevši u obzir činjenicu da je Konvencija dio hrvatskog pravnog poretka,¹³ kao i utjecaj njemačkog modela na hrvatsku pravnu tradiciju,¹⁴ načelo razmjernosti u tom obliku nalazi se i u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske.

2.1. ZAKONITOST

Prema članku 16. Ustava Republike Hrvatske, prava i slobode mogu se ograničiti samo zakonom.¹⁵ S obzirom na to, u svojim odlukama i rješenjima, Ustavni je sud

¹¹ Bagić, S., *Načelo razmjernosti u praksi europskih sudova i njegov utjecaj na praksu sudova u Hrvatskoj* (doktorski rad), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2013., str. 73.

¹² Rodin, S., Načelo proporcionalnosti - porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 50, br. 1-2, 2000., str. 44, 45.

¹³ Bagić, *op. cit.* (bilj. 11), str. 221.

¹⁴ Rodin, *op. cit.* (bilj. 12), str. 40.

¹⁵ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014., (dalje: Ustav Republike Hrvatske), čl. 16.

utvrđivao postojanje zakonske osnove za ograničenja ljudskih prava odlukama Stožera. Odmah na početku, u rješenju od 14. rujna 2020., utvrdio je da je „člankom 22.a ZSCZ-a u vezi s člankom 3. stavcima 2. i 3. ZZP-a, te člankom 47. ZZP-a odnosno člankom 10. ZIDZZP-a/20 određen (uspostavljen) zakonski okvir na temelju kojeg je Stožer (uz ministra zdravstva) ovlašten za donošenje odluka/mjera za sprečavanje širenja virusa.“¹⁶ U svakoj naknadnoj odluci vezanoj uz COVID ograničenja, Ustavni sud je ponavljao isti zaključak i redovito ocjenjivao da mjere Stožera imaju zakonsku osnovu i ispunjavaju taj kriterij za ograničenje ljudskih prava.¹⁷

Usprkos formalnom postojanju zakonske osnove, dublji uvid u njen sadržaj otkriva nedostatke iz aspekta zakonitosti. Naime, članak 47. ZZP-a sadrži listu posebnih sigurnosnih mjera koje Stožer (i ministar zdravstva) može narediti radi zaštite pučanstva od zaraznih bolesti, a koja završava širokom formulacijom koja daje mogućnost donošenja i drugih potrebnih mjera.¹⁸ No, ta se lista mijenjala odnosno nadopunjavala od samog početka pandemije uzrokovane virusom COVID-19. Tako je, primjerice, u prosincu 2020. kao nova posebna sigurnosna mjera dodana obveza pravilnog nošenja maske za lice ili medicinske maske.¹⁹ Zanimljivo je ipak to da je obveza nošenja maske za lice uvedena u praksi već i ranije odlukom Stožera, u srpnju 2020.²⁰ Ispitujući postojanje zakonske osnove te

¹⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 31.4.

¹⁷ Vidi primjerice: Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-II-2379/2020, od 14. rujna 2020., para 12.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3170/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 10.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., para 12.

¹⁸ Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, Narodne novine br. 79/07, 113/08, 43/09, 130/17, 114/18, 47/20, 134/20, 143/21, čl. 47., st. 2., t. 12. Takva je formulacija protivna stavu Venecijanske komisije koja smatra da krizne ovlasti moraju biti detaljno opisane te se moraju izbjegavati „otvorene klauzule“, npr. ovlast donošenja „bilo kojih drugih mjera koje bi mogle biti nužne“.

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)018-e) [26. kolovoza 2022.].

¹⁹ Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, Narodne novine br. 134/2020, čl. 1.

²⁰ Odluka o nužnoj mjeri obveznog korištenja maski za lice ili medicinskih maski za vrijeme trajanja proglašene epidemije bolesti COVID-19, Narodne novine br. 80/20.

odluke, Ustavni sud je samo ponovio svoj raniji zaključak.²¹ Prema tome je mjera bila zakonita na temelju općenite ovlasti Stožera da donosi sigurnosne mjere, iako je tek naknadno Sabor uključio obvezu nošenja maske za lice na popis sigurnosnih mjera. S obzirom na to da Sabor ranije nije takvu mogućnost predvidio, iako je rasprave u javnosti o nošenju maski za lice bilo od početka pandemije u ožujku 2020. godine, moglo bi se zaključiti da Sabor nije Stožeru dao mogućnost donošenja te specifične mjere te da mjera nije imala valjanu zakonsku osnovu. Slična je situacija nastala i povodom korištenja COVID potvrda na temelju generalne ovlasti iz čl. 47. ZZP-a, na što su u izdvojenom mišljenju upozorili suci.²²

Osim toga i čl. 22.a ZSCZ-a sadrži široku formulaciju kojom Stožeru civilne zaštite RH daje mogućnost donošenja odluka i uputa koje provode stožeri lokalne i područne (regionalne) samouprave.²³

Ovakvo je ograničenje prava u suprotnosti sa zahtjevom da zakonska osnova mora biti dovoljno predvidljiva i jasna za adresate. Naime, prema praksi Europskog suda za ljudska prava u kontekstu usklađenosti miješanja u prava iz čl. 8. Konvencije²⁴ sa zakonom „nacionalno pravo mora biti jasno, predvidljivo i dovoljno dostupno“ te „mora jasno razgraničiti opseg diskrecije ovlasti za javne vlasti.“²⁵ To znači da „u

²¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3170/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 10.

²² Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5417/2021 i dr., od 21. prosinca 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan, G. Selanec, A. Abramović. Takav zaključak, navode suci „nije pravno održiv ako zbog ničeg drugog jer je iz odredbe članka 47. ZZPZB-a koja je bila na snazi u trenutku kada je Nacionalni stožer donio osporavane odluke jasno vidljivo da je već u sljedećoj odredbi stavka 3. tog istog članka Hrvatski sabor regulirao uporabu COVID potvrda i to na način da ju je ograničio na epidemiološku svrhu nadzora prekograničnog kretanja. S obzirom da se Sabor očigledno bavio pitanjem uporabe COVID potvrda ne može se tvrditi da Nacionalni stožer može koristiti opću klauzulu iz točke 12. stavka 2. iste odredbe kako bi uveo nešto što je Sabor isključio svojim izborom izraženim kroz stavak 3. te odredbe.“

²³ Na to je od početka upozoravao Đ. Gardašević. Vidi: Gardašević, Đ., *Izvanredna stanja, „velike prirodne nepogode“ i promjene Ustava Republike Hrvatske*, u: Bačić, A. (ur.), *Ustavne promjene i političke nagodbe - Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2021., str. 261-262.

²⁴ Čl. 8. je uzet kao primjer, s obzirom na to da se različitim sigurnosnim mjerama utječe upravo na pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života.

²⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf [26. kolovoza 2022.]. U vodiču se također navodi da „U domaćem pravu potrebno je razumno jasno naznačiti opseg i način

pogledu predvidljivosti, izraz 'u skladu sa zakonom' podrazumijeva, *inter alia*, da odredbe domaćeg zakona moraju biti dovoljno predvidljive kako bi se pojedincima na odgovarajući način naznačilo u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima vlasti imaju pravo pribjeći mjerama koje utječu na njihova prava iz Konvencije²⁶.

Preširoke formulacije odnosno nedovoljna predvidljivost zakonskih odredbi samo je jedan od problema u kontekstu zakonitosti. U svojim izdvojenim mišljenjima, ustavni suci G. Selanec, L. Kušan i A. Abramović upozoravaju na brojne druge nedostatke u pogledu samog Stožera: „trenutni sustav ... unutar kojeg formalno ne postoji jasno uređena podjela odgovornosti, a zbog čega u konačnici dolazi do nemogućnosti uspostave jasnih kriterija demokratskog nadzora nad radom tog tijela, ne zadovoljava navedene ustavne uvjete *zakonitosti* odnosno *kočnica i ravnoteža*.“²⁷

Uz sve to, u obzir treba uzeti i činjenicu da se umjesto postupanjem u skladu s člankom 17. Ustava RH, protuepidemijske mjere temelje na dvama zakonima koji su od početka izazivali sumnju u svoju ustavnost zahvaljujući problemima s retroaktivnosti²⁸, diobom vlasti i slično,²⁹ što sve, smatram zaista upućuje na nezakonitost mjera.

izvršavanja relevantnih diskrecijskih ovlasti dodijeljenih javnim tijelima kako bi se pojedincima osigurala minimalna razina zaštite na koju imaju pravo u skladu s vladavinom prava u demokratskom društvu“.

²⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_HRV.pdf [26. kolovoza 2022.].

²⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje G. Selanec, L. Kušan, A. Abramović.

²⁸ Više o tome vidi: Gardašević, *op. cit.* (bilj. 23), str. 261.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 35.

²⁹ Još u rujnu 2020. ustavni suci G. Selanec, L. Kušan i A. Abramović temeljem detaljne analize upozoravaju kako „ozbiljni nedostaci u pozitivnim odredbama kojima se uređuje donošenje pravno obvezujućih odluka Nacionalnog stožera kojima se ograničavaju temeljna prava građana predstavljaju povredu ustavnog uvjeta zakonitosti ograničenja temeljnih prava (članak 5. Ustava) kao preduvjetu za provođenje testa razmjernosti (iz članka 16. Ustava) kao i vladavini prava kao temeljnoj vrednoti ustavnog poretka (članak 3. Ustava)“. O tome više vidi: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje G. Selanec, L. Kušan, A. Abramović.

2.2. LEGITIMNI CILJ

Prema Konvenciji ograničenja prava „moraju biti usmjerena prema ostvarivanju legitimnih ciljeva, odnosno moraju biti propisana u cilju zaštite određenih zaštićenih dobara (npr. javni red i mir, itd.)“³⁰ Ustav RH u članku 16. navodi da se prava i slobode mogu ograničiti da bi se zaštitila prava i slobode drugih ljudi, pravni poredak, javni moral i zdravlje.³¹

Ustavni sud je u svakoj svojoj odluci i rješenju o odlukama Stožera utvrdio da postoji legitiman cilj za donošenje mjera. Tako je široko postavio da „mjere predviđene člankom 47. ZZP-a koje Stožer donosi (naređuje) imaju isti cilj – zaštitu zdravlja i života građana radi sprečavanja i suzbijanja širenja epidemije/pandemije COVID-19“ i utvrdio da je legitimitnost cilja koji se mjerama želio postići – neupitna.³² Iako je to zaista legitiman cilj i kod većine mjera se ne može razumno osporiti, problematičnost takvog pristupa vidljiva je u kasnijim rješenjima Ustavnog suda koja su se odnosila na tzv. COVID potvrde. Naime, kada su COVID potvrde (točnije predočenje dokaza o testiranju, cijepljenju ili preboljenju) uvedene kao obveza za ulazak u prostore javnopravnih tijela,³³ neki su podnositelji prijedloga za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom upućivali na to da je stvarni cilj te mjere izvršiti pritisak na cijepljenje, s obzirom na to da se cijepljeni nisu obvezni testirati da bi ušli u prostore javnopravnih tijela.³⁴

³⁰ Rodin, *op. cit.* (bilj. 12), str. 40.

³¹ Ustav Republike Hrvatske, čl. 16., st. 1.

³² Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-II-2379/2020, od 14. rujna 2020., para 12. Vidi također: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3170/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 10; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., para 12; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., para 13.

³³ Odluka o uvođenju posebne sigurnosne mjere obveznog testiranja na virus SARS-CoV-2 te posebne sigurnosne mjere obveznog predočenja dokaza o testiranju, cijepljenju ili preboljenju zarazne bolesti COVID-19 radi ulaska u prostore javnopravnih tijela, Narodne novine br. 121/21, 10/22.

³⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., para 9.3, 10.1. Kao argumente predlagatelji ističu javne nastupe članova Stožera i postojanje novijih pokazatelja koji izazivaju sumnju u učinkovitost cjepiva u sprečavanju širenja virusa.

Ustavni sud je i u ovoj odluci i rješenju utvrdio da je neupitna legitimnost cilja, no u izdvojenim mišljenjima ustavni suci su iznijeli argumente zbog kojih se s takvim stavom većine nisu mogli složiti. Tako je sudac M. Šumanović izrazio da su „COVID potvrde, odnosno ciljevi njihova uvođenja“ dovedeni u pitanje zbog neslaganja stručnjaka.³⁵ Slično, sudac A. Abramović navodi da takva mjera ne postiže deklarirani cilj (ovdje se u principu radi o neprikladnosti mjere, o tome više *infra*), no da djelomično postiže nedeklarirani cilj, odnosno „prisiljava ljude na cijepljenje“.³⁶ To da „niti jedan od navedenih ciljeva ne smije služiti kao *puka fasada* koja prekriva neke druge stvarne namjere onih koji ograničavaju temeljna prava građana“ izložili su L. Kušan i G. Selanec već i u ranijem izdvojenom mišljenju.³⁷

Za razliku od većine prijašnjih mjera, u ovom konkretnom predmetu, Ustavni sud navodi, kao što je ranije utvrđeno, da mjere koje Stožer naređuje na generalnoj razini imaju isti cilj, no osim toga se osvrće i na legitimnost cilja u konkretnom slučaju.³⁸

2.3. RAZMJERNOST

Prilikom analize COVID odluka i rješenja Ustavnog suda, na ovom stupnju testa razmjernosti struktura postaje sve manje konzistentna. Treba uzeti u obzir da prilikom provedbe testa razmjernosti postoji mogućnost spajanja ili preklapanja parametara, izostavljanje nekog ako nije nužan; odnosno važno je reći da se načelo razmjernosti provodi s obzirom okolnosti pojedinog slučaja.³⁹ Tako i u rješenjima Ustavnog suda ponekad nedostaje neki podstupanj ili je sve spojeno u razmatranje

³⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., izdvojeno mišljenje M. Šumanović, para II.

³⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., izdvojeno mišljenje A. Abramović, para IV.

³⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec.

³⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., para 41.

³⁹ Bagić, *op. cit.* (bilj. 11), str. 74.

razmjernosti ograničenja s obzirom na cilj. Ipak, neke su usporedbe i analize moguće.

Test razmjernosti nije prošla zabrana rada trgovina nedjeljom. Ustavni sud je utvrdio da zabrana nije razmjerna cilju koji se želio postići navodeći da se odluka ne čini nužnom „u okolnostima poboljšane epidemiološke situacije u travnju 2020. i sveopćih popuštanja / ublažavanja mjera“, a uzevši u obzir „da su trgovine u vrijeme uvođenja strogih mjera tijekom ožujka 2020. godine radile svaki dan, uključujući i nedjelju“.⁴⁰ U sličnoj situaciji, u rješenju Ustavnog suda koje je doneseno isti dan, a odnosi se na obvezu nošenja maski za lice, takav pristup nije bio primijenjen. Tako nije izloženo zašto je sredinom srpnja 2020., nakon popuštanja strogih mjera od proljeća, uvedena obveza nošenja maski za lice koja nije postojala ranije, na što upućuju i suci u izdvojenom mišljenju.⁴¹ Bez obzira na sam ishod, vidljiva je neusklađenost testova i fluktuacija između manje i više stroge ocjene pojedinih mjera.

Općenito se Ustavni sud formalno u nekim rješenjima osvrće na nužnost mjera kao dio testa razmjernosti. Primjerice u odluci iz veljače 2022. o ograničenju bavljenja sportskim aktivnostima, ponavljajući navode Vlade, Ustavni sud zaključuje: „s

⁴⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-II-2379/2020, od 14. rujna 2020., para 13. Također je navedeno da „ako je prema podacima fiskalnih računa APIS-a najfrekventniji dan u radu trgovina petak, a virus se širi kapljičnim putem i boravkom većeg broja ljudi u zatvorenim prostorima, tada je bilo više opravdanja da se kao neradni dan (iz epidemioloških razloga) odredi petak kako bi se spriječilo veliko okupljanje ljudi u trgovinama.“

⁴¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-3170/2020 i dr., od 14. rujna 2020., para 12-14. Eventualno bi se moglo zaključiti da se Ustavni sud djelomično osvrnuo na to u sljedećoj rečenici: „iz očitovanja Ministarstva razvidno je da nametanje obveze nošenja maske za lice nije mjera koja je donesena proizvoljno, već se temelji na znanstvenim i stručnim radovima (navedenim u očitovanjima), s obzirom na to da pandemija traje već preko šest mjeseci i prošlo je dostatno vremena kako bi se utvrdilo koji su najbolji načini prevencije zaraze koja se prenosi kapljičnim putem.“ Moglo bi se tumačiti kao da su u kontekstu testa razmjernosti uzeta u obzir nova znanstvena saznanja, no nije ispitana nužnost takve mjere u odnosu na konkretnu epidemiološku situaciju i usporedno s ranijim stanjem kao u odluci vezanoj uz rad trgovina nedjeljom. U izdvojenom mišljenju, suci A. Abramović, L. Kušan i G. Selanec navode: „Ako je toliko bjelodano jasno da za nošenje maski postoji 'prijeka društvena potreba' koju uopće ne treba argumentirati, zašto obveza nošenja nije uvedena ranije?“

obzirom na ocjenu sportskih aktivnosti kao aktivnosti potencijalno većeg rizika za širenje zaraze, alternativa je, prema navodima Vlade, bila potpuna zabrana sporta“ pa prema tome „predstavljaju nužnu mjeru poduzetu sa svrhom zaštite zdravlja, a razlozi kojima su opravdani izuzeci ustavnopravno su prihvatljivi“. ⁴² Ipak, sadržajno gledano, takav test nužnosti ne zadovoljava kriterije testa razmjernosti iz čl. 16. Ustava. Primjerice, u rješenju se navodi da „iz očitovanja Vlade proizlazi da se sportske aktivnosti u odnosu na druge aktivnosti izdvajaju kao aktivnosti potencijalno većeg rizika za širenje zaraze jer tijekom intenzivirane tjelesne aktivnosti nije moguće nositi masku, kod pojedinih sportskih aktivnosti ne može se izbjeći bliski kontakt s drugom osobom, sportski objekti mjesta su nekontroliranog kretanja i kontakata s nepoznatim osobama koje kasnije epidemiološka služba ne može identificirati, niti je moguće izreći mjeru samoizolacije jer nije moguće utvrditi tko je sve bio prisutan i na kojoj udaljenosti od pozitivne osobe.“ ⁴³ No, kako u svojem izdvojenom mišljenju ističe A. Abramović, „nema 'nepoznatih osoba'“ kod sportskih aktivnosti. ⁴⁴ Odnosno, moguće je zamisliti čitav niz blažih mjera, a naročito kod nekategoriziranih sportaša koji se bave individualnim sportovima, a koji su isključeni od treniranja. ⁴⁵

Rješenje Ustavnog suda koje se tiče mjera u području ograničenja sportskih aktivnosti pokazuje i neadekvatno ispitivanje na razini prikladnosti. Naime, radilo se o zabrani svih treninga u zatvorenim prostorima uz propisane iznimke za

⁴² Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., para 14, 15.

⁴³ *Ibid.*, para 14.

⁴⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje A. Abramović.

⁴⁵ Konkretno, ako stavimo primjer individualnih sportova u usporedbu s navodima Ustavnog suda, nema nužno kontakta s drugim osobama, za razliku od ekipnih sportova, a moguće bi bilo i organizirati popise sportaša i vrijeme kada koriste sportske objekte (kao što je slično uzeto kao opravdanje za razlikovanje između ugostiteljskih objekata kojima je zabranjen rad i „ugostiteljskih objekata za smještaj“ gdje se, riječima Ustavnog suda gosti „poimence evidentiraju, te je moguća njihova identifikacija i obavještanje o izrečenoj mjeri samoizolacije“ (Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., para 14.2.)

određene kategorije sportaša ekipnih i individualnih sportova.⁴⁶ Predlagatelji su istaknuli kako takva zabrana nije u skladu s Ustavom zbog nedostatka objašnjenja za takvo razlikovanje.⁴⁷ Ustavni se sud nije previše osvrnuo na te argumente predlagatelja.⁴⁸ Nasuprot tome, u izdvojenom mišljenju, L. Kušan i G. Selanec postavljaju ista pitanja, koja ozbiljno dovode u sumnju prikladnost i nužnost mjere.⁴⁹

Isti je problem vidljiv i u drugom rješenju donesenom istoga dana koji se odnose na mjere vezane uz vjerske objekte. Naime, na vjerske se objekte odnosila zabrana okupljanja više od 25 osoba, što su predlagatelji usporedili s drugačijim tipom ograničenja postavljenim za trgovačke centre i neke druge objekte gdje je vrijedilo ograničenje određenog broja osoba po m².⁵⁰ Ustavni sud je, uzdajući se u očitovanje Vlade, prihvatio „da se vjerski objekti u odnosu na neka druga javna mjesta izdvajaju kao mjesta potencijalno većeg rizika za širenja zaraze zato što su to

⁴⁶ Odluka o nužnim epidemiološkim mjerama kojima se ograničavaju okupljanja i uvode druge nužne epidemiološke mjere i preporuke radi sprječavanja prijenosa bolesti COVID-19 putem okupljanja, Narodne novine br. 141/20., 1/21., 2/21., 8/21. i 14/21.

⁴⁷ Točnije, „ničim nije obrazloženo zbog čega do većeg rizika za prijenos bolesti covid-19 dolazi treniranjem nekategoriziranih sportaša u pojedinačnim sportovima, koji su mahom beskontaktni sportovi (primjerice plivanje, atletika, gimnastika, jedrenje i drugi), u odnosu na treniranje sportaša koji se bave ekipnim sportovima, koji uopće ne trebaju biti ni kategorizirani, već je dostatno da budu članovi klubova koji se natječu u 1. i 2. rangu natjecanja u seniorskoj konkurenciji ili u 1. rangu natjecanja u juniorskoj konkurenciji na nacionalnoj razini u ekipnim sportovima, iako se mahom radi o kontaktnim sportovima“ (Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., para 6).

⁴⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., para 14.

⁴⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec. Pitanja koja postavljaju odnose se na neobjašnjene razlike između pojedinih sportaša, primjerice: „koji to epidemiološki razlozi zahtijevaju da se u većini *pojedinačnih* sportova ne mogu održavati ni treninzi niti natjecanja, što uključuje i zabranu treniranja sportaša na visokoj razini uspješnosti (npr. državni viceprvaci i trećeplasirani koji ne ostvaruju kategorizaciju) dok se istovremeno dopušta treniranje i natjecanje u *grupnim* sportovima koji imaju ligaško natjecanje seniorskim i na juniorskim razinama?“ kao i „kojim empirijskim razlozima je moguće objasniti zabranu treninga u atletici u kojoj je prilikom treniranja moguće držati razmak (što se uobičajeno i radi bez obzira na epidemiju) dok se timski i visoko-kontaktni sport poput košarke redovito održava u zatvorenom prostoru?“

⁵⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., para 7.

mjesta nekontroliranog kretanja i kontakata s nepoznatim osobama“ te „potreba za smanjenim kretanjem stanovništva, a posebno izbjegavanje grupiranja u javnom prijevozu“ što je rezultiralo zaključkom da su te mjere bile nužne.⁵¹ Takvim pristupom nije se dao uopće odgovor na pitanje nužnosti razlikovanja tipa ograničenja, a objašnjenje nije nimalo uvjerljivo s obzirom na to da se i kod drugih objekata radi o nekontroliranom kretanju. U svojem izdvojenom mišljenju, L. Kušan se osvrće na sve nedostatke ovakvog rješenja smatrajući da većina „nije dovoljno kritički ispitala razloge i obrazloženje koje je ponudila Vlada.“⁵² G. Selanec, ističući neke iste nedostatke u odlučivanju većine, navodi: „možda postoji razlog zbog kojih je opravdano koristiti različite kriterije za različite vrste prostora. No taj razlog nam nije predložen.“⁵³ Upravo se u tome uočava ključni problem.

Smatram, uzевši sve u obzir, da test razmjernosti nije proveden dovoljno kvalitetno, uzimajući u obzir sve njegove stavke, brojni podaci i objašnjenja nisu tražena od Vlade (a pogotovo od Stožera), već se odluka o pitanju radi li se o razmjernom ograničavanju ljudskih prava temelji na ponavljanjima načelnih izjava Vlade, kojima se čak niti ne odgovara na argumente predlagatelja.

⁵¹ *Ibid.*, para 15, 16.

⁵² Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan. Spominje, među ostalim, da „kad Vlada navodi veća vjerska okupljanja kao posebno rizične događaje, čini se, barem prema dosadašnjim informacijama nadležnih tijela, da se radi o proslavama povodom i nakon pojedinih vjerskih obreda (proslave prve pričesti, krizme, vjenčanja a ne sam obred prve pričesti, krizme i vjenčanja), pa to nije razlog za ograničenje broja ljudi koji mogu sudjelovati u samom vjerskom obredu“, „ako je kretanje igdje kontrolirano i predvidivo onda je to u vjerskim obredima“, „vlada nadalje navodi da su vjerski objekti mjesta većeg rizika zbog nemogućnosti identificiranja i izricanja mjere samoizolacije osoba koje su bile u kontaktu s pozitivnom osobom. Međutim, mjere samoizolacije i praćenja kontakata ne provode se već mjesecima, pa nije jasno zašto se taj problem veže uz vjerske obrede.“ Također navodi problem objašnjenja koje se odnosi na „'izbjegavanje grupiranja u javnom prijevozu' kod činjenice da vjernici, barem oni najbrojniji vjerskih zajednica, u pravilu odlaze na vjerske obrede u svom neposrednom susjedstvu.“

⁵³ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje G. Selanec.

Potpuno drugačije viđenje iznosi M. Šeparović u svom izdvojenom podupirućem mišljenju: „je li se isti cilj mogao postići i propisivanjem manje restriktivnih mjera, i koje bi to mjere bile, nisu pitanja koja, po mom mišljenju, utječu na ocjenu ustavnosti osporenih mjera *in abstracto* u postupku u kojem o tim mjerama Ustavni sud meritorno odlučuje u razdoblju u kojemu je epidemija zarazne bolesti COVID-19 još aktivna. Stoga, iako, naravno, ne sporim da nije svejedno je li se 25 osoba nalazi u 'maloj crkvi' ili primjerice u zagrebačkoj Katedrali, ta nedosljednost sama po sebi nije dostatna za proglašenje osporene COVID-mjere neustavnom *in abstracto*.“⁵⁴ No, takva bi nedosljednost trebala biti itekako relevantna ocjenjuje li se ustavnost ovih odluka po čl. 16. Ustava, koji zahtijeva test razmjernosti.

Nešto bolji test razmjernosti proveden je u predmetu koji se odnosio na ograničenja tj. obustavu rada teretana, fitness centara te sportskih i rekreacijskih centara, organiziranih plesnih škola, treninga i natjecanja i sl.⁵⁵ Odgovoreno je izravno na neke važne navode predlagatelja, poput usporedbe s drugim djelatnostima čiji rad nije obustavljen, a kako bi se ispitalo je li postojala nužnost daljnje zabrane rada organiziranih plesnih škola nakon što je dopušten rad teretana, pribavljeno je očitovanje Ministarstva zdravstva Republike Hrvatske.⁵⁶

3. KLJUČNI PROBLEMI ANALIZIRANOG PRISTUPA

Četiri su problema na koja se potrebno posebno osvrnuti.

3.1. RAZMATRANJE VIŠE PROTUEPIDEMIJSKIH MJERA SKUPNO U KONTEKSTU NAČELA RAZMJERNOSTI

Prvenstveno, većina sudaca Ustavnog suda promatra mjere kao skup, a ne ispituje učinke odnosno nužnost, prikladnost i razmjernost svake od pojedinačnih mjera. Tako Ustavni sud navodi: „kako je Vlada istaknula, jedna preventivna mjera nije dovoljna kako bi se spriječilo širenje virusa, odnosno ključna je kombinacija i

⁵⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno podupiruće mišljenje M. Šeparović, para 27.

⁵⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5708/2020 i dr., od 8. lipnja 2021.

⁵⁶ *Ibid.*, para 16-20. Ustavni sud se također osvrnuo na usporedbu s umjetničkim baletnim i plesnim izvedbama i na Vladine mjere pomoći gospodarstvu.

komplementarnost mjera.⁵⁷ Također se navodi početak pada broja oboljelih 2 tjedna nakon uvođenja mjera kod ocjenjivanja razmjernosti pojedine mjere.⁵⁸ Kritiku ovom pristupu pronalazimo u izdvojenim mišljenjima ustavnih sudaca, koji upućuju da „većina zaključuje da su sve mjere koje čine sklop mjera koje je Nacionalni stožer donio u prosincu (18. prosinca 2020.) bile 'prikladne i neophodne' stoga jer podaci iz 50. do 52. tjedna zaraze (dva do tri tjedna nakon uvođenja sklopa mjera) pokazuju njihovu uspješnost izraženu kroz pad stope zaraženosti pri čemu pretpostavka kauzaliteta nije potkrijepljena niti jednim konkretnim podatkom ili empirijskim pokazateljima niti većina smatra da je tako nešto potrebno.“⁵⁹ Uspješnost mjera nije moguće utvrditi za svaku pojedinačnu mjeru zasebno te se ona utvrđuje naknadno i tako se izbjegava „propitkivanje kako učinkovitosti tako i nužnosti svake osporavane epidemiološke mjere pojedinačno“, smatraju suci G. Selanec i L. Kušan.⁶⁰ Problematičnost ovakvog pristupa leži u činjenici da nije moguće utvrditi za svaku pojedinačnu mjeru je li ona zaista prikladna da ostvari svoj cilj i postoje li možda blaže mjere te se posljedično potencijalno prekomjerno ograničavaju ljudska prava i slobode.

3.2. OBRAZLOŽENJE MJERA

Sljedeći problem je davanje razloga i objašnjenja mjera. Općenito je moguće kritizirati pristup Ustavnog suda traženju objašnjenja mjera od Vlade, s obzirom na to da brojni podaci nisu bili zatraženi prilikom očitovanja Vlade u pojedinim

⁵⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., para 13. Slično izraženo i u: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5708/2020 i dr., od 8. lipnja 2021., para 16.

⁵⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., para 14.1.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5708/2020 i dr., od 8. lipnja 2021., para 20.1.

⁵⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje G. Selanec. Vidi i: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec.

⁶⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec.

predmetima.⁶¹ No, na drugoj razini, ni građanima nisu podastrijeti razlozi donošenja pojedinačnih mjera te Ustavni sud nije vidio u tome nikakav problem, sve do prosinca 2021. kada je zatražio od donositelja mjera da mjere „ubuduće sadrže obrazloženje na temelju kojeg će adresati tih mjera, kao i javnost, biti upoznati s razlozima zbog kojih je pojedina mjera donesena, odnosno iz kojeg će biti razvidno da je poštovano ustavno načelo razmjernosti.“⁶² Ne samo da je takvo objašnjenje trebalo postojati za građane od samog početka pandemije, već se postavlja i pitanje kvalitete dotadašnje ocjene razmjernosti mjera.

3.3. JAVNA RASPRAVA

Treći važan problem koji treba spomenuti jest javna rasprava. Prema Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu, o biti stvari moguće je odlučiti na temelju javne rasprave, na koju se mogu pozvati osobe sudjelovanje kojih je potrebno, predstavnici državnih tijela, lokalne i područne (regionalne) samouprave i udruga.⁶³ Ustavni suci su izdvojenim mišljenjima izrazili da su javnu raspravu tražili od početka.⁶⁴ Ona bi itekako pomogla ustavnim sucima dobiti odgovore na pitanja koji su potrebni za provedbu testa razmjernosti,⁶⁵ no još je važnije istaknuti

⁶¹ Primjerice, u izdvojenom mišljenju L. Kušan i G. Selanec ističu: „U svom zahtjevu za očitovanjem Vladi podnositelji nisu postavili baš niti jedno konkretnije pitanje vezano uz: 1) razloge zbog kojih je Nacionalni stožer smatrao da ugostiteljske i sportske djelatnosti pridonose širenju zaraze; 2) konkretnije podatke o potrebi privremene zabrane pružanja tih usluga (npr. broj i vrsta osoba za koje se pretpostavlja da su se zarazile na tim mjestima i broj/vrsta osoba koje su bili njihovi izravni kontakti); 3) razloge zbog kojih i način na koji je ocijenjeno da neki oblik parcijalne zabrane ne bi bio dovoljan; 4) formalne postupke u okviru kojih su prikupljeni i stručno obrađivani relevantni podaci; 5) formalne postupke u okviru kojih su razmatrani prikupljeni podaci odnosno formalno raspravljane i donesene odluke o konkretnim epidemiološkim mjerama.“ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-6087/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec.

⁶² Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5781/2021 i dr., od 21. prosinca 2021., para 13.

⁶³ Ustavni zakon o Ustavnom sudu, Narodne novine br. 99/99, 29/02, 49/02, čl. 50., st. 1 i 3.

⁶⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje L. Kušan, A. Abramović i G. Selanec.

⁶⁵ Ustavni suci u izdvojenom mišljenju ističu primjerice kako bi Stožer, a ne Vlada, bio u mogućnosti dati bolje odgovore na pitanja, ali i neka konkretna pitanja na koja nisu dobili odgovor, kao što je

propust zbog nedostatka javne rasprave ako se uzme u obzir da mjere nisu bile objašnjene adresatima. Posebno je zanimljivo da javna rasprava nije bila provedena, iako pojedini suci ističu kako oni nisu „ni epidemiolozi ni općenito medicinski stručnjaci pa se prilikom donošenja svojih odluka moraju nužno oslanjati na znanost“⁶⁶ pa bi stoga mogućnost postavljanja pitanja znanstvenicima i traženje objašnjenja bila korisna (pogotovo uzevši u obzir da su neki znanstvenici imali oprečna mišljenja o učinkovitosti pojedinih mjera i da se nije znalo na koji način Stožer uzima u obzir stavove Znanstvenog savjeta, budući da rad Stožera nije javno obznanjen).⁶⁷ S druge strane, ustavni sudac G. Selanec navodi da inzistiranje na načelu razmjernosti ne znači da ustavni suci na sebe moraju preuzeti takvu ulogu, već da je svrha načela razmjernosti „testirati uvjerljivost razloga kojim državna vlast pokušava uvjeriti građane odnosno Ustavni sud u potrebitost, prikladnost i nužnost svoje odluke da se upusti u ograničavanje njihovih temeljenih interesa koje Ustav štiti kao temeljne slobode i prava“.⁶⁸

3.4. ODNOS IZMEĐU ČLANAKA 16. I 17. USTAVA – RAZMJERNOST I PRIMJERENOST

U odlukama i rješenjima Ustavnog suda, iako je praktični pristup načelno uglavnom usporediv po strogosti testa razmjernosti, usprkos neujednačenosti ispitivanja u svim njegovim sastavnim dijelovima, vidljiv je nesklad u shvaćanju i tumačenju teorijskih postavki koje su u pozadini tog pristupa. Naime, u rješenju iz prosinca 2021. navedeno je da „Ustavni sud podsjeća da pri propisivanju mjera za nadzor nad epidemijom/pandemijom ovlaštenu donositelj propisa (u ovom slučaju Stožer) mora poštovati načelo razmjernosti, osiguravajući da je mjera prikladna za zaštitu javnog zdravlja (test prikladnosti), da se ta zaštita nije mogla jednako

„sudska zaštita u odnosu na mjere i odluke Stožera“ (Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje L. Kušan, A. Abramović i G. Selanec).

⁶⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., izdvojeno podupiruće mišljenje R. Mlinarić i M. Šeparović, para 7.

⁶⁷ Za kritiku o radu Stožera vidi: Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje G. Selanec, L. Kušan, A. Abramović.

⁶⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje G. Selanec.

učinkovito postići manje restriktivnom mjerom (test nužnosti), te da je mjera razumna, uzimajući u obzir druge suprotstavljene društvene interese i stupanj ograničavanja ljudskih prava i temeljnih sloboda (razmjernost *stricto sensu*). Od donositelja mjera očekuje se da na temelju raspoloživih znanstvenih spoznaja koje su dostupne u trenutku donošenja novih mjera ili izmjene pojedinih već uvedenih mjera razumno može zaključiti da ne postoje manje restriktivne, a jednako učinkovite, mjere za zaštitu javnog zdravlja protiv bolesti COVID-19.⁶⁹ S druge strane, u veljači 2022. godine u izdvojenom podupirućem mišljenju nalazimo drugačiji stav. Suci R. Mlinarić i M. Šeparović smatraju da je „nužno donositelju propisa dopustiti široku diskreciju pri izboru mjera, što posljedično dovodi do blažeg pristupa u ocjeni njihove razmjernosti i/ili nužnosti.“⁷⁰ Nastavak tog izdvojenog mišljenja dovodi do ključne izjave u kontekstu korištenja testa razmjernosti u COVID odlukama. Tako oni navode da „Ustavni sud u ocjeni ustavnosti i zakonitosti pojedine osporene mjere primjenjuje načelo razmjernosti iz članka 16. Ustava, uzimajući pri tome u obzir da u datim okolnostima donositelj propisa mora imati široku slobodu u odabiru mjera koje smatra optimalnim i razumnim za suzbijanje pandemije i sprječavanje širenja bolesti.“⁷¹

Takva razina diskrecije u odabiru mjera i blaži pristup u ocjeni prikladniji su, ne za test razmjernosti iz čl. 16. Ustava, već za opseg ograničenja koji je primjeren naravi pogibelji, koji za ograničenja ljudskih prava i sloboda u izvanrednim situacijama predviđa čl. 17. Ustava.⁷² To ne znači da razmjernost ograničenja u čl. 17. ne postoji, već se samo, kako navodi Đ. Gardašević, radi o nešto blažem standardu.⁷³

U svojim izdvojenim mišljenjima na to upozoravaju i ustavni suci. Navode, primjerice da „ono što je paradoksalno jest činjenica da bi za mjere donesene i poduzete primjenom čl. 17. Ustava ocjena ustavnosti bila mnogo blaža, jer se za ograničavanje ustavnih prava u vrijeme izvanrednog stanja Ustavom traži tek

⁶⁹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5417/2021 i dr., od 21. prosinca 2021., para 8.

⁷⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-II-7149/2021 i dr., od 15. veljače 2022., izdvojeno podupiruće mišljenje R. Mlinarić i M. Šeparović, para 6.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Ustav Republike Hrvatske, čl. 17.

⁷³ Gardašević, *op. cit.* (bilj. 23), str. 259, 273.

primjerenost mjera (a ne i njihova razmjernost, što je svakako stroži zahtjev jer mnogo više toga može biti primjereno nego razmjerno).⁷⁴ O potrebi aktiviranja čl. 17. obrazlažu i sljedeće: „to bi omogućilo promptnije djelovanje kako Sabora u donošenju novih mjera tako i izvršne vlasti u primjeni aktiviranih mjera na pojedinačne slučajeve u praksi.“⁷⁵

L. Kušan i G. Selanec jasno opisuju problem: „učinak stajališta koje je ova većina zauzimala u COVID predmetima od 14. rujna nadalje je taj da izvršna vlast za zakonska rješenja koja bi željela koristiti u borbi protiv pandemije ne mora nositi teret okupljanja kvalificirane saborske podrške iz članka 17. ustava, ali će zahvaljujući potpunom razvodnjavanju ustavnog testa razmjernosti, koje u COVID predmetima zastupa ova većina, uživati prednost nižeg stupnja nadzora ustavne prihvatljivosti svojih postupaka koji je karakterističan baš za taj isti članak 17. Ustava.“⁷⁶

Takav su stav neki suci branili činjenicom da pandemija i dalje traje te bi ukidanje odluka kao neustavnih moglo „dovesti do većeg broja smrtnih slučajeva ili većeg broja oboljenja no što bi ih bilo da Ustavni sud osporenu sigurnosnu mjeru nije ukinuo.“⁷⁷ No, može se isto tako reći da bi stroži test doveo do kvalitetnijih i smislenijih mjera stožera koje bi zaista bile prikladne za postizanje legitimnih ciljeva.

⁷⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje A. Abramović, L. Kušan, G. Selanec, para III.

⁷⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1372/2020 i dr., od 14. rujna 2020., izdvojeno mišljenje G. Selanec, L. Kušan, A. Abramović.

⁷⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-364/2021, od 23. veljače 2021., izdvojeno mišljenje L. Kušan i G. Selanec.

⁷⁷ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-II-5709/2020 i dr., od 23. veljače 2021., izdvojeno podupiruće mišljenje M. Šeparović, para 7.

4. ZAKLJUČAK

Analizirajući praksu Ustavnog suda u predmetima koji se odnose na COVID odluke Stožera, uočava se da Ustavni sud provodi test razmjernosti, no tri su važna zaključka s tim u vezi.

Prvenstveno, Ustavni sud ne provodi test uvijek jednako konzistentno, u smislu da se struktura unutar odluka i rješenja razlikuje te se pojedini stupnjevi testa spajaju i ne pridaje se uvijek ista važnost svakome od njih. Zakonitost i legitimni cilj se uglavnom ne preispituju za svaku pojedinačnu mjeru, već se ponavljaju raniji zaključci, a nužnost, prikladnost i razmjernost u užem smislu često se spajaju.

Zatim, uočava se da je primjena testa razmjernosti, bez obzira na strukturu i teorijske postavke koje i sam Ustavni sud navodi u svojim ocjenama mjera, relativno blaga. To je vidljivo iz načina na koji se uzimaju u obzir argumenti predlagatelja i Vlade, promatranje mjera kao skup umjesto ispitivanja učinaka pojedinačnih mjera te propusta u traženju obrazloženja mjera od strane Stožera, kao i neadekvatnog ispitivanja mogućnosti postojanja blažih i pravodobnijih mjera.

Osim toga, kao najveći problem uočava se ostavljanje na snazi protuepidemijskog zakonodavstva koje se donosilo na temelju čl. 16. Ustava, koji je predviđen za ograničenja ljudskih prava i sloboda u redovitim situacijama, umjesto na temelju čl. 17. koji traži dvotrećinsku većinu u Saboru, ali s druge strane omogućuje blaži standard procjene tih ograničenja. Time su zaštitni mehanizmi koje za ograničenja ljudskih prava predviđa Ustav svedeni na puku teoriju.

Stoga, uzevši sve u obzir, inzistiranje na objašnjavanju razloga i podataka na temelju kojih su mjere bile donesene, javna rasprava i posljedično ne samo stroži, već smisleniji test razmjernosti rezultiralo bi sve boljom pripremom i prikupljanjem podataka od strane Stožera prilikom donošenja mjera što bi za posljedicu vjerojatno imalo i pažljivije smišljene mjere koje bi bile u stanju dovesti do boljih rezultata, a uz moguće manje zadiranje u ljudska prava.

4. Ustavno-pravna jamstva očuvanja identiteta nacionalnih manjina

VEDRAN ZLATIC*

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.724(497.5)

SAŽETAK Nacionalni identitet u modernim državama, koje su u pravilu multietničke, uvijek predstavlja izazovno područje ustavno-pravnoga reguliranja. Jedno od ključnih pitanja je način reguliranja očuvanja identiteta pripadnika i pripadnica nacionalnih manjina koja su esencijalna za opstojnost manjinskih zajednica i sprečavanje njene asimilacije u dominantnu kulturu i većinski identitet. U radu ćemo prikazati kako su ustavotvorci u Republici Hrvatskoj te u nekoliko susjednih država regulirali i osigurali prava pripadnika i pripadnica nacionalnih manjina ustavnim i zakonskim odredbama. Rad donosi komparativan pregled ustavnih normi te zakonskih odredbi kojima se jamče određena prava pripadnicima nacionalnih manjina koja su bitna za očuvanje njihova identiteta. Rad propituje i da li činjenica i perspektiva buduće zajedničke pripadnosti Europskoj uniji, kao zajednici različitih država i naroda, a koja se temelji na njihovoj ravnopravnosti, predstavlja dovoljno snažan motiv da se na nacionalnom ustavno-pravnom planu jamči i osigurava očuvanje nacionalnog identiteta svih građana i građanki u tri analizirana ustavno-pravna sustava.

KLJUČNE RIJEČI identitet, manjine, ustavna prava, Republika Hrvatska

1. UVOD

Suvremene države u pravilu su multietničke te na njihovom teritoriju zajedno žive pripadnici različitih nacija. Pojam nacije, prema Klaićevom rječniku, potječe od lat. *natio* što u prijevodu znači rod, svojta, pleme, skup te navedeni pojam označava „narod, historijski formiranu stabilnu zajednicu ljudi, nastalu na bazi zajednice jezika, teritorija, ekonomskog života i psihičke konstitucije, a prožeta je svijesću o zajedničkoj pripadnosti i cjelovitosti“.¹ Slijedeći ovu definiciju akademik Bačić navodi kako se „općenito pod nacijom podrazumijeva grupa ljudi u kojoj su

* Dr. sc. Vedran Zlatić, asistent na Katedri za ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, e-mail: vedran.zlatic@pravst.hr

¹ Klaić, B., *Rječnik stranih riječi*, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 922.

pojedinci međusobno povezani materijalnim i spiritualnim vezama, te koji se kao individualiteti smatraju drugačijim od pojedinaca u drugoj narodnosnoj skupini“.² Naravno sam pojam nacije je sociološki pojam te tako primjerice, Ćimić, naciju određuje u sociološkom smislu kao treći stupanj povijesnog razvitka etničke zajednice, nakon roda odnosno plemena te naroda.³ Sličnost sa ovim razmišljanjem nalazimo i u Skledara koji navodi da se „nacije oblikuju iz narodnih grupa kada su za to ispunjeni neki povijesni, društveno-ekonomski i kulturni uvjeti“.⁴ Potom ovaj autor navodi kako u definiranju nacije postoji nekoliko modela, a najpoznatiji je onaj koji naciju određuje kao „etnički i kulturni entitet koji je povijesno, teritorijalno i ekonomski interesno određen (jezik kao etnički kontinuitet, religija, tradicija, socijalno-ekonomski interesi, državnost)“.⁵

Kao što smo već i naveli, za razliku od nekih drugih vremena moderne države u pravilu na svoj višenacionalni sastav stanovništva gledaju pozitivno te se ulažu znatni naponi kako bi se osigurala sigurnost i miran suživot svih građana neovisno o njihovoj nacionalnoj pripadnosti. Pored toga države na gotovo svim razinama pokušavaju pravno regulirati i zaštititi različite elemente koji čine sastavni dio nacionalnog identiteta njihovih građana. Kada govorimo o Republici Hrvatskoj i njoj susjednim državama Srbiji i Sloveniji, pitanje reguliranja i zaštite identiteta

² Bačić, A., *Ustavno pravo i političke institucije – Studijski izvori*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2008., str. 95.

³ Ćimić, E., Nacija i kultura, u: Čačić-Kumpes, J. (ur.), *Kultura, Etničnost, Identitet*, Institut za migracije i narodnosti, Zagreb, 1999., str. 51. O odnosu između etničkog i nacionalnog vidi: Vrcan, S., Znakovita zbrka oko etničkog, u: Čačić-Kumpes, J. (ur.), *Kultura, Etničnost, Identitet*, Institut za migracije i narodnosti, Zagreb, 1999., str. 30.-34.

⁴ Skledar, N., Etničnost i kultura, u: Čačić-Kumpes, J. (ur.), *Kultura, Etničnost, Identitet*, Institut za migracije i narodnosti, Zagreb, 1999., str. 41.

⁵ *Ibid.* Nadalje, iz ovoga slijedi kako napominje Skledar da je upravo kultura jedan od onih čimbenika koji je nužan kako bi se oblikovala određena nacija, a pokatkada upravo kultura ima i preovladavajuću ulogu u tome procesu, *ibid.* Naposljetku, sama kultura u sociološkom smislu ima svoje materijalne i nematerijalne sastavnice. Upravo među potonje se uvrštavaju određeni elementi (jezik, religijska uvjerenja i sl.) za koje ćemo u nastavku teksta pokazati da se u pozitivnim pravnim propisima promatranih država normiraju kao posebno zaštićena prava pripadnika nacionalnih manjina. Više o materijalnim i nematerijalnim sastavnicama kulture vidi u: Zrinščak, S., Kregar, J., Sekulić D., Ravlić, S., Grubišić, K., Čepo, D., Petričušić, A., Čehulić, M., *Opća sociologija s uvodom u sociologiju*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2021., str. 229-249.

njihovog manjinskog stanovništva posebno je izazovno i zanimljivo. Naime, navedeno područje je još od antičkih vremena predstavljalo crtu razgraničenja velikih civilizacija i tijekom vremena je postalo i ostalo sjecište različitih kultura, svjetonazora i nacija. U ovome radu posebno ćemo se osvrnuti na pravno reguliranje i zaštitu određenih prava nacionalnih manjina⁶ poput prava na uporabu vlastitog jezika, očuvanje kulture i slobodno ispovijedanje religijske pripadnosti u Republici Hrvatskoj te ćemo istovremeno prikazati osnovne konture normativnog uređenja navedenih prava u Republici Srbiji te Republici Sloveniji. Navedena prava, kako je to navedeno i Okvirnom konvencijom za zaštitu nacionalnih manjina, predstavljaju važne odrednice „samobitnosti“ pripadnika nacionalnih manjina.⁷ Pored toga, osvrnut ćemo se i na ostvarenje prava na političko predstavništvo nacionalnih manjina koje je, također, općenito esencijalno bitno za očuvanje nacionalnog identiteta pripadnika nacionalnih manjina, a posebno je to slučaj u navedenim državama.⁸

⁶ Jedna od najpoznatijih definicija nacionalnih manjina je ona od Francesca Capotortija prema kojoj je manjina „brojno manja grupa ljudi koja se nalazi u nedominantnom položaju, čiji pripadnici – državljani te države imaju s etničkog, vjerskog ili jezičnog gledišta karakteristike po kojima se razlikuju od ostalog dijela stanovništva i koji pokazuju osjećaj solidarnosti, u svrhu očuvanja svoje kulture, tradicije, vjere i jezika“, vidi: Capotorti, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, UN, Geneva, 1979., str. 96. Za druge definicije manjina vidi Jackson-Preece, J., *Beyond the (Non) Definition of Minority*, *ECMI Brief*, br. 30, February 2014. Također i Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, Narodne novine br. 155/2002, 47/2010, 80/2010, 93/2011, 93/2011, daje definiciju nacionalne manjine, pa tako njegov čl. 5 glasi: „nacionalna manjina, u smislu ovoga Ustavnog zakona, je skupina hrvatskih državljana čiji pripadnici su tradicionalno nastanjeni na teritoriju Republike Hrvatske, a njeni članovi imaju etnička, jezična, kulturna i/ili vjerska obilježja različita od drugih građana i vodi ih želja za očuvanjem tih obilježja“.

⁷ Čl. 5. Zakona o potvrđivanju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 14/1997.

⁸ O važnosti političkog predstavljanja manjina vidi više u: Đorđević, Lj., Lončar, J., Miljković, N., Bašić, N., *Učesće nacionalnih manjina u društvenom i političkom životu Srbije*, Centar za istraživanje etniciteta, Beograd, 2018., str. 143-145.; Orlović, S., *Političko predstavljanje nacionalnih manjina – Srbija u komparativnoj perspektivi*, *Migracijske i etničke teme*, Vol. 27, br. 3, 2011., str. 412.; Beetham, D., *Parliament and Democracy in the Twenty-first Century - A Guide to Good Practice*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2006., str. 13. Naravno, pravo na političku predstavljenost pripadnika nacionalnih manjina u tijelima javne vlasti posebno je važno i iz razloga što se na taj način

2. PRAVA NACIONALNIH MANJINA U OKVIRU USTAVNO-PRAVNOG PORETKA REPUBLIKE HRVATSKE

U Republici Hrvatskoj prava nacionalnih manjina su, uzevši u obzir formalni pozitivno-pravni okvir, kvalitetno uređena na ustavnoj i zakonodavnoj razini.⁹ Ovdje možemo istaknuti samo najznačajnije ustavne odredbe kojima se jamči jednakopravnost pripadnika nacionalnih manjina sa pripadnicima većinskog naroda. Tako, najprije u Izvorišnim osnovama Ustava Republike Hrvatske¹⁰ pronalazimo formulaciju prema kojoj se sama Republika Hrvatska ustrojava kao nacionalna država većinskog, hrvatskog naroda, te jednako tako i kao država pripadnika nacionalnih manjina.¹¹ Potom, u čl. 3. Ustava RH kao jedna od temeljnih ustavnih vrednota izrijeком se spominje i nacionalna ravnopravnost¹²,

pripadnicima nacionalnih manjina, putem njihovih predstavnika, omogućuje da aktivno sudjeluju u oblikovanju i provođenju javnih politika putem kojih bi se prava nacionalnih manjina učinkovito provodila ne samo na normativnoj razini nego i u praksi.

⁹ Usp. Kuzelj, V., Kvartuć, D., Petričušić, A., Ustavnopravna zaštita nacionalnih manjina: protuvećinski argument u ulozi zaštitnika demokratskih vrijednosti, *Političke perspektive*, Vol. 11, br. 2, 2021., str. 13. Arlović, M., Pozitivna diskriminacija u regulaciji i zaštiti prava i sloboda pripadnika nacionalnih manjina – uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 56, br. 4, 2019., str. 802.

¹⁰ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 85/2010 – pročišćeni tekst; 5/2014 - odluka Ustavnog suda broj: SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.

¹¹ Odgovarajuću dio st. 2. Izvorišnih osnova glasi: „...Republika Hrvatska ustanovljuje se kao nacionalna država hrvatskoga naroda i država pripadnika nacionalnih manjina: Srba, Čeha, Slovaka, Talijana, Mađara, Židova, Nijemaca, Austrijanaca, Ukrajinaca, Rusina, Bošnjaka, Slovenaca, Crnogoraca, Makedonaca, Rusa, Bugara, Poljaka, Roma, Rumunja, Turaka, Vlaha, Albanaca i drugih, koji su njezini državljani, kojima se jamči ravnopravnost s građanima hrvatske narodnosti i ostvarivanje nacionalnih prava u skladu s demokratskim normama OUN-a i zemalja slobodnoga svijeta“.

¹² Ovdje vrijedi napomenuti kako je Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) utvrdio kako upravo prethodno citirana odredba Izvorišnih osnova ulazi u hrvatski ustavni identitet, Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-3597/2010 i dr. od 29. srpnja 2011., Narodne novine br. 93/2011, jednako tako i odredba čl. 3. Ustava RH prema praksi Ustavnog suda predstavlja „bitna obilježja identiteta hrvatske ustavne države“, Upozorenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-VIIR-5292/2013 od 28. listopada 2013., Narodne novine br. 131/2013. Usp. Horvat Vuković, A., „U ime ustava“: Materijalne granice promjene ustava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65, br. 3-4, 2015., str. 488-494.

dok čl. 14. Ustava RH određuje kako su svi pred zakonom jednaki te da svatko u RH ima prava i slobode neovisno, između ostalog, o njegovom nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, a čl. 15. Ustava RH sadrži jamstvo ravnopravnosti pripadnicima svih nacionalnih manjina. Važno je imati na umu i odredbu čl. 17. st. 2. koja govori o tome da ograničenja temeljnih prava i sloboda koja su nužna u doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države te velikih prirodnih nepogoda ne mogu biti takve naravi da za posljedicu imaju nejednakost osoba s obzirom na boju kože, rasu, jezik, spol, vjeru te nacionalno ili socijalno podrijetlo. Naposljetku, navedimo kako Ustav RH izrijekom navodi u svome čl. 15. st. 2 kako se ravnopravnost i zaštita prava nacionalnih manjina uređuje ustavnim zakonom koji se donosi po postupku za donošenje organskih zakona, a hrvatski zakonodavac tu je ustavnu obvezu ispunio donošenjem Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina¹³ (dalje: UZPNM) U nastavku ovoga poglavlja ćemo detaljnije analizirati važeći normativni okvir kojim se uređuju prava nacionalnih manjina koja se odnose na upotrebu njihova vlastita jezika, zaštitu i njegovanje vlastite kulture te pravo na njihovu političku zastupljenost.¹⁴

2.1. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA UPOTREBU VLASTITOG JEZIKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pripadnicima nacionalnih manjina čl. 15. st. 4. Ustava RH jamči se pravo na služenje vlastitim jezikom i pismom kao i sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti te kulturna autonomija¹⁵ a u tome kontekstu treba sagledati i važnost ustavnog jamstva na slobodu mišljenja i izražavanja misli (čl. 38. Ustava RH) kao i

¹³ Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, Narodne novine br. 155/2002, 47/2010, 80/2010, 93/2011, 93/2011.

¹⁴ Ovdje vrijedi istaknuti kako je Petričušić u svome radu također analizirala uređenje određenih prava nacionalnih manjina na normativnoj razini u nekoliko država jugoistočne Europe, a među njima i Republike Hrvatske te Republike Srbije, vidi Petričušić, A., Instrumenti zaštite prava nacionalnih manjina OESS-a i njihova primjena u državama jugoistočne Europe, *Pravo i politika*, Vol. 6, br. 2, 2013., str. 58.-94.

¹⁵ Odredba čl. 15. st. 4. Ustava RH glasi: „Pripadnicima svih nacionalnih manjina jamči se sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti, slobodno služenje svojim jezikom i pismom i kulturna autonomija“.

na slobodu savjesti i vjeroispovijedi i slobodno javno očitovanje vjere ili drugog uvjerenja (čl. 40. Ustava RH) te prava svakoga na slobodno udruživanje radi zaštite njegovih probitaka ili zauzimanja za određena pa tako i nacionalna te kulturna uvjerenja i ciljeve (čl. 43. Ustava RH). Nadalje, čl. 12. st. 2. Ustava RH predviđa se mogućnost uvođenja nekog od jezika i pisama pripadnika nacionalnih manjina kao službenih, pored hrvatskog jezika i latiničnog pisma, za područje pojedinih lokalnih jedinica uz uvjete propisane zakonom.¹⁶

Dakle, kada je posrijedi pravo pripadnika nacionalnih manjina da se služe svojim jezikom i pismom vrijedi istaknuti da je pozitivnim propisima RH ovo pravo pripadnicima nacionalnih manjina zajamčeno u privatnoj i u javnoj te službenoj uporabi. Tako kada je posrijedi pravo pripadnika nacionalnih manjina da se služe svojim jezikom i pismom ono je zajamčeno već spomenutim UZPNM koji najprije u svome čl. 7. navodi kako među posebna prava pripadnika nacionalnih manjina ulazi, između ostalih, i njihovo pravo da se služe svojim jezikom u javnoj i službenoj uporabi te im se jamči odgoj i obrazovanje te pristup sredstvima javnog priopćavanja i obavljanja djelatnosti javnog priopćavanja (primanje i širenje informacija) na jeziku i pismu kojim se služe. U istome zakonu se dalje razrađuju ova navedena prava pa se tako čl. 9. propisuje pravo pripadnika nacionalnih manjina da koriste svoje ime i prezime na jeziku kojim se služe, te da ono bude službeno priznato njima i njihovoj djeci upisom u matične knjige i druge službene isprave, naravno u skladu s propisima Republike Hrvatske. Potom se u čl. 10. predviđa pravo pripadnika nacionalnih manjina da na svome jeziku ističu oznake, napise i druge informacije, a u čl. 11. navodi se pravo pripadnika nacionalnih manjina na odgoj i obrazovanje na svom jeziku i pismu kojim se služe.¹⁷

Zatim čl. 12. UZPNM regulira se pitanje službene uporabe jezika i pisma pripadnika nacionalne manjine. U stavku 1. navedenog članka određuje kako se

¹⁶ Vrijedi istaknuti kako Ustavni sud apostrofira važnost čl. 12. st. 2. Ustava RH za zaštitu nacionalnih manjina, Odluka Ustavnog suda broj: U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., Narodne novine br. 104/2014.

¹⁷ Napomenimo kako je materija koja se odnosi na odgoj i obrazovanje na jeziku i pismu nacionalnih manjina detaljnije uređena i posebnim Zakonom o uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj, Narodne novine br. 51/2000, 56/2000.

ravnopravna službena uporaba jezika i pisma kojim se služe pripadnici nacionalne manjine ostvaruje na području jedinice lokalne samouprave u kojoj pripadnici pojedine nacionalne manjine čine najmanje trećinu stanovnika. Potom st. 2. navodi kako se u službenu uporabu uvodi jezik i pismo pripadnika nacionalnih manjina i kada je to predviđeno važećim međunarodnim ugovorima koje je sklopila Republika Hrvatska te kada je to propisano statutom jedinice lokalne samouprave ili statutom jedinice područne (regionalne) samouprave, a u skladu s odredbama posebnog zakona o uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u RH. Naposljetku, kako je to propisano st. 3. navedenog članka, posebnim zakonom¹⁸ se propisuju uvjeti i način uporabe pisma i jezika pripadnika nacionalnih manjina u predstavničkim i izvršnim tijelima i u postupku pred upravnim tijelima jedinica lokalne samouprave i jedinica područne (regionalne) samouprave, u postupku pred tijelima državne uprave prvog stupnja, u postupku pred sudbenim tijelima prvog stupnja, u postupcima koje vode Državno odvjetništvo i javni bilježnici te pravne osobe koje imaju javne ovlasti. Naposljetku, u čl. 13. UZPNM određeno je i da će se zakonom kojim se uređuje uporaba jezika i pisma nacionalnih manjina propisati mjere koje omogućuju na područjima tradicionalno ili u znatnijem broju naseljenim pripadnicima nacionalnih manjina očuvanje tradicijskih naziva i oznaka te davanje naziva naseljima, ulicama i trgovima imena osoba i događaja od značaja za povijest i kulturu nacionalne manjine u Republici Hrvatskoj.

Kao što je i vidljivo iz gore navedenog u Republici Hrvatskoj je doista kvalitetno razrađen normativni okvir kojim se jamči pravo pripadnicima nacionalnih manjina da se služe svojim jezikom i pismom. Međutim, u praktičnoj provedbi navedenih propisa javljale su se različite poteškoće koje su zasigurno utjecale na efektivno ostvarenje i uživanje navedenih prava nacionalnih manjina u određenim slučajevima.¹⁹

¹⁸ Vidi primjerice već navedeni Zakon o uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj.

¹⁹ S obzirom na narav i opseg ovoga rada ovdje nećemo detaljnije ulaziti u sve praktične probleme provedbe navedenih propisa u konkretnim slučajevima od koji su neki imali i ustavno-sudski epilog, o tome vidi više u: Kuzelj; Kvartuć; Petričušić, *op. cit.* (bilj. 9), str. 14-16.; Arlović, *op. cit.* (bilj. 9), str. 807-810., Toplak, J., Gardašević, Đ., *Concepts of National and Constitutional Identity in Croatian Constitutional Law, Review of Central and East European Law*, Vol. 42, br. 4, 2017., str. 278.-281.

*2.2. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA NJEGOVANJE I OČUVANJE
VLASTITE KULTURNE BAŠTINE U REPUBLICI HRVATSKOJ*

Naravno, pored jezika koji nedvojbeno predstavlja jednu od temeljnih odrednica nacionalnog identiteta u istu grupu spadaju i tradicija te običaji odnosno cjelokupna kulturna baština određene nacionalne skupine. To je prepoznato i u okviru hrvatskog pravnog sustava pa se tako pripadnicima nacionalnih manjina jamče određena prava koja su usmjerena na očuvanje i njegovanje njihove kulture. Pored prethodno spomenutih ustavnih odredbi navedena materija je detaljnije razrađena i navedenim UZPNM koji sadrži odredbe kojima se jamči pravo pripadnika nacionalnih manjina na očuvanje i njegovanje vlastite kulturne baštine. Tako u čl. 14. navedenog zakona jamči se sloboda uporabe znamenja i simbola nacionalnih manjina te obilježavanje praznika nacionalnih manjina, a čl. 16. st. 4. zajamčeno je i pravo pripadnika nacionalnih manjina da slobodno izražavaju svoju vjersku pripadnost i očitavaju svoju vjeru te u skladu s tim da i pripadaju određenoj vjerskoj zajednici. Potom čl. 15. UZPNM propisuje se pravo pripadnika nacionalnih manjina da radi radi očuvanja, razvoja, promicanja i iskazivanja svog nacionalnog i kulturnog identiteta mogu osnivati udruge, zaklade i fundacije te ustanove za obavljanje djelatnosti javnog priopćavanja, kulturne, izdavačke (nakladničke), muzejske, arhivske, knjižnične i znanstvene djelatnosti. Štoviše, predviđa se i financiranje navedenih ustanova od strane države, ali i jedinica lokalne samouprave i područne (regionalne) samouprave, sukladno njihovim mogućnostima.

Vežano uz probleme praktične primjene pozitivnih akata na ovome mjestu treba, također, istaknuti kako se i u drugim slučajevima koje ćemo detaljnije promotriti u ovome radu javljaju poteškoće kada je u pitanju praktična primjena normativnih rješenja kojima se reguliraju prava nacionalnih manjina u različitim područjima. Nadalje, spomenimo još i kako je u svrhu ispravne provedbe prava na ravnopravnu službenu uporabu jezika i pisma nacionalnih manjina općim aktima, odnosno statutima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te načina ostvarivanja prava na ravnopravnu službenu uporabu jezika i pisma nacionalnih manjina u postupcima koji se vode pred državnim tijelima prvog stupnja i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti Ministarstvo uprave Republike Hrvatske je donijelo Naputak za dosljednu provedbu Zakona o uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj, Narodne novine br. 33/2012.

Nadalje, pripadnici nacionalnih manjina te njihove udruge i vijeća mogu, sukladno odredbama čl. 16. navedenog zakona, slobodno održavati veze sa narodom s kojim dijele ista etnička, jezična, kulturna i/ili vjerska obilježja. Jednako slobodno mogu održavati veze i sa pravnim osobama koje imaju sjedište na području države tog naroda, a koje obavljaju djelatnosti odgoja i obrazovanja, znanosti, kulture, nakladničke (izdavačke) i humanitarne djelatnosti. Također, udruge i vijeća pripadnika nacionalnih manjina mogu iz druge države bez plaćanja carine primati različite materijale kojima se promiče njihova kulturna baština te mogu organizirati gostovanja profesionalnih i amaterskih kulturno-umjetničkih grupa, te organizirati druge kulturne i umjetničke priredbe i izložbe koje pridonose obogaćivanju kulture i identiteta nacionalne manjine. U čl. 17. ovoga zakona propisuje se obveza da se u djelatnostima javnog priopćavanja, proizvodnje i emitiranja radijskog i televizijskog programa, odgoja i obrazovanja, muzejske, arhivske i knjižnične djelatnosti stvaraju uvjeti za upoznavanje svih državljana Republike Hrvatske, osobito djece i mladeži kroz sadržaj odgojnog i obrazovnog rada i obvezne i izborne predmete obrazovanja, s poviješću, kulturom i religijom nacionalnih manjina. Naposljetku, čl. 18. UZPNM propisuje obvezu radija i televizije na državnoj, regionalnoj i lokalnoj razini da promiču razumijevanje za pripadnike nacionalnih manjina te da proizvode i emitiraju sadržaj namijenjen informiranju pripadnika nacionalnih manjina na jezicima nacionalnih manjina. Nadalje, propisuje se obveza stvaranja i emitiranja programa kojima se potiče i unaprjeđuje održavanje, razvoj i iskazivanje kulturne, vjerske i druge samobitnosti nacionalnih manjina, očuvanje i zaštita njihovih kulturnih dobara i tradicije, a pri svemu tome se mora omogućiti udrugama i institucijama nacionalnih manjina sudjelovanje u stvaranju programa namijenjenog nacionalnim manjinama. Pored toga navedenim zakonom se propisuje obveza države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave da osiguraju sredstva za sufinanciranje programa radio i televizijskih postaja u njihovom vlasništvu namijenjenih nacionalnim manjinama. Naposljetku, i pripadnici nacionalnih manjina, njihova vijeća i predstavnici te njihove udruge mogu obavljati djelatnost javnog priopćavanja (izdavati novine, proizvoditi i emitirati radijski i televizijski program te obavljati djelatnost novinskih agencija) na pismu i jeziku nacionalne manjine.

*2.3. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA POLITIČKU
PREDSTAVLJENOST U REPUBLICI HRVATSKOJ*

Pravo pripadnika nacionalnih manjina na političku predstavljenost predstavlja, kako smo već naznačili, vrlo važan element očuvanja njihova nacionalnog identiteta u određenoj državi. Naime, na taj način se omogućava pripadnicima nacionalnih manjina da preko svojih predstavnika u tijelima državne vlasti (ali i lokalnim te regionalnim tijelima) izravno komuniciraju svoje interese, stavove pa i probleme, a njih upravo predstavnici nacionalnih manjina mogu najvjernije predstaviti široj javnosti. Na taj način se, kako ističu Petričušić i Dolenc, stvara ozračje inkluzivnosti u političkoj sferi društva te se sprječava marginalizacija i otuđenost manjinskih zajednica.²⁰

U Republici Hrvatskoj se jamči pravo pripadnicima nacionalnih manjina da imaju određen i zajamčen broj svojih predstavnika kako u Hrvatskom saboru tako i u predstavničkim tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. U tome smislu, na temelju čl. 15. Ustava RH, UZPNM u svome čl. 7. jamči pripadnicima nacionalnih manjina pravo na zastupljenost u predstavničkim tijelima na državnoj i lokalnoj razini, te u upravnim i pravosudnim tijelima. Nadalje, čl. 19. navedenog zakona propisuje se da pripadnici nacionalnih manjina biraju najmanje pet a najviše osam svojih zastupnika u posebnim izbornim jedinicama. Pri tome se također u istome članku propisuje da se pripadnicima nacionalnih manjina koji u ukupnom stanovništvu Republike Hrvatske sudjeluju s više od 1,5% stanovnika jamči najmanje jedno, a najviše tri zastupnička mjesta, dok pripadnici nacionalnih manjina, koji u ukupnom stanovništvu Republike Hrvatske sudjeluju s manje od 1,5% stanovnika imaju pravo izabrati najmanje četiri zastupnika pripadnika nacionalnih manjina. Navedene odredbe konkretiziraju se Zakonom o izborima zastupnika u Hrvatski sabor²¹ koji u svome čl. 16. propisuje kako pripadnici nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj

²⁰ Petričušić, A., Dolenc, M., Pravo na zastupljenost pripadnika nacionalnih manjina u nacionalnim parlamentima, *Pravnik*, Vol. 55, br. 107, 2021., str. 133., 160.

²¹ Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, Narodne novine br. 116/1999, 109/2000, 53/2003, 69/2003, 167/2003, 44/2006, 19/2007, 20/2009, 145/2010, 24/2011, 93/2011, 120/2011, 19/2015, 104/2015, 98/2019.

imaju pravo birati osam zastupnika u Sabor koji se biraju u posebnoj izbornoj jedinici koju čini područje Republike Hrvatske.²²

Nadalje, spomenimo još i kako se pripadnicima nacionalnih manjina u čl. 20-22. UZPNM jamči pravo na zastupljenost u predstavničkim tijelima jedinica lokalne samouprave i predstavničkim tijelima jedinica područne (regionalne) samouprave. Broj zajamčenih predstavnika nacionalnih manjina u ovome slučaju nije određen unaprijed nego je razmjeran udjelu pripadnika nacionalne manjine u ukupnom broju stanovnika određene jedinice lokalne samouprave. Nadalje, u onim jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave u kojima se treba osigurati proporcionalnu zastupljenost članova njenog predstavničkog tijela iz reda pripadnika nacionalnih manjina osigurava se zastupljenost predstavnika nacionalne manjine i u njenom izvršnom tijelu.²³ Naposljetku, spomenimo još i kako se čl. 23.-34. UZPNM propisuje da u svrhu unaprjeđivanja, očuvanja i zaštite položaja nacionalnih manjina u društvu te radi sudjelovanja u javnom životu i upravljanju lokalnim poslovima pripadnici nacionalnih manjina biraju svoje predstavnike putem vijeća i predstavnika nacionalnih manjina u jedinicama samouprave.

3. PRAVA NACIONALNIH MANJINA U OKVIRU USTAVNO-PRAVNOG PORETKA REPUBLIKE SRBIJE I REPUBLIKE SLOVENIJE

Ustav Republike Srbije²⁴ odmah u svome čl. 1. definira Republiku Srbiju kao nacionalnu državu srpskog naroda te svih građana koji u njoj žive. Potom srbijanski

²² Također, čl. 17. navedenog zakona je određeno da pripadnici srpske nacionalne manjine biraju tri zastupnika u Sabor u skladu s Ustavnim zakonom o pravima nacionalnih manjina, dok pripadnici ostalih nacionalnih manjina biraju još ukupno pet zastupnika u Sabor.

²³ Daljnja razradba pravila glede i provedbe zajamčene predstavljenosti pripadnika nacionalnih manjina u predstavničkim i izvršnim tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nalazi se u odredbama Zakona o lokalnim izborima, Narodne novine br. 144/2012, 121/2016, 98/2019, 42/2020, 144/2020, 37/2021; te Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Narodne novine br. 33/2001, 60/2001, 129/2005, 109/2007, 125/2008, 36/2009, 36/2009, 150/2011, 144/2012, 19/2013, 137/2015, 123/2017, 98/2019, 144/2020.

²⁴ Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS br. 98/2006, 16/2022 – Odluka o proglašenju Ustavnog zakona za sprovođenje Akta o promeni Ustava Republike Srbije - Amandmani I - XXIX - Službeni glasnik RS, br. 115/2021.

Ustav u svome čl. 14. navodi kako je obveza države štiti prava nacionalnih manjina, dok čl. 18. govori o neposrednoj primjeni svih, pa tako i manjinskih, prava zajamčenih Ustavom. Također, ovaj Ustav u svome čl. 21. propisuje zabranu bilo kakve diskriminacije a posebno na osnovu, između ostalog, nacionalne pripadnosti, rase, vjeroispovijesti, kulture ili jezika. Nadalje, čl. 76. ovog Ustava još jednom ponavlja izričitu zabranu diskriminacije osoba zbog njihove pripadnosti nacionalnoj manjini. Štoviše, čl. 202. srbijanskog Ustava govori da čak i u slučaju ograničenja prava i sloboda u izvanrednom ili ratnom stanju ne smiju biti takve naravi da dovedu do diskriminacije prema rasi, spolu, jeziku, vjeroispovijedi, nacionalnoj pripadnosti ili društvenom podrijetlu. Također, čl. 47. ovog Ustava jamči se sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti, a čl. 75. predviđa da se nacionalnim manjinama, pred prava koja su zajamčena svim građanima, jamče i dodatna individualna ili kolektivna prava.

Ustav Republike Slovenije²⁵ u svome čl. 14. također zabranjuje diskriminaciju na temelju nacionalnog podrijetla, rase, spola, vjeroispovijedi, političkog ili drugog uvjerenja, socijalni, materijalni, obrazovni ili bilo koji drugi status. Jednako kao i prethodni prikazani Ustav Republike Hrvatske i Ustav Republike Srbije i Ustav Republike Slovenije izričito propisuje u čl. 16. da i u slučaju ograničenja temeljnih prava i sloboda u slučajevima izvanrednog stanja ili rata takva ograničenja ne smiju rezultirati diskriminacijom osoba s obzirom na njihovu rasu, spol, jezik, nacionalnu i religijsku pripadnost te političko ili drugo uvjerenje, socijalni, materijalni, obrazovni ili bilo koji drugi status. Nadalje, slovenski Ustav u svome čl. 61. pojedincima jamči slobodu iskazivanja njihove nacionalne pripadnosti. Ipak, ono što je značajno istaknuti kada je u pitanju ustavno-pravni okvir Republike Slovenije je to da se u Ustavu poseban status daje mađarskoj i talijanskoj nacionalnoj manjini te romskoj nacionalnoj manjini. Dvije prvo navedene su, prema odredbama slovenskog Ustava, autohtone nacionalne manjine pa tako, primjerice, čl. 5. ovog Ustava izričito govori o obvezi države da zaštiti prava mađarske i talijanske autohtone nacionalne manjine. Kada je posrijedi romska

²⁵ Ustav Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03 in 69/04.

nacionalna manjina slovenski Ustav u svome čl. 65. izričito navodi da će se status i posebna prava ove manjine regulirati zakonom.

U nastavku ove cjeline ćemo nešto detaljnije prikazati pozitivni normativni okvir u Republici Srbiji i Republici Sloveniji kojim se uređuju prava nacionalnih manjina koja se odnose na upotrebu njihova vlastita jezika, zaštitu i njegovanje vlastite kulture i baštine te pravo na njihovu političku zastupljenost kao bitnih odrednica njihova identiteta u navedenim državama.

3.1. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA UPOTREBU VLASTITOG JEZIKA U REPUBLICI SRBIJI I REPUBLICI SLOVENIJI

U Republici Srbiji čl. 10. Ustava propisano je da se pored službenog srpskog jezika i ćiriličnog pisma zakonom uređuje službena uporaba drugih jezika i pisama. Nadalje, srbijanski Ustav isto tako u čl. 21., kako smo već i naveli, zabranjuje diskriminaciju osoba temeljem, između ostalog, jezika. Nadalje, ovaj Ustav u čl. 48. propisuje da država mjerama u obrazovanju, kulturi i javnom priopćavanju potiče razumijevanje, uvažavanje i poštovanje razlika koje postoje zbog posebnosti etničkog, kulturnog, jezičnog ili vjerskog identiteta njenih građana. Nadalje, u čl. 75. srbijanskog Ustava propisano je kako pripadnici nacionalnih manjina, sukladno zakonu, neposredno ili preko svojih predstavnika sudjeluju u odlučivanju ili sami odlučuju o pojedinim pitanjima važnim za očuvanje njihova identiteta među koje svakako spada i pitanje uporabe vlastitog jezika. Naposljetku, čl. 199. srbijanskog Ustava propisano je da svatko ima pravo koristiti svoj jezik u postupcima pred pravosudnim i drugim javno-pravnim tijelima te da nepoznavanje jezika na kome se postupak vodi ne smije predstavljati prepreku za ostvarenje ljudskih i manjinskih prava. Nadalje, Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina²⁶ detaljnije se uređuje pitanje uporabe jezika i pisma nacionalnih manjina. Tako je čl. 11. navedenog zakona propisano da je jedinica lokalne samouprave obvezna uvesti u ravnopravnu uporabu jezik i pismo na svome teritoriju onih nacionalnih manjina koje čine najmanje 15% njezinog stanovništva. Također prema čl. 11. navedenog zakona pripadnici nacionalnih

²⁶ Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Sl. list SRJ, br. 11/2002, Sl. list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja i Sl. glasnik RS, br. 72/2009 - dr. zakon, 97/2013 - odluka US i 47/2018.

manjina čiji broj u ukupnom stanovništvu Republike Srbije dostiže najmanje 2% prema zadnjem popisu stanovništva, mogu se obratiti državnim tijelima na svom jeziku i imaju pravo dobiti odgovor na tom jeziku. Navedenim zakonom u čl. 13 propisuje se da predstavnici nacionalnih manjina imaju pravo na odgoj i školovanje na svome jeziku te sukladno čl. 15. mogu osnivati privatne obrazovne ustanove, škole, ili sveučilišta na kojima će se obrazovanje organizirati na jezicima nacionalnih manjina ili dvojezično.

Kada je u pitanju pravo pripadnika nacionalnih manjina na upotrebu vlastita jezika u Sloveniji najprije valja spomenuti kako slovenski Ustav u svome čl. 62. izričito jamči pravo svakome da se služi svojim jezikom i pismom na način kako je to predviđeno zakonom u ostvarivanju svojih prava i dužnosti te u postupcima pred državnim i drugim javnim tijelima. Međutim, kada je u pitanju uporaba jezika nacionalnih manjina u Sloveniji tu do izražaja dolaze posebna prava koja pripadaju autohtonim nacionalnim manjinama. U tome smislu važan je čl. 11. slovenskog Ustava koji propisuje da je u Sloveniji u službenoj uporabi slovenski jezik, ali u onim jedinicama lokalne samouprave u kojima žive pripadnici autohtonih, dakle, mađarskih i talijanskih nacionalnih manjina u službenoj uporabi su i talijanski odnosno mađarski jezik. Stoga u tim jedinicama lokalne samouprave državna, lokalna i druga tijela javne vlasti moraju u službenoj uporabi koristiti se pored slovenskog i jezikom autohtone nacionalne manjine.²⁷ Jednako tako navedenim autohtonim manjinama se čl. 64. Ustava Slovenije jamči, u skladu sa zakonom, pravo na obrazovanje i školovanje na njihovim jezicima te uspostava dvojezičnih škola na područjima u kojima ove manjine žive. Jednako tako osigurava se i školovanje te odgoj na jeziku romske nacionalne manjine, iako su tu rezultati u

²⁷ Usp. Toplak; Gardašević, *op. cit.* (bilj. 19), str. 281. Nadalje, primjerice i slovenski Zakon o općem upravnom postupku (Zakon o splošnem upravnom postupku, Uradni list RS, št. 24/06 – uradno prečišćeno besedilo, 105/06 – ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10, 82/13, 175/20 – ZIUOPDVE in 3/22 – ZDeb) u svome čl. 62. Određuje kako u tim jedinicama lokalne samouprave u kojima je pored slovenskog službeni i jezik neke od autohtonih nacionalnih manjina postupak se vodi i na jeziku nacionalne manjine ako stranka u postupku to zatraži. Pored toga pripadnici talijanske i mađarske nacionalne manjine također se mogu služiti svojim jezikom u postupku pred tijelima javne uprave i u području gdje talijanski odnosno mađarski jezik nisu službeni.

USTAVNO-PRAVNA JAMSTVA OČUVANJA IDENTITETA NACIONALNIH MANJINA
praksi ipak bili nešto manje uspješni nego je to slučaj sa talijanskom i mađarskom nacionalnom manjinom.²⁸

*3.2. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA NJEGOVANJE I OČUVANJE
VLASTITE KULTURNE BAŠTINE U REPUBLICI SRBIJI I REPUBLICI SLOVENIJI*

Kada je posrijedi pitanje očuvanja kulture nacionalnih manjina u Republici Srbiji vrijedi napomenuti kako je ustavnim čl. 14. propisano da država jamči posebnu zaštitu nacionalnim manjinama kako radi ostvarivanja njihove ravnopravnosti tako i radi očuvanja njihova identiteta. Potom se u čl. 43. i 44. srbijanskog Ustava jamči pravo na slobodno izražavanje religijske pripadnosti te se jamči ravnopravnost svih religijskih zajednica u državi, a čl. 47. jamči svakome slobodno izražavanje njegove nacionalne pripadnosti. Nadalje, čl. 79. ovog Ustava se, između ostalog, jamči pravo pripadnicima nacionalnih manjina da slobodno izražavaju, čuvaju i njeguju svoju kulturnu i vjersku posebnost te da slobodno koriste svoje nacionalne simbole na javnim mjestima. U čl. 80. srbijanskog Ustava jamči se pravo pripadnicima nacionalnih manjina da osnivaju prosvjetna i kulturna udruženja te da održavaju nesmetane veze i suradnju sa svojim sunarodnjacima u drugim državama. Spomenimo još i kako su određena prava važna za očuvanje i njegovanje kulturne baštine pripadnika nacionalnih manjina u Republici Srbiji uređena i na zakonodavnoj razini. Primjerice, već spomenuti Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina u svome čl. 12. ističe da pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo osnivati kulturne, umjetničke i znanstvene ustanove, društva i udruženja u svim područjima kulturnog i umjetničkog života, a mogu biti financirani od strane države te jedinica regionalne i lokalne samouprave. Nadalje, u čl. 17. ovoga zakona navedeno je da pripadnici nacionalnih manjina imaju pravo na potpuno i nepristrano obavješćavanje na vlastitom jeziku (uključujući pravo na izražavanje, primanje, slanje i razmjenu informacija i ideja putem tiska i drugih

²⁸ Usp. Petričušić, A., Slovenian Legislative System for Minority Protection: Different Rights for Old and New Minorities, *Noves SL: Revista de sociolingüística*, br. 1-2, 2004., dostupno na: <http://www.gencat.cat/llengua/noves/noves/hm04tardor/docs/petricusic.pdf> [pristup: 8. srpnja 2022.]. Vidi Izvješće, *Fourth Report submitted by Slovenia pursuant to Article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Vijeće Europe, 2017., str. 19-24., 40-41., 65-67., dostupno na: <https://rm.coe.int/16806d3fbc> [pristup: 8. srpnja 2022.].

sredstava javnog priopćavanja). Također, i država se obvezuje, navedenom zakonskom odredbom, osigurati informativne, kulturne i obrazovne sadržaje na jeziku nacionalne manjine putem radija i javnog televizijskog servisa.

U Republici Sloveniji ustavnim čl. 61. propisuje se pravo svakoga da slobodno izražava svoju nacionalnu pripadnost te da njeguje i održava kulturu, jezik i pismo svoga naroda. Nadalje, jednako tako čl. 7. i čl. 41. slovenskog Ustava jamči se ponajprije ravnopravnost svih religijskih zajednica te se svakome jamči pravo na slobodno izražavanje njegove religijske pripadnosti i uvjerenja. Ipak kada je u pitanju Republika Slovenija ponovno se posebna pozornost pridaje očuvanju nacionalnog identiteta i kulturne baštine autohtonih nacionalnih manjina²⁹ te su ta pitanja načelno riješena već i sami ustavnim odredbama. U tome smislu čl. 64. slovenskog Ustava izričito govori o pravu autohtonih nacionalnih manjina da ističu i koriste svoje nacionalne simbole te da razvijaju vlastite ekonomske, kulturne, znanstvene i istraživačke djelatnosti u svrhu očuvanja njihova nacionalnog identiteta. U istome članku se također predviđaju ustavna jamstva za navedene nacionalne manjine i njihove pripadnike da slobodno održavaju veze sa pripadnicima svoga naroda u drugim državama te sa njihovim matičnim državama.³⁰ U tome smislu Republiku Sloveniju se obvezuje da materijalnim i nematerijalnim sredstvima podupire ostvarenje navedenih prava autohtonih nacionalnih manjina. Nadalje, autohtonim manjinama te romskoj manjini se jamči pravo i na proizvodnju i distribuiranje medijskog materijala (tiskane publikacije i audiovizualni sadržaj) na njihovim jezicima, a država aktivno financijskim sredstvima pomaže u njihovu realiziranju.³¹ Kada je u pitanju očuvanje kulture pripadnika drugih nacionalnih manjina, navedeno pitanje nije postavljeno na

²⁹ Usp. Izvješće, *op. cit.* (bilj. 28), str. 48-49.

³⁰ *Ibid.*, str. 81-84.

³¹ Usp. Petričušić, *op. cit.* (bilj. 28), Toplak; Gardašević, *op. cit.* (bilj. 19), str. 281.-282., Izvješće: *Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection – Minority Protection in Slovenia*, Open Society Foundations, 2002., str. 624.-630., dostupno na: <https://www.jstor.org/stable/resrep27173.16?seq=1> [pristup: 8. srpnja 2022.], Izvješće, *op. cit.* (bilj. 28), str. 48.-49., 54.-63., 84.-91.

USTAVNO-PRAVNA JAMSTVA OČUVANJA IDENTITETA NACIONALNIH MANJINA
ustavni rang nego se rješava na razini ordinarnih akata zakonodavne vlasti³² i provedbe različitih programa nacionalne vlade.³³

3.3. PRAVO PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA NA POLITIČKU PREDSTAVLJENOST U REPUBLICI SRBIJI I REPUBLICI SLOVENIJI

U Republici Srbiji pripadnici nacionalnih manjina nemaju unaprijed ustavom zajamčen određen broj mjesta u državnom zakonodavnom tijelu. Ipak, srbijanski Ustav propisuje u svome čl. 100. da se u Narodnoj Skupštini osigurava zastupljenost nacionalnih manjina, u skladu sa zakonom. Najprije je 2004. godine izmjenama Zakona o izboru narodnih poslanika bilo usvojeno rješenje prema kojem su manjinske izborne liste morale prijeći tzv. „prirodni izborni prag” odnosno proporcionalni prag prema kome je jedan skupštinski mandat jednak broju građana koji su glasali na izborima podijeljeno sa ukupnim brojem skupštinskih mandata (250).³⁴ Danas je na snazi novi Zakon o izboru narodnih poslanika koji u svome čl. 140. propisuje da izborna lista nacionalnih manjina sudjeluje u raspodjeli mandata u Narodnoj Skupštini i kada dobije manje od 3% glasova (izborni prag) birača. Sukladno tome količnici izbornih lista nacionalnih manjina koje su osvojile manje od 3% uvećavaju se za 35%.³⁵ Nadalje, kad je u pitanju predstavljanje interesa nacionalnih manjina u Republici Srbiji možemo istaknuti i odredbu čl. 18. prije navedenog Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina kojom se propisuje da Vlada Republike Srbije osniva Savjet za nacionalne manjine kao stalno radno tijelo Vlade. Zadaci ovoga tijela su, između

³² Primjerice: Deklaracija Republike Slovenije o položaju nacionalnih zajednica pripadnika naroda bivše SFRJ u Republici Sloveniji (Deklaracija Republike Slovenije o položaju narodnih skupnosti pripadnikov narodov nekdanje SFRJ v Republici Sloveniji, Uradni list RS, št. 7/11).

³³ Primjerice jedan od glavnih ciljeva Nacionalnog programa za kulturu (2014.-2017.) je i veći stupanj zaštite kulturnih prava u okviru zaštite ljudskih prava te se predviđa i veća integracija nacionalnih manjina u što spada i podrška za očuvanje kulturne baštine njemačke nacionalne manjine te nacionalnih manjina sa područja bivše Jugoslavije. Usp. Izvješće, *op. cit.* (bilj. 28), str. 25.-26.

³⁴ Đorđević; Lončar; Miljković; Bašić, *op. cit.* (bilj. 8), str. 148. Više o predstavljenosti nacionalnih manjina u srbijanskom parlamentu tijekom zadnjih 30-ak godina te rješavanju pitanja osiguranja predstavljenosti političkih opcija u srbijanskom zakonodavnom tijelu vidi: Orlović, S., *op. cit.* (bilj. 8), str. 401.-410., Đorđević; Lončar; Miljković; Bašić, *op. cit.* (bilj. 8), str. 145.-158.

³⁵ Vidi Zakon o izboru narodnih poslanika, Službeni glasnik RS, br. 14/2022.

ostalog da prati i razmatra stanje ostvarivanja prava nacionalnih manjina, predlaže mjere za unaprjeđenje ravnopravnosti pripadnika nacionalnih manjina, prati ostvarivanje saradnje nacionalnih manjina sa državnim tijelima, prati ostvarivanje međunarodnih obveza Republike Srbije u području ostvarivanja prava pripadnika nacionalnih manjina, razmatra nacрте zakona i drugih propisa od značaja za ostvarivanje prava nacionalnih manjina i o tome daje mišljenje Vladi. Naposljetku, sukladno čl. 19. ovoga zakona, radi ostvarivanja Ustavom zajamčenog prava na samoupravu u kulturi, obrazovanju, obavještavanju i službenoj upotrebi jezika i pisma, pripadnici nacionalnih manjina mogu izabrati nacionalne savjete koji sudjeluju u postupku odlučivanja ili pak odlučuju o pojedinim pitanjima iz gore navedenih područja te osnivaju ustanove iz tih područja.

U Republici Sloveniji ustavnim čl. 80. se jamči mađarskoj i talijanskoj kao autohtonim nacionalnim manjinama po jedan zastupnik u Nacionalnoj Skupštini. Za sve druge, pa tako i potencijalne izborne liste drugih nacionalnih manjina, vrijedi opći izborni prag koji je postavljen na 4% osvojenih glasova na izborima. Pripadnici navedenih autohtonih nacionalnih manjina imaju pravo na dva glasa na parlamentarnim izborima, dakle, pored prava da glasuju za svoga predstavnika u Nacionalnoj Skupštini imaju pravo glasovati za ostale izborne liste na parlamentarnim izborima. Nadalje, čl. 64. slovenskog Ustava predviđa da na lokalnoj razini pripadnici nacionalnih manjina mogu osnovati samo-upravne zajednice u svrhu ostvarenja njihovih prava. Na prijedlog navedenih samo-upravnih zajednica država može prenijeti određene ovlasti iz svoje nadležnosti. Naposljetku, položaj ovih samo-upravnih zajednica, način ostvarivanja njihovih prava te njihove obveze reguliraju se posebnim zakonom. Tako je Zakonom o samo-upravnim nacionalnim zajednicama³⁶ u čl. 3. i čl. 4. predviđeno, između ostalog, da samoupravne nacionalne zajednice raspravljaju o pitanjima važnim za položaj nacionalnih manjina, potiču i organiziraju različite aktivnosti koje doprinose očuvanju nacionalnog identiteta talijanske i mađarske nacionalne manjine, zatim potiču i organiziraju kulturne, nakladničke, istraživačke i gospodarske djelatnosti važne za razvitak nacionalnih zajednica te prate i promiču razvoj odgoj i obrazovanje pripadnika nacionalnih manjina. Nadalje, samoupravne

³⁶ Zakon o samoupravnim narodnim skupnostih, Uradni list RS, št. 65/94.

nacionalne zajednice, sukladno čl. 15. navedenog zakona, podnose prijedloge i inicijative nadležnim državnim tijelima te državna tijela moraju prethodno dobiti mišljenje samo-upravnih nacionalnih zajednica kada rješavaju o pitanjima položaja pripadnika nacionalnih zajednica. Naposljetku, čl. 18. ovog zakona predviđa da se sredstva za rad samo-upravnih nacionalnih zajednica osiguravaju i iz državnog proračuna.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kako smo već u Uvodu ovoga rada naznačili zemljopisni prostor na kojem leži Republika Hrvatska i njoj susjedne države još od antičkih vremena predstavlja mjesto gdje se susreću i isprepliću različite kulture. Nadalje, povijest nam svjedoči da je, nažalost, njihovo koegzistiranje na ovome području prilično često bilo praćeno međusobnim trzavicama koje su nerijetko poprimale i tragične razmjere. Upravo radi toga bilo je zanimljivo promotriti kako na normativnoj razini danas države na ovome području reguliraju status nacionalnih manjina na svome teritoriju. Naravno, posebno je važno imati na umu da su države koje zemljopisno pripadaju ovome području izražavaju svoje htijenje za uključivanje u Europsku uniju koja i sama predstavlja najpoznatiji višenacionalni projekt prosperitetnog suživota u povijesti. Štoviše, i sama Europska unija kako je to istaknuto u čl. 2. Ugovora o Europskoj uniji temelji se na poštivanju, između ostalog, ljudskih prava i prava nacionalnih manjina.³⁷

Imajući u vidu činjenicu da su Republika Hrvatska i Republika Slovenija već članice Europske unije te i to da Republika Srbija stremi članstvu u Uniji nije iznenađujuće što u navedenim državama nalazimo u brojnim pozitivno-pravnim aktima, počevši od njihovih Ustava pa sve do drugih propisa, brojne odredbe koje se odnose upravo na zaštitu prava nacionalnih manjina koje žive na njihovu

³⁷ The Treaty on European Union, Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> [pristup: 10. srpnja 2022.]. Za konsolidirani tekst Ugovora o Europskoj uniji na hrvatskom jeziku vidi Rudolf, D., Lisabonski ugovor Europske unije (2007.) - Konsolidirani tekst Ugovora o Europskoj uniji (Maastricht, 1992.) - Konsolidirani tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Rim,1957.): protokoli, prilozi i izjave (glavni redaktor hrvatskoga prijevoda Davorin Rudolf), *Adrias*, Vol. 16., 2009., str. 1-417.

teritoriju te očuvanje njihovih nacionalnih, jezičnih, religijskih te kulturnih različitosti.³⁸ U tome smislu valja istaknuti kako i Petričušić također navodi da su zemlje jugoistočne Europe u velikoj mjeri na normativnoj razini usuglašene sa standardima zaštite nacionalnih manjina propisanim različitim nadnacionalnim dokumentima, a autorica među njima ističe instrumente Vijeća Europe, Okvirnu konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina, Europsku povelju o regionalnim i manjinskim jezicima, ali i dodatne standarde za ostvarenje prava nacionalnih manjina koji su razrađeni OESS-ovim preporukama i smjernicama.³⁹

Kao što smo već i naveli popis prava nacionalnih manjina zapisan u ustavnim i zakonodavnim aktima u ovome radu pobliže promotrenim državama je zaista širok, a među njih ulaze i važna prava koja se tiču očuvanja identiteta nacionalnih manjina.⁴⁰ Dakle, pokazali smo da u ustavno-pravnim sustavima Hrvatske, Slovenije i Srbije pronalazimo prava nacionalnih manjina na uporabu njihova jezika i pisma i to kako u službenoj korespondenciji sa tijelima javnih vlasti, ali se također predviđa i pravo pripadnika nacionalnih manjina na školovanje i obrazovanje na njihovom jeziku i pismu.⁴¹ Isto tako navedene države predviđaju

³⁸ Općenito uzevši, kako to ističe i P. Bačić, novim je demokracijama, nakon sloma socijalističkih režima na prijelazu iz 80-ih u 90-te godine prošloga stoljeća, upravo zaštita ljudskih prava bila jedna od središnjih pretpostavki za približavanje i ulazak u europske integracije. Vidi: Bačić, P., *Zaštita prava čovjeka u europskim organizacijama*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2007., str. 164.

³⁹ Petričušić, A., *op. cit.* (bilj. 14), str. 91., Petričušić, A., The impact of the enlargement process on the development of a minority protection in Southeastern Europe, u: *New Perspectives of South East European Public Law South East European Post-Doctoral Colloquium in Public Law – Proceedings*, SEELS Network, Skopje, 2014., str. 13.-14., 22.-23.

⁴⁰ Već smo u Uvodu ovoga rada naznačili da prema Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina vjera, jezik, tradicija i kulturna baština predstavljaju „bitne sastavnice samobitnosti“ nacionalnih manjina. Nesumnjivo, s obzirom na važnost sudjelovanja pripadnika nacionalnih manjina u kreiranju javnih politika kojima bi se navedena prava realizirala u praksi, isto tako smo naveli da i pravo na političku predstavljenošću pripadnika nacionalnih manjina predstavlja jedno od prava esencijalnih za očuvanje njihova identiteta.

⁴¹ Ostvarenje navedenog prava se, u pravilu vezuje uz određen minimalni postotak udjela pripadnika nacionalnih manjina u ukupnom broju stanovništva države ili pak pojedine jedinice lokalne odnosno regionalne samouprave. Izuzetak u tome smislu je, kao što smo vidjeli, Slovenija koja poseban status i prava priznaje poglavito pripadnicima autohtonih nacionalnih manjina, neovisno o njihovom udjelu u ukupnom broju stanovnika.

posebna prava pripadnicima nacionalnih manjina koja se tiču očuvanja njihove tradicije te kulturne baštine, a jednako tako se u navedenim državama jamči sloboda izražavanja vjeroispovijedi svim građanima pa tako i pripadnicima nacionalnih manjina. Naposljetku, pripadnicima nacionalnih manjina jamči se i pravo na političku predstavljenost kako na državnoj tako i na razini regionalnih odnosno lokalnih jedinica samouprave. Primjerice, u Hrvatskoj i Sloveniji⁴² pripadnici nacionalnih manjina imaju unaprijed zajamčen određen broj zastupnika u središnjem zakonodavnom tijelu države dok u Srbiji broj zastupnika nacionalnih manjina nije unaprijed određen nego se određuje nakon svakih parlamentarnih izbora, a temeljem postignutih rezultata na izborima. Dakle, iz prethodno napisanog je jasno da među navedenim državama postoje određene sličnosti kada je u pitanju reguliranje prava nacionalnih manjina, jer su svoje sustave ustavno-zakonodavne okvire izgradile na temelju Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina.⁴³ Međutim, iako je na normativnom planu uređenja prava nacionalnih manjina doista već puno toga urađeno kada je u pitanju zaštita nacionalnih manjina i njihovih prava u navedenim državama ipak u praksi nerijetko nailazimo na različite prepreke kada je postrijedi učinkovita i potpuna primjena normativnih rješenja na konkretne slučajeve. Na ovaj jaz između visokih standarda zaštite manjinskih prava predviđenih u ustavnim i zakonodavnim aktima država jugoistočne Europe, a koji su usvojeni ponajprije kao rezultat ispunjavanja zahtjeva i kriterija EU prema državama koje streme postati nove članice, te slabe provedbe u praksi navedenih akata upozorava i Petričušić.⁴⁴

Posebno važnim čini nam se ovdje istaknuti Mišljenja Savjetodavnog odbora Okvirne konvencije za Hrvatsku, Srbiju i Sloveniju u kojima se upravo, između ostalog, ističu i slabosti praktične provedbe onih prava nacionalnih manjina koja su važna za očuvanje njihova identiteta. Tako u svojim najrecentnijim Mišljenjima

⁴² Kada je u pitanju Slovenija u nacionalnom parlamentu zajamčena su mjesta samo pripadnicima autohtonih nacionalnih manjina.

⁴³ Usp. Petričušić, *op. cit.* (bilj. 39), str. 22.-23.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 23.-28.

za Hrvatsku⁴⁵, Sloveniju⁴⁶ i Srbiju⁴⁷ Savjetodavni odbor u svakome od njih navodi gotovo identične probleme koji se odnose na prava nacionalnih manjina u navedenim državama. Pa tako Savjetodavni odbor uočava poteškoće koje se javljaju u praktičnoj provedbi prava pripadnika nacionalnih manjina na očuvanje njihove kulturne baštine koji su rezultat ponajprije nedovoljne pomoći države u financiranju udruga i projekata koji se tiču promoviranja i očuvanja kulturne baštine pripadnika nacionalnih manjina. Također, Savjetodavni odbor smatra da navedene države ne daju dovoljno prostora kulturi i povijesti nacionalnih manjina u kurikulumima osnovnih i srednjih škola. Nadalje, kada je u pitanju pravo pripadnika nacionalnih manjina da se služe svojim jezikom i pismom Savjetodavni odbor ponovno u svojim Mišljenjima ističe gotovo identične poteškoće uočene u navedenim državama. Prije svega uočene su poteškoće pri praktičnoj provedbi prava pripadnika nacionalnih manjina da se u službenoj komunikaciji sa tijelima javne vlasti služe svojim jezikom i pismom. Nadalje, Savjetodavni odbor ističe da u medijima nedostaje sadržaja na jezicima nacionalnih manjina, ali i da pripadnici nacionalnih manjina u potpunosti ne ostvaruju svoje pravo na školovanje i obrazovanje na vlastitom jeziku i pismu. Kada je posrijedi pravo na političku predstavljenost Savjetodavni odbor u svojim Mišljenjima ističe neadekvatnost trenutnog uređenja kada je u pitanju ostvarenje političke predstavljenosti pripadnika nacionalnih manjina u središnjim zakonodavnim tijelima navedenih država, ali jednako tako i upozorava da se pripadnicima nacionalnih manjina treba omogućiti da efektivno sudjeluju u upravljanju javnim poslovima i na svim drugim, nižim, razinama. Kada svemu ovome pridodamo upozorenja iznesena u navedenim Mišljenjima, a koja se tiču potrebe da se iskorijeni uočena diskriminacija te čak i govori mržnje prema pripadnicima nacionalnih manjina

⁴⁵ *Peto Mišljenje o Hrvatskoj*, Savjetodavni odbor za Okvirnu Konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina, Vijeće Europe, 2021., dostupno na: <https://rm.coe.int/5th-op-croatia-hr-full-length/1680a6a475> [pristup: 8. listopada 2022.].

⁴⁶ *Fifth Opinion on Slovenia*, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Vijeće Europe, 2022., dostupno na: <https://rm.coe.int/5th-op-slovenia-en/1680a830d8> [pristup: 8. listopada 2022.].

⁴⁷ *Fourth Opinion on Serbia*, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Vijeće Europe, 2019., dostupno na: <https://rm.coe.int/4th-op-serbia-en/16809943b6> [pristup: 8. listopada 2022.].

onda nam postaje jasno da usprkos kvalitetnim normativnim okvirima pripadnici nacionalnih manjina u praksi ne uživaju punu zaštitu svojih prava pa tako ni onih koja su esencijalno bitna za očuvanje njihova identiteta.

Međutim, budući da su već postavljeni dobri normativni temelji za izgradnju kvalitetnog i učinkovitog sustava zaštite prava nacionalnih manjina moramo vjerovati kako će navedene države biti dosljedne u suštinskom prihvaćanju ideja i vrijednosti ujedinjene Europe koja se u velikoj mjeri i ogledaju ne samo u prihvaćanju različitosti nego i na njezinom ponosnom isticanju kao posebnog bogatstva Starog Kontinenta. Uostalom, kako to ističe Lasić, „prastara mudrost isisana iz cjelokupnog razvoja civilizacije“ svjedoči nam o tome da je u složenim društvima i zajednicama prije svega nužno uvažiti raznolikosti koje bi posvuda „trebalo razumjeti kao bogatstvo, a ne prokletstvo“.⁴⁸

Naposljetku, iako je očuvanje nacionalnog identiteta, naravno, primarno i ponajprije od suštinskog značaja za pripadnike određene nacionalne manjine, nacionalni identitet je, kako to u svome radu sumira Fukuyama, važan i za cjelokupno društvo i zajednicu. Naime, u svome inkluzivnom smislu te kada je građen oko liberalnih i demokratskih vrijednosti nacionalni identitet, smatra navedeni autor, potiče dobro upravljanje (eng. *good governance*), olakšava gospodarski razvoj, stvara povjerenje među građanima te u konačnici čini mogućim i sam liberalni demokratski poredak.⁴⁹ Imajući to na umu te opredijeljenost europskim vrijednostima države regije trebaju još i dodatno pojačati svoje napore kada je u pitanju izgradnja istinski tolerantnog društva u kojem na ravnopravnoj osnovi participiraju svi građani neovisno o njihovoj nacionalnoj ili bilo kojoj drugoj pripadnosti. Kada su u pitanju države koje smo pobliže prikazali u ovome radu, dakle Republika Hrvatska, Republika Srbija i Republike Slovenija, preporuke za daljnje korake u svrhu poboljšanja njihovih sustava zaštite nacionalnih manjina možemo pronaći u već navedenim Mišljenjima Savjetodavnog odbora za Okvirnu Konvenciju za zaštitu nacionalnih manjina. U njima su detektirane glavne poteškoće kada je posrijedi uspostava učinkovitog

⁴⁸ Lasić, M., Bez „svjetskog ethosa“ vlast ostaje „najteži porok“, *Mostariensia*, Vol. 22, br. 1, 2018., str. 594.

⁴⁹ Vidi Fukuyama, F., Why National Identity Matters, *Journal of Democracy*, Vol. 29, br. 4, 2018.

sustava zaštite prava nacionalnih manjina te se predlažu sasvim konkretni koraci, a koji su za sve tri države veoma slični iz razloga što su i uočeni problemi u njima slični, te koje bi države trebale poduzeti u otklanjanju uočenih slabosti i problema. Sasvim konkretno, kada je u pitanju otklanjanje poteškoća u praktičnoj provedbi prava pripadnika nacionalnih manjina koja su bitna za očuvanje njihova identiteta Savjetodavni odbor predlaže da navedene države u većoj mjeri pomognu i financijski podupru udruge i projekte kojima se promovira kulturna baština pripadnika nacionalnih manjina kao i da više pozornosti i prostora daju kulturi te povijesti nacionalnih manjina u školskim nastavnim planovima. Zatim navodi kako u Hrvatskoj, Sloveniji te Srbiji državne vlasti trebaju raditi na tome da se pripadnicima nacionalnih manjina omogući i u praksi da se tijelima javne vlasti mogu obraćati na svome jeziku i pismu uz ispunjenje uvjeta propisanih zakonodavnim aktima te da ih se upozna sa tim njihovim pravom. Također potiču se navedene države da u medijskom prostoru povećaju broj i opseg sadržaja na jezicima nacionalnih manjina te da pripadnicima nacionalnih manjina omoguće obrazovanje na njihovom jeziku i pismu. Nadalje, Savjetodavni odbor predlaže reformu izbornih pravila kojima se regulira politička predstavljenost pripadnika nacionalnih manjina. Naposljetku, Savjetodavni odbor potiče navedene države da učinkovito sankcioniraju sva djela koja se odnose na diskriminaciju te govor mržnje prema pripadnicima nacionalnih manjina.⁵⁰ Tek provedbom navedenih mjera, ali i drugih javnih politika koje za cilj imaju uspostaviti učinkovit sustav zaštite manjinskih prava bit će stvoreno uključivije i tolerantnije društvo koje pruža stvarne mogućnosti očuvanja identiteta nacionalnih manjina.

⁵⁰ Usp. Peto mišljenje o Hrvatskoj *op. cit.* (bilj. 45), Fifth Opinion on Slovenia, *op. cit.* (bilj. 46), Fourth Opinion on Serbia, *op. cit.*, (bilj. 47).

5. Ustavnopravni položaj i identitet Krima u SSSR-u – pravno povijesna analiza

DANIJEL JAVORIĆ BARIĆ*, LUCIJA KATALINIĆ**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 341.231(477.75)

SAŽETAK Pitanje položaja i identiteta Krima javljalo se kontinuirano, a naročito nakon dolaska u rusku sferu interesa i utjecaja. Njegov strateški položaj bio je od iznimne važnosti za sve države Crnog mora, tako da ne čudi da je njegova povijest prepuna promjena i sukoba. To se pitanje intenziviralo nakon uspona sovjeta, pri čemu je za razumijevanje ovog pitanja ključna odrednica ustav iz 1936. te odluka iz 1954. Naime, ustav iz 1936. počivao je na temelju dobrovoljnog udruživanja ravnopravnih sovjetskih socijalističkih republika, no Savez je imao primat u međurepubličkim odnosima kroz odobravanje promjena granica između republika kao i uspostavljanja novih autonomnih regija i teritorija. Upravo je ta odrednica ustava pravni temelj odluke O predaji Krimске oblasti iz sustava Ruske Federacije – sustavu Ukrajinske SSR koju donosi partijski vrh 1954. godine, darujući tako poluotok SSR Ukrajini, u znak vječnog prijateljstva ruskog i ukrajinskog stanovništva. Dar nije predstavljao problem sve dok Krim biva sastavni dio SSSR-a, što se mijenja raspadom saveza devedesetih godina prošlog stoljeća i u konačnici rezultirala ruskom aneksijom Krima. Rad stavlja u fokus pravno povijesne elemente razvoja Krima kroz praćenje ključnih događaja, naročito s ustavnopravnog i međunarodnopravnog aspekta, pri čemu pitanje autonomije, shvaćane kao oblik izdvojenog identiteta Krima u odnosu prema ruskom, kao i ukrajinskom, predstavlja nit vodilju koja se javljala za cijelo vrijeme sovjetske vlasti, a postala je naročito aktualna nakon raspada SSSR-a.

KLJUČNE RIJEČI Krim, Ukrajina, Rusija, ustavna osnova, pravno povijesna analiza, međunarodno pravo, identitet

* **Danijel Javorić Barić, mag. iur.**, asistent na Katedri za opću povijest prava i države Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: djavoricbaric@pravo.hr

** **Lucija Katalinić, mag. iur.**, odvjetnička vježbenica, e-mail: lucija.katalinic@gmail.com

Sovjetski ustav donesen 1936. (dalje u tekstu: Ustav/36) često se naziva *najdemokratskijim sovjetskim* ustavom, usprkos svojoj reputaciji staljinističke tvorevine. Upravo je on poslužio kao ustavna osnova na temelju koje je 1954. donesena odluka o predaji Krima Ukrajini 1954. Ta je odluka, zajedno s raspadom SSSR-a 90-ih 20. stoljeća ključna za razumijevanje današnje situacije na Krimu, anektiranom od strane Rusije 2014. Pri tome, autori radi preglednosti teme daju pregled pravno-povijesnih elemenata Krima od potpadanja pod rusku sferu utjecaja pa do sredine 90-ih godina prošlog stoljeća.

Radom se daje kratki pregled novije povijesti Krima počevši od inkorporacije u Rusko Carstvo. Tim se osvrtom nastoji stvoriti kontekst u kojem je taj poluotok postao dio ruske povijesti, a naročito se pozornost pridaje događajima nakon uspostave sovjetske Rusije. Prekretnica u krimskoj povijesti koja je analizirana u ovom radu jest Hruščovljeva odluka o predaji Krima Ukrajini 1954. koja je često nazivana *Hruščovljevim darom* SSR Ukrajini, a oko čijih razloga za donošenje i danas postoje otvorena pitanja. Autori pristupaju analizi te odluke, pri čemu nastoje razložiti dva različita momenta, a to je, s jedne strane, pitanje legalnosti i pravne osnove za donošenje takve odluke; s druge strane, nastoje se utvrditi (barem neki) razlozi za donošenje iste. Pri tome autori ističu novi moment u pogledu na tu odluku, odnosno, smatraju kako je upravo mišljenje kako se takvom odlukom u stvarnosti neće puno toga promijeniti, a kojom logikom se sovjetsko vodstvo u to vrijeme vodilo, dovelo do donošenja takve odluke. Uz to, analizira se utjecaj raspada SSSR-a na Krim i njegov status, pri čemu je jedna od početnih točaka raspisivanje referenduma 20. siječnja 1991. kojim je vraćen status Autonomne Sovjetske Socijalističke Republike, sada Krimске Autonomne Republike, te takav status zadržava do poništavanja odluke o neovisnosti od strane ukrajinskog parlamenta 1992.

*** Ovaj rad predstavlja rezultat suradnje u sklopu izrade diplomskog rada autorice Lucije Katalinić, pod mentorstvom Danijela Javorić Barića.

Iako neki smatraju kako povijest Krima, u većem dijelu, „nije povijest Ukrajine“¹, to ne znači da se Krim, odnosno njegova povijest, može jednodimenzionalno valorizirati i gledati kroz usku prizmu nacionalnog identiteta. Naime, kao što će se niže ukratko predstaviti, njegova povijest jest povijest promjena, pri čemu su najčešće od njih bile upravo na polju identiteta, shvaćenog kao nacionalne odrednice većinskog stanovništva.

2. IDENTITET I POLOŽAJ KRIMA OD INKORPORACIJE U RUSKO CARSTVO DO RASPADA SSSR-A

2.1. ADMINISTRATIVNA INKORPORACIJA KRIMA U RUSKO CARSTVO

Krimski se poluotok tijekom stoljeća nalazio na raskrižju političkih interesa raznih država zbog svog strateškog geografskog položaja i jedinstvenih klimatskih uvjeta. Stanovnici Krima tijekom stoljeća uključivali su Kimerijce, Skite i stare Grke, čije su se kolonije nalazile na Crnom moru. Strateška pozicija koju mu je omogućio njegov položaj jamčila je Krimu i turbulentnu povijest, što je rezultiralo „specifičnim identitetom“, odnosno etnogenezom krimskih Tatara, Krimčaka i Karaima. Navedeno je postalo naročito izraženo nakon uspostave Krimskog *khanata* od strane Mongola, koje je odolijevalo Osmanlijama sve do 1475., nakon čega potpada pod njegovu dominaciju.² No, zbog ispletenosti različitih identiteta, već u to vrijeme je stanovništvo poluotoka bilo etnički šaroliko: u primorskim gradićima i naseljima živjele su brojne zajednice različitih naroda. No, jedna od glavnih odrednica tog razdoblja bili su Krimski Tatari, koji su u to vrijeme često napadali ukrajinske, poljske i ruske teritorije kao dio vojnih pohoda i zarobljavanja velikog broja robova.³

Kako je Rusko Carstvo raslo i širilo doseg svojih interesa, tako se Krim sve češće nametao kao logičan korak za odmjeravanje snaga s Osmanskim Carstvom koje je

¹ Wydra, D., The Crimea Conundrum: The Tug of War Between Russia and Ukraine on the Questions of Autonomy and Self-Determination, *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 10, br. 2, 2003., str. 112.

² *Ibid.*, str. 112.

³ Korolenko, B.; Jakubova, L., Ruske aneksije Kryma, u: Paščenko., J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 58.

već bilo u zalasku svoje moći. Jedan od glavnih razloga u pozadini osvajanja krimskog poluotoka bila je težnja ruske vlade da likvidira zadnju prepreku na putu prema intenzivnoj kolonizaciji sjeverne obale Crnog mora.⁴ U srpnju 1774. u bugarskom mjestu Kučuk-Kajnardži sklopljen je sporazum između Turske i Rusije⁵ kojim su Osmanlije morale priznati Krimski Kanat kao neovisnu državu (formalno neovisnu i prema Ruskom Carstvu), no u stvarnosti opterećenu prisutnošću vojske carske Rusije. Bezborod'ko, državni tajnik carice Katarine II. i budući kancelar Ruskog Carstva i Potemkin predložili su pripojenje Krima pa je u prvoj etapi postavljen zadatak da se uništi ekonomija Kanata i jedinstvo krimskih Tatara te da se Krim izvede iz turskog protektorata. Prvi korak u realizaciji projekta aneksije Krima organizirao je Suvorov, iselivši krimske kršćane od kojih su većina bili Grci.

Službeni povod kojim je carska vlada namjeravala pripojiti Krim Ruskom imperiju po tumačenju Katarine II. bio je sljedeći: „Pretvaranje Krima u slobodno i neovisno područje nije donijelo mira Rusiji, već je rezultiralo novim brigama s pozamašnim gubicima. Povijesno iskustvo iz razdoblja prije 1774. pokazalo nam je da neovisnost nije odviše svojstvena tatarskim narodima pa kako bismo ju obranili, trebamo uvijek biti naoružani i u vrijeme mira iscrpljivati vojsku napornim manevrima, stvarajući velike troškove kao u vrijeme rata... Uzimajući u obzir sve te okolnosti, donijeli smo odluku da drugačije pristupimo krimskom problemu i ne dopustimo da se krimski poluotok pretvori u gnijezdo pljačkaša i pobunjenika, već ga pretvoriti u dio ruske države. Takvim shvaćanjem, mi s punim uvjerenjem svima izjavljujemo našu volju o pripajanju krimskog poluotoka i njegova priključenja Rusiji.“⁶

Krimski poluotok ušao je u sastav Ruskog Carstva 9. travnja 1783. Gotovo godinu dana poluotokom je vojnim snagama upravljalo muslimansko vijeće stvoreno upravo s tom namjerom. Dana 2. veljače 1784. stvorena je Taurijska oblast u čiji su sastav ušli krimski poluotok, Taman i zemlje sjeverno od Perekopa pa sve do

⁴ *Ibid.*, str. 58.

⁵ *Ibid.*, str. 58.

⁶ *Ibid.*, str. 104.

Katerynoslavskog namjesništva. Prvi gubernator Taurijske oblasti bio je Grigorij Potemkin.

Sve to reflektiralo se i na etnički sastav stanovništva. Naime, u godinama prije ruske aneksije 1783., krimski su Tataari činili više od 92% stanovništva Krimskog Kanata.⁷ Usljed aneksije, značajni dijelovi tatarskog stanovništva napustili su Krim izbjegavši u Osmansko Carstvo kao posljedica ekonomskih, kulturnih i vjerskih diskriminacija od strane ruskih vlasti.⁸ U tom se kontekstu „rusifikacija“ odnosila na političku, ekonomsku, kulturološku i religijsku dominaciju nad poluotokom, što se nastojalo postići otvaranjem granica imigrantima iz raznih ruskih pokrajina i drugih europskih zemalja.⁹ Istovremeno na poluotok dolazi slavensko stanovništvo, Rusi i Ukrajinci, ali i stranci, Nijemci, Bugari i Grci, što određuje daljnju promjenu etničkog sastava stanovništva Krima čija je glavna tendencija bila smanjivanje udjela krimskotatarskog stanovništva.¹⁰ Tim je potezom ujedno stvorena krimska kulturološka stvarnost, ali je također postignuta ekonomska gravitacija poluotoka ka geografskoj regiji koja će kasnije činiti državu Ukrajinu.¹¹ Usprkos tomu, Tataari ostaju apsolutnom većinom na poluotoku do 1864., a nakon toga i relativnom, do kraja 19. stoljeća (približno 36% 1897.).¹²

2.2. KRIM I STVARANJE SOVJETSKE RUSIJE

Urušavanje Ruskog Carstva donijelo je nove promjene na Krim, pri čemu je njegov identitet, iako u nekoj mjeri pod utjecajem ruskog, još uvijek bio shvaćen kao poseban i izdvojen. Kako se revolucija širila umirućim Carstvom, tako se slično događalo i na Krimu, pri čemu se može izdvojiti od značajnijih događaja pokušaj Krimskih Tatara za oživljavanjem Kurultaja odnosno sabora Krimskih Tatara, što

⁷ Jakubova, L., Kako je i zbog kojih okolnosti stanovništvo Kryma postalo uglavnom rusko?, u: Paščenko., J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 66.

⁸ Hilpold, P., Ukraine, Crimea and New International Law: Balancing International Law with Arguments Drawn from History, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 14, br. 2, 2015., str. 3.

⁹ *Ibid.*, str. 3.

¹⁰ Ljubčenko, V., Postoji li „krymski narod“?, u: Paščenko., J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 48.

¹¹ *Ibid.*, str. 48.

¹² Jakubova, *op.cit.* (bilj. 7), str. 66.

je onemogućeno od strane boljševika 1917., dok je 1918. nakratko uspostavljena Taurska Republika pod sponzorstvom Njemačke. Ipak, pobjeda boljševika u građanskom ratu značila je i osnivanje Krimске Autonomne Socijalističke Republika kao dijela Ruske sovjetske federativne socijalističke republike 1921.¹³ I, kao što je mnogo puta već rečeno, povijest se ponavlja – ponovno dolazi do raseljavanja naroda s Krima, ovaj puta naročito Krimskih Tatara. Rusi tako 1917. postaju najbrojnijim narodom na Krimu, čineći više od 41% sveukupnog stanovništva.¹⁴ Novostvorena Krimska Autonomna Socijalistička Republika predstavlja posljedicu implementacije zapadnjačke ideje o nacionalnom samoodređenju, koju je uvelike u prvim godinama svoje vladavine promovirao Lenjin.¹⁵ Takva je odluka imala za cilj obnavljanje gospodarstva, uz preporod polietničke strukture stanovništva, no takva je tendencija presječena represivnom politikom Staljina koja je iskorjenjivala sve izraze nacionalne posebnosti.¹⁶ Staljinistička vlada je prvu deportaciju prema nacionalnim obilježjima izvršila između kolovoza i rujna 1941.¹⁷ Udarac koji je uslijedio 18. svibnja 1944. rezultirao je iseljavanjem 180 tisuća krimskih Tatara kojima je bilo obznanjeno da se zbog izdaje domovine kažnjavaju iseljenjem.¹⁸ Dio stanovništva bio je mobiliziran od strane rajonski vojnih komesarijata i tako broj osoba tatarske nacionalnosti odvezenih s Krima dostiže 191 tisuću.¹⁹ Deportacije su obuhvatile i druge etničke skupine naseljene na krimskom poluotoku pa su tako prisilnom iseljavanju podvrgnuti i Bugari, Grci i Armenci te lokalno stanovništvo Krima koji su imali tursko, grčko i iransko državljanstvo.²⁰

¹³ Wydra, *op.cit.* (bilj. 1), str. 113.

¹⁴ Jakubova, *op.cit.* (bilj. 7), str. 67.

¹⁵ Hilpold, *op.cit.* (bilj. 8), str. 4.

¹⁶ Paščenko, J., Krim kroz povijest, u: Paščenko, J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 23.

¹⁷ Jakubova, *op.cit.* (bilj. 7), str. 68.

¹⁸ *Ibid.*, str. 69.

¹⁹ *Ibid.*, str. 69.

²⁰ Lysenko, O., Deportacija krymskih Tatara 1944. godine, u: Paščenko, J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 141.

Ovakvi su politički potezi rezultirali eliminacijom autohtonog stanovništva poluotoka, a zajedno s njim nestali su i temelji za teritorijalnu autonomiju Krima.²¹ Staljin je 1945. ukinuo krimsku autonomiju, pravdajući to suradnjom Krimskih Tatara s nacističkom Njemačkom. Široko ispražnjen poluotok privukao je doseljenike iz unutrašnje Rusije i Ukrajine koji su opet, tijekom godina, razvili djelomično zaseban krimski identitet.²² Moglo bi se slobodno reći kako je tada rusifikacija Krima bila na vrhuncu, prije svega kao rezultat izostanka drugih identiteta uslijed seoba naroda, prije svega Tatara. Uz svođenje Krima na razinu oblasti, poseban status je dan Sevastopolju, koji je izravno podvrgnut Moskvi.²³ Dakle, u tom trenutku slobodno se može kazati kako je Krim bio integralni dio Sovjetske Rusije, teritorijalno integriran, a uz to, njegov je najznačajniji grad bio izuzet i izravno podvrgnut kontroli središnje vlasti. Zato i ne čudi kako je odluka o prijenosu Krima, o kojoj će niže biti riječi, mogla biti donesena, no i takva je odluka morala imati ustavno utemeljenje. Iz tog razloga, potrebno je vratiti se u 1936. i utvrditi koji to elementi tada donesenog ustava omogućuju donošenje spomenute odluke.

2.3. USTAV IZ 1936. I NJEGOVI FEDERALNI ELEMENTI

Na Staljinovu inicijativu, Centralni komitet Komunističke partije je u veljači 1935. predstavio Sedmom Kongresu Sovjeta ideju o reviziji ustava iz 1924. Takvu su izmjenju opravdavali navodeći kako su se dogodile dramatične promjene u sovjetskom društvu od 1929. Naime, smatrali su kako je kapitalizam poražen te stoga treba uskladiti pravni i politički sustav s novim socijalističkim društvom.²⁴ Inicijativa za reformom ustava bila je dio šireg diskursa kao niza tendencija 1933-1936, viđenih kao umjereni zaokret ka političkom, gospodarskom, pravosudnom i ideološkom razvoju, koji je uključivao i trend jačanja načela zakonitosti.²⁵

²¹ Jakubova, *op.cit.* (bilj. 7), str. 69.

²² Hilpold, *op.cit.* (bilj. 8), str. 5.

²³ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 113.

²⁴ Getty, J. Arc., State and Society Under Stalin: Constitutions and Elections in the 1930s, *Slavic Review*, Vol. 50., br. 1, 1991., str. 19.

²⁵ Velikanova, O., *Mass Political Culture Under Stalinism: Popular Discussion of the Soviet Constitution of 1936*, Palgrave Macmillan, New York, 2018., str. 37.

Ustav/36 naziva se i Staljinov ustav²⁶ jer je isti igrao ključnu ulogu u procesu njegova donošenja. Staljin je imao važnu ulogu u kreiranju okvira rasprave, prvo doprinoseći formuliranju nacrtu, a zatim ispitivanjem ishoda narodne rasprave i davanjem svoje potpore za ratifikaciju promijenjenog nacrtu ustava u prosincu 1936.²⁷ Ipak, najbitniji dio za pitanje Krima jest definiranje opsega federalnog načela u tom ustavu.

U odnosu na federalizam mora se prije svega istaknuti moment jačanja centralizacije.²⁸ Ustav/36 definira SSSR kao „saveznu državu nastalu na temelju dobrovoljnog udruživanja ravnopravnih sovjetskih socijalističkih republika.“²⁹ Savezne republike bile su najviša jedinica unutar federalne države te su zbog toga brojne autonomne republike težile promicanju svoga statusa na saveznu razinu. Članak 14. je od izuzetne važnosti jer postavlja uvjete u kojima je Savez superioran nad republikama. Na vanjskom planu jedini odlučuje o ugovorima i odnosima s drugim državama, dok u međurepubličkim odnosima ističe svoj primat kroz odobravanje promjena granica između republika kao i uspostavljanja novih autonomnih regija i teritorija. Ipak, kao garancija granica republika javlja se članak 18. Ustava/36 koji određuje kako se granica ne može mijenjati bez suglasnosti iste. Navedeno je iznimno bitno jer traži dvostruku liniju donošenja odluke, odnosno, odluka o promjeni granice se donosi na saveznoj razini, a nakon toga republička razina istu mora odobriti (pri čemu autori svakako ističu kako je pitanje ove dvostruke linije „zapovijedanja, odnosno donošenja i odobrenja odluke,

²⁶ U literaturi se pojavljuju i drugačija mišljenja, npr. prema Lomb S., *Stalin's Constitution: Soviet Participatory Politics and the Discussion of the 1936 Draft Constitution*, njegova je uloga u izradi ustava bila *epizodna*, cit.: „Iako se u narodu Ustav iz 1936. često naziva Staljinov ustav, Staljinova uloga u ovoj studiji je epizodna... Dok je Staljin igrao vodeću ulogu u formuliranju ustava, Molotov jest taj koji je najavio potrebu revizije Ustava iz 1924 na 7. kongresu Sovjeta u veljači 1935. nakon čega je Centralna izvršna komisija izabrala Ustavnu komisiju od 31 člana.“

²⁷ Lomb, S., *Stalin's Constitution: Soviet Participatory Politics and the Discussion of the 1936 Draft Constitution*, Routledge, New York, 2018., str. 17.

²⁸ *Ibid.*, str. 31.

²⁹ Ustav Ukrajine, Vrhovna rada Ukrajine, 1996., dostupan na: Ustav Ukrajine, Vrhovna rada Ukrajine, 1996., dostupan na: <https://www.refworld.org/pdfid/44a280124.pdf> čl. 13.

USTAVNOPRAVNI POLOŽAJ I IDENTITET KRIMA U SSSR-U – PRAVNOPOVIJESNA ANALIZA
zamagljeno jednopartijskim sustavom i političkom moći sabranom u vrlo uskom
krugu ljudi).

*2.4. ODLUKA „O PREDAJI KRIMSKE OBLASTI IZ SUSTAVA RUSKE FEDERACIJE –
SUSTAVU UKRAJINSKE SSR“*

Partijski je vrh u Kremlju u veljači 1954. donio odluku *O predaji Krimске oblasti iz sustava Ruske Federacije – sustavu Ukrajinske SSR*. Krim je bio uključen u gospodarski kompleks Ukrajine s naredbom da se regija obnovi iz proračuna te sovjetske republike.³⁰ Predaja Krima je najavljena u sovjetskom tisku krajem veljače 1954., osam dana nakon što je Prezidij Vrhovnog sovjeta SSSR-a 19. veljače usvojio spomenutu odluku.³¹

Pravni temelj ovakvoj odluci treba tražiti u tekstu Ustava/36. Naime, na temelju članka 14., Savez ima primat u odobravanju promjena granica između republika, kao i uspostavljanja novih autonomnih regija i teritorija, uz naknadno odobrenje republike o kojoj se radi u slučaju promjene granice. Na ovome mjestu potrebno je analizu spomenute odluke razdvojiti na dva povezana, ali ipak odvojena dijela. Prvi se odnosi na pravnu osnovu i legalnost odluke u vrijeme donošenja odluke (ali i u pogledu današnjeg međunarodnog prava), dok se drugi dio odnosi na razloge zbog kojih je takva odluka uopće donesena.

Za početak, ustavna osnova ove odluke jest jasna, a to je nedvojbeno članak 14. Ustava/36 koji ne samo da propisuje dopuštenost promjene granica, već određuje i razinu koja o tome može odlučivati – a to je savezna razina. Ono što se, nakon ponovnog otvaranja krimskog pitanja, postavlja kao argument s ruske strane jest to da je odluku o tome donijela savezna razina, a ne republička razina, odnosno, da današnja Rusija nije dala suglasnost na „Hruščovljev dar Ukrajini“³². Isti ističu kako članak 18. Ustava/36 nije ispoštovan. No, Merezhko ističe kako je suglasnost

³⁰ Paščenko, *op.cit.* (bilj. 16), str. 24.

³¹ <https://www.wilsoncenter.org/publication/why-did-russia-give-away-crimea-sixty-years-ago> [pristup: 13. rujna 2022.].

³² Merezhko, O., *Crimea's Annexation by Russia – Contradictions of the New Russian Doctrine of International Law*, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 75., 2015., str. 169.

dana, i to kroz suglasnost na izmjene Ustava RSFSR u dijelu koji se odnosi na nabranje teritorija te republike:

*... izmjena čl. 14. Ustava RSFRS-a i uklanjanje Krimskoblasti pruža dokaz o ruskom pristanku na prijenos. Prema pravu međunarodnih ugovora, pristanak Rusije na prijenos Krima Ukrajini i prihvaćanje Ukrajine mogu se smatrati međunarodnim sporazumom...*³³

Slijedom navedenog, razvidno je kako su ispunjeni ustavni preduvjeti za donošenje odluke o promjeni republičke granice, odnosno, postoji i odluka savezne razine, kao i odobrenje s republičke razine.³⁴ Ovo je izrazito bitan moment jer se time potvrđuje kako je postojala suglasnost i obje republičke razine, kao i saveznog vodstva.

No, ovime je adresiran prvi dio analize odluke, dok će autori niže prikazati razloge zbog kojih je ista donesena. Deklasificirani dokumenti sa sastanka Prezidija Vrhovnog sovjeta 19. veljače 1954. sadrže samo dva službena obrazloženja spomenute odluke o predaji Krima:

(1) ustupanje Krima bio je „plemeniti čin od strane ruskog naroda u spomen na 300. godišnjicu „ponovnog ujedinjenja Ukrajine s Rusijom“ (referenca na Perejaslavski ugovor koji su 1654. potpisali predstavnici Ukrajine kozački hetmanat i moskovski car Aleksej I.). Uz to, nastojalo se „pokazati bezgranično povjerenje i ljubav koju ruski narod osjeća prema ukrajinskom narodu“; te

(2) prijenos je prirodan rezultat „teritorijalne blizine Krima Ukrajini, sličnosti njihovih gospodarstava i bliskih poljoprivrednih i kulturnih veza između Krimskoblasti i UkrSSS-a.“

Nijedan od ovih razloga ne opravdava u potpunosti akt predaje. Iako je 1954. bila 300. obljetnica Perejaslavskog mira, ne postoji nikakva veza između tog ugovora i

³³ *Ibid.*, str. 170.

³⁴ Autori na ovome mjestu ističu kako se u ruskim izvorima sve češće govori o tome da je procedura (iako krnja) ispoštovana, ali da nije postojao kvorum na Prezidiju Vrhovnog sovjeta jer je prema zapisniku s istog bilo prisutno 13 od 27 članova. Za više v. https://english.pravda.ru/history/107129-ussr_crimea_ukraine/ [pristup: 21. rujna 2022.].

Krimskog poluotoka. Perejaslav, u središnjoj Ukrajini nedaleko od Kijeva, nije ni blizu Krima, a ugovor nije imao nikakve veze s poluotokom koji je došao pod rusku kontrolu tek 130 godina kasnije. Štoviše, opis sporazuma koji je proizveo „ujedinjenje Rusije i Ukrajine“ je hiperboličan. Ugovor je dao važan korak u tom smjeru, ali su morale proći godine daljnjih borbi i ratovanja prije nego što je došlo do potpunog ujedinjenja. Retrospektivno se Perejaslavski ugovor često povezuje s rusko-ukrajinskim jedinstvom, ali teško je shvatiti zašto bi itko u SSSR-u predložio proslavu 300. obljetnice proglašenja dokumenta prijenosom Krima iz RSFSR-a u UkrSSR.³⁵

Ideja da je predaja bila opravdana isključivo kulturnim i gospodarskim srodnostima Krima s Ukrajinom jest, prema Krameru, također nategnuta. U 1950-ima, stanovništvo Krima (cca. 1,1 milijun), sastojalo se u 75-postotnoj većini od etničkih Rusa i 25 posto Ukrajinaca³⁶, a rezultat je već spomenutog prisilnog preseljenja populacije krimskih Tatara iz svibnja 1944., kada ih je staljinistički režim masovno deportirao u neplodna mjesta u središnjoj Aziji, kao i Staljinove prisilne deportacije manje populacije Armenaca, Bugara i Grka s Krima, dovršavajući tako etničko čišćenje poluotoka.³⁷ Stoga je 1954. Krim bio više „ruski“ nego što je bio stoljećima. Poluotok je imao važne gospodarske i infrastrukturne veze s Ukrajinom, ali su kulturne veze općenito bile mnogo jače s Rusijom nego s Ukrajinom, a Krim je bio mjesto velikih vojnih baza od carskih vremena nadalje, nakon što je postao simbol ruske imperijalne vojne moći protiv Osmanlija.³⁸ Ovdje bi se mogao eventualno istaknuti gospodarsko-infrastrukturni element jer su tada bili u planu kanali za brodarski promet između Volge i Krima pa je bilo praktičnije da se tim projektom bavi samo jedna sovjetska republika – Ukrajina – a ne dvije, što bi bio slučaj da je Krim i dalje pripadao Republici Rusiji. Najvažniji je zadatak bio prokopati kanal koji bi doveo vodu na poluotok.

³⁵ <https://www.wilsoncenter.org/publication/why-did-russia-give-away-crimea-sixty-years-ago> [pristup: 23. srpnja 2022.].

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Sjevernokrimski kanal bio je kopan tijekom 1957–71, a dnjeparska je voda dala poticaj za razvoj gospodarstva.³⁹

S druge strane, navode se i drugi razlozi zbog kojih bi takva odluka bila donesena, pa se tako navodi kako se Hruščovljeva odluka, koji je preuzeo vlast nakon smrti Staljina, temeljila na argumentu kako su i Ukrajina i Krim poljoprivredna područja, no važniji je argument onaj koji nadograđuje Lenjinovo ranije zbližavanje s ukrajinskim nacionalistima.⁴⁰ Nadalje, često se javlja i argument kako je predaja Krima Ukrajini predstavljala gestu iskupljenja za Staljinov brutalan odnos prema Ukrajincima tijekom sovjetske kolektivizacije poljoprivrede koja je rezultirala razdobljem gladi, Holodomora⁴¹ i represije ukrajinskih nacionalista tijekom Ruske revolucije.⁴²

No, zanimljivo je uočiti učinke te odluke na socioekonomski i kulturni razvoj poluotoka Krima. Jedan od važnijih pokazatelja jest i svesavezni popis stanovništva iz 1959. Stanovništvo poluotoka poraslo je na za cca 75 000 u odnosu na 1939., na brojku od 1,2 milijuna.⁴³ Tijekom sljedećih 30 godina brojnost stanovništva dosegla je 2 430 000, od toga 1 630 000 Rusa (67% stanovništva), 626 000 Ukrajinaca (25,7% stanovništva), 50 000 Bjelorusa, 38 000 krymskih Tatara, a vratio se i dio deportiranih Nijemaca, Armenaca, Bugara, Grka.⁴⁴

Ipak svaki od tih argumenata sam, pa ni svi zajedno, nisu dovoljno uvjerljivi za donošenje tako značajne odluke. Nezahvalno je govoriti o motivaciji osobe koju je takvu odluku predložila, pa će autori umjesto toga istaknuti jedan drugi moment koji je bio značajan u trenutku donošenja odluke, a to je da se u tom trenutku činilo

³⁹ Paščenko, *op.cit.* (bilj. 16), str. 26.

⁴⁰ Grander, H., *Crimea, Global Rivalry, and the Vengeance of History*, Palgrave Macmillan, New York, 2015., str 43.

⁴¹ Holodomor, poznat i kao Gladomor; umjetno stvorena glad koja je obuhvatila stanovništvo sovjetske Ukrajine, sjevernog Kavkaza te područje oko donjeg toka rijeke Volge između 1932. – 1933. godine., za više v. Grander, *op. cit.* (bilj. 40), str. 43.

⁴² Grander, *op. cit.* (bilj. 40), str. 43.

⁴³ Jakubova, *op.cit.* (bilj. 7), str. 71.

⁴⁴ Danylenko, V., Kako se mijenjao nacionalni sastav stanovništva Kryma u drugoj polovici XX. Stoljeća, u: Paščenko., J. (ur.), *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020., str. 151.

kako će posljedice takve odluke biti zanemarive⁴⁵ (naročito po saveznu razinu vlasti kojoj je ionako podvrgnut Sevastopolj⁴⁶ pod izravnu kontrolu). Naime, prevladavao je stav kako je snaga SSSR-a takva da nikome u tom trenutku nije padalo na pamet da bi se takav savez mogao raspasti, tako da je vjerojatno ta misao bila ključna u micanju svake mogućnosti nastanka negativnih posljedica iste po saveznu, ali i republičke razine. Ipak, upravo se to dogodilo.

3. UTJECAJ RASPADA SAVEZA SOVJETSKIH SOCIJALISTIČKIH REPUBLIKA NA POLOŽAJ KRIMA

U procesu raspada Sovjetskog saveza pitanje Krima i njegovog identiteta još se jednom našlo u središtu pozornosti, podijeljene ne samo između Rusa i Ukrajinaca, već i stranih faktora, prije svega SAD-a, koji se, zajedno s ukrajinskim nacionalistima počeo zalagati za ukrajinsku neovisnost i oslobađanje Sevastopolja od ruske kontrole.⁴⁷

Raspad SSSR-a ponovno je probudio etnički nacionalizam koji je do tada bio uspješno prevladan socijalističkim duhom bratstva svih članova besklasnog društva.⁴⁸ Kolaps socijalističke države rezultirao je stvaranjem ruskih i ne-ruskih etničkih dijaspora i otvorio put državama u nastajanju, direktno utječući na istočnu Europu, Balkan, Kavkaz i središnju Aziju.⁴⁹ Upravo zato, već i prije formalnog raspada SSSR-a, probudili su se duhovi na Krimu. Tako je Vrhovni Sovjet Krima tražio od ruske i ukrajinske strane ponovnu uspostavu autonomnog statusa.⁵⁰ No, ovaj zahtjev, iako upućen i ruskoj i ukrajinskoj strani, bio je signal prvenstveno Ukrajinacima da ruska većina na Krimu neće mirno čekati raspad

⁴⁵ Zbog geostrateških, političko-ekonomskih, povijesnih, pravnih i etničkih razloga, ruski se pannacionalisti nikada u potpunosti nisu složili s Hruščovljevom odlukom, unatoč priznanju o usklađenosti odluke s Ustavom/36 danom od strane Vrhovnog Sovjeta; Grander, *op.cit.* (bilj. 40), str. 44.

⁴⁶ Važnost Sevastopolja jest u strateškom položaju na Crnom moru zbog kojeg je još od 1783. središte ruske Crnomorske flote, za više v. *Krim kroz povijest: (prijevodi s ukrajinskoga)*, Paščenko, J. (ur.), Filozofski fakultet, Katedra za ukrajinski jezik i književnost, Zagreb, 2020.

⁴⁷ Grander, *op.cit.* (bilj. 40), str. 44.

⁴⁸ Hilpold, *op.cit.* (bilj. 8), str. 6.

⁴⁹ Grander, *op.cit.* (bilj. 40), str. 46.

⁵⁰ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 113.

SSSR-a. Naime, do 1991. ruska je zajednica držala dominantan položaj na Krimu u odnosu na druge etničke zajednice, pa je postojala bojazan da bi raspad SSSR-a značio potpunu integraciju u Ukrajinu. Posljedično, postali bi manjina unutar Ukrajine, što je rezultiralo motivacijom za borbu oko snažne autonomije.⁵¹ Tako je već 20 siječnja 1991. održan referendum na Krimu na kojem je 93.2% građana glasalo za obnovu Krimске Autonomne Republike kao dijela Sovjetskog saveza, što je i učinjeno te je ista uspostavljena unutar teritorija Ukrajine.⁵² Ovo okolnost je izuzetno bitna jer se, za razliku od njezine preteče iz 1921., ova republika nije uspostavila kao dio teritorija Rusije, već po prvi puta, kao dio Ukrajine. Iako se često govori kako je Krimska Autonomna Republika nasljednice svoje preteče iz 1921., Pikhovshek navodi suprotno te smatra kako se upravo na temelju promjene subjekta-države unutar kojeg se ova republika sada formirala, ne može se govoriti kako se radi o preteči republike iz 1921.⁵³

Na sveukrajinskom referendumu o neovisnosti 1. prosinca 1991. Ukrajina je odlučila jednom za svagda urediti svoj odnos s Rusijom, tj. krenuti putem neovisnosti.⁵⁴ Rezultati tog referenduma na Krimu pokazali su kako je krimski identitet ipak jednim dijelom drugačiji od onog ukrajinskog, ma koliko god pojmovi identiteta i njegova sadržaja u ovako kompleksnoj tematici bili nezahvalni za definiranje. Naime, samo 54% birača Krima i 57% birača Sevastopolja glasalo je za državnu neovisnost Ukrajine.⁵⁵ Navedeni rezultat dao je povoda za nemire na Krimu između onih koji su se željeli prikloniti Ukrajini te onih koji su kroz autonomiju željeli ostati bliže Rusiji. Zato je tadašnje Vrhovno Vijeće Krimске

⁵¹ Hilpold, *op.cit.* (bilj. 8), str. 6.

⁵² Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 114.

⁵³ Viacheslav, P., Will the Crimean Crisis explode? u: Drohobycky, M., (ur.), *Crimea: Dynamics, Challenges and Prospects*, Rowman&Littlefield Publishers Inc., 1995., str. 40-41.

⁵⁴ Priča o neovisnosti Ukrajine intenzivirala se već 1918. kada je Brest-Litovskim mirom Rusija obvezana na priznanje neovisnosti Ukrajine, iako je ta neovisnost u stvarnosti egzistirala u ovisnosti prema Njemačkoj (naročito nakon što je ista raspustila parlament koji je uspostavljen 1917.). Stanje bezvlašća, praćeno građanskim ratom u Rusiji, dovelo je do rješenja tek 1922. kad su boljševici uspostavili kontrolu nad teritorijem Ukrajine, čime je Ukrajina čvrsto bila u sovjetskom zagrljaju do 1991.; Pipes, R., *The formation of the Soviet Union, Communism and Nationalism 1917-1923*, Harvard University Press, 1954., str. 184-192.

⁵⁵ Paščenko, *op.cit.* (bilj. 16), str. 25.

Autonomne Republike 26. veljače 1992., bez suglasnosti ukrajinskih vlasti, promijenilo službeni naziv područja u Republiku Krim.⁵⁶ Napetosti su se intenzivirale pa se početkom 1992. pojavila i realna mogućnost da se sjeverni dio Krima (koji je teritorijalno povezan s Ukrajinom) odvoji od ostatka Krima i priključi južnom dijelu Ukrajine, uz što se, u pozadini, održavao i stalan sukob između Kijeva i Moskve, kao i Sevastopolja oko nadležnosti nad ovim područjem.⁵⁷ Dana 5. svibnja 1992. godine Krimski parlament proglašava neovisnost i donosi prvi krimski Ustav koji je sadržavao odredbu o institucijama poput Predsjedništva Krima i Krimskog parlamenta⁵⁸, uz obavezu potvrde ovih odluka na referendumu zakazanom za kolovoz iste godine. Na tu odluku reagirala je Vrhovna Rada Ukrajine tražeći povlačenje odluke o proglašenju neovisnosti, na što je parlament Krima ponudio povlačenje odluke o proglašenju nacionalnog suvereniteta o Krimu (smatrajući da je to već riješeno ustavom iz svibnja 1992.) pa se, umjesto referenduma o neovisnosti, planira održati referendum o prihvaćanju ustava.⁵⁹ Na sve ovo nadovezala se i Rusija koja je u 1992., potaknuta pritiskom Rusa s Krima, krenula u aktivnije uključivanje u pitanje statusa Krima unutar Ukrajine. Naime, ruska većina na Krimu inzistirala je na istaknutijem statusu i partnerstvu jednakih koje bi s vremenom moglo prerasti i u status konfederacije. Asertivan stav krimskih Rusa bio je prepoznat od strane Rusije i u tom je kontekstu najveći korak bila rezolucija ruske Dume iz svibnja 1992. kojom se prijenos Krima Ukrajini 1954. proglašava nezakonitim.⁶⁰ Naime, ruski je parlament u pitanje doveo “legalnost” prijena Krima iz Rusije u Ukrajinu za vrijeme Hruščova, ispitujući je li takav prijenos potencijalno prekršio odredbe Sporazuma iz Minska iz prosinca 1991.⁶¹

⁵⁶ Drohobycky, M., *Crimea: Dynamics, Challenges and Prospects*, Rowman & Littlefield, 1995., str. XXVI.

⁵⁷ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 116.

⁵⁸ Mikelić, V., *Housing, Land and Property in Crimea*, United Nations Human Settlements Programme, Nairobi, 2007., str. 11.

⁵⁹ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 117.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Minsk Agreement on Strategic Forces, 30. prosinac 1991., dostupan na <https://www.bits.de/NRANEU/START/documents/strategicforces91.htm> [pristup: 23. srpnja 2022.].

Iako je ovakva deklaracija, kao i izjava Dume iz nadolazeće godine prema kojoj je Krim još uvijek smatran dijelom Rusije⁶², pravno irelevantna, iste imaju značajno simboličko djelovanje i predstavljaju nastavak napetog odnosa između Ukrajine i Rusije gdje niti jedna strana nije namjeravala ući u smislen dijalog s drugom.⁶³

Dana 19. svibnja 1992. ukrajinski parlament poništava proglašenje neovisnosti Krima⁶⁴, na što je Krimski parlament odgovorio donošenjem zakona *O zastavi Krimске autonomne Republike*, čije boje su usklađene s bojama ruske zastave, kao i donošenjem odluka da ukrajinsko državljanstvo nije obavezno za građane Krima, a da ruski postaje službeni jezik.⁶⁵ Kulminacija napetosti se dogodila nakon uspostave Ureda predsjednika, odnosno funkcije predsjednika Krima. Na izborima za predsjednika, kao i na parlamentarnim izborima na Krimu, većinu osvojio kandidat sklon Moskvi, Meshkov. Iz tog razloga, Ukrajinska Rada odlučila je još jednom nametnuti ultimatum Krimu pa traže usklađenje svih odluka koje je donio krimski parlament s ukrajinskim ustavom.⁶⁶ Suprotno tome, na Krimu se u travnju 1994. održao referendum (doduše savjetodavni) na kojem je 90% birača poduprla širenje krimске autonomije. Wydra to tumači na način da se „zapravo ni ukrajinska populacija na Krimu ne protivi ruskim zahtjevima za odcjepljenjem“.⁶⁷ Sljedeći korak bio je još jedan ultimatum Ukrajine za poništavanjem svih odluka i naizgled pat-pozicije. No, u tom momentu dolazi do razilaženja između krimskog

⁶² Ova izjava datira iz 1993. godine., za više v. Bowring, B., *The Crimean autonomy: innovation or anomaly?*, u: Weller, M.; Wolff, S. (ur.), *Autonomy, Self-governance and Conflict Resolution: Innovative approaches to institutional design in divided societies*, Routledge, Abingdon, 2005., str. 82.

⁶³ *Ibid.*, str. 82.

⁶⁴ Miloglav, H.; Tomaš, P., Protupravnost intervencije i aneksije međunarodnom pravu: slučaj Krima, *Paragraf: časopis za pravna i društvena pitanja Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku*, Vol. 1, br. 1, 2017., str. 160.

⁶⁵ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 117. Nastavno na to, ruska Duma je odlučila staviti u fokus i pitanje Sevastopolja, ističući kako mu je, davanjem posebnog statusa 1948., isti zapravo izuzet od primjene Odluke, odnosno, da isti nije postao dio Ukrajine. *Ibid.* Štoviše, u srpnju 1993., ruska Duma donosi deklaraciju kojom proglašava kako će Sevastopolj uvijek biti dio teritorija Ruske Federacija, a na što Ukrajina uzvraća proglasivši takav potez agresijom na Ukrajinu; Svetova, S.; Solchanyk R., *Chronology of the Event in Crimea*, u: *RFE/RL Reports*, vol. 3, br. 19, 1994., str. 25.

⁶⁶ Wydra, *op. cit.* (bilj. 1), str. 118.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 118.

vodstva, tako da u jednom trenu krimski predsjednik raspušta parlament, a parlament lišava predsjednika njegovih ovlasti. Ovaj sukob koristi ukrajinski parlament koji donosi *Zakon o statusu* Krima kojim je ukinuo krimski Ustav te zatvorio Ured predsjednika.⁶⁸

U listopadu 1995. Krimski parlament usvojio je novi Ustav kojim se utvrđuje da je Krim dio Ukrajine, a Sevastopolj dio Krima, no ukrajinsko vodstvo smatra kako isti nije bio u skladu s Ustavom Ukrajine te ga stoga ukrajinska Vrhovna rada odluči ne podržati. Tek nakon unesenih odgovarajućih izmjena i dopuna, potvrđuje ga se tek u prosincu 1998.⁶⁹ Još se jednom pokazalo kako do rješenja problema dolazi, ako ne prije, onda kada se jedna od sukobljenih strana razdijeli i time otvori put ostvarenju tuđih interesa.

4. ZAKLJUČAK

Iako predaja dijela teritorija unutar (relativno) jedinstvenog socijalističkog saveza u načelu znači puko administrativnu preraspodjelu prostora, povijest nas je naučila kako trenutni izostanak posljedice ne znači da posljedica neće biti, već da je njihov nastup odgođen (pri čemu je moguće i simultano ili sukcesivno djelovanje i drugih uzroka). Upravo je to poučak krimske priče koju je aktualizirao raspad SSSR-a, nepovratno promijenivši situaciju u potpunosti. Ponukani raspadom SSSR-a, stanovnici Krima referendumom vraćaju status Autonomne Krimске Republike, uslijed čega parlament proglašava neovisnost i donosi krimski Ustav. Iako je Krim neovisnost zadržao samo 14 dana, nakon čega ukrajinski parlament poništava proglašenje neovisnosti, krimsko je stanovništvo ovim činom pokazalo volju naroda, koja kakva god da je, ne smije biti zanemarena. No, sve ovo bio je rezultat gore spomenute odluke o predaji Krima SSR Ukrajini, dok se istovremeno odvijao snažan proces rusifikacije Krima, što je rezultiralo specifičnim krimskim identitetom. Takva situacija, koja je 90-ih godina prošlog stoljeća predstavljala ustavnopravnu i međunarodnu krizu, kulminirala je u naše vrijeme, dovodeći do brutalne agresije na Krim (te istok Ukrajine). Pri tome, osim istaknutog ustavnopravnog elementa promatranog u pravno-povijesnom kontekstu, autori

⁶⁸ Miloglav; Tomaš, *op.cit.* (bilj. 64.), str. 160.

⁶⁹ *Ibid.*, str. 161.

skreću pozornost i izrazito jasno izražen međunarodnopravni element ove krize, a naročito na odredbe Budimpeštanskog memoranduma, međunarodnopravnog ugovora sklopljenog, između ostalog i između Ukrajine i Rusije, a kojim se Rusija obvezala suzdržati od primjene vojne ili ekonomske (pri)sile u odnosu na Ukrajinu.⁷⁰

⁷⁰ Tekst sporazuma dostupan na: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280401fbb> [pristup: 10. rujan 2022.].

6. Zaštita medicinskog osoblja od učinaka neprijateljstava u oružanim sukobima: uzdizanje načela humanosti u prvoj etapi kodifikacije međunarodnog prava oružanih sukoba

MIRAN MARELJA*

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 341.33

SAŽETAK Od sredine 19. stoljeća sve jasnije uočavamo suvremeno odbacivanje skoro neograničenog prava zaraćene države da u oružanom sukobu postupa protiv osoba (i objekata) koji pripadaju neprijatelju. Napori onovremene međunarodne zajednice bili su usmjereni na uobličavanje kriterija potrebnih za izdvajanje osoba ovlaštenih za sudjelovanje u međunarodnim oružanim sukobima, uz načelnu zaštitu ostalih. Svijest o potrebi humanizacije oružanih sukoba će u konačnici dovesti do protezanja zaštitnog učinaka na medicinsko osoblje i objekte posvećene skrbi za ranjenike, što odražavaju ugovorna rješenja Ženevske konvencije iz 1864. godine, a čiji je utjecaj primjetan i na Haške konvencije 1899. i 1907. godine. U ovom kontekstu, rad problematizira pokušaje prevladavanja raskoraka načela vojne potrebe i načela humanosti te razmatra inicijalne kodifikacijske napore usmjerene na zaštitu ambulanti i bolnica te drugih sličnih objekata od učinaka vođenja neprijateljstava. Nemogućnost potpunog prevladavanja antagonizma načela vojne potrebe i načela humanosti će čak i kod zaštite medicinskog osoblja otvoriti daljnje prijemore u primjerni odnosnih zaštitnih pravnih normi.

KLJUČNE RIJEČI međunarodno pravo oružanih sukoba, Ženevska konvencija 1864., vojna potreba, humanost, medicinsko osoblje

1. PRAVNOPOVIJESNI UVOD

Zaštita medicinskog osoblja u oružanim sukobima izvire iz njihova imuniteta zasnovanog na neutralizaciji, pa iako pripadaju oružanim snagama zaraćenih država, oni kao i objekti (bolnice, ambulante) u kojima pružaju skrb ranjenicima ne smiju biti objekt napada (vojni cilj) *per se*. Nažalost, kršenje pravnih normi u

* **Dr. sc. Miran Marelja**, docent na Katedri za opću povijest prava i države Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: mmarelja@pravo.hr

oružanim sukobima nije nepoznanica, pa tako Svjetska zdravstvena organizacija već 7. travnja 2022. godine skreće pozornost svjetskoj javnosti da je od početka sukoba u Ukrajini do navedenog dana počinjeno stotinu napada na objekte (uključujući i pokretne ambulante) posvećene zdravstvenoj njezi bolesnih i ranjenih, a u kojima su ukupno stradale 73 te ranjena 51 osoba.¹ Nepotpunim dostupnim podacima unatoč te neovisno jesu li napadi usmjereni na zdravstvene ustanove za liječenje civilnog stanovništva ili pak pripadnika oružanih snaga, ništa ne ukazuje da su ovi objekti imali vojnu svrhu odnosno da je zlouporabljen imunitet kojeg uživaju. Utoliko ih ne bismo mogli smatrati podesnim vojnim ciljevima što, na tragu izloženog, otvara put ka zaključku da je posrijedi potencijalna povreda međunarodnog prava oružanih sukoba, kako običajnog, tako i ugovornog, prvenstveno članka 19 Prve Ženevske konvencije iz 1949. godine.² Nažalost, ovi i slični događaji u brojnim oružanim sukobima iz prošlosti svjedoče relativizaciji ili pak otvorenoj negaciji zaštitnih normi u ratnim okolnostima. Rad stoga razmatra začetak pretakanja običajne u ugovornu zaštitu medicinskog osoblja te podredno ambulanti i bolnica od učinaka neprijateljstava u međunarodnim oružanim sukobima. Nakon osnovnih postulata zaštite osoba koje su onesposobljene za sudjelovanje u sukobu (*bors de combat*), analizira se nastanak i razvoj prvih međunarodnih konvencija usmjerenih na zaštitu osoba i objekata posvećenih medicinskoj skrbi.

Začetak suvremenog međunarodnog prava oružanih sukoba možemo smjestiti u šestu dekadu 19. stoljeća, koju Nussbaum opravdano smatra vremenskom odrednicom kojom počinje „*nova etapa međunarodnog prava*“, a svoju tvrdnju temelji na dva bitna događaja.³ Okončanje Krimskog rata u Pariškom kongresu

¹ WHO records 100th attack on health care in Ukraine, <https://www.who.int/news/item/07-04-2022-who-records-100th-attack-on-health-care-in-ukraine> [pristup: 27. kolovoza 2022].

² Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12. kolovoza 1949., Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 005/1994.

³ *cit.* Nussbaum, A., *A Concise History of the Law of Nations*, The Macmillian Company, 1954., str. 202. Imajući u vidu vremensku odrednicu rada koja obuhvaća razdoblje od Pariške pomorske deklaracije 1856. do Haške konferencije 1907. godine, ispravno bi bilo koristiti termin primjeren 19. i ranom 20. stoljeću – međunarodno ratno pravo. U radu se pretežno koriste suvremeniji izrazi međunarodno pravo oružanih sukoba i međunarodno humanitarno pravo.

1856. godine polučit će i usvajanje Pariške pomorske deklaracije, inspirirane nesigurnošću običajnih pravila međunarodnog pomorskog ratnog prava; države ujedno uviđaju kako neodređenost pravila (a time nužno i „pravila“), kao i posljedičnih prava te obveza koja ona sadrže, predstavlja dodatni povod zaoštavanju postupanja u ratu.⁴ Sazrijeva svijest da države svojim proaktivnim djelovanjem mogu urediti postupanje u međunarodnim odnosima i prije sazivanja kakvog kongresa (konferencije) *post bellum*,⁵ pa ubrzo višestrani međunarodni ugovori uobličeni na međunarodnim konferencijama postaju mehanizam kodifikacije običajnog prava.⁶ Skoro istovremeno, simbolični začetak kodifikacije međunarodnog ratnog prava koje uređuje postupanje u kopnenom ratovanju predstavlja bitka kod Solferina 1859. godine, nakon koje će snažni humanistički impuls Dunantovog *Un Souvenir de Solferino* iz 1862. godine rasplamsati već postojeće misli o potrebi konkretizacije ovih pravila te tako snažno poduprijeti nastanak budućih konvencija.⁷

⁴ Preambula Deklaracije o pomorskom pravu iz 1856. godine u Galli, T.; Bakotić, B., *Izbor međunarodnih ugovora o vođenju neprijateljstava*, Odjel za promidžbu i suradnju Međunarodnog odbora Crvenog Križa, Zagreb, 2001., str. 1.

⁵ Vidi uvodno Phillipson, C., *Termination of War and Treaties of Peace*, The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008., str. 120-123 te detaljnije ostatak poglavlja, pri čemu autor daje i podatke o radu pojedinih međunarodnih kongresa i konferencija promatranog razdoblja na str. 130-154.

⁶ Roberts, A., Guelff, R. (ur.), *Documents on the Laws of War*, Clarendon Press, Oxford, 1995., str. 23; Bryant, M., S., *A World History of War Crimes from Antiquity to the Present*, Bloomsbury Academic, New York, London, 2016., str. 71; Doty, G., R., The United States and the Development of the Laws of Land Warfare, *Military Law Review*, br. 156, 1998., str. 224. U samoj Deklaraciji se ukazuje na postojanje različitih pravila kojima su europske pomorske sile tretirale teret i brodove neutralnih sila u vrijeme rata, pa se stoga teži „*vesti u međunarodne odnose čvrsta načela*“ ustanovljavajući pri tome „*jedinstven stav o tako važnom pitanju*“. Stoga, mogli bismo reći kako je međunarodna zajednica umjesto u prošlost, od Pariške pomorske deklaracije počela gledati u budućnost. *cit.* Pariška pomorska deklaracija u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 1.

⁷ Sukladno tadašnjoj praksi, ranjenici koji ne bi mogli pratiti povlačenje, a kojima nitko od suboraca ne bi pomogao, bili bi prepušteni sami sebi. Dunant zapisuje kako su „*Austrijanci i saveznici gazili jedni druge pod nogama, ubijali jedan drugoga na hrpama krvarećih leševa, udarajući svoje neprijatelje s kundacima, razbijajući lubanje, otvarajući trube sabljama i bajunetama. Milost nije pružana, to je čisti pokolj, borba među divljim zvijerima izluđenima krvlju i bijesom. Čak su se i*

Iako u prvoj polovini 19. stoljeća prirodno pravo zadržava dio svog nekadašnjeg sjaja, pri čemu je od posebnog značaja uzdizanje humanosti kao univerzalne vrijednosti koja treba vezivati čovječanstvo te čije ozbiljenje možda i ponajviše treba tražiti u ratnoj praksi, tek će uspon pravnog pozitivizma omogućiti prevladavanje nedoumica glede sadržaja pojedinih običajnih pravila kao i djelovanju načela ratnog prava. Dok države od sredine stoljeća počinju uređivati pravila postupanja u međunarodnim oružanim sukobima, u nadolazećem vremenu će tek nevoljko i pod neporecivim pritiskom zahtjeva humanosti dopuštati prelijevanje dijela pravila humanitarnog prava u nemeđunarodne sukobe. Ujedno, od iznimne je važnosti odluka predsjednika Lincolna da 1863. godine, u okolnostima Američkog građanskog rata i bez sudjelovanja raspuštenog saveznog Kongresa donese *Opću naredbu br. 100*, poznatiju po svom tvorcu kao Lieberov zakon.⁸ Opća naredba često se naziva „*prvim pokušajem normiranja cjelokupnog postupanja vojske preciznim pisanim pravilima*“, „*uvjerljivim esejom na temu etike u ratu*“ ili „*stvarnim začetkom današnjih pravila kopnenog ratovanja*“ te u velikoj mjeri odražava običajna pravila ondašnjeg međunarodnog humanitarnog prava.⁹ Moralna i racionalna uvjerljivost Lieberovih pravila te dokaz njihove primjenjivosti u ratu vodit će ka usvajanju niza (i sadržajno) sličnih

ranjenici borili do zadnjeg daha. Kada bi ostali bez oružja, zgrabili bi vratove svojih neprijatelja i kidali ih vlastitim zubima.“ cit. Dunant, H., *A Memory of Solferino*, International Committee of the Red Cross, Ženeva, 1986., str. 19.

⁸ Zbog izostanka potvrde Kongresa u pitanju je predsjednička naredba, a ne savezni zakon. Lieber se zapravo protivio kodifikaciji ratnog prava, kao i uspostavi stalnog međunarodnog suda smatrajući da prijetnja opstanku države svakako umanjuje moralnu dimenziju njezinih građana, pri čemu tranzicija moralnih pojedinaca uslijed ratne opasnosti u ratnike nikad u potpunosti ne isključuje njihovu moralnost. Vidi Lieber, F., *Manual of Political Ethics, vol. II*, J. B. Charles J. Little, 1839., str. 133-145; Lieber, F., *Manual of Political Ethics, vol. I*, J. B. Lippincott Company, 1911. (prvo izdanje 1838. godine), str. 19-20, 37-42, 62, 83-86.

⁹ cit. Freidel prema Carnahan, B., M., Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, *The American Journal of International Law*, sv. 92, br. 2, 1998., str. 215. Vidi i osvrtte Nussbauma i von Glahna u Haimbaug G., D., Introduction To Panel II: Humanitarian Law: The Lincoln-Lieber Initiative, *Georgia Journal of Interational & Comparative Law*, br. 13, 1983., str. 245. O okolnostima nastanka Opće naredbe br. 100 vidi Root, E., Francis Lieber, *The American Journal of International Law*, sv. 7, br. 3, 1913., str. 455; Shepard, W., S., One Hundredth Anniversary Of The Lieber Code, *Military Law Review*, br. 21, 1963, str. 162.

zakona u drugim državama, kojima će i one urediti postupanje vlastitih vojnih snaga *in bello*.¹⁰

Naredba ujedno potiče kodifikaciju međunarodnog običajnog ratnog prava, pa iako njezin sadržajni utjecaj početno nije velik, već 1864. godine dolazi do prvog višestranog međunarodnog ugovora izravno usmjerenog na humanizaciju postupanja *in bello* u vidu Ženevske konvencije, da bi se Peterburškom deklaracijom iz 1868. godine po prvi put zabranili razorni učinci određene vrste oružja.¹¹ Naime, Peterburškom deklaracijom nepotrebna ljudska patnja po prvi put postaje sadržajni element nekog višestranog međunarodnog ugovora, pri čemu se ujedno pravno definira vojna potreba u vidu slabljenja vojnih snaga neprijatelja kao jedinog legitimnog cilja u ratu, izražavajući time i odnos među načelima ratnog prava.¹² Deklaracija odražava duh vremena jer polazi od temeljne postavke kako treba utvrditi „*tehničke granice na kojima vojna potreba treba ustuknuti pred zahtjevima humanosti*“ s obzirom da „*napredak civilizacije treba imati za posljedicu koliko god je to moguće, ublaživanje ratnih nevolja*“, pa je stoga „*jedini*

¹⁰ Problem ograničenosti djelovanja izražava već *Posebna naredba 399* iz 1862. godine u članku 22, gdje se jasno ističe kako za razliku od pravila međunarodnog ratnog prava Naredba zapravo nema utjecaj na međusobni odnos između vojski sukobljenih strana, ujedno upozoravajući na nepostojanje „*prava ili skupa obvezujućih normi o vođenju neprijateljstava među vojskama osim dijela prava o privodi i narodima, zvanog pravo i običaji ratovanja na zemlji.*“ Ubrzo po uzoru na Opću naredbu slične propise usvaja niz država poput Prusije 1870., Nizozemske 1871., Francuske 1877., Rusije 1877. i 1904., Švicarske i Srbije 1878., Španjolske 1882. i 1893., Velike Britanije 1883. i 1904., Portugala 1890. i Italije 1896. godine. Vidi Baxter, R., R., The first modern codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100 (II), *International Review of the Red Cross*, 1963, sv. 3, br. 26, str. 249; Verzijl, J., H., W., *International Law in Historical Perspective: The Laws of War*, Part IX-A, Sijthoff & Noordhof, Leiden, 1978., str. 124-125.

¹¹ Vidi Deklaraciju o odricanju u vrijeme rata upotrebe rasprskavajućih projektila težine ispod 400 grama u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 2-3. Ugovornice zabranjuju upotrebu eksplozivnih projektila mase ispod 400 grama s obzirom da drže kako ovo oružje „*nepotrebno povećava patnje onesposobljenih ljudi ili njihovu smrt čini neizbježnom*“.

¹² Solis, G., D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010., str. 50; Hayashi, N., Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law, *Boston University International Law Journal*, sv. 28, br. 39, 2010., str. 46-47.

legitimni cilj, čijem bi ostvarenju države u ratu trebale težiti, slabljenje vojnih snaga neprijatelja“ te je u tu svrhu „dovoljno onesposobiti najveći mogući broj ljudi“.¹³

Ubrzo će se delegati europskih država, na temelju carskog poziva i prijedloga ruske vlade koji se ishodišno temeljio na slobodnijoj interpretaciji Opće naredbe br. 100, sastati 1874. godine u Brusselsu i prihvatiti usuglašeni tekst Briselske deklaracije. Iako ona uslijed manjka ratifikacija nije stupila na snagu, posrijedi je prvi cjelovitiji sporazum država o načelima ratnog prava te pokušaj kodifikacije običajnih pravila koja uređuju kopneno ratovanje, s posebnim naglaskom na razradu materije koja uređuje pitanje ratnih zarobljenika.¹⁴ Gradeći na Peterburškoj deklaraciji, Završni protokol Briselske deklaracije podupire misao o napretku civilizacije koji se očituje u ublažavanju strahota rata u najvećoj mogućoj mjeri, pri čemu je jedini legitimni cilj država u ratu slabljenje neprijatelja bez nanošenja nepotrebne patnje.¹⁵ Briselska deklaracija kao svoju polaznu postavku izdvaja misao kako „ratno pravo ne priznaje zaraćenim stranama neograničeno pravo na usvajanje načina povrede neprijatelja“, da bi se potom i izrijeком zabranili određeni načini i sredstva ratovanja poput otrova, ali i onih koja uzrokuju „nepotrebne patnje“, pri čemu se

¹³ *cit.* preambula Peterburške deklaracije iz 1868. godine u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 2. Vidi i Dill, J., Shue, H., Limiting the Killing in War: Military Necessity and the St. Petersburg Assumption, *Ethics & International Affairs*, sv. 26, br. 3, 2012., str. 319-324.

¹⁴ Gillespie, A., *A History of the Laws of War, volume 1: The Customs and Laws of War with Regards to Combatants and Captives*, Hart Publishing, Portland, 2011., str. 163; Bryant, *op. cit.* (bilj. 6), str. 119, 125. Nakon što se uvidjelo da Deklaracija neće biti ratificirana, rad na kodifikaciji pravila ratnog prava nastavlja se pod okriljem Instituta za međunarodno pravo, koji će znatno doprinijeti oblikovanju pravila na kasnijim Haaškim mirovnim konferencijama, na kojima će su konačno običajna pravila ratnog prava pretočena u ugovorne norme. Vidi Nys, E., Francis Lieber - his Life and his Work II, *The American Journal of International Law*, sv. 5, br. 355, 1911., str. 392; Root, *op. cit.* (bilj. 9), str. 457.

¹⁵ Vidi Završni protokol Briselske deklaracije iz 1874. godine u Schindler, D., Toman, J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Martinus Nijhoff Publishers, Henry Dunant Institute, Dordrecht, Geneva, 1988., str. 26-27. Briselskom konferencijom se stoga želi učiniti dodatni korak u reviziji zakona i običaja rata kroz njihovo jasnije definiranje, ali i postavljanje određenih granica ratnim stradanjima sukladno općem dogovoru i u mjeri u kojoj je to moguće. Tako ograničen rat bi umanjio stradanja i ujedno potpomogao konačan cilj svakog rata, tj. obnovio dobre odnose i trajni mir među zaraćenim državama.

načelo vojne potrebe kao regulatora postupanja *in bello* još jasnije pokušalo odrediti u odnosu na objekte.¹⁶

Od interesa je i Oxfordski priručnik o pravu rata na kopnu iz 1880. godine, koji unatoč potpunom debaklu primjene ugovorenih ograničenja ratovanja u Rusko-turskom ratu (1875.-1878. godine) često ponavlja, ali i originalno interpretira rješenja iz Ženeve te poglavito Brusselsa. Naglašava se kako zarobljeništvo u ratu ne predstavlja kažnjavanje za kakav zločin niti čin osvete, dok se oslobađanje ratnog zarobljenika nakon sklapanja mira formulira kao pravo.¹⁷ Unatoč svim „*užasima koje donosi*“, Oxfordski priručnik u preambuli pragmatično navodi kako se „*ljudi neće uskoro odreći (ratovanja)*“, pa pozivajući se na Jominijev zahtjev da se „*ograniči uništavajuća silina rata, istovremeno priznajući neumoljive nužnosti*“ upozorava na postojanje „*određenih načela pravednosti koja vode javnu savjest koja postoje neovisno o pravilima međunarodnog prava koja uređuju ovo pitanje, a očituju se čak i u općim pravilima, koja bi stoga trebalo precizno utvrditi i učiniti obveznima.*“¹⁸ Štoviše, uz ranije navode poput „*slabljenja vojnih snaga neprijatelja*“ iz Peterburške deklaracije, Priručnik doprinosi ne samo tvrdnjom kako su zaraćene strane vezane pravilima ratnog prava, koja ne poznaju „*neograničenu slobodu u*

¹⁶ *cit.* članak 12 Briselske deklaracije iz 1874. godine, *ibid.*, str. 29. Enumeraciju zabranjenih načina i sredstva ratovanja sadrži članak 13.

¹⁷ Vidi Gillespie, *op. cit.* (bilj. 14), str. 164. Zamisao idejnog tvorca Oxfordskog priručnika iz 1880. godine u vidu Instituta za međunarodno pravo na čelu s gosp. Moynierom bila je izrada skupa pravila koje bi države usvojile kao vlastite (nacionalne) propise, čime bi pojedina država mogla, ukoliko to prema dotadašnjem zakonodavstvu već nije bio slučaj, sankcionirati povrede koje bi u ratu počinili njezini vojnici i časnici. Štoviše, Moynier je već nakon usvajanja Ženevske konvencije iz 1864. godine predvodio zagovaratelje osnivanja posebnog suda koji bi bio nadležan za povrede Konvencije, no ideju napušta u korist suđenja u okviru nacionalne sudbene vlasti pojedinih država. Vidi Bryant, *op. cit.* (bilj. 6), str. 119-120, 132-133.

¹⁸ *cit.* Oxfordski priručnik o pravu rata na kopnu iz 1880. godine, u Schindler, Toman, *op. cit.* (bilj. 15), str. 36. Upravo citirani navod, uz želju da se iznađu pravila „*prihvatljiva svim narodima*“ precizno izražava neuspjeli cilj Briselske konferencije iz 1874. godine. Ipak, Oxfordski priručnik nema pretenziju tvoriti osnovu kakvog višestranog međunarodnog ugovora, nego je uperen na postavljanje standarda koje bi civilizirane države prihvatile u svojim unutrašnjim zakonodavstvima. Vidi Doty, *op. cit.* (bilj. 6), str. 233.

načinima povrjeđivanja neprijatelja“ , nego izrijekom traži suzdržavanje od „svake nepotrebne okrutnosti, kao i perfidnih, nepravednih i ugnjetavačkih čina“ .¹⁹

Iako brojni autori različito ponderiraju važnost utjecaja Lieberovog zakona, Briselske konvencije i Oxfordskog priručnika na Haaške konvencije iz 1899. i 1907. godine, nesporno je da se svim ovim aktima obilno koristi u radu Prve i Druge haaške mirovne konferencije te da oni čine polaznu osnovu za uobličenje suvremenih ugovornih pravila.²⁰ Druga haaška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1899. godine, a potom njezina unaprijeđena verzija u vidu Četvrte haaške konvencije iz 1907. godine u „*interesu čovječnosti i stalno rastućim potrebama civilizacije*“ pristupaju reviziji općih ratnih zakona i običaja „*bilo radi toga da ih se točnije odredi ili radi toga da se svedu u određene granice kako bi se ublažila njihova strogost koliko je god to moguće*“ .²¹

2. ZAŠTITA PRIPADNIKA ORUŽANIH SNAGA U PRVOJ ETAPI KODIFIKACIJE MEĐUNARODNOG PRAVA ORUŽANIH SUKOBA

Već nakon Napoleonskih ratova razvija se i misao kako pravila ratnog prava obvezuju zaraćenu državu samo ukoliko se ona pri vođenju neprijateljstava nalazi u poziciji u kojoj može poštivati takva pravila bez štete za svoje interese.²² Kako

¹⁹ *cit.* članci 3 i 4 Oxfordskog priručnika iz 1880. godine u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 37-38.

²⁰ Garner primjerice u Haaškim konvencijama vidi „*internacionalizaciju mnogih pravila Lieberovog zakona*“, no autor upozorava i na retrogradan učinak rada Haaških konferencija na kojima se pojedina pravila (neopravdano) ispuštaju, dok se druga poopćuju čime opada njihova praktična primjenjivost. Doty pak odriče bilo kakav utjecaj Oxfordskog priručnika na Haaške konvencije otkrivajući kako *verbatim* usporedba članaka otkriva utjecaj Priručnika samo u mjeri u kojoj on crpi iz Briselske konvencije. Garner, J., G., General Order 100 Revisited, *Military Law Review*, br. 27, 1965., str. 44; Doty, *op. cit.* (bilj. 6), str. 234-236.

²¹ *cit.* preambula Konvencije IV o zakonima i običajima rata na kopnu iz Haga, sklopljene 1907. godine, u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 5-6. *cf.* preambulu Konvencije II o zakonima i običajima rata na kopnu iz Haga, sklopljene 1899. godine, u Friedman, L. (ur.), *The Law of War: A Documentary History, volume I*, Random House, New York, 1972., str. 221-222. Jochnick, Normand drže kako je u ovoj početnoj fazi kodifikacije uočljivo uzdizanje vojne potrebe kao zapreke „pretjeranoj“ humanizaciji ratnog prava. Jochnick, C., Normand, R., The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War, *Harvard International Law Journal*, sv. 35, br. 1, 1994., str. 68-69.

²² Shepard, *op. cit.* (bilj. 9), str. 160-161.

opisana pogodnost sve više ustupa mjesto onovremenom doktrinarnom pravcu koji zagovara postupanje u ratu prema ustaljenim pravilima (nazivom iz njemačke doktrine: *Kriegsmanier*), od kraja 19. stoljeća teži se isključiti protupravnost za povrede pravila ratnog prava u iznimnim okolnostima (*Ausnahmezustand*), sve više sužavanih na određene okolnosti u ratu (*Kriegsraison*). Uostalom, niz pruskih ratnih pobjeda protiv Danske, Austrije i Francuske će u razdoblju od 1864. do 1871. godine započeti vojnu prilagodbu, ali i doktrinarni odmak od tada prevladavajućih shvaćanja i tumačenja pravnih pravila i načela.²³ Sve češćim vezivanjem „određenih okolnosti“ za ugroženost opstanka države izvodi se zaključak kako „početkom rata samo vojna potreba proizvodi učinak“, pa će ovu tezu potvrditi i njemačka sudska praksa nakon Prvog svjetskog rata.²⁴

Naime, vojna potreba je načelo ratnog prava koje operacionalizira druga načela i pravila dozvoljavajući cijeli niz ratnih čina koji će izgledno dovesti od stradanja osoba i imovine na strani neprijatelja, no i u drugoj polovini 19. stoljeća načelno se

²³ Bryant, *op. cit.* (bilj. 6), str. 120-123. Uzdizanje vojne potrebe je u skladu sa strategijom koncentracije najveće moguće oružane sile u trenutku udara na glavninu neprijateljskih snaga kako bi se ona u potpunosti uništila, pa cilj takvog rata postaje uništenje (njem. *Vernichtungskrieg*), što donosi i doktrinarno prevladavanje Clausewitzeve ideje o ostvarenju političkog cilja ratom, kao i ugovornih rješenja o „*onesposobljavanju najvećeg broja ljudi*“ s obzirom da na njihova mjesta stupa ideja o uništenju neprijatelja (*Vernichtungsgedanke*). Ipak, ovakvom tumačenju ratovanja se protivi i dio njemačke doktrine. Suvremeni pogled na pitanje, uz povremene povijesne primjere daje Hayashi, vidi uvodno Hayashi, *op. cit.* (bilj. 12), str. 55-56; Hayashi, N., Contextualizing Military Necessity, *Emory International Law Review*, sv. 27, br. 1, 2013., str. 192-195 *et seq*; Hayashi, N., Military Necessity as Normative Indifference, *Georgetown Journal of International Law*, sv. 44., 2013., str. 679-680.

²⁴ *cit.* Hartmann prema Bryant, *ibid.*, str. 122. Hartmann ne negira samo učinak običajnih nego i ugovornih pravila ratnog prava, čime vojna potreba u potpunosti relativizira cjelokupan *corpus* ratnog prava. U obrazloženju presude predmeta *Reichsgericht (in Strafsachen)* njemački sud navodi kako se *Staaträson* (i njegova *in bello* manifestacija *Kriegsraison*) priznaje kao „*potvrđeno načelo međunarodnog prava (sic)...gdje je pravo na opstanak države nadmoćnije svim obvezama iz (međunarodnih) ugovora te u nuždi država može odstupiti i otići preko (ograničenja iz) pravila Haških konvencija*“. *cit.* i detaljan osvrt u Verzijl, *op. cit.* (bilj. 10), str. 21-22. Vidi i Venturini, G., Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law, *Netherlands Yearbook of International Law*, sv. 41, 2010., str. 48, 51-52.

smatralo da ovi čini moraju biti vojno opravdani. Lieber tako pokušava ovo načelo dodatno suziti razlikovanjem opravdanih čina od onih koje kao nepotrebne ili krajnje nehumane treba i u ratu odbaciti, pri čemu njihova protupravnost nije isključena.²⁵ Pravnim načelima i pravilima se stoga teži iz oružanog sukoba odstraniti osobe koje u njemu nemaju pravo sudjelovati, pa dok se s jedne strane izdvaja civilno stanovništvo, ujedno se postavljaju kriteriji koje pojedinac mora kumulativno zadovoljiti da bi ga se u slučaju zarobljavanja na bojištu moglo smatrati ratnim zarobljenikom. Status ratnog zarobljenika posljedica je vojničke privilegije koja nosi određena prava priznata zarobljeniku recipročno namećući dužnosti državi u čijoj se vlasti zarobljenik nalazi. Složenost razlikovanja tko ima pravo sudjelovati u međunarodnom oružanom sukobu biva osvjedočena 1866. godine u Austrijsko-pruskom ratu, kada pruski vojnici bivaju metama francuskih civila koji u pozadini ratuju kao oštrostrijelci (snajperisti), a slične dvojbe se javljaju i u Francusko-pruskom ratu 1870.-1871. godine, u kojem se Francuzi oslanjaju na pokretne diverzantske jedinice namijenjene djelovanju u neprijateljskoj pozadini uz izbjegavanje izravnog sukoba s neprijateljem.²⁶

²⁵ Opća naredba br. 100 definira vojnu potrebu „*kako je razumiju civilizirane države i to kao nužne mjere koje su nezamjenjive u ostvarenju ratnih ciljeva i koje su zakonite prema suvremenom pravu i običajima rata*“, koju potom detaljizira dopuštenjem „*svakog izravnog uništenja života i tijela naoružanog protivnika te drugih osoba čije je stradavanje posljedično neizbježno u oružanom sukobu*“. cit. članci 14 i 15 Naredbe 100 iz 1863. godine, u Schindler, Toman, *op. cit.* (bilj. 14), str. 6. Vidi i razradu vojne potrebe u ostatku članka 15, ali i nepotrebnog ratnog nasilja u člancima 16, 36 i 44, na str. 6, 8-10 te Giladi, R., Francis Lieber on Public War, *Goettingen Journal of International Law*, br. 4, 2012, str. 459-461.

²⁶ Vidi Gillespie, *op. cit.* (bilj. 14), str. 63-64. Prusi kažnjavaju smrću sve koji budu zatečeni s oružjem, da bi potom počeli zahtijevati od pripadnika takvih francuskih jedinica (tzv. *franc-tireurs*) pojedinačne dozvole od njihove vlade kojom je odnosni pojedinac ovlašten ratovati kao gerilac u njemačkoj pozadini. Mogućnost njihovog razlikovanja od civila ostaje temeljna pretpostavka pri odlučivanju imaju li pravo na status ratnog zarobljenika. Na pruske prigovore o korištenju ovakvih neregularnih jedinica Francuzi odgovaraju kako samo slijede prusku praksu protiv Napoleona I., na što će Bismarck ustvrditi: „*Točno, pa i dan-danas vidimo stabla s kojih su visjeli*“. cit. Bismarck, *ibid.* Sličnu praksu slijede i SAD na Filipinima (1899.-1902. godine), dok Velika Britanija razvija koncentracione kampove kao odgovor na gerilske napade u Burskim ratovima (1881. i 1899.-1902. godine).

Očito po uzoru na rješenja prihvaćena u Briselskoj deklaraciji iz 1874. godine, a koja uvažavaju raniju ratnu praksu, Druga haaška konvencija iz 1899., a potom i Četvrta haaška konvencija iz 1907. godine odmah kao kumulativne pretpostavke priznanja vojne povlastice priznaju onim pojedincima koji pripadaju vojsci, miliciji i dobrovoljačkim odredima kojima zapovijeda osoba odgovorna za svoje podređene, koji posjeduju određeni i na daljinu prepoznatljiv znak raspoznavanja te otvoreno nose oružje, a svoje ratne operacije izvode u skladu s ratnim zakonima i običajima.²⁷ Također, za razliku od Briselske deklaracije koja upravo unošenje pučkog ustanka u svoj tekst plaća izostankom ratifikacija, Četvrta haaška konvencija ovu ostavštinu Francuske revolucije u vidu stanovništva neokupiranog područja koje se prigodom približavanja neprijatelja spontano lati oružja, no koje se u nedostatku vremena nije uspjelo organizirati sukladno svim traženim pretpostavkama, priznaje sudionike pučkog ustanka kao vojnike ukoliko oni otvoreno nose oružje te poštuju ratne zakone i običaje.²⁸ Uostalom, Briselska

²⁷ Vidi članak 1 Pravilnika o zakonima i običajima rata na kopnu uz Četvrtu haašku konvenciju iz 1907. godine, u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 9. Vidi i članak 9 Briselske deklaracije iz 1874. godine, u Schindler, Toman, *op. cit.* (bilj. 14), str. 28; članak 1 Dodatka Drugoj haaškoj konvenciji iz 1899. godine, Friedman, *op. cit.* (bilj. 21), str. 224-225. Oxfordski priručnik među uvjetima spominje i „*unošenje* (vojne) *odore ili pričvršćen simbol razlikovanja uočljiv s udaljenosti*“, dok se potreba poštivanja običaja ratovanja naglašava u zasebnom članku. *cit.* članak 2 Oxfordskog priručnika iz 1880. godine, vidi i članak 3, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 37. Pitanje priznanja ratničke povlastice različitim kategorija skupina osoba koje sudjeluju u oružanim sukobima bit će jedno od najspornijih tema ovog razdoblja, da bi tek Ženevske konvencije iz 1949. godine i Dopunski protokoli iz 1977. godine otklonili mnoge prisutne nedoumice.

²⁸ Vidi članak 2 Pravilnika Četvrte haaške konvencije iz 1907. godine, u Galli, Bakotić, *ibid.*, str. 9; članak 10, 19-22 Briselske deklaracije iz 1874. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 28-30 te članke 2, 30 i 31 Dodatka Drugoj haaškoj konvenciji iz 1899. godine, *ibid.*, str. 245, 230. Od pučkih se ustanika zahtijeva samo poštivanje ratnih zakona i običaja, no zato se od pučkog ustanka razlikuje ustanak na području koje je već u potpunosti pod vojnom okupacijom neprijatelja, kao i špijuniranje u neprijateljskoj pozadini. Države ugovornice i dalje mogu dizati pobune i špijunirati u neprijateljskoj pozadini, samo što sudionici ne polažu pravo na status ratnog zarobljenika u slučaju zarobljavanja. Određeno pojašnjenje donosi članak 29 Dodatka Drugoj haaškoj konvenciji iz 1899. godine prema kojem neprerušeni vojnici koji na bojištu prikupljaju podatke ne smatraju špijunima, što će potvrditi i Druga mirovna haaška konferencija. Vidi Gillespie, *op. cit.* (bilj. 14), str. 64.

deklaracija, a potom i Haaške konvencije izrijekom priznaju kako se oružane snage mogu sastojati od boraca i neboraca, pri čemu osobe koje pripadaju objema skupinama treba tretirati kao ratne zarobljenike u slučaju zarobljavanja. Status ratnog zarobljenika priznaje se tako i pojedincima koji prate vojsku, iako joj ne pripadaju neposredno, poput novinskih dopisnika i izvjestitelja, kantinera i dobavljača.²⁹ Svi ostali, uz imperativni uvjet pasivnosti, potpadaju pod civilno stanovništvo koje uživa imunitet od učinaka vođenja oružanih sukoba osim u iznimnim slučajevima kada ratno pravo dopušta širenje ovog učinka i na civile.

3. PITANJE NEUTRALIZACIJE MEDICINSKOG OSOBLJA I OBJEKATA

Kao jedna od silnica kodifikacije izdvaja se Ženevska konvencija iz 1864. godine, prvenstveno izdizanjem načela humanosti i njegovom inkorporacijom u humanitarno pravo.³⁰ Konvencijom ne samo da se ugovornice obvezuju na nepovredivost liječničkog osoblja i pripadajućih im objekata, nego je zabranjena i diskriminacija prema državnoj pripadnosti (uniformi) prilikom pružanja liječničke pomoći potrebitima.³¹ Na tragu rješenja Opće naredbe br. 100, napokon se štiti liječničko i drugo osoblje posvećeno skrbi o „*ranjenim i bolesnim borcima neovisno kojoj državi pripadaju*“ te se stoga imaju smatrati neutralnim u oružanom sukobu, pri čemu ova neutralnost podrazumijeva ne samo imunitet od napada, nego i imunitet od zarobljavanja odnosno držanja u zarobljeništvu kao ratnih zarobljenika.³² Drugim riječima, polazi se od zaštite svih ranjenika kao moralnog (a

²⁹ Vidi članke 50 i 53 Opće naredbe 100 iz 1863. godine te članke 11 i 34 Briselske deklaracije iz 1874. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 11, 29, 31; članke 3 i 13 Četvrte haaške konvencije iz 1907. godine, u Galli, Bakotić, *ibid.*, str. 9. *cf.* članke 10-18, 21-22 Oxfordskog priručnika iz 1880. godine u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 39-40. Iako se materija Ženevske i kasnije Haaške konvencije u ovom elementu dodiruje te su obje usmjerene na humanizaciju ratovanja, primjetna je njihova sadržajna različitost.

³⁰ Draper upozorava kako se načelo humanosti javlja dosta kasno te je sekularnog porijekla. Draper, *op. cit.* (bilj. 24), str. 6.

³¹ Vidi uvodne napomene i članke 1-2, 4-7 Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnika ranjenih u ratu iz 1864. godine. Navedena načela odražava i nešto ranija Rezolucija sa Ženevske konferencije iz 1863. godine. Izvori dostupni na mrežnoj stranici <https://ihl-databases.icrc.org/> [pristup: 13. kolovoza 2022.]. Treba imati na umu da raniji instrumenti (Pariška pomorska deklaracija i Peterburška deklaracija) ne obuhvaćaju zaštitu medicinskog osoblja.

³² *cit.* članak 6 Ženevske konvencije iz 1864. godine, vidi i članke 2 i 3, *ibid.*

sada i pravnog) imperativa kojeg nalaže humanost, jer je svaka država ugovornica dužna kao zaraćena strana omogućiti ranjenicima liječničku skrb neovisno o njihovoj pripadnosti. Kako bi se omogućilo ispunjenje ove obveze jamči se nepovredivost (neutralnost) svog medicinskog osoblja, kao i svih ustanova u kojima oni pružaju skrb ranjenima i bolesnima.³³ Konačno, uvažavajući ratnu zbilju 19. stoljeća, predviđena je zaštita svih osoba (stanovnika države u kojoj se odvijaju ratne operacije) koje pomažu ranjenima, pri čemu zaštitu uživaju i njihove kuće ukoliko se u njima nalaze ranjenici kojima se ukazuje pomoć.³⁴ Zaštita dakle obuhvaća stanovništvo koje se humano odazvalo pozivu zapovjednika zaraćenih strana da nakon bitke pomognu ranjenicima, kao i svećenika koji pružaju duhovne usluge vojnicima, pri čemu su određeno širenje zaštite na dodatne osobe predviđali neratificirani Dodatni članci iz 1868. godine na Ženevsku konvenciju iz 1864. godine.³⁵ Kako bi se umanjila mogućnost pogrešne identifikacije, imunitet bolnicama, ambulantom (zastave) i medicinskom osoblju (traka oko ruke) Ženevska konvencija jamči isticanje uočljivih obilježja Crvenog Križa.³⁶ Ne samo da medicinsko osoblje u bolnicama i ambulantom može napustiti područje kojim je ovladao neprijatelj i ponovo se priključiti vojsci kojoj pripadaju, nego je predviđena i određena zaštita medicinskih potreština koje neprijateljska vojska

³³ Vidi članke 1 i 2 Ženevske konvencije iz 1864. godine, *ibid.* Postalo je jasno kako potreba praktične primjene na bojnopolju nalaže jasnoću odredbi s obzirom da su dotad postojeći propisi, kao i brojna djela teorijske prirode tek parcijalno uređivala materiju, pri čemu su potonja uz iznimku ponekog časnika bila u potpunosti nepoznata vojnicima.

³⁴ Članak 5 Ženevske konvencije iz 1864. godine, *ibid.* cf. članak 5 Ženevske konvencije iz 1906. godine, izvor dostupan na mrežnoj stranici <https://ihl-databases.icrc.org/> [pristup: 14. kolovoza 2022.]. Konvencija iz 1906. godine gradi na načelima i pravilima iz 1864. godine, no primjetna je sadržajna detaljizacija pravila.

³⁵ Misao o zaštiti ambulanti, vojnih bolnica te medicinskog i drugog osoblja temeljila se na u preporuci b u Rezoluciji sa Ženevske međunarodne konferencije iz 1863. godine. Vidi Dodatni članci iz 1868. godine na Ženevsku konvenciju iz 1864. godine, izvor dostupan na mrežnoj stranici <https://ihl-databases.icrc.org/-applic/ihl/ihl.nsf/> [pristup: 28. srpnja 2022.]; Gillespie, *op. cit.* (bilj. 14), str. 160-161.

³⁶ Članak 7. Ženevske konvencije iz 1864. godine, *op. cit.* (bilj. 31). Ženevska konvencija iz 1906. godine će ovo pitanje detaljizirati, vidi članke 18-23, *op. cit.* (bilj. 34).

zatekne u ambulancama.³⁷ Na ovom tragu će Ženevska konvencija iz 1906. godine još jasnije odrediti imunitet medicinskog osoblja ali i da pravo na medicinsku skrb neovisno o pripadnosti svoje uniforme uživaju svi časnici, vojnici i druge osobe službeno pridružene vojskama, ukoliko su ranjene ili bolesne, no ujedno predviđajući mogućnost („*u mjeri u kojoj to vojne okolnosti dozvoljavaju*“) da oružane snage u povlačenju ostave dio svog liječničkog osoblja kako bi pružili potrebnu skrb ranjenicima.³⁸ Ipak, ovo vrijeme bilježi primjere ubijanja liječnika i medicinskog osoblja, pa primjerice u Meksičkom građanskom ratu (1857.-1860. godine) čak niti činjenica da su pristigli u pomoć ranjenim neprijateljskim vojnicima nije dovoljan razlog za njihovu poštedu, dok Napoleon III. zarobljava, a potom i oslobađa 40 austrijskih liječnika kako bi se pobrinuli za ranjenike na austrijskoj strani.³⁹

Nesporno je da pravila humanitarnog prava, koja počivaju na načelima distinkcije i proporcionalnosti, i prije Haaških konvencija 1899. i 1907. godine, jasno zabranjuju napade na civilno stanovništvo i njihovu imovinu, no potrebno je istaknuti da ratno pravo u određenim okolnostima priznaje zahtjev načela vojne potrebe kojim se dopušta napad na civile i objekte koji uživaju često i posebnu zaštitu poput bolnica, crkvi ili spomenike kulture, čime se u potrebnoj mjeri zanemaruju zahtjevi drugih načela ratnog prava.⁴⁰ Kako bi ih se sačuvalo od djelovanja neprijateljskog topništva, već Opća naredba br. 100 potvrđuje “običajnu zaštitu” bolnica (i objekata namjenjenih znanosti, umjetnosti i sl.)

³⁷ Članci 3 i 4 Ženevske konvencije iz 1864., *ibid.* cf. članke 14, 15 i 16 Ženevske konvencije iz 1906. godine, *ibid.*

³⁸ Vidi članke 1 i 9 Ženevske konvencije iz 1906. godine, *ibid.* Iako ranjenici dospjeviši pod vlast neprijateljske vojske postaju ratni zarobljenici, Konvencija u članku 2 izriječno otvara mogućnost njihove razmjene nakon bitke ili pak jednostranog otpusta iz zarobljeništva i povratka u njihovu vlastitu ili uz određene uvjete, neutralnu državu. Također, štite se naponi humanitarnih udruženja te neutralnih država u pružanju potrebne pomoći.

³⁹ Gillespie, *op. cit.* (bilj. 14), str. 155. Doduše, Napoleonovi razlozi za ovaj humani čin nemaju pretjerane veze sa samom humanošću. Posebno je upečatljiv kasniji primjer liječnika Allarda kojeg pobunjeni Parižani u vrijeme Pariške komune 1871. godine unatoč jamstvu poštivanja imuniteta zarobljavaju te ga izvode pred streljački vod. Allard je pogubljen s propisno omotanom trakom Crvenog Križa oko ruke. *ibid.*, str. 162-163.

⁴⁰ Kennedy, D., *Of War and Law*, Princeton University Press, Princeton, 2006., str. 124.

označavanjem (u pravilu žutim) zastavama, pa se tako štite „*klasična djela umjetnosti, knjižnice, znanstvene zbirke ili dragocjeni instrumenti poput astronomskih teleskopa, kao i bolnice*“, što se dodatno osnažuje zahtjevom da se oni štite od „*svake povrede koja se može izbjeći, čak i kad se nalaze u utvrđenim mjestima u vrijeme opsade ili bombardiranja*“.⁴¹ Ujedno, potvrđuje se pravo pobjedničke vojske da uz određena ograničenja „*prisvoji sav državni novac i pokretnu imovinu do odluke svoje vlade*“, no od ovog općeg pravila izuzeta je imovina koja pripada „*crkvama, bolnicama i drugim ustanovama isključivo karitativne svrhe, obrazovnim ustanovama ili zakladama koje promiču znanje, bilo javne škole, fakulteti, akademije ili opservatoriji, muzeji posvećeni umjetnosti ili znanosti – navedena imovina se ne smatra javnom imovinom*“.⁴² Također, Ovdje počiva *ratio* članka 115 koji uobličava običajno prihvaćenu praksu označavanja „*zastavama (u pravilu žutim) bolnica u mjestima koja se bombardiraju, kako bi neprijatelj koji opsjeda mogao izbjeći napade na njih*“, a na isti način su se mogle zaštititi i improvizirane bolnice na bojnopolju, dok „*časne zaraćene strane*“ i same traže od neprijatelja da na svom teritoriju propisno označi bolnice kako bi se izuzele od učinka vođenja neprijateljstava u mjeri u kojoj to vojna potreba dozvoljava.⁴³

Na ovom tragu, već Briselska deklaracija iz 1874. godine nalaže zapovjednicima dužnost poduzimanja „*svih potrebnih mjera da se poštede, u najvećoj mogućoj mjeri,*

⁴¹ *cit.* članak 35 Opće naredbe br. 100 iz 1863. godine, u Schindler, Toman, *op. cit.* (bilj. 14), str. 8, vidi i članke 115, 116 i 117 na str. 16. Primjeri iz Američkog građanskog rata poput uništenja gradova Randolpha, Chambersburga, Charlestonea ili Richmonda potvrđuju zaostajanje ratne prakse za zaštitnim normama Opće naredbe br. 100. Vidi detaljnije u Gillespie, A., *A History of the Laws of War, volume 2: The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Hart Publishing, Portland, 2011., str. 244.

⁴² *cit.* članak 31 Opće naredbe br. 100 iz 1863. godine, u Schindler, Toman, *op. cit.* (bilj. 14), str. 8, vidi i članak 34 na istoj stranici te osvrst u Forrest, C., J., S., *The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property, California Western International Law Journal*, sv. 37, br. 2, 2006., str. 182-186.

⁴³ *cit.* članak 115 Opće naredbe br. 100 iz 1863. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 18, vidi i članak 116 *ibid.*; Garner, *op. cit.* (bilj. 20), str. 35.

*građevine posvećene umjetnosti, znanosti, humanitarnim svrbama, bolnice i mjesta gdje se dovode bolesni i ranjeni, pod uvjetom da se ne koriste u vojne svrhe*⁴⁴, pri čemu se potvrđuje i dužnost branitelja utvrđenog mjesta koje se nalazi pod opsadom da označe ovakva zdanja „*uočljivim i vidljivim znakovima o kojima će se prethodno obavijestiti neprijatelj*“.⁴⁴ Prateći ranije uzore, poglavito Ženevsku konvenciju iz 1864. godine, U Oxfordskom se priručniku nalaže zaštita ambulanti i bolnica koje treba smatrati neutralnima te ih štititi od učinaka neprijateljstava „*sve dok se skrbe o ranjenicima i bolesnicima*“, uz dužnost svake takve ustanove da uz zastavu vlastite države istakne i zastavu Crvenog Križa, pri čemu zloupotreba imuniteta vodi ka njegovoj uskrati.⁴⁵ Zaštita prestaje ukoliko su u ovim zdanjima stacionirane vojne snage, dok uništenje imovine općina odnosno zdanja namijenjenih „*religiji, karitativnim svrbama, prosvjeti, umjetnosti i znanosti*“, kao i „*povijesnih spomenika, arhiva, umjetničkih i znanstvenih djela*“ može opravdati samo vojna potreba.⁴⁶ Ipak, primjetan je utjecaj formulacija Opće naredbe s obzirom da se pri bombardiranju nalaže poduzimanje „*svih nužnih mjera kako bi se sačuvala, koliko je to moguće, sve građevine posvećene religiji, umjetnosti, znanosti i karitativnim svrbama, bolnice i mjesta gdje se skupljaju bolesni i ranjeni, pod uvjetom da se u tom trenutku ne koriste, izravno ili neizravno za obranu*“.⁴⁷

Na ovim temeljima Haaške konvencije, uz dužni korektiv u vidu vojne potrebe kao imperativnog zahtjeva da se navedeni objekti ne koriste u vojne svrhe, prihvaćaju načelo proporcionalnosti izraženo u pravilima kojima se štite bolnice i drugi

⁴⁴ *cit.* članak 17 Briselske deklaracije iz 1874. godine u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 29. U članku 35 se izrijekom potvrđuje dužnost zaraćenih strana da glede bolesnih i ranjenih poštuju obveze koje struje iz Ženevske konvencije iz 1864. g., *ibid.*, str. 26. Vidi i O’Keefe, R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006., str. 18-22.

⁴⁵ Vidi članak 35 Oxfordskog priručnika 1880. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 42 te članke 1 i 7 Ženevske konvencije iz 1864. godine, *op. cit.* (bilj. 31); Garner, *op. cit.* (bilj. 20), str. 35. U pogledu bolesnih i ranjenih, Oxfordski se priručnik u člancima 10-18 izravno oslanja na Ženevsku konvenciju, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 32-33.

⁴⁶ *cit.* članak 53 Oxfordskog priručnika 1880. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 44, vidi i članak 37 na str. 42.

⁴⁷ *cit.* članak 34 Oxfordskog priručnika 1880. godine, u Schindler, Toman, *ibid.*, str. 41. Branitelji su također dužni unaprijed vizualno ukazati napadaču na postojanje objekata koji su obučeni zaštitnom normom.

prethodno razmatrani objekti. Ipak, iskustva Američkog građanskog rata i kasniji primjeri poput španjolskog topničkog napada na grad Valparaiso 1866. godine u kojem stradavaju privatne kuće, bolnice i crkve, ali i slična sudbina gradova Ria de Janeiro i obližnjeg Niteróia u vrijeme revolucije 1893. godine, ukazuju na nepoštivanje zaštitnih normi u ratnoj praksi, tim više što su često u pitanju i povrede običajnog ratnog prava.⁴⁸ Slično, pri opsadi Pariza 1871. godine u Francusko-pruskom ratu, početna pažnja pruskog topništva usmjerena je na izbjegavanje napada na civilne četvrti, no kako bi se slomio moral branitelja, ubrzo počinju ciljani napadi na civilne objekte i gradske četvrti. Iako je europska javnost početno bila priklonjena Prusiji smatrajući je sigurnim gubitnikom u ratu protiv moćnog Francuskog Carstva, upravo će topnički napadi na pariške bolnice (posebno Pitié-Salpêtrière) unatoč jasno istaknutom crvenom križu na krovovima promijeniti simpatije europske javnosti.⁴⁹

4. ZAKLJUČAK

Politički ciljevi su i u prošlosti često određivali ratne ciljeve, no oni u 19. stoljeću nisu bili neograničeni, jer ne samo da se propitivalo u kojoj je mjeri rat podesan za ostvarenje kakvog političkog cilja neke države, nego i u kojoj je mjeri samo postupanje u ratu potrebno ili primjereno za ostvarenje tog cilja. Kako je neuvažavanje načela distinkcije osnova svakog totalnog rata, tek se usvajanjem ovog načela (neovisno o razlogu) otvara put ka propitivanju pravednosti postupanja *in bello* kroz relativizaciju opravdanosti usmrćenja pojedinih kategorija osoba, rušenja određenih objekata ili upotreba pojedinih načina i sredstava ratovanja.⁵⁰ Težnja humanizacije pravila ratnog prava inverzijom načela vojne potrebe („*ne više od potrebno*“), dijelom je i odgovor na početno znatno široku formulaciju ovog načela koje je operacionalizaciju zaštitnih normi ratnog prava povjeravalo zapovjednicima na terenu, a koji su pri tome sve osim apsolutnih zabrana mogu relativizirati „ratnim okolnostima“, na dijelom svijesti da je načelo

⁴⁸ Gillespie, *op. cit.* (bilj. 42), str. 16.

⁴⁹ Gillespie, *ibid.*, str. 16, 244-245; Garner, *op. cit.* (bilj. 20), str. 36.

⁵⁰ Garner, *ibid.*, str. 2.

brana daljnjoj humanizaciji postupanja *in bello*.⁵¹ Ograničavanje vojne potrebe u Peterburškoj deklaraciji revno slijedi i Briselska deklaracija svojim odbacivanjem neograničenosti prava nanošenja povreda neprijatelju, što će u Haaškim konvencijama biti dodatno osnaženo (i ne samo) Martensovom klauzulom, posebno ukoliko je u pitanju kakva pravna praznina na koju običajne norme ne daju (cjelovit) odgovor, pa jedino zbiljsko ograničenje čine tek rijetki običajno prihvaćeni neporecivi zahtjevi humanosti koji se ne mogu derogirati.⁵²

Za razliku od nestalne ratne prakse ranijih stoljeća, skrb o ranjenima i bolesnima koji se nalaze izvan stroja biva Ženevskom konvencijom iz 1864. godine nesporno potvrđena kao dio međunarodnog prava oružanih sukoba. Thürer ispravno uočava kako je “*Konvencija ujedno bila izraz europske tradicije prirodnog prava koje se počelo javljati u 16. stoljeću, unutar koje su pravni stručnjaci nastojali nadvladati pojedinačnost zakona i prakse te ih zamijeniti s univerzalno prihvatljivim načelima.*”⁵³ Naime, kako moralni imperativ koji izvire iz humanosti nalaže pomoć i skrb svim ranjenima i bolesnima neovisno o uniformi, ugovorno rješenje uvažava činjenicu da medicinsko osoblje pripada (ne samo strukturno i zapovjedno) oružanim snagama svoje države, no koje nije moguće u potpunosti izjednačiti s vojnicima koji izravno sudjeluju u neprijateljstvima. Upravo će njihova neutralizacija otvoriti put da ovako stečeni imunitet opstane u ratnoj zbilji, pa nakon neuspjeha Briselske konvencije iz 1874. godine, potrebu zaštite osoba koje njeguju ranjene i bolesne od učinaka vođenja oružanih sukoba uvažit će te proširiti kasnije Ženevske konvencije iz 1906., 1929. i 1949. godine. Stoga, iako će

⁵¹ Ipak, praksa svjetskih ratova ukazat će na znatnu slobodu zapovjednika u određivanju kada točno i u kojoj mjeri vojna potreba nalaže kakvo razaranje, potičući tako potrebu jasnijeg definiranja granica vojne potrebe na taktičkoj i operativnoj razini pri vođenju oružanog sukoba.

⁵² Vidi Preambulu Četvrte haaške konvencije iz 1907. godine, u Galli, Bakotić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 6. Martensova klauzula otvara put ka postavljanju (minimalnih) standarda zaštite u oružanim sukobima, kao međunarodnim tako i nemeđunarodnim te je u ponešto suvremenijoj formulaciji nalazimo i u Dopunskim protokolima iz 1977. godine na Ženevske konvencije iz 1949. godine. Vidi i Moir, L., *Crimes against Humanity in Historical Perspective, New Zealand Yearbook of International Law*, sv. 3, 2006., str. 126-128; Kinsella, H., M., *The Image before Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Cornell University Press, Ithaca, London, 2011., str. 26-27; Solis, *op. cit.* (bilj. 12), str. 273.

⁵³ *cit.* Thürer prema Solis, *ibid.*, str. 48.

M. Marelja

ZAŠTITA MEDICINSKOG OSOBLJA OD UČINAKA NEPRIJATELJSTAVA U ORUŽANIM SUKOBIMA:
UZDIZANJE NAČELA HUMANOSTI U PRVOJ ETAPI KODIFIKACIJE MEĐUNARODNOG PRAVA
ORUŽANIH SUKOBA

rigor belli biti znatno više izražen u oružanim sukobima 20. stoljeća u odnosu na tri stoljeća su mu prethodila, začetak pretakanja običajnih u ugovorne norme međunarodnog prava oružanih sukoba nesporno će potvrditi inkorporaciju načela humanosti kao odraza ideja svoga vremena, no još bitnije, kao jasnu sadržajnu odrednicu postupanja zaraćenih država u oružanim sukobima.

7. Međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo – komplementarnost dvaju pravnih režima u vrijeme oružanih sukoba

RUTVICA RUSAN NOVOKMET*

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 341.232

SAŽETAK U ovom radu autorica polazi od teze da međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo za razliku od tradicionalnog shvaćanja nisu u potpunosti odvojeni i različiti pravni režimi koji se primjenjuju isključivo u vrijeme mira, odnosno u vrijeme oružanih sukoba. Slijedom toga, istražuje se na koji način međunarodni sudovi, određeni organi Ujedinjenih naroda i teoretičari suvremenog međunarodnoga prava potvrđuju da su u vrijeme oružanih sukoba oba pravna režima primjenjiva i međusobno nadopunjujuća. U radu se analiziraju relevantna pravna pravila koja određuju polje primjene i adresate pravnih obveza zaštite ljudskih prava, s jedne strane, odnosno međunarodnog humanitarnog prava, s druge. Istražujući pretpostavke za istodobnu primjenu obaju pravnih režima autorica ocjenjuje učinke i potencijalna ograničenja njihove primjene, osobito u kontekstu primjene jednog od temeljnih načela međunarodnog humanitarnog prava, a to je načelo distinkcije između civila i boraca koje međunarodnopravna zaštita ljudskih prava ne poznaje. U konačnici se zaključuje da je, s obzirom da oba pravna režima dijele zajedničku svrhu, a to je zaštita dostojanstva svake ljudske osobe i temeljnih zahtjeva čovječnosti, njihova suština jednaka. Štoviše, upravo je njihova komplementarna i međusobno nadopunjujuća primjena nužna radi postizanja što je moguće učinkovitije zaštite čovjeka u iznimnim okolnostima oružanih sukoba.

KLJUČNE RIJEČI međunarodnopravna zaštita ljudskih prava, međunarodno humanitarno pravo, oružani sukob, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata, Dopunski protokoli uz Ženevske konvencije

* **Dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet**, docentica na Katedri za međunarodno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: rutvica.rusan@pravo.hr

1. UVOD

Međunarodno pravo je, jednako kao i druge grane prava, podložno kontinuiranom razvoju sukladno promjenama u društvu koje diktiraju subjekti međunarodnoga prava i drugi akteri međunarodnih odnosa. Tako su, primjerice, promjene kojima svjedočimo posljednjih nekoliko desetljeća u području međunarodnog humanitarnog prava, a koje su vidljive u sudskoj praksi, odlukama različitih međunarodnih i regionalnih tijela i u stajalištima međunarodnih pravnih stručnjaka, rezultat pojave novih, sve raznovrsnijih aktera koji sudjeluju u oružanim sukobima, kao i novih oblika i načina vođenja neprijateljstava. U tom kontekstu, rasprave o doseg i (ne)učinkovitosti pravne zaštite koju pruža međunarodnopravni okvir humanitarnog prava u odnosu na zaštićene osobe u oružanim sukobima sve se češće vode u kontekstu odnosa tog pravnog režima i onoga koji pruža međunarodnopravni okvir zaštite ljudskih prava, ukazujući na njihovu istodobnu i komplementarnu primjenu u vrijeme oružanih sukoba.

Tradicionalno su, naime, ta dva pravna režima bila promatrana kao potpuno odvojeni pravni sustavi, s različitim izvorima nastanka, različitim adresatima prava i obveza, različitim teritorijalnim i vremenskim opsegom primjene, te različitom svrhom.¹ Međunarodno pravo oružanih sukoba se kao ratno pravo stoljećima razvijalo putem međunarodnih pravnih običaja, a od 19. stoljeća počinje njegova kodifikacija putem međunarodnih ugovora. Taj pravni režim je u početku sadržavao pravila čija je svrha bila regulirati i ograničiti ponašanje zaraćenih stranaka u vrijeme oružanog sukoba, poglavito glede upotrebe određenih vrsta oružja i metoda ratovanja, uvažavajući pritom načela vojne potrebe i postizanja legitimnih vojnih ciljeva.² No, nakon zločina počinjenih u Drugom svjetskom

¹ Potvrđujući da dva pravna režima ne dijele isto ishodište nastanka i da su njihovi adresati različiti, Antonopoulos objašnjava da je do procesa njihove sinergije došlo u drugoj polovini 20. stoljeća u okviru Ujedinjenih naroda kad se sve više počelo raspravljati o povezanosti tih dvaju pravnih režima, osobito u kontekstu procesa dekolonizacije, prava naroda na samoodređenje i proširivanja pojma međunarodnog oružanog sukoba i na oslobodilačku borbu. Antonopoulos, C., Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights, *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 63, br. 2, 2010., str. 599-601.

² Andrassy, J.; Bakotić, B.; Seršić, M.; Vukas, B.; *Međunarodno pravo*, Vol. 3, Školska knjiga, Zagreb, 2006., str. 125-127. Budući da su se praktički oduvijek vodile oružane borbe i ratovi, pravila i

ratu, teških kršenja zakona i običaja rata, kao i teških povreda ljudskih prava međunarodno pravo oružanih sukoba (međunarodno humanitarno pravo) mijenja svoj fokus prema zaštiti čovjeka, odnosno pružanju maksimalne pravne zaštite određenim kategorijama osoba koje su zahvaćene oružanim sukobom i minimiziranju štetnih posljedica ratovanja.³

S druge strane, zaštita ljudskih prava svoj sveobuhvatni razvoj započinje u okviru Ujedinjenih naroda usvajanjem Opće deklaracije o pravima čovjeka 1948. godine,⁴ a pravnoobvezujući pravni okvir dobiva usvajanjem međunarodnih ugovora, počevši s Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, odnosno Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima,⁵ kao i brojim drugim međunarodnim ugovorima koji štite određena ljudska prava, ili se, pak, odnose na određenu skupinu ljudi ili zabranjuju određeno ponašanje.⁶ Svrha međunarodnopravne zaštite ljudskih prava je obvezati državu na određeno ponašanje kako bi svaki pojedinac koji se nalazi na njezinom teritoriju ili pod njezinom jurisdikcijom, bez razlikovanja s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, rođenje ili neki drugi status, mogao uživati ljudska prava koja su inherentna svakom pojedincu.⁷

ograničenja ratovanja počela su se razvijati vrlo rano u ljudskoj povijesti i svaka stranka u ratu je imala legitimna očekivanja da ih i druga zaraćena stranke poštuje. Običajnopravna pravila *jus in bello* su se, tako, razvijala kroz stotine godina i imala su značajan utjecaj na kodifikaciju ratnog prava u 19. stoljeću. Vidi *ibid.*, str. 124-125.

³ *Ibid.*, str. 128-130.

⁴ Rezolucija Opće skupštine UN-a, UN Doc. A/RES/217 (III), 10. prosinca 1948. Za razliku od dva međunarodna pakta usvojena 1966. godine Opća deklaracija nije pravnoobvezujući dokument, ali predstavlja temelj za pravno uređenje i zaštitu ljudskih prava u svim kasnijim međunarodnim ugovorima usvojenim pod okriljem UN-a.

⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966., UNTS, Vol. 999, 1983.; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966., UNTS, Vol. 993, 1983.

⁶ Za primjere vidi *infra*, uz bilj. br. 15-21.

⁷ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, United Nations, New York, Ženeva, 2011., str. 14.

Analizirajući pravni okvir međunarodnopravne zaštite ljudskih prava odnosno međunarodnog humanitarnog prava u sljedećim ćemo poglavljima objasniti polje primjene obaju pravnih sustava, identificirati nositelje prava odnosno glavne adresate obveza iz oba pravna režima, te ukazati na određena ograničenja njihove primjene u praksi. U središnjem ćemo dijelu rada, uvažavajući da oba pravna režima dijele istu svrhu, a to je zaštita ljudskog dostojanstva i temeljnih načela čovječnosti, uz primjere relevantnih pravnih pravila istražiti pretpostavke za istodobnu primjenu dvaju pravnih režima, ocijeniti učinke i potencijalne konfliktne situacije do kojih pritom može doći, osobito u kontekstu primjene jednog od najvažnijih načela međunarodnog humanitarnog prava, načela razlikovanja odnosno distinkcije, te u tom kontekstu istražiti adekvatnost primjene načela *lex specialis derogat legi generali*. Referirajući se na međunarodnu sudsku praksu, odluke i stajališta relevantnih organa UN-a i drugih međunarodnih tijela, kao i na znanstvene radove međunarodnih pravnika koji potvrđuju komplementarnost primjene pravila obaju pravnih sustava zaključujemo da je, uz uvažavanje specifičnih, otegotnih okolnosti svakog pojedinog oružanog sukoba u kojem najviše stradavaju civili, nužno usklađivati primjenu pravila međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnopravne zaštite ljudskih prava upravo radi izbjegavanja pravnih praznina koje bi dovele do lišavanja pravne zaštite svih osoba pogođenih oružanim sukobom.

2. PRAVNI OKVIR MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA

2.1. MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Iako je međunarodna zajednica i prije osnutka UN-a na određene načine nastojala regulirati određena specifična pitanja o ljudskim pravima,⁸ ishodište sustavnog i

⁸ Tako se još od Westfalskog mira 1648. raspravlja o zaštiti vjerskih manjina; države sudionice Bečkog kongresa 1815. proglašavaju trgovinu robljem povredom europskog međunarodnog prava; u to vrijeme mnoge države o istom pitanju u sklapaju dvostrane međunarodne ugovore; Berlinski kongres 1878. određuje zaštitu vjerskih manjina; pod okriljem Lige naroda također se usvajaju međunarodni ugovori koji se odnose na zaštitu pojedinih ljudskih prava. Vidi: Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, Vukas, B., *Međunarodno pravo*, Vol. 1, Školska knjiga, Zagreb, 2010., str. 364-366, 404. Ukratko o razvoju međunarodnopravne zaštite ljudskih prava vidi u: Shaw, M. N., *International Law*, 8. izd.,

kontinuiranog pravnog uređenja međunarodnopravne zaštite ljudskih prava nalazimo u Općoj deklaraciji o pravima čovjeka, usvojenoj u Općoj skupštini UN-a 1948. godine.⁹ Iako je sama Deklaracija pravno neobvezujući akt, prava i slobode svakog čovjeka proklamirane u tom dokumentu u velikom dijelu odražavaju opća pravna načela, elementarne zahtjeve čovječnosti ili su, pak, stekle običajnopravni status pa kao takve obvezuju sve države u međunarodnoj zajednici.¹⁰ Ipak, konkretne obveze država u pogledu zaštite temeljnih ljudskih prava, zajedno s mehanizmima nadzora nad njihovom provedbom, definirane su tek dvadesetak godina nakon Opće deklaracije o pravima čovjeka dvama međunarodnim ugovorima: Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (dalje u tekstu: MPGPP) i Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.¹¹ Neka od prava zajamčenih Paktovima prepoznata su kao *jus cogens* norme, odnosno apsolutno obvezatne norme od kojih nije dopušteno odstupanje.¹² Među njima svakako treba spomenuti zabranu ropstva, zabranu mučenja i drugog okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, zabranu rasne diskriminacije ili načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, koja pravila se ni u slučajevima izvanredne javne opasnosti, u što zasigurno možemo ubrojiti stanje oružanog sukoba, ne mogu ukinuti.¹³ Drugim riječima, određena ljudska prava čije poštovanje svaka država u redovnim okolnostima mora osigurati svakom pojedincu koji se nalazi na njezinom

Cambridge University Press, Cambridge, 2017., 213-215. O razdoblju zaštite ljudskih prava prije njihova sustavnog razvoja u okviru UN-a vidi: Rwelamira, M. R., Human Rights and International Humanitarian Law: The Link or Common Ground Revisited, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 3, br. 3, 1992., str. 335-338.

⁹ Vidi *supra*, uz bilj. 4.

¹⁰ Shaw, *op. cit.* (bilj. 8), str. 219-220.; Crawford, J., *Brownlie's Principles of International Law*, 8. izd., Oxford University Press, Oxford, 2012., str. 636-637.

¹¹ Vidi *supra*, uz bilj. 5.

¹² Čl. 53. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora definira apsolutno obvezatnu (imperativnu) normu kao normu općeg međunarodnog prava koju je „prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica kao normu od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmijeniti samo novom normom općeg međunarodnog prava iste prirode“, Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, 1969., UNTS, Vol. 1155, 1987.

¹³ Vidi čl. 4. st. 1. i 2. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5).

državnom području ili području pod njezinom jurisdikcijom, nisu derogabilna ni u situacijama oružanih sukoba, dok međunarodno pravo, kako ćemo vidjeti, postavlja stroge uvjete pod kojima se od zaštite određenih ljudskih prava može odstupiti.¹⁴

U okviru UN-a je uslijedilo usvajanje specijalnih međunarodnih ugovora i drugih instrumenata usmjerenih na zaštitu određenih skupina osoba, ili na pružanje posebne zaštite u određenim situacijama, ili na određene zabrane. Među najvažnijima su Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965.,¹⁵ Međunarodna konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina apartheida iz 1973.,¹⁶ Konvencija o suzbijanju svih oblika diskriminacije prema ženama iz 1979.,¹⁷ Konvencija pravima djeteta iz 1980.,¹⁸ Deklaracija o ukidanju nesnošljivosti i diskriminacije na temelju vjeroispovijesti ili uvjerenja iz 1981.,¹⁹ Konvencija o zabrani mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni iz 1984.,²⁰ Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih migracijskih radnika i članova njihovih obitelji iz 1990. godine i dr.²¹

Pravilna primjena spomenutih međunarodnih akata ponajprije ovisi o samim državama strankama, no raznolika ugovorima ustanovljena tijela (poput Odbora za prava čovjeka, Odbora za ekonomska, socijalna i kulturna prava, Odbora protiv mučenja, Odbora za prava djeteta), te tijela u krilu UN-a (poput Vijeća za prava čovjeka i Visokog povjerenika za ljudska prava) svojim odlukama nemjerljivo doprinose boljem razumijevanju, razjašnjavanju i razvoju pojedinih ugovornih i običajnih pravila o zaštiti prava čovjeka. Bez obzira na često pravno neobvezujući karakter tih odluka, kao što su primjerice, rezolucije Opće skupštine, Vijeća

¹⁴ Vidi, primjerice, čl. 10. st. 2. t. a), čl. 12. st. 3., čl. 19. st. 3., čl. 21., čl. 22. MPGPP-a, *ibid.*

¹⁵ Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, 1969., UNTS, Vol. 660, 1971.

¹⁶ Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina apartheida, 1973., UNTS, Vol. 1015, 1984.

¹⁷ Konvencija o suzbijanju svih oblika diskriminacije prema ženama, 1979., UNTS, Vol. 1249, 1990.

¹⁸ Konvencija o pravima djeteta, 1989., UNTS, Vol. 1577, 1999.

¹⁹ Rezolucija Opće skupštine UN-a, UN Doc. A/RES/36/55, 25. studenog 1981.

²⁰ Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, 1984., UNTS, Vol. 1465, 1996.

²¹ Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih migracijskih radnika i članova njihovih obitelji, 1990., UNTS, Vol. 2220, 2004.

sigurnosti (osim u slučaju odlučivanja u skladu s ovlastima po Glavi VII Povelje UN-a), vrijednost savjetodavnih mišljenja Međunarodnog suda, općih stajališta Odbora za prava čovjeka, preporuka Vijeća za prava čovjeka ili Visokog povjerenika za ljudska prava je ne samo u tumačenju relevantnih pravnih pravila, nego i u poticanju država da razvijaju mehanizme za provedbu svojih obveza u sferi zaštite ljudskih prava. U konačnici, svi ti instrumenti služe kao pomoćno sredstvo u razjašnjavanju povezanosti između međunarodnog okvira zaštite ljudskih prava i drugih pravnih područja, kao što je međunarodno humanitarno pravo.

2.2. MEĐUNARODNO HUMANITARNO PRAVO

S obzirom da je svrha suvremene pravne regulative oružanih sukoba u što je većoj mjeri humanizirati vođenje oružanih sukoba, tj. postići ravnotežu između dva suprotstavljena interesa, ostvarivanja vojne potrebe, s jedne strane, i zaštite čovjeka u oružanim sukobima, s druge,²² međunarodnopravni okvir usvojen nakon Drugoga svjetskoga rata i utjelovljen u Ženevskim konvencijama za zaštitu žrtava rata iz 1949. godine (dalje u tekstu: Ženevske konvencije), odnosno u Dopunskim protokolima uz Ženevske konvencije iz 1977. i 2005. godine naziva se međunarodno humanitarno pravo. Raniji međunarodni ugovori i drugi akti koji su vođenje rata²³ ograničavali odredbama prema kojima stranke sukoba nemaju neograničeno pravo izbora sredstava borbe i načina ratovanja, dio su tzv. haaškog prava s obzirom da su upravo na Haaškim mirovnim konferencijama 1899. i 1907. godine kodificirana brojna pravila dotadašnjeg ratnog prava.²⁴

²² Andrassy *et al.*, *op. cit.* (bilj. 2), str. 126, 128.

²³ Prije Ženevskih konvencija rat se smatrao jedinim oblikom oružanih sukoba dok su danas dvije glavne vrste oružanih sukoba međunarodni i nemeđunarodni. Međutim, često je izazovno razlikovati ta dva oblika sukoba zbog pojave sve raznolikijih oblika borbi i sudjelovanja sve različitijih aktera. To može dovesti do dvojbe o ispravnoj primjeni odgovarajućih pravila međunarodnog prava oružanih sukoba. O vrstama suvremenih oružanih sukoba vidi Haines, S., *The Nature of War and the Character of Contemporary Armed Conflict*, u: Wilmschurst, E. (ur.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012., str. 9-31.

²⁴ Više o Haaškim mirovnim konferencijama i pravnim aktima usvojenima 1899. i 1907. godine vidi Nussbaum, A., *A Concise History of the Law of Nations*, The Macmillan Company, New York, 1954., str. 227-230.

Kronološki gledano, među najvažnijim izvorima prava oružanih sukoba, kojim izrazom obuhvaćamo cjelokupno međunarodno ratno i humanitarno pravo, potrebno je spomenuti IV. Haašku konvenciju o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. godine, za čiju učinkovitu primjenu je važan Haaški pravilnik iz priloga te Konvencije.²⁵ Za zaštitu svih osoba koje na bilo koji način sudjeluju u oružanim sukobima ili su prestale sudjelovati ili, pak, imaju status civila ključna je odredba iz preambule IV. Haaške konvencije, tzv. Martensova klauzula, koja obvezuje sve stranke sukoba na poštovanje minimalnih humanitarnih pravila i standarda u svim situacijama oružanih sukoba, za cijelo vrijeme trajanja oružanih sukoba, kako prema borbama, odnosno osobama 'izvan bojnog ustroja', tako i prema civilnom stanovništvu.²⁶ Značaj te odredbe osobito dolazi do izražaja u nemeđunarodnim oružanim sukobima koji su u odnosu na međunarodne u puno manjoj mjeri regulirani međunarodnim ugovornim pravom.²⁷ Naime, njezin smisao je u tome da jamči minimum zaštite osobama koje su pogođene oružanim sukobom bez obzira na nedostatak ugovornih obveza stranaka sukoba. Međunarodna sudska praksa i teoretičari su potvrdili običajnopравни status ne samo tzv. Martensove klauzule, nego i Haaškog pravilnika uz IV. Haašku konvenciju koji detaljno razrađuje odredbe o osobama koje sudjeluju u oružanim sukobima, metodama i sredstvima ratovanja, te ograničenjima u vođenju oružanih sukoba.²⁸

²⁵ Tekst IV. Haaške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu dostupan je na mrežnoj stranici: http://lawofwar.org/hague_iv.htm [pristup: 1. rujna 2022.]. Prijevod IV. Haaške konvencije vidi u: Lapaš, D., Šošić, T. M. (ur.), *Međunarodno javno pravo – izbor dokumenata*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 751-765.

²⁶ Tzv. Martensova klauzula propisuje da u slučajevima koji nisu uređeni ugovornim pravom „stanovništvo i ratnici ostaju pod zaštitom i vladavinom načela međunarodnog prava koja proizlaze iz običaja ustanovljenih među civiliziranim narodima, iz zakona čovječnosti i iz zahtjeva javne savjesti“, Lapaš; Šošić, *ibid.*

²⁷ Za definiciju nemeđunarodnog oružanog sukoba vidi *infra*, uz bilj. 50.

²⁸ Tako, primjerice, ICTY, *Prosecutor v Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, 2. listopada 1995., para. 87.; *Prosecutor v Pavle Strugar, Miodrag Jokić and Others*, Decision on Interlocutory Appeal, Case No. IT-01-42-AR72, 22. studenog 2002., para. 227.

Korjenite promjene u pristupu reguliranju prava oružanih sukoba rezultat su tragičnih iskustava država, naroda i pojedinaca u Drugom svjetskom ratu u kojem su počinjene teške povrede zakona i običaja ratovanja, kao i masovna kršenja ljudskih prava, odnosno međunarodni zločini. Odredbe kodifikacijskih Ženevskih konvencija za zaštitu žrtava rata iz 1949. godine mijenjaju fokus pravne zaštite prema ljudskoj osobi, odnosno osobama koje su na bilo koji način zahvaćene oružanim sukobom. Tako su usvojene četiri Ženevske konvencije: I. Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu (dalje u tekstu: I. Ženevska konvencija), II. Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca u oružanim snagama na moru (dalje u tekstu: II. Ženevska konvencija), III. Ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima (dalje u tekstu: III. Ženevska konvencija) i IV. Ženevska konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata (dalje u tekstu: IV. Ženevska konvencija).²⁹ Dopunski protokoli uz Ženevske konvencije usvojeni 1977. godine (Protokol I. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, dalje u tekstu: Protokol I., i Protokol II. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba, dalje u tekstu: Protokol II.)³⁰ donose važne dopune Ženevskim konvencijama proširenjem pojma međunarodnih oružanih sukoba, odnosno preciznijim navođenjem kriterija za identificiranje stranaka nemeđunarodnog oružanog sukoba, odnosno za samo postojanje nemeđunarodnog oružanog sukoba.³¹

²⁹ I. Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, 1949.; II. Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca u oružanim snagama na moru, 1949.; III. Ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima, 1949.; IV. Ženevska konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata, 1949. Sve četiri Ženevske konvencije objavljene su u: UNTS, Vol. 75, 1950.

³⁰ Dopunski protokol Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, 1977. i Dopunski protokol Ženevskim konvencijama o zaštiti žrtava rata od 12. kolovoza 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba, 1977. Oba Protokola objavljena su u: UNTS, Vol. 1125, 1979.

³¹ Detaljnije o polju primjene Ženevskih konvencija i Dopunskih protokola vidi *infra*, poglavlje 3. O usporedbi definicija međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba prema Ženevskim konvencijama iz 1949. i promjenama koje su u tom kontekstu donijeli Dopunski protokoli I. i II. iz

Usmjeravanje pravne zaštite prema žrtvama oružanih sukoba, međutim, ne znači da je drugi aspekt prava oružanih sukoba, odnosno ograničavanje sredstava i metoda ratovanja, ostao zanemaren. Naime, uslijed pojave novih vrsta oružja i modernih metoda ratovanja međunarodna je zajednica pristupila reguliranju utrke u naoružanju kako bi spriječila ponovne i još teže povrede međunarodnog prava u oružanim sukobima. Tako su, primjerice, u drugoj polovini 20. stoljeća usvojene Konvencija o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i toksičnog oružja te o njihovu uništavanju iz 1972., Konvencija o zabrani ili ograničenju upotrebe određenog konvencionalnog oružja s pretjeranim traumatskim učinkom ili djelovanjem bez obzira na cilja iz 1980., Konvencija o zabrani razvijanja, proizvodnje, stvaranja zaliha i korištenja kemijskog oružja i o njegovu uništenju iz 1993. te Konvencija o zabrani upotrebe, stvaranja zaliha, proizvodnje i prijenosa protupješačkih mina i o njihovu uništenju iz 1997. godine.³² Osim toga, u današnje vrijeme kad se ponovno prijeti nuklearnim oružjem, podsjećamo na Ugovor o neširenju nuklearnog oružja iz 1968. godine koji je države stranke koje proizvode i posjeduju nuklearno oružje (nuklearne države) obvezao da nikome ne daju, izravno ili neizravno, nuklearno oružje ili druge nuklearne eksplozivne naprave, odnosno da nikome ne smiju pomoći u proizvodnji ili pribavljanju takvog oružja.³³ S druge strane, države stranke koje ne posjeduju nuklearno oružje (nenuklearne države) prema tom se ugovoru obvezuju

1977. vidi: Cullen, A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010., str. 62-114.

³² Konvencija o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i toksičnog oružja te o njihovu uništavanju, 1972., UNTS, Vol. 1015, 1976.; Konvencija o zabrani ili ograničenju upotrebe određenog konvencionalnog oružja s pretjeranim traumatskim učinkom ili djelovanjem bez obzira na cilja, 1980., UNTS, Vol. 1342, 1983.; Konvencija o zabrani razvijanja, proizvodnje, stvaranja zaliha i korištenja kemijskog oružja i o njegovu uništenju, 1993.; UNTS, Vol. 1974, 1997.; Konvencija o zabrani upotrebe, stvaranja zaliha, proizvodnje i prijenosa protupješačkih mina i o njihovu uništenju, 1997., UNTS, Vol. 2056, 1999.

³³ Čl. 1. Ugovora o neširenju nuklearnog oružja, 1968., UNTS, Vol. 729, 1970.

da neće primati, proizvoditi niti primati pomoć radi proizvodnje nuklearnog oružja ili drugih nuklearnih eksplozivnih naprava.³⁴

Značajan korak prema općoj zabrani upotrebe nuklearnog oružja učinjen je zalaganjem Opće skupštine UN-a pod čijim okriljem je 2017. usvojen Ugovor o zabrani nuklearnog oružja koji je stupio na snagu 2021. godine.³⁵ Uspjeh Ugovora je u tome što se državama strankama, kojih je u ovom trenutku preko 65, nameće zabrana razvijanja, testiranja, proizvodnje, pribavljanja, posjedovanja ili skladištenja nuklearnog oružja ili drugih nuklearnih eksplozivnih naprava, kao i njihove upotrebe, prijetnje upotrebom, prijenosa drugima ili primanja, odnosno stacioniranja, instaliranja ili raspoređivanja takvog oružja ili drugih nuklearnih eksplozivnih naprava na vlastitom teritoriju, odnosno teritoriju pod njihovom jurisdikcijom.³⁶ Usvajanje tog pravnoobvezujućeg instrumenta nakon više desetljeća nastojanja međunarodne zajednice da spriječi potencijalne katastrofalne posljedice upotrebe oružja za masovno uništenje na opstanak cjelokupnog čovječanstva, okoliša, društveno-ekonomskog razvoja, opskrbu hranom i ljudsko zdravlje pokazatelj je rasta svijesti mnogih država i drugih aktera u međunarodnim odnosima o važnosti poduzimanja, između ostalog, i međunarodnopravnih mjera radi sprječavanja neprihvatljivih patnji ljudskih bića koje bi izazvala upotreba nuklearnog oružja.³⁷ U preambuli samog Ugovora se naglašava da bi upotreba nuklearnog oružja bila u suprotnosti s pravilima međunarodnog prava u oružanim sukobima, osobito međunarodnog humanitarnog prava te načelima čovječnosti i

³⁴ *Ibid.*, čl. 2. Iako ugovor ima preko 190 država stranaka, još neke nuklearne države, poput Indije, Izraela i Pakistana, nisu postale ugovorne stranke. Vidi United Nations Office for Disarmament Affairs, <https://treaties.unoda.org/t/npt> [pristup: 31. kolovoza 2022.].

³⁵ Ugovor o zabrani nuklearnog oružja, 2017., UNTS, Vol. I-56487, 2021.

³⁶ *Ibid.*, čl. 1.

³⁷ *Ibid.*, preambula. Države sudionice diplomatske konferencije na kojoj je usvojen Ugovor o zabrani nuklearnog oružja izrazile su nadu da će usvajanje Ugovora doprinijeti postizanju cilja o svijetu bez nuklearnog oružja i da Ugovor ima potencijal ostvariti s vremenom univerzalnu prihvaćenost. Vidi Fleck, D., The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Challenges for International Law and Security, u: Black-Branch, J. L.; Fleck, D. (ur.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, Vol. IV, Springer, Haag, 2019., str. 396.

zahtjevima javne savjesti.³⁸ Iako usvajanje i stupanje na snagu Ugovora o zabrani nuklearnog oružja 2021. godine nedvojbeno predstavlja velik napredak u globalnoj borbi protiv upotrebe oružja za masovno uništenje, njegov glavni nedostatak je u tome što upravo države koje posjeduju i koje su *de facto* jedine u mogućnosti upotrijebiti nuklearno oružje nisu stranke Ugovora pa ih Ugovor kao takve ne obvezuje. Osim toga, one praksom posjedovanja i razvijanja nuklearnog oružja sprječavaju razvijanje objektivnog (dugotrajna, jednoobrazna praksa) i subjektivnog (*opinio juris*) elementa za nastanak međunarodnog običajnog prava o njegovoj potpunoj zabrani.³⁹

U tumačenju i primjeni međunarodnog humanitarnog prava, kao i u potvrđivanju običajnog pravnog statusa brojnih pravila koja se primjenjuju u međunarodnim, a osobito u nemeđunarodnim oružanim sukobima, važnu ulogu ima Međunarodni sud i neki drugi, međunarodni *ad hoc* sudovi,⁴⁰ ali i Međunarodni odbor Crvenog križa koji kontinuirano provodi studije o primjeni međunarodnog humanitarnog prava analizirajući praksu država i nedržavnih aktera u oružanim sukobima diljem svijeta doprinoseći tako učinkovitijoj primjeni i razvoju pravnih pravila primjenjivih u oružanim sukobima.⁴¹

³⁸ Ugovor o zabrani nuklearnog oružja, *op. cit.* (bilj. 35), preambula.

³⁹ Fleck, *op. cit.* (bilj. 37), str. 404. Još je 1996. godine Međunarodni sud u Savjetodavnom mišljenju o dopustivosti prijetnje ili upotrebe nuklearnog oružja utvrdio da ne postoji ni običajno ni ugovorno pravilo međunarodnog prava o potpunoj i univerzalnoj zabrani nuklearnog oružja. Ipak, Sud je raspravljao o iznimnoj mogućnosti dopustivosti upotrebe takvog oružja u ostvarivanju prava države na samoobranu i istaknuo da nema dovoljno elemenata za zaključak da je upotreba nuklearnog oružja u svim okolnostima nužno protivna pravilima i načelima primjenjivima u oružanim sukobima. ICJ Reports, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8. srpnja 1996., paras. 95, 105.B, 105.D.

⁴⁰ Vidi ICJ Reports, 1996., *ibid.*, paras. 79, 82.; ICTY, 1995., *op. cit.* (bilj. 28), paras. 97-99.; ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2. rujna 1998., paras. 608-610.

⁴¹ Henckaerts, J.-M.; Doswald-Beck, L. (ur.), *Customary International Law*, sv. I, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; ICRC, *Convention (I) on the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Commentary*, 2016., para. 350. Dostupno na mrežnoj stranici: ICRC, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D>

3. POLJE PRIMJENE MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I
MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA

3.1. ADRESATI MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I ZAŠTIĆENE
OSOBE PO MEĐUNARODNOM HUMANITARNO PRAVU – NAČELO
RAZLIKOVANJA

Međunarodnopravna zaštita ljudskih prava proizlazi, kako smo naveli, prvenstveno iz međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava. Taj pravni režim nameće obveze državama kao subjektima međunarodnog prava da djeluju na određeni način ili se suzdržavaju od određenih čina s ciljem unaprjeđivanja i zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda svakog pojedinca.⁴² Drugim riječima, svaki je pojedinac bez ikakve diskriminacije nositelj ljudskih prava i sloboda čije uživanje i zaštitu mu je dužna pružiti država pod čijom se jurisdikcijom nalazi.⁴³ S druge strane, međunarodno humanitarno pravo sadrži pravila kojima je cilj postići ravnotežu između zaštite osoba koje ne sudjeluju ili

518CF5DE54EAC1257F7D0036B518 [pristup: 10. rujna 2022.]. Vidi i *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, *op. cit.* (bilj. 7), str. 13-14.

⁴² Tako, primjerice, čl. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda propisuje: „Visoke ugovorne stranke dužne su svakoj osobi pod svojom jurisdikcijom osigurati prava i slobode određene u odjeljku I. ove Konvencije“, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., UNTS, Vol. 213, 1955. Obveze država u tom smislu obuhvaćaju obvezu poštovanja ljudskih prava (odnosno, suzdržavanja od uplitanja u ljudskih prava), obvezu zaštite od povreda ljudskih prava te obvezu ispunjavanja ljudskih prava (odnosno, poduzimanja mjera za omogućavanje ostvarivanja ljudskih prava – to su tzv. pozitivne obveze država). Opširnije o konceptu pozitivnih obveza država stranaka Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Batistić Kos, V., *Positivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine, Zagreb, 2012., str. 7-35. Vidi i: Tomuschat, Ch., *Human Rights and International Humanitarian Law*, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, br. 1, 2010., str. 16.

⁴³ Tako je, primjerice, u čl. 2. st. 1. MPGPP-a propisano: „Svaka država stranka ovoga Pakta obvezuje se da će poštovati i osigurati svim pojedincima na svojem području i podvrgnutima njezinoj sudbenosti prava priznata u ovom Paktu bez obzira na razlike kao što su one u rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom porijeklu, imovini, rodu ili kojoj god drugoj okolnosti“. Vidi čl. 2. st. 1. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5).

više ne sudjeluju izravno u neprijateljstvima i ostvarivanja vojne potrebe.⁴⁴ Tako su nositelji prava na zaštitu prema međunarodnom humanitarnom pravu borci izvan bojnog ustroja (osobe koje zbog bolesti, rana, lišenja slobode ili bilo kojeg drugog razloga više ne sudjeluju u neprijateljstvima), ratni zarobljenici i civili.⁴⁵ Dakle, može se zaključiti da taj pravni okvir pruža zaštitu samo nekih ljudskih prava i to samo u opsegu koji nameću okolnosti postojanja oružanog sukoba,⁴⁶ dok pitanja

⁴⁴ *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, *op. cit.* (bilj. 7), str. 15.

⁴⁵ Kao primjere navodimo čl. 12. I. Ženevske konvencije kojim se zabranjuje svaki napad na život i ličnost ranjenika i bolesnika te, uz ostalo, njihovo ubijanje ili istrebljivanje, podvrgavanje mučenju, vršenje nad njima bioloških pokusa, namjerno nepružanje medicinske pomoći ili njege ili njihovo izlaganje opasnostima od zaraze ili infekcije; člankom 18. II. Ženevske konvencije nalaže se strankama sukoba da bez odgode poduzmu sve moguće mjere da se pronađu i prikupe brodolomci, ranjenici i bolesnici, da se zaštite od pljačke i zlostavljanja i da im se osigura potrebna njega (...); člankom 13. III. Ženevske konvencije određuje se obveza stranaka sukoba da s ratnim zarobljencima u svako doba postupaju čovječno, a da je svaki protupravni čin ili propust sile koja ih drži, a koji prouzroči smrt ili dovede u ozbiljnu opasnost zdravlje ratnog zarobljenika, zabranjen i smatra se teškom povredom te Konvencije; čl. 27. IV. Ženevske konvencije propisuje da zaštićene osobe u svakoj prilici imaju pravo na poštovanje svoje ličnosti, časti, obiteljskih prava, vjerskih uvjerenja i obreda, navika i običaja. Vidi Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata, *op. cit.* (bilj. 29).

⁴⁶ Tako, primjerice, i u kontekstu oružanog sukoba postoji obveza poštovanja određenih građanskih i političkih prava (poput prava na život osoba *hors de combat*, zabrane mučenja, prava na pravično suđenje), te ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava zaštićenih osoba (poput prava na zdravlje, prava na hranu i sl.). Zajednički čl. 3. st. 1. svih četiriju Ženevskih konvencija tako navodi: „S osobama koje izravno ne sudjeluju u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i osobe koje su izvan bojnog ustroja zbog bolesti, rana, lišenja slobode ili bilo kojeg drugog razloga, u svakoj će se prilici postupati čovječno, bez ikakvoga nepovoljnog razlikovanja utemeljenoga na rasi, boji kože, vjeroispovijesti ili uvjerenju, spolu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju. U tu su svrhu prema gore navedenim osobama zabranjeni i ostaju zabranjeni, u svako doba i na svakom mjestu, ovi čini: a) nasilje protiv života i tijela, osobito sve vrste ubojstava, sakaćenja, okrutnog postupanja i mučenja; b) uzimanje talaca; c) povrede osobnog dostojanstva, osobito uvredljivi i ponižavajući postupci; d) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnog suđenja pred redovito ustanovljenim sudom, koji pruža sva sudska jamstva priznata kao nužna od civiliziranih naroda (...)“^c. Vidi Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata, *ibid.* Usp. odredbe čl. 6., 7. i 14. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5). Čl. 55. IV. Ženevske konvencije propisuje: „Dužnost je okupacijske sile da u najvećoj mogućoj mjeri, sredstvima kojima raspolaze, osigura stanovništvu opskrbu živim namirnicama i lijekovima; ona osobito mora uvesti živežne namirnice, sanitetski materijal i svu drugu potrebnu robu kad zalihe okupiranog područja budu nedostatne (...)“^c. Vidi IV. Ženevsku konvenciju, *op. cit.* (bilj. 29). Usp. odredbe čl. 11. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5).

poput definiranja boraca, nužnosti razlikovanja boraca od civila, prava sanitetskog osoblja i upotreba znakova raspoznavanja ostaju definirana međunarodnim humanitarnim pravom.⁴⁷ Upravo načelo razlikovanja odnosno distinkcije predstavlja najvažniju razliku između ova dva pravna režima. Naime, pravo na zaštitu koju pružaju pravila međunarodnog humanitarnog prava ovisi o kategoriji kojoj pojedinac pripada,⁴⁸ dok su, s druge strane, svi pojedinci nositelji ljudskih prava iako se neka pravila tog pravnog sustava odnose, po prirodi stvari, na točno određene skupine ljudi (npr. djecu, žene, migrante, domorodačko stanovništvo).⁴⁹

3.2. NOSITELJI OBVEZA PO PRAVILIMA MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA

Kako bi se što točnije odredilo polje primjene obaju pravnih režima, potrebno je definirati tko su nositelji obveze osiguranja i zaštite ljudskih prava, odnosno tko je dužan poštovati pravila primjenjiva u oružanim sukobima i snositi odgovornost za

⁴⁷ Tako, primjerice, propisuje čl. 40. I. Ženevske konvencije, čija je svrha omogućavanje identificiranja medicinskog i vjerskog osoblja na ratištu ili u rukama neprijatelja kako bi ono moglo imalo koristi od zaštite koju jamči Konvencija. Vidi više u: ICRC, *Commentary*, 2016., *op. cit.* (bilj. 41), para. 2580. Dostupno na mrežnoj stranici: ICRC, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=98D0C970CF68F688C1257F7A005696E8> [pristup: 1. rujna 2022.].

⁴⁸ Načelo razlikovanja između boraca i civila kao jedno od temeljnih načela prava oružanih sukoba manifestira se u pravilu da se neprijateljstva smiju voditi isključivo između boraca, dok civili ne smiju biti objekt napada. Jednako tako, samo objekti koji zadovoljavaju uvjete vojnog cilja mogu biti predmet napada, dok civilni objekti uživaju zaštitu. Opširnije o definiciji i razlikovanju vojnog cilja i civilnih objekata vidi u Sassóli, M.; Bouvier, A. A., *How Does Law Protect in War*, International Committee of the Red Cross, Ženeva, 1999., str. 161-174. Definicija vojnog cilja usvojena je u čl. 52. st. 2. Protokola I. Vidi ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to Protection of Victims of International Armed Conflicts, Commentary*, 1987., paras. 2014-2028. Dostupno na mrežnoj stranici: ICRC, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=5F27276CE1BBB79DC12563CD00434969> [pristup: 1. rujna 2022.].

⁴⁹ Vidi Konvenciju o pravima djeteta, *op. cit.* (bilj. 18), Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije prema ženama, *op. cit.* (bilj. 17), Međunarodnu konvenciju o zaštiti prava svih migracijskih radnika i članova njihovih obitelji, *op. cit.* (bilj. 21), Konvenciju br. 169 o domorodačkim i plemenskim narodima u neovisnim zemljama, 1989., UNTS, Vol. 1650, 1991.

njihovo kršenje. Prvenstveni nositelji obveze pružanja zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda pojedincu prema tradicionalnom su stajalištu isključivo države, bez obzira nalazi li se država u mirnodopskom stanju ili u stanju rata. Međutim, noviji razvoj međunarodnog prava uvažava pojavu i djelovanje drugih međunarodnih subjekata koji se također mogu smatrati nositeljima obveza iz područja zaštite ljudskih prava (primjerice, multinacionalne korporacije). Postavlja se pitanje jesu li i drugi nedržavni akteri također nositelji obveza o ljudskim pravima, osobito u kontekstu oružanih sukoba. To je pogotovo vidljivo u kontekstu specifičnih okolnosti nemeđunarodnih oružanih sukoba, u kojima osim državnih oružanih snaga sudjeluju organizirane naoružane skupine pa su, prema nekim mišljenjima, i takvi akteri nositelji obveza o ljudskim pravima pod uvjetom da na određenom državnom području provode *de facto* vlast.⁵⁰ Referirajući se na tekst Opće deklaracije o pravima čovjeka koja u čl. 2. ističe da je svatko „(...) nositelj prava i sloboda nabrojanih u Deklaraciji (...)“⁵¹, i uzimajući u obzir da u određenim situacijama, osobito u kontekstu oružanih sukoba, državna vlast nije u mogućnosti osigurati pravnu zaštitu ili uopće provoditi svoje javne ovlasti i teritorijalnu kontrolu koju uz upotrebu oružane sile provodi nedržavni akter, neki autori zaključuju da se i takvi nedržavni akteri mogu smatrati adresatima obveza o zaštiti ljudskih prava, pogotovo jer je neupitno da ih i sami krše.⁵¹

⁵⁰ Nemeđunarodni je oružani sukob Protokolom II. definiran kao sukob koji se odvija „na području Visoke stranke ugovornice između njezinih oružanih snaga i odmetničkih oružanih snaga ili drugih organiziranih naoružanih grupa koje pod odgovornim zapovjedništvom ostvaruju nad dijelom njezina područja takvu kontrolu koja im omogućuje vođenje neprekidnih i usklađenih vojnih operacija i primjenu ovog Protokola“. Vidi čl. 1. st. 1. Protokola II., *op. cit.* (bilj. 30). Vidi i Henckaerts, J.-M.; Nohle, E., *Concurrent Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law Revisited, Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 12, br. 1, 2018., str. 31.

⁵¹ Ronen, Y., *Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors, Cornell International Law Journal*, Vol. 46, 2013., str. 21 *et c.* U teoriji međunarodnog prava sve se više upozorava na to da državocentrični pristup međunarodnopravnom subjektivitetu nije adekvatan te da pravila međunarodnog prava sve više adresiraju i nedržavne aktere (entitete), dajući im određena prava, ali i dužnosti, uz što, posljedično, dolazi i odgovornost za njihovo kršenje. Vidi više: Lapaš, D., *Sanctioning Non-State Entities: An International Law Approach, Revue internationale de droit pénal*, Vol. 81, 2010., str. 101.

U tom su kontekstu relevantne odluke i mišljenja pojedinih glavnih organa i drugih tijela u okviru UN-a. Tako je Vijeće sigurnosti UN-a u nemalom broju rezolucija pozivalo nedržavne aktere na izravnu odgovornost za povrede međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava.⁵² Štoviše, Vijeće je potvrdilo da stranke oružanog sukoba snose prvenstvenu odgovornost za poduzimanje svih mogućih mjera za osiguranje zaštite civila, te je strankama oružanog sukoba uputilo zahtjev da se strogo pridržavaju obveza koje za njih proizlaze iz međunarodnog humanitarnog prava, ljudskih prava i izbjegličkog prava.⁵³ Ured Visokog povjerenika UN-a za ljudska prava je istaknuo da je shvaćanje o odgovornosti nedržavnih aktera za poštovanje ljudskih prava odraz pragmatičnog prihvaćanja stvarnosti oružanih sukoba, bez čega bi pojedinci *de facto* izgubili svaku mogućnost pravne zaštite.⁵⁴ Upravo se u tome vidi *ratio* širenja primjene obveza o ljudskim pravima i na nedržavne aktere, tj. nadomještanje pravnih praznina do kojih može doći u slučaju neusklađenosti između širokih ovlasti nedržavnih aktera i mogućnosti njihova pozivanja na odgovornost za kršenja prava osoba nad kojima provode vlast.⁵⁵ Tu treba spomenuti i pojedinca kao nositelja odgovornosti za kršenje ljudskih prava i njegovu međunarodnu kaznenu

⁵² Primjerice, u rezoluciji 1417 (2002) Vijeće sigurnosti je navelo da skupinu RCD-Goma (*Rassemblement Congolais pour la Democratique-Goma*), koja je *de facto* provodila elemente vlasti u Kongu, uz osudu svih etnički ili rasno motiviranih čina nasilja, drži odgovornom za okončanje svih protupravnih likvidacija, povreda ljudskih prava i uznemiravanja stanovništva. Vidi: UN Doc. S/RES/1417 (2002), 14. lipnja 2002., para. 4. U rezoluciji 1267 (2002) Vijeće je izrazilo duboku zabrinutost zbog kontinuiranih povreda međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava i nametnulo sankcije talibanskom režimu u Afganistanu, sukladno Glavi VII Povelje UN-a. Vidi: UN Doc. S/RES/1267 (1999), 15. listopada 1999., preambula, paras. 1. *et seq.* U rezoluciji 1564 (2004) Vijeće je naglasilo obvezu sudanskih pobunjeničkih skupina da poduzmu sve potrebne mjere za poštovanje međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava. Vidi: UN Doc. S/RES/1564 (2004), 18. rujna 2004., preambula.

⁵³ Rezolucija Vijeća sigurnosti UN-a, UN Doc. S/RES/1894 (2009), 11. studenog 2009., preambula, para. 1. Vidi i rezoluciju glede oružanog sukoba u Somaliji, UN Doc. S/RES/1814 (2008), 15. svibnja 2008.

⁵⁴ *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict*, *op. cit.* (bilj. 7), str. 25.

⁵⁵ Ronen, *op. cit.* (bilj. 51), str. 24. Henckaerts i Nohle upozoravaju na ograničavajući učinak mehanizama za provedbu i zaštitu ljudskih prava u slučaju kad se i drugi akteri ne bi uključili u sustav odgovornosti za njihovo kršenje. Henckaerts; Nohle, *op. cit.* (bilj. 50).

odgovornost za čine koji se po svojim obilježjima i težini mogu kvalificirati kao međunarodni zločini, poput zločina protiv čovječnosti, genocida ili ratnih zločina.⁵⁶

Pravila međunarodnog humanitarnog prava prvenstveno se odnose na države kao stranke sukoba. U tom smislu i Ženevske konvencije u zajedničkom čl. 2. propisuju: „(...) ova će se Konvencija primjenjivati u slučaju objavljenog rata ili svakoga drugoga oružanog sukoba koji izbije između dvije ili više Visokih stranaka ugovornica, čak i ako jedna od njih ne priznaje ratno stanje (...)“.⁵⁷ Nadalje, Protokolom I. u pojam međunarodnog oružanog sukoba uključene su i borbe naroda protiv kolonijalne dominacije, strane okupacije i rasističkih režima u ostvarivanju prava naroda na samoodređenje,⁵⁸ čime i nedržavni akteri *de facto* postaju stranke sukoba, a time i nositelji odgovornosti za poštovanje pravila međunarodnog humanitarnog prava.⁵⁹

S druge strane, nemeđunarodni oružani sukobi nisu eksplicitno bili obuhvaćeni pravilima ratnog prava prije Ženevskih konvencija, no prema suvremenom međunarodnom pravu nesumnjivo se u takvim sukobima primjenjuje tzv. Martensova klauzula koja obvezuje na poštovanje osnovnih humanitarnih standarda za sve stranke oružanih sukoba, uključujući i nedržavne aktere (ustanike, pobunjenike).⁶⁰ Puno jasnije je obveza poštovanja određenih pravila međunarodnog humanitarnog prava u nemeđunarodnim oružnim sukobima

⁵⁶ Tako su Statutom Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u njegovu nadležnost *ratione materiae* uključeni upravo ti zločini, kao i zločin agresije koji je definiran izmjenama Rimskog statuta 2010. godine. Vidi čl. 5.-8. Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, 1998., UNTS, Vol. 2187, 2002. i Izmjene Rimskog statuta o zločinu agresije, 2010., UNTS, Vol. 2922, 2013.

⁵⁷ Konvencija nadalje u stavku 2. istog članka propisuje da će se primjenjivati u svim slučajevima okupacije čitavoga ili dijela područja Visoke stranke ugovornice, čak i ako ta okupacija ne naiđe na vojni otpor. Vidi zajednički članak 2. Ženevskih konvencija za zaštitu žrtava rata, *op. cit.* (bilj. 29).

⁵⁸ Vidi čl. 1. st. 4. Protokola I., *op. cit.* (bilj. 30).

⁵⁹ Lapaš, *op. cit.* (bilj. 51), str. 115.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 113-114. Opširnije o odgovornosti nedržavnih aktera u međunarodnom pravu vidi: Zegveld, L., *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

kako za države, tako i za nedržavne aktere, utemeljena u zajedničkom čl. 3. Ženevskih konvencija, odnosno u Protokolu II.⁶¹

Potrebno je, međutim, upozoriti i na to da odgovornost nedržavnih aktera za kršenje bilo ljudskih prava bilo međunarodnog humanitarnog prava ne znači nužno i isključenje odgovornosti same države, osobito ako država nije spriječila povrede međunarodnog prava, a prema tim je pravilima to bila dužna učiniti, odnosno ako su se ostvarile druge pretpostavke za njezinu odgovornost prema pravilima o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine koje je kodificirala Komisija za međunarodno pravo.⁶²

⁶¹ Zajednički čl. 3. st. 1. Ženevskih konvencija propisuje: „U slučaju oružanog sukoba koji nema međunarodni karakter i koji izbije na području jedne od Visokih stranaka ugovornica, svaka stranka sukoba dužna je primjenjivati barem ove odredbe (...)“. U čl. 1. st. 1. Protokola II. određeno je stvarno polje primjene Protokola: „Ovaj Protokol, kojim se razvija i dopunjuje članak 3. koji je zajednički Ženevskim konvencijama od 12. kolovoza 1949. (...) primjenjuje se na sve oružane sukobe koji se odvijaju na području Visoke stranke ugovornice između njezinih oružanih snaga i odmetničkih oružanih snaga ili drugih organiziranih naoružanih grupa koje, pod odgovornim zapovjedništvom, ostvaruju nad dijelom njezina područja takvu kontrolu koja im omogućuje vođenje neprekidnih i usklađenih vojnih operacija i primjenu ovog Protokola“. Vidi: Ženevske konvencije za zaštitu žrtava rata i Protokol II., *op. cit.* (bilj. 29 i bilj. 30). Vrijedna studija o ulozi nedržavnih aktera u preuzimanju njihovih međunarodnih obveza u nemeđunarodnim oružanim sukobima vidi u: Reinisch, A., *The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors*, u: Alston, Ph. (ur.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 37-89. Vidi i: Lapaš, D., *Odgovornost 'ustaničkih i drugih pokreta' za međunarodne zločine: članak 10. Nacrta članka o odgovornosti država s osvrtno na presudu Međunarodnog suda za genocid (Hrvatska protiv Srbije), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 65, br. 3-4, 2015., str. 337-360.; Rusan Novokmet, R., *Challenges to Strengthen the Protection of Civilians by Non-State Actors in Non-International Armed Conflicts*, u: Frenkel, D. A., Nunez, J. E. (ur.), *International Law and Social Justice*, Athens Institute for Education and Research, Atena, 2020., str. 59-80.

⁶² Henckaerts, J.-M.; Wiesener, C., *Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law?*, u: Kolb, R.; Gaggioli, G. (ur.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 2013., str. 150-151. O pripisivosti protupravnih čina državi i međunarodnopravnoj odgovornosti države vidi Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two, 2001., UN Doc. A/CN/.4/SER.A/2001/Add. 1 (Part 2).

Bez obzira na djelomično različite adresate normi jednog i drugog analiziranog pravnog režima vidljivo je da se međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo ipak u pojedinim svojim odredbama preklapaju, odnosno usmjereni su na pružanje iste ili slične pravne zaštite čovjeka, uvažavajući pritom specifične i iznimne okolnosti vođenja neprijateljstava u oružanim sukobima. U sljedećim ćemo poglavljima vidjeti na koji se način pojedine odredbe međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava referiraju na zaštitu čovjeka u oružanim sukobima, upućujući na relevantne odredbe međunarodnog humanitarnog prava, i obrnuto. Upravo se u elementu zahtjeva čovječnosti i zaštite dostojanstva ljudske osobe, očituje zajedničko obilježje dvaju pravnih režima, odnosno poveznica koja ukazuje na njihovo određeno nadopunjavanje i komplementarnu primjenu.

4. POSTOJANJE ORUŽANOG SUKOBIA KAO PREDUVJET KOMPLEMENTARNE PRIMJENE MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA

Dok pravila o zaštiti ljudskih prava vrijede kako u miru tako u određenoj mjeri i u vrijeme oružanih sukoba,⁶³ do aktivacije primjene pravila međunarodnog humanitarnog prava dolazi isključivo u vrijeme oružanih sukoba. Drugim riječima, primjena tog pravnog režima je podvrgnuta objektivnim čimbenicima koji određuju trenutak postojanja (početka) međunarodnog ili nemeđunarodnog oružanog sukoba, odnosno njegov završetak.⁶⁴ Postojanje oružanog sukoba preduvjet je i za početak istodobne primjene dvaju pravnih režima.

⁶³ O suspenziji i ograničenjima određenih ljudskih prava u izvanrednim okolnostima oružanog sukoba v. *infra*.

⁶⁴ Tradicionalno je rat započinjao ili formalnom objavom rata ili stvarnim započinjanjem ratnih neprijateljstava poveljenih u namjeri ratovanja (*animus belligerendi*). Subjektivni faktori su *de facto* bili odlučujući za postojanje ili nepostojanje rata. Vidi Andrassy *et al.*, *op. cit.* (bilj. 2), str. 134-135. U današnje vrijeme neka se pravila međunarodnog humanitarnog prava primjenjuju i prije samoga početka oružanog sukoba, odnosno nakon njegova završetka. To se, primjerice, odnosi na obvezu države da osigura edukaciju vlastitih oružanih snaga o relevantnim pravnim pravilima kako bi se spriječile njegove eventualne povrede; obvezu države u da u svoje kazneno zakonodavstvo implementira odgovarajuće odredbe o ratnim zločinima i sl. Vidi ICRC, *Commentary*, 2016., *op. cit.* (bilj. 41), paras. 199, 200. Dostupno na mrežnoj stranici: ICRC, <https://ihl->

Već smo spomenuli da je zajedničkim člankom 2. Ženevskih konvencija određeno polje primjene tih Konvencija, odnosno da je Protokolom I. proširen pojam međunarodnih oružanih sukoba.⁶⁵ Međutim, pretpostavke za određivanje početka oružanog sukoba nisu definirane tim međunarodnim ugovorima. U tom je kontekstu relevantna pravna znanost odnosno sudska praksa koja svojim odlukama doprinosi tumačenju i razjašnjavanju pojma oružanog sukoba. Tako se u komentaru Ženevskih konvencija navodi da je uz situaciju objavljenog rata, što odgovara konceptu rata iz Haaških konvencija iz 1907. godine, njihova primjena proširena s ciljem da se osigura ostvarivanje humanitarnih ciljeva Ženevskih konvencija i u situacijama koje nisu ograničene samo na objavljeni rat, odnosno na situacije u kojima jedna od stranaka sukoba ne priznaje ratno stanje.⁶⁶ Vrijednost tih početnih odredaba Ženevskih konvencija je u tome što se na taj način omogućava primjena međunarodnog humanitarnog prava na temelju objektivnih, činjeničnih kriterija. Svakako se započinjanjem oružanog sukoba može smatrati upotreba oružane sile jedne države protiv druge, odnosno jednostrana upotreba oružane sile protiv druge države.⁶⁷ Značajan doprinos tumačenju pojedinih pravila međunarodnog ratnog i humanitarnog prava, odnosno običajnog prava u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima dao je Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju koji je, između ostalog, definirao i sami pojam oružanog sukoba. Taj je Sud naveo da „oružani sukob postoji kad god dođe do upotrebe oružane sile između država ili dugotrajnog oružanog nasilja između vladinih oružanih snaga i organiziranih naoružanih skupina ili između takvih skupina unutar države“.⁶⁸

databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518 [pristup: 2. rujna 2022.].

⁶⁵ Vidi *supra*, uz bilj. 57 i 58.

⁶⁶ ICRC, *Commentary, op. cit.* (bilj. 41), paras. 201, 202.

⁶⁷ *Ibid.*, paras. 217. *et seq.*

⁶⁸ Sud je objasnio da se na području bivše Jugoslavije provodilo dugotrajno nasilje velikih razmjera između oružanih snaga različitih država i između vladinih snaga i organiziranih pobunjeničkih skupina te da je time došlo do primjene međunarodnog humanitarnog prava. Vidi ICTY, 1995., *op. cit.* (bilj. 28), 1995., para. 70.

Što se tiče definicije nemeđunarodnog oružanog sukoba, zajednički čl. 3. Ženevskih konvencija opet ne daje preciznu definiciju takvog sukoba, nego neodređeno propisuje da će se primjenjivati „u slučaju oružanog sukoba koji nema međunarodni karakter i koji izbije na području jedne od Visokih stranaka ugovornica (...)“. S druge strane, čl. 1. Protokola II. precizira, ali time i sužava doseg njegove primjene jer, za razliku od Ženevskih konvencija, postavlja puno viši prag primjene zahtijevajući da naoružana skupina kao jedna od stranaka sukoba djeluje pod odgovornim zapovjedništvom, te provodi teritorijalnu kontrolu nad dijelom državnog područja koja joj omogućuje vođenje neprekidnih i usklađenih vojnih operacija i primjenu Protokola.⁶⁹ Interpretirajući zahtjeve trajnosti vojnih operacija, intenziteta sukoba i karakteristika naoružanih skupina kao osnovnih kriterija u prosudbi je li u konkretnoj situaciji riječ o nemeđunarodnom oružanom sukobu, Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju je svojim odlukama znatno pridonio učinkovitoj primjeni međunarodnog humanitarnog prava i njegovu razvoju u modernim oružanim sukobima.⁷⁰

Štoviše, sudska praksa tog *ad hoc* međunarodnog suda također je dala važan doprinos potvrđivanju običajnog statusa pravila međunarodnog humanitarnog prava i njihove uloge u popunjavanju pravnih praznina do kojih

⁶⁹ Osim toga, Protokol II. se ne primjenjuje na oružane skobe između različitih naoružanih skupina, dok su zajedničkim člankom 3. Ženevskih konvencija obuhvaćeni i takvi sukobi. Vidi *supra* uz bilj. 61.

⁷⁰ Tako je u slučaju *Haradinaj et al.* navedeno: „Što se tiče naoružanih skupina, prije spomenuta sudska vijeća, u procjeni postojanja oružanog sukoba oslanjala su se na nekoliko indikativnih čimbenika, od kojih nijedan sam za sebe nije presudan u procjeni je li zadovoljen kriterij organiziranosti oružane skupine. Ti čimbenici uključuju sljedeće: postojanje zapovjedne strukture i disciplinskih pravila i mehanizama unutar skupine; postojanje njihova sjedišta; kontrola nad određenim dijelom teritorija; pristup oružju i drugoj vojnoj opremi; sposobnost regrutiranja novaka i njihovog vojnog osposobljavanja; sposobnost skupine da planira, koordinira i provede vojne operacije (...)“. ICTY, *Prosecutor v Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Labi Ibrahimaj*, Trial Chamber Judgement, Case No. IT-04-84-T, 3. travnja 2008., para. 60. Nadalje, u procjeni intenziteta sukoba na Kosovu kao i organiziranosti naoružane skupine *Kosovo Liberation Army* (KLA) Sud je uzeo u obzir broj, trajanje i intenzitet pojedinačnih sukoba, vrstu oružja i druge korištene vojne opreme, broj osoba i vrstu oružanih snaga koje su sudjelovale u sukobu, broj žrtava, razmjere materijalne štete (...). *Ibid.*, para. 49.

može doći u praksi.⁷¹ Na taj se način postupno smanjuje važnost razlikovanja međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba, a što je još važnije, posljedično dolazi do širenja pravne zaštite koja je bila primjenjivana samo na međunarodne oružane sukobe i na oružane sukobe koji nemaju međunarodni karakter, a obuhvaćeni su zajedničkim člankom 3. Ženevskih konvencija.⁷² Tako je Sud istaknuo da se to odnosi na pravila koja reguliraju pitanja poput zaštite civilnog stanovništva od neprijateljstava, zaštite civilnih objekata, osobito kulturnih dobara, zaštite svih onih koji ne sudjeluju ili više ne sudjeluju aktivno u vođenju neprijateljstava, kao i pitanje zabrane primjene sredstava ratovanja koja su zabranjena u međunarodnim oružanim sukobima, te zabrane određenih metoda vođenja neprijateljstava⁷³.

Primjeri ugovornih odredbi koje proširuju pravnu zaštitu na situacije oružanih sukoba, ne praveći pritom razliku između međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba, ukazuju na komplementarnost primjene pravila međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava. Tako, primjerice, Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima djeteta glede uključivanja djece u oružani sukob iz 2000. godine proširuje pravnu zaštitu osoba mlađih od osamnaest godina na način da nameće obvezu državama strankama da osiguraju da takve osobe koje su pripadnici državnih oružanih snaga ne sudjeluju izravno u neprijateljstvima, odnosno da se takve osobe ne regrutiraju prisilno u oružane snage, posebno napominjući da takvu obvezu i odgovornost snose i

⁷¹ Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju je istaknuo sljedeće: „Međunarodna pravila koja reguliraju međunarodni oružani sukob pojavljuju se na dvije različite razine: na razini običajnog prava i na razini ugovornog prava. Tako su se formirala pravila koja ni u kojem slučaju nisu suprotstavljena niti proturječna, nego se međusobno podupiru i nadopunjuju. Uistinu, uzajamnim djelovanjem te dvije skupine pravila došlo je do postupnog pretvaranja nekih pravila ugovornog prava u običajnopravna pravila“. Vidi ICTY, 1995., *op. cit.* (bilj. 28), paras. 98, 117.

⁷² ICTY, 1995., *ibid.*, paras. 96, 97. Za diskusiju o relevantnosti razlikovanja međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba vidi: Akande, D., *Classification of Armed Conflicts*, u: Wilmshurst, *op. cit.* (bilj. 23), str. 32-79.

⁷³ Sud je naglasio i da temeljni zahtjevi čovječnosti i zdravog razuma čine apsurdnim stajalište da bi ono što je nečovječno i zabranjeno u međunarodnim oružanim sukobima moglo biti drukčije u unutarnjim sukobima. Vidi ICTY, 1995., *ibid.*, paras. 119, 127. Vidi i Akande, *ibid.* str. 35-36.

naoružane skupine koje nisu dio oružanih snaga, čime se pravna zaštita proširuje i na nemeđunarodne oružane sukobe.⁷⁴

Postavlja se pitanje u čemu je važnost, odnosno *ratio* točnog određivanja početka primjene pravila međunarodnog humanitarnog prava. Naime, taj pravni režim, kao i pravni okvir međunarodnopravne zaštite ljudskih prava, osigurava njihovim adresatima, u najvećoj mjeri civilima, određenu pravnu i stvarnu zaštitu od štetnih učinaka vođenja ratnih neprijateljstava. Stoga je bitno imati na umu da u slučajevima u kojima nije potpuno jasno jesu li ispunjeni svi objektivni kriteriji za aktivaciju međunarodnog humanitarnog prava, pojedinci u svakom slučaju ostaju pod zaštitom režima ljudskih prava koji vrijedi u svako doba, bez obzira na postojanje ili nepostojanje oružanog sukoba.⁷⁵

Pa ipak, ako postoji situacija oružanog sukoba, odnosno neke izvanredne okolnosti u koje zasigurno možemo ubrojiti oružani sukob, u kojima država kao primarni nositelj obveza zaštite ljudskih prava iz opravdanih razloga nije u mogućnosti u potpunosti jamčiti i osigurati ostvarivanje svih ljudskih prava svakom pojedincu koji se nalazi pod njezinom jurisdikcijom, država može ograničiti odnosno suspendirati određena ljudska prava. Tako je, primjerice, člankom 4. stavkom 1. MPGPP-a omogućeno državi da „u doba izvanredne javne opasnosti koja ugrožava opstanak naroda i čije je postojanje službeno proglašeno (...) u opsegu koji je strogo određen potrebama situacije“, poduzme mjere koje ukidaju njezine obveze iz Pakta, uz uvjet da te mjere nisu nespojive s njezinim ostalim obvezama po

⁷⁴ Čl. 1., 2. i 4. st. 1. Fakultativnog protokola Konvenciji o pravima djeteta glede uključivanja djece u oružani sukob, 2000., UNTS, Vol. 2173, 2002.

⁷⁵ Henckaerts; Nohle, *op. cit.* (bilj. 50), str. 27-28. Osim dva Pakta koji na sveobuhvatan način propisuju obveze država glede zaštite ljudskih prava, i drugi međunarodni ugovori naglašavaju dužnost država da ispunjavaju svoje obveze neovisno o postojanju oružanog sukoba. Tako, na primjer, Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni u čl. 2. st. 2. propisuje: „Država se ne može pozvati ni na kakve iznimne okolnosti, bilo da je riječ o stanju rata ili prijetnji ratom, unutarnjoj političkoj nestabilnosti ili bilo kojem drugom javnom izvanrednom stanju, kao na opravdanje za mučenje“. Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, *op. cit.* (bilj. 20). Vidi i: Committee against Torture, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25. srpnja 2006., paras. 14, 15.

međunarodnom pravu i „ne povlače diskriminaciju jedino na temelju rase, boje kože, spola, jezika, vjere ili socijalnog porijekla“.⁷⁶ Međutim, neka temeljna ljudska prava poput prava na život, zabrane mučenja, zabrane ropstva, obveze poštovanja načela *nullum crimen, nulla poena sine lege*, prava na pravnu osobnost, slobodu misli, savjesti i vjeroispovijesti, ne mogu se ukinuti ni u takvim izvanrednim okolnostima.⁷⁷ Do ukidanja određenih ljudskih prava sukladno odredbama MPGPP-a može doći samo ako su zadovoljeni strogi preduvjeti: ako je riječ o izvanrednoj javnoj opasnosti,⁷⁸ ako je takvo ukidanje vremenski ograničeno trajanjem javne opasnosti, ako su poduzete mjere nužne i proporcionalne ciljevima koji se njima žele postići, te da se odredbe Pakta kojima se jamče neka procesna prava (poput prava na jednakost pred sudovima ili načelo zakonitosti) nikad ne mogu ukinuti ako bi to dovelo do ukidanja ili ograničavanja prava koja su nederogabilna.⁷⁹ Odbor za prava čovjeka u tom je kontekstu objasnio da je opseg ograničenja ili ukidanja određenih prava potrebno procijeniti prema konkretnim

⁷⁶ Čl. 4. st. 1. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5). Slično propisuje i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda predviđajući u čl. 8. st. 2. mogućnost intervencije države u pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života nekog pojedinca, i to samo ako je u takva intervencija odnosno ograničavanje toga prava u skladu sa zakonom, i „ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava drugih“. Vidi Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *op. cit.* (bilj. 42). Člancima 9. st. 2., 10. st. 2. i 11. st. 2. propisuju se moguća ograničenja slobode mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti, slobode izražavanja i slobode okupljanja i udruživanja, dok čl. 15. određuje uvjete pod kojima se određena prava mogu derogirati „u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda“. Vidi *ibid.*

⁷⁷ Čl. 4. st. 2. MPGPP-a, *ibid.* Slično i čl. 2. st. 2. Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, *op. cit.* (bilj. 20).

⁷⁸ Europski sud za ljudska prava definira pojam javne opasnosti kao „izvanrednu kriznu situaciju ili hitan slučaj koji ima učinak na čitavu populaciju i koji predstavlja prijetnju organiziranom životu zajednice koja čini državu“. Vidi *Case of Lawless v. Ireland* (No. 3), Application No. 332/57, Judgement, 1. srpnja 1961., para. 28.

⁷⁹ Human Rights Committee, *General Comment No. 29, Article 4 (States of Emergency)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, 31. kolovoza 2001, paras. 2, 4, 5, 15.

okolnostima te da se u tom smislu uzimaju u obzir trajanje, geografska pokrivenost i stvarni opseg izvanrednog stanja.⁸⁰

Određba Pakta da ukidanje nekog prava ne smije biti nespojivo s ostalim obvezama države po međunarodnom pravu vrlo je važna upravo u vrijeme oružanih sukoba kada se, kao *lex specialis*,⁸¹ primjenjuju odredbe međunarodnog humanitarnog prava. Naime, upravo je Odbor za prava čovjeka, nadležan za ispravnu primjenu MPGPP-a, u kontekstu primjene čl. 4. Pakta istaknuo da se u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima primjenjuju pravila međunarodnog humanitarnog prava čija je svrha, tumačena zajedno s člancima 4. i 5. st. 1. Pakta,⁸² spriječiti državu u zloupotrebi njezinih ovlasti u doba izvanredne javne opasnosti.⁸³ Također, Odbor je naveo da mjere poduzete u smislu čl. 4. st. 1. Pakta ne smiju biti nespojive „osobito s pravilima međunarodnog humanitarnog prava“, tj. da država ne može aktivirati čl. 4. Pakta (odnosno pozvati se na izvanrednu javnu opasnost) kao opravdanje za kršenje međunarodnog humanitarnog prava ili kogentnih normi međunarodnog prava.⁸⁴ Pravila oružanih sukoba već sama po sebi reguliraju jednu izvanrednu javnu opasnost koja ograničava ljudska prava radi ostvarivanja vojne potrebe pa bi davanje prava državama da dodatno odstupe od tih ograničenja dovelo do potpune nemogućnosti pravnog normiranja ratovanja.⁸⁵ Zaštita čovjeka i njegova dostojanstva ostaje temeljno načelo i krajnja svrha pravne zaštite u vrijeme oružanih sukoba.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Gowlland-Debbas i Gaggioli upozoravaju na to da je načelo *lex specialis* potrebno primjenjivati kao interpretativno sredstvo nekog drugog pravila, a ne sa svrhom njegova isključenja. Vidi Gowlland-Debbas, V.; Gaggioli, G., The relationship between international human rights and humanitarian law: an overview, u: Kolb, Gaggioli, *op. cit.* (bilj. 62), str. 84-86.

⁸² Čl. 5. st. 1. tako propisuje: „Ništa se u ovom Paktu ne može tumačiti kao da uključuje za neku državu, skupinu ili pojedinca neko pravo da se upusti u neku djelatnost ili da izvrši neki čin koji bi smjerali na uništenje prava ili sloboda priznatih u ovom Paktu ili na njihovo ograničavanje u većoj mjeri nego što se predviđa u ovom Paktu“. Vidi čl. 5. st. 1. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5).

⁸³ HRC, *General Comment No. 29, op. cit.* (bilj. 79), para. 3.

⁸⁴ Na primjer, uzimanjem talaca, nametanjem kolektivnih kazni, proizvoljnim oduzimanjem slobode, ukidanjem prava na pravično suđenje ili prava na presumpciju nedužnosti. Vidi *ibid.*, paras. 9, 11, 16.

⁸⁵ Andrassy *et al.*, *op. cit.* (bilj. 2), str. 125, 131.

Dakle, do istodobne primjene pravila zaštite ljudskih prava i onih međunarodnog humanitarnog prava, bilo da je riječ o međunarodnom ili nemeđunarodnom oružanom sukobu, dolazi u trenutku kad započne oružani sukob što, pak, ovisi o činjeničnim pitanjima o kojima je bilo riječi *supra* u ovom poglavlju, te ona traje do završetka oružanog sukoba. Međunarodno humanitarno pravo ne govori o isključenju zaštite ljudskih prava u oružanim sukobima, nego, naprotiv, u pojedinim svojim odredbama izrijekom upućuje na obvezu stranaka sukoba da se pridržavaju međunarodnih instrumenata kojima se jamče osnovna zaštita ljudskih prava i ostvarivanje temeljnih zahtjeva čovječnosti (vidi *infra*). Pritom se uvažava iznimnost situacije u kojoj se pojedina država nalazi tijekom oružanog sukoba pa međunarodno pravo dopušta pojedina, striktno određena ograničenja u pružanju zaštite ljudskih prava, istodobno postavljajući nositeljima obveza pružanja zaštite zabranu odstupanja od temeljnih ljudskih prava poput prava na život, zabrane mučenja, poštovanja načela zakonitosti u kaznenom postupku, slobode misli, savjesti i vjeroispovijesti, zabrane diskriminacije i sl. O učincima komplementarne primjene obaju pravnih režima i rješenjima potencijalnih konfliktnih situacija do kojih u praksi može doći riječ je u sljedećem poglavlju.

5. UČINCI KOMPLEMENTARNE PRIMJENE DVAJU REŽIMA

U prethodnim je poglavljima prikazano pod kojim pretpostavkama dolazi do preklapanja, odnosno do istodobne, komplementarne primjene pravila međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava u vrijeme oružanih sukoba, bez obzira na moguća ograničenja njihove primjene i u pojedinim situacijama različite adresate normi tih dvaju pravnih režima. U ovom će se poglavlju analizirati učinci njihove komplementarne primjene, osobito imajući u vidu ono što je *ratio* obaju pravnih sustava, a to je zaštita dostojanstva svake ljudske osobe i temeljnih zahtjeva čovječnosti u iznimnim okolnostima ratovanja. U tom smislu osobitu vrijednost imaju stajališta različitih sudskih i drugih tijela na univerzalnoj i regionalnoj razini koja potvrđuju njihovu istodobnu primjenjivost, tumače primjenu načela *lex specialis derogat legi generali* u okolnostima oružanih sukoba te nude rješenja za neke naizgled konfliktno situacije u njihovoj istodobnoj primjeni.

Presude i savjetodavna mišljenja Međunarodnog suda nesumnjivo daju vrlo važan doprinos tumačenju pravnih normi i eventualnih preklapanja pojedinih pravnih režima, odnosno rješavanju određenih nejasnih ili proturječnih situacija koje mogu dovesti do pojave pravne praznine, a time i do lišavanja pravne zaštite određenih subjekata. U tom smislu je relevantno Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda o dopustivosti prijetnje ili upotrebe nuklearnog oružja iz 1996. godine u kojem je Sud jasno rekao da „(...) zaštita koju pruža Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ne prestaje u vrijeme rata, osim pod pretpostavkama iz čl. 4. prema kojem se određene odredbe mogu ukinuti u slučaju izvanredne javne opasnosti (...). Međutim, pravo na život nije jedna od takvih odredaba. U načelu, zabrana proizvoljnog lišavanja života vrijedi i u vrijeme neprijateljstava. No, što točno podrazumijeva proizvoljno lišavanje života treba odrediti pomoću primjenjivog *lex specialis*, odnosno, prava primjenjivog u oružanom sukobu koje regulira vođenje neprijateljstava“.⁸⁶ Odbor za prava čovjeka je, tumačeći pojedine odredbe MPGPP-a, napomenuo da se „one primjenjuju i u oružanom sukobu u kojem se primjenjuju pravila međunarodnog humanitarnog prava (...)“. Štoviše, Odbor je istaknuo da, „dok određena pravila međunarodnog humanitarnog prava mogu biti relevantna za tumačenje prava iz Međunarodnog pakta, oba su pravna područja komplementarna a ne međusobno isključiva“.⁸⁷

⁸⁶ ICJ Reports, 1996., *op. cit.* (bilj. 39), para. 25. Tomuschat, s druge strane, upućuje kritiku na nedovoljnu jasnoću izričaja koji je u tom mišljenju upotrijebio Međunarodni sud. Opširnije: Tomuschat, *op. cit.* (bilj. 42), str. 17-18. Na međunarodno humanitarno pravo kao *lex specialis* u odnosu na međunarodnopravnu zaštitu ljudskih prava Međunarodni sud ukazuje i u Savjetodavnom mišljenju iz 2004. Vidi ICJ Reports, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9. srpnja 2004., para. 106. Ipak, neki autori upozoravaju na limitirani učinak primjene pravila o *lex specialis derogat legi generali*, napominjući da ono ne rješava u cijelosti sve situacije sukoba između ova dva pravna režima. Vidi, primjerice, Milanović, M., A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 14, br. 3, 2010., str. 459-483.

⁸⁷ Human Rights Committee, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26. svibnja 2004., para. 11. Tako na komplementarnost primjene pojedinih odredaba Odbor ukazuje tumačeći čl. 9. Pakta koji jamči pravo pojedinca na slobodu i osobnu sigurnost, odnosno propisuje zabranu samovoljnog lišavanja slobode ili držanja u pritvoru. Odbor napominje da pravila međunarodnog humanitarnog prava mogu biti korisna u interpretaciji odredbe čl. 9. Pakta, te da se ova dva pravna

Međunarodni sud je također potvrdio primjenu pravila o zaštiti ljudskih prava u oružanim sukobima u svojim presudama. Tako, primjerice, u presudi u slučaju o oružanim aktivnostima na teritoriju Konga iz 2005. godine Sud kao primjenjive međunarodnopravne instrumente između država stranaka spora, ujedno i stranaka oružanog sukoba, nabraja običajnopravna pravila Haaškog pravilnika uz IV. Haašku konvenciju o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907., IV. Ženevsku konvenciju o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata iz 1949., Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966., Protokol I. uz Ženevske konvencije iz 1977., Konvenciju o pravima djeteta iz 1989., kao i Fakultativni protokol uz tu konvenciju iz 2000. godine.⁸⁸ Nadalje, Komisija za prava čovjeka koju je u okviru UN-a naslijedilo Vijeće za prava čovjeka je također u svojim rezolucijama upozoravala na teška kršenja ljudskih prava i pravila međunarodnog humanitarnog prava u oružanim sukobima te pozivalo stranke sukoba na njihov prestanak.⁸⁹ Vijeće za prava čovjeka je također pozvalo države na poduzimanje učinkovitih mjera koje će jamčiti i nadzirati primjenu ljudskih prava civilnog stanovništva u oružanim sukobima u skladu s pravilima tog pravnog režima i primjenjivim međunarodnim humanitarnim pravom, osobito IV. Ženevskom konvencijom o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata i drugim međunarodnim instrumentima.⁹⁰

prežima međusobno nadopunjuju, ne isključuju se. Tako, primjerice, primjena odredaba čl. 21. III. Ženevske konvencije koje se odnose na vremenski ograničeno interniranje ratnih zarobljenika radi zaštite njihova zdravlja u načelu, prema mišljenju Odbora, ne predstavlja samovoljno lišavanje slobode. Vidi Human Rights Committee, *General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and Security of Person)*, para. 64.

⁸⁸ ICJ Reports, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgement, 19. prosinca 2005., para. 217.

⁸⁹ Primjerice, u slučaju oružanog sukoba u Ruandi 1994. godine Komisija za prava čovjeka je u rezoluciji S-3/1 najstrože osudila sve povrede međunarodnog humanitarnog prava (...) i pozvala sve uključene strane da odmah prestanu s tim povredama i zloupotrebama i da poduzmu sve potrebne korake kako bi se osiguralo puno poštovanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i humanitarnog prava. Vidi rezoluciju Komisije za prava čovjeka, UN. Doc. E/CN.4/S-3/4, 30. svibnja 1994., para. 1.

⁹⁰ Rezolucija Vijeća za ljudska prava, *Protection of human rights of civilians in armed conflict*, UN Doc. A/HRC/RES/9/9, 18. rujna 2008., preambula.

U određenim slučajevima, pak, pravila o zaštiti ljudskih prava mogla bi se tumačiti kao *lex specialis* u odnosu na međunarodno humanitarno pravo pa u tom smislu imaju prednost u primjeni s obzirom da detaljnije razrađuju pojedina pitanja. Primjer za takvu situaciju nalazimo u regulaciji nemeđunarodnih oružanih sukoba koji su i temeljem običajnog i ugovornog prava slabije normirani, pa pojedine situacije ostavljaju prostor za različite interpretacije dosega pravne zaštite koju je potrebno osigurati interniranim osobama u takvim oružanim sukobima. Naime, s obzirom da međunarodno humanitarno pravo ne sadrži pravila o proceduralnim jamstvima interniranih osoba u nemeđunarodnim oružanim sukobima, logično proizlazi da takvu pravnu prazninu nadopunjavaju upravo pravila o zaštiti ljudskih prava.⁹¹ U tom smislu i Međunarodni odbor Crvenog križa tumači pitanje interniranja u nemeđunarodnim oružanim sukobima referirajući se na pravila o zaštiti ljudskih prava i napominjući u svojoj studiji o običajnopravnom statutu pravila međunarodnog prava u nemeđunarodnim oružanim sukobima, između ostaloga, da je jedno od pravila koje je steklo običajnopravni status pravo osobe

⁹¹ Konkretno se to odnosi na odredbe čl. 9. MPGPP-a koje propisuju pretpostavke pod kojima neka osoba može biti lišena slobode na zakonit način. Tako taj članak u stavku 1.: „(...) Nitko ne može biti lišen slobode osim zbog razloga i po postupku koji su propisani zakonom; st. 2.: Tko god je lišen slobode, mora se u času lišenja slobode obavijestiti o razlozima toga lišenja slobode i mora mu se priopćiti bilo kakva optužba protiv njega; st. 3.: Tko god je lišen slobode ili pritvora zbog kaznenog djela treba se u najkraćem roku izvesti pred suca ili drugi organ koji je zakonom ovlašten vršiti sudsku vlast i treba unutar razumnog roka biti suđen ili oslobođen. (...); st. 4.: Tko god je lišen slobode ili se nalazi u pritvoru, ima se pravo obratiti sudu u svrhu da sud bez odgađanja odluči o zakonitosti njegova zatvaranja i da naloži njegovo puštanje na slobodu ako je pritvor nezakonit (...)“. Vidi čl. 9. MPGPP-a, *op. cit.* (bilj. 5). I Međunarodni odbor Crvenog križa ukazuje na to da postoje okolnosti u kojima je određenim odredbama međunarodnog humanitarnog prava, poput zajedničkog čl. 3. Ženevskih konvencija, potrebno dati odgovarajući sadržaj primjenom drugih pravnih sustava. Opširnije vidi u: International Institute of Humanitarian Law in Co-operation with the International Committee of the Red Cross, 27th Annual Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4 September 2003, *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*. Dostupno na mrežnoj stranici: ICRC, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_851_kellenberger.pdf [7. rujna 2022.].

lišene slobode u nemeđunarodnim oružanim sukobima da bude puštena na slobodu čim prestanu postojati razlozi za lišavanje slobode.⁹²

U kontekstu rasprave o primjeni načela da posebno pravilo ukida općenitije, osobito uzimajući u obzir da njegova primjena u konfliktnoj situaciji između pravila međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava nije uvijek jasna, postoje mišljenja da ta dva pravna režima ne funkcioniraju u kontekstu načela *lex specialis*. U tom smislu Vijeće za prava čovjeka tumači da primjena tog načela jednostavno znači da u slučajevima sukoba pravnih normi prednost u primjeni treba dati onom pravilu koje detaljnije i konkretnije uređuje neko pitanje u odnosu na opće pravilo, na temelju analize svakog pojedinog slučaja, bez obzira dolazi li pritom do primjene pravila međunarodnopravne zaštite ljudskih prava ili međunarodnog humanitarnog prava.⁹³ Komisija za međunarodno pravo zaključuje da u slučaju sukoba jednakovrijednih pravnih pravila, osobito uzevši u obzir da katkad nije jasno razlučiti koje pravilo je opće, a koje posebno, izbor mjerodavnog pravila ovisi o konkretnim činjenicama pojedine situacije i specifične zaštite koju pružaju ta pravila.⁹⁴

Na kraju, postoje i neka pravila međunarodnog prava oružanih sukoba koja izravno upućuju na primjenu međunarodnopravne zaštite ljudskih prava. Tako,

⁹² Vidi Sassóli, M.; Olson, L. M., The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-International Armed Conflicts, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, br. 871, 2008., str. 621-622; Henckaerts, J.-M., Study on International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, br. 857, 2005., str. 209.

⁹³ Human Rights Council, Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, *Outcome of the expert consultation on the issues of protecting the human rights of civilians in armed conflict*, UN Doc. A/HRC/11/31, 4. lipnja 2009., para. 13.

⁹⁴ International Law Commission, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Mr. Martti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1, 13. travnja 2006., para. 58.

na primjer, čl. 72. Protokola I. određuje: „Odredbe ovog odjeljka dopunjuju pravila o humanitarnoj zaštiti građanskih osoba i civilnih objekata koji su u vlasti stranke sukoba sadržane u Četvrtoj konvenciji, posebice u njezinim dijelovima I. i III., kao i druga primjenjiva pravila međunarodnog prava koja uređuju zaštitu temeljnih prava čovjeka za vrijeme međunarodnoga oružanog sukoba“.⁹⁵ Osim toga, odredbe čl. 75. istog dokumenta o temeljnim jamstvima u stavku 8. propisuju: „Nijedna se odredba ovog članka ne može tumačiti da ograničava ili da dira u bilo koju povoljniju odredbu koja, na temelju bilo kojih primjenjivih pravila međunarodnog prava, osobama obuhvaćenima stavkom 1. jamči veću zaštitu“.⁹⁶ Na jasnu primjenu osnovnih međunarodnih instrumenata koji štite ljudska prava u oružanim sukobima ukazuje i preambula Protokola II. ističući, između ostalog, sljedeće: „(...) podsjećajući, također, da međunarodni instrumenti koji se donose na prava čovjeka pružaju čovjeku osnovnu zaštitu; podsjećajući da u slučajevima koji nisu predviđeni važećim pravom čovjek ostaje pod zaštitom načela čovječnosti i zahtjeva javne savjesti (...)“.⁹⁷

Možemo zaključiti, dakle, da bez obzira na postojanje i trajanje oružanog sukoba i, posljedično, obveznu primjenu pravila međunarodnog humanitarnog prava između stranaka sukoba, međunarodnopravna zaštita ljudskih prava i dalje ostaje pravni režim u skladu s kojim je država dužna postupati i osigurati pojedincima koji se nalaze pod njezinom jurisdikcijom brojna građanska, politička, kulturna, ekonomska, socijalna i kulturna prava, uvažavajući pritom primjenu relevantnih pravila međunarodnog humanitarnog prava kao *lex specialis*. S druge strane, podsjećamo na stajalište Odbora za prava čovjeka koji je upozorio da to ne znači da jedan pravni sustav isključuje drugi, nego da se oni međusobno nadopunjuju i trebaju primjenjivati s ciljem osiguranja pravne zaštite osoba koje su zahvaćene oružanim sukobom te da se spriječe bilo kakve zloupotrebe oba pravna režima. Također, možemo se složiti s autorima koji ocjenjuju da, što je šire područje njihova preklapanja i komplementarne primjene, veća je vjerojatnost da žrtve

⁹⁵ Čl. 72. Protokola I., *op. cit.* (bilj. 30).

⁹⁶ *Ibid.*, čl. 75. st. 8.

⁹⁷ Protokol II., preambula, *op. cit.* (bilj. 30).

povreda međunarodnog humanitarnog prava ostvare odgovarajuću pravnu zaštitu prema pravilima međunarodnopravne zaštite ljudskih prava.⁹⁸

6. ZAKLJUČAK

Provedena analiza pokazuje da su pravni sustavi međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava u konstantnom razvoju, o čemu svjedoče međunarodna sudska praksa i pravna znanost. Sudske presude, savjetodavna mišljenja, stajališta ugovornih nadzornih tijela i drugih relevantnih organa UN-a potvrđuju međuovisnost dvaju pravnih režima i ukazuju na napuštanje tradicionalnog pristupa prema kojem su oni bili odvojeni i različiti s obzirom na polje primjene, adresate i okolnosti u kojima se primjenjuju. U suvremeno doba, kako se konstantno mijenjaju pojavni oblici oružanih sukoba i njihovi sudionici, tako postupno dolazi do prilagođavanja pravnih pravila i načela novim situacijama, sve u svrhu postizanja što je moguće učinkovitije zaštite čovjeka u iznimnim okolnostima oružanih sukoba. Uloga i odgovornost spomenutih tijela je značajna s obzirom da državama, nedržavnim akterima pa i pojedincima pružaju smjernice za izbjegavanje pravnih praznina u pružanju pravom zajamčene zaštite osobama koje su najteže pogođene posljedicama neprijateljstava.

Štoviše, ispravna primjena obaju pravnih režima u odnosu na zaštićene osobe, shvaćena kao odgovarajuća primjena relevantnih pravila međunarodnopravne zaštite ljudskih prava s ciljem razjašnjavanja samog sadržaja pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su nerijetko nedorečena i preopćenita, prema našem mišljenju, dovodi do učinkovitijeg provođenja mehanizama odgovornosti svih

⁹⁸ Henckaerts; Nohle *op. cit.* (bilj. 50), str. 35. Opširnije o pravu žrtava povreda međunarodnog prava u vrijeme oružanog sukoba, uz analizu međusobnog ispreplitanja ali i ograničenja ostvarivanja reparacije prema pravilima međunarodnog humanitarnog prava, međunarodnopravne zaštite ljudskih prava i međunarodnog kaznenog prava vidi: Evans, Ch., *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2012. Vidi i rezoluciju Opće skupštine UN-a, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, UN Doc. A/RES/60/147, 21. ožujka 2006.; Tomuschat, Ch., Specificities of human rights law and international humanitarian law regarding state responsibility, u: Kolb; Gaggioli, *op. cit.* (bilj. 62), str. 204-205.

relevantnih aktera za kršenje međunarodnog prava u oružanim sukobima. Upravo je interes žrtava povreda ljudskih prava i kršenja međunarodnog humanitarnog prava u vidu ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti ili genocida potaknuo traženje učinkovitijih mehanizama njihove zaštite i realizacije prava na reparaciju. Osim toga, potvrđivanje običajnog prava naravi sve većeg broja pravila međunarodnog humanitarnog prava, ali i ugovornih odredaba iz područja zaštite ljudskih prava omogućava širenje adresata relevantnih pravnih normi, što je osobito važno u oružanim sukobima nemeđunarodnog karaktera u kojima je, upravo zbog oskudnije pravne reguliranosti, nužno proširiti njihovu obvezatnost i na nedržavne aktere.

Imajući u vidu, dakle, krajnju svrhu i jednog i drugog područja međunarodnog prava zaštite, odnosno primjenu načela utemeljenog još u rimskom pravu, *hominum causa omne jus constitutum est*, zaključujemo da je komplementarna i međusobno nadopunjujuća primjena obaju pravnih režima u vrijeme oružanih sukoba neophodna radi najveće moguće zaštite dostojanstva svakog čovjeka i zaštita temeljnih zahtjeva čovječnosti.

8. Razvoj identiteta pojedinca od „*lochnerovske* slobode ugovaranja“ do socijalnog zakonodavstva „*New Deal*“

ZRINKA ERENT-SUNKO*, IVANA MATULIN**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 338.246.025.2

SAŽETAK U istraživanju percepcije identiteta i postupka razvoja pojma identiteta javljaju se različiti pristupi u kojima nalazimo nit poveznicu – propitati njegovu važnost u širem društvenom kontekstu te ju naglasiti u ovisnosti o mnogobrojnim čimbenicima vremena u kojem se istražuje. Pri tome se javljaju i mnoga pitanja među kojima se ističe pitanje suprotstavljanja individualizma i kolektivnog identiteta. Argumentacijsku konstrukciju presude Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država *Lochner* protiv *New York* iz 1905. moguće je promatrati kroz prizmu pojedinca koji slobodno ulazi u ugovorne odnose s drugima konzumirajući tako svoje pravo utemeljeno na mogućnosti izbora. No takvo, individualističko poimanje ujedno čini teorijsku konstrukciju odvojenosti pojedinca od društvenoekonomskog realiteta u kojem postoji nejednakost između ugovornih strana u radnom odnosu – poslodavca i radnika. Time se dobiva privid jednakih mogućnosti pregovaranja o uvjetima i rezultatima rada. Kao posljedica ističe se neprimjerenost zadiranja države u privatnu sferu ugovornih odnosa samo naizgled jednakih strana. Stoga se u radu promatra razvoj identiteta građanina u pravu SAD od „*lochnerovske* jednakosti“ ugovornih strana do razdoblja *New Deal*, koje je ubrzo uslijedilo, a u kojem se prepoznaje potreba zaštite ekonomski slabijih i potrebitijih pripadnika američkog društva. Uslijed takvog razvoja u radu se istražuje pitanje identiteta pojedinca kao građanina i potrebe priznanja društvenih, posebice ekonomskih, determinanti pojedinca. Naime, odcjepljenje građanina od formalističkog shvaćanja jednakosti od društvenih okolnosti te održanje prividne izjednačenosti građana zahtjeva zanemarivanje potrebe osiguranja kvalitativne jednakosti kroz zaštitu slabijih te osiguranje minimalnih uvjeta za dostojan život. Društvene okolnosti utječu na pojedinca, a kada se radi o njegovoj egzistenciji i pitanje identiteta u danim okolnostima može biti ranjivo.

* **Dr. sc. Zrinka Erent-Sunko**, redovita profesorica i predstojnica Katedre za opću povijest prava i države Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: zerent@pravo.hr

** **Ivana Matulin, mag. iur.**, odvjetnička vježbenica u Zajedničkom odvjetničkom uredu Hrvoje Lafter i Vladimir Rađenović, Jastrebarsko, e-mail: matulinivana@gmail.com

1. UVOD^{***}

Pitanje identiteta pojedinca usko je vezano ne samo za njegovu prirodnu determiniranost već i za društvene odrednice koje utječu na mehanizme njegova očuvanja i poštovanja. Međutim, iako često biva pojmom rasprava, sam pojam identiteta nije jasan. Naime, njegove definicije ovise o pristupu izučavanju pri čemu neki smatraju da identitet ne može biti definiran kao obilježje pojedinca, već samo grupa¹. Ovakvo mišljenje o pojmu osobnog identiteta suprotno je onima prema kojima se značaj identiteta mora razumjeti u odnosu na prava i interese pojedinca². Problem u pristupu čini se da je moguće riješiti kroz propitivanje identiteta u ovisnosti o čimbenicima vremena i ostanak u realitetu uz promatranje pojedinca u interakciji s drugim pojedincima. Bez navedenog mogu se krivo, ogoljeni od društvene sredine, percipirati i pojedinac i identitet. Za navedeno dobar je primjer slučaj „*Lochner v. New York*“ iz 1905. koji je nastao upravo zbog nesagledavanja šireg konteksta, odnosno privida jednakih mogućnosti (strana) u vrijeme kada je Vrhovni sud SAD zauzeo stav o neprimjerenost uplitanja države u privatnu sferu sklapanja ugovora. S druge strane politika *New Deal*a, koja je nedugo poslije „slučaja *Lochner*“ uslijedila, zasnivala se je na više nego nužnoj društvenoj detekciji potrebe zaštite ekonomski ugroženih pojedinaca. U „slučaju *Lochner*“ jednakost strana je naposljetku prihvaćena kao osnova valjanog pregovaranja dok je u vrijeme *New Deal*a jednakost valjalo odbaciti temeljem sagledavanja ekonomskih datosti i determinanti pojedinaca. „Slučaj *Lochner*“ i socijalni aspekti politike *New Deal*-a nisu samo pravno-povijesna iskustva koja

^{***} Ovaj je rad dijelom temeljen na diplomskom radu Ivane Matulin naslova „*New Deal - pravno-povijesno iskustvo i ostavština*“, izrađenom pod mentorstvom prof. dr. sc. Zrinke Erent-Sunko i obranjenom na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Ovo mišljenje ističe Charles Taylor. Suprotno Tayloru, Keba zastupa „mogućnost individualizma u pogledu osobnog individualiteta“ kako je istaknuo u svom radu. Vidi Keba, A., Charles Taylor i mogućnost individualizma u pogledu identiteta, *Politička misao*, Vol. 47, br. 1, 2010., str. 13.

² Taylorov stav suprotan je svima liberalnima. Taylor, C., *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate, Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, MA, str. 181-203.

mogu utjecati na percepciju osobnog i kolektivnog individualiteta, oni su primjer kako zadiranje države u privatnu sferu i čimbenici vezani za pojam identiteta mogu biti predmet ustavnopravnog propitivanja. I „slučaj Lochner“ i zakoni New Deal-a završili su na Vrhovnom sudu pri čemu je Zakon koji je bio uzrokom predmeta *Lochner v. New York* 198 U.S. (1905) „pao“ dok su socijalni zakoni New Deal-a od strane Vrhovnog suda – potvrđeni.

2. LOCHNER V. NEW YORK

Ne samo da je „Slučaj Lochner“ bio od velike važnosti za ustavnopravnu praksu u Sjedinjenim Američkim Državama, već je bio i jedan od kontroverznijih³. Neki izvori smatraju da je titulu jednog od najvažnijih nosio čak više od pola stoljeća⁴. No, slučaj nije bio usamljen što se tiče područja na koje se odnosi. I prije Lochnera Vrhovni sud se bavio nizom zakona koji su se ticali uvjeta rada i odnosa između poslodavaca i radnika. Radni odnosi i tržište rada, nikada kao tema nisu izgubili na važnosti, a pitanje solidarnosti, identiteta i individualizma radnika u naporima da organiziraju kolektivnu borbu za poboljšanje radnih uvjeta i života vežu se uz tri modela⁵. „Slučaj Lochner“ izazvao je veliku pozornost, različita viđenja i tumačenja te diskusije⁶, a razdoblje koje je uslijedilo nakon ovog slučaja prozvano je „lochnerovskom erom“ koja je završila 1937. sa predmetom *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

³ Navodno „ni jedan slučaj u tom ranom razdoblju suvremene ustavne jurisprudencije nije ostao tako živ u svijesti pravne akademije ili tako kontroverzan“. Cit. Schweber H. Vidi Schweber, H., *Lochner v. New York and the Challenge of Legal Historiography, Law and Social Inquiry*, Vol. 39, br. 1, 2014., str. 243. S tim slučajem nastaje i pojam „lochnerijanskog sudskog aktivizma“ koji je od posebnog interesa za ustavnopravne stručnjake.

⁴ Sunstein, C. R., *Lochner's Legacy, Columbia Law Review*, Vol. 87, br. 5, 1987., str. 873.

⁵ Vidi Lobel, O., *Between Solidarity and Individualism – Collective Efforts for Social reform in the Heterogeneous Workplace, Research in the Sociology of Work*, Vol. 14, 2004., str. 131, 137. Lobel navodi da je prvi model organiziranog rada „univerzalist-individualist“ nastao zbog potrebe da se za New Deal-a osigura neka univerzalna solidarnost koja prevladava različitosti i predstavlja jedan glas radnika.

⁶ Više u Schweber, *op. cit.* (bilj. 3), str. 242-274.

Presudu u predmetu *Lochner v. New York*⁷ donio je Vrhovni sud SAD 1905. nakon što je Vrhovni sud države New York potvrdio presudu donesenu protiv pekara Josepha Lochnera, vlasnika pekare *Lochner's Home Bakery* (Utica).

Naime, krajem 19. st. većina pekarnica u New Yorku bila je smještena u podrum, niskih stropova, s lošom ventilacijom i ne baš higijenskim uvjetima. Pekari, zaposleni u takvim uvjetima bili su neprestano izloženi riziku od oboljenja, tim više što se prosječno radilo 74 sata tjedno, pa i dulje.⁸ Zbog spomenutih je uvjeta država New York 1895. po uzoru na engleski „*Bakehouse Regulation Act*“ iz 1893. donijela „*Bakeshop Act*“. Tim su zakonom utvrđeni nužni sanitarni uvjeti što je podrazumijevalo i zabranu držanja životinja u pekarama kao i zabranu da zaposlenici u njima spavaju. Radno vrijeme pekara ograničeno je na 10 sati dnevno, odnosno 60 tjedno. Na temelju donesenog „*Bakeshop Act*-a“⁹ vlasnik pekare Lochner uhvaćen je 1899. u prijestupu zbog kršenja čl. 110. poglavlja 415. te je došlo do sudskog postupka u kojem je proglašen krivim jer je nezakonito dopustio radniku da radi više od 60 sati tjedno. Lochneru izrečena novčana kazna u iznosu od 25\$. No, u istom je prijestupu uhvaćen i 1901. kada mu je 12.02.1902. sud u okrugu Oneida izrekao kazna od 50\$. Lochner je podnio žalbu Prizivnom odijelu, koji je iste godine potvrdio donesenu presudu kao naposljetku i 1904. Vrhovni sud New York-a¹⁰. U prizivima se isticalo kako je Zakon diskriminatoran jer se ne odnosi na sve pekare (npr. nije se odnosio na pekare u hotelima) te da država njime krivo koristi svoju nadležnost u sferi zaštite zdravlja, sigurnosti i dobrobiti građana. Lochnerovi odvjetnici su, s obzirom na spomenuti engleski zakon, a ciljajući na neprimjerenost ograničenja radnog vremena za pekare, u prizivu također iskoristili statističke podatke o smrtnosti u Engleskoj. Prema istima je stopa mortaliteta pekarskih djelatnika bila ispod prosječne stope mortaliteta te jednaka stopi mortaliteta npr. službenika. Također su korištene medicinski članci koji su preporučivali bolje sanitarne uvjete i prozračivanje u pekarama, ali ne i ograničenje radnog vremena. Lochner se je potom, ne želeći odustati, obratio

⁷ Tekst na <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45> [pristup: 25. kolovoza 2022.].

⁸ Prema <https://britannica.com> [pristup: 21. kolovoza 2022.].

⁹ Prvi dio zakona regulirao je pitanje radnog vremena dok su se drugi bavili zdravstvenim uvjetima, među kojima i zabranom da pekari spavaju u pekari, te inspekcijom.

¹⁰ Valja spomenuti da je odluka donesena sa 4:3 za potvrdu prvostupanjske presude.

Vrhovnom sudu SAD pozivajući se na kršenje XIV. amandmana, odnosno neustavnost *Bakershop Act-a*. Pri tome je naglašavao da je se u njegovom slučaju radi o kršenju slobode ugovaranja. O značenju i širini amandmana XIV postojale su dvojbe, ali su neki izvori¹¹ naglasili da je u vrijeme njegova usvajanja 1868. od 37 država SAD, koliko ih je tada bilo, svih 37 ustavima šttilo osobna prava, dok je 27 država ili 2/3 u svojim ustavima imalo naglašeno Lockovo načelo prema kojem su „Svi ljudi po prirodi slobodni i neovisni te imaju određena neotuđiva prava među kojima su uživanje i obrana života i slobode, stjecanje, posjedovanje i očuvanje imovine: i traženje i osiguranje sigurnosti i sreće“¹². Čak 71% stanovnika SAD živjelo je u državama čiji su ustavi inkorporirali postojanje ovih prirodnih, neotuđivih, nepovredivih i inherentnih prava¹³, a klauzule koje osiguravaju postojanje ovih prava bile su najpopularnije upravo među stanovništvom sjeveroistočnih država SAD gdje ih je imalo 90% ustava¹⁴. U XIV amandmanu na kojeg se Lochner pozvao nalazi se klauzula o pravičnom postupku (*Due Process Clause*)¹⁵ koja je ujedno i ograničenje kontrole i moći koju vlast može imati nad

¹¹ Calabresi, S., Agudo, S. E., Individual Rights Under State Constitutions When the Fourteenth Amendment Was Ratified in 1868: What Rights are Deeply Rooted in American History and Tradition?, *Texas Law Review*, Vol. 87, br. 1, 2008., *Northwestern Public Law Research Paper*, br. 08-06, str. 12.

¹² Calabresi i Agudo kao primjer navode art. 1. § 1. Ustava Kalifornije.

¹³ *Ibid.*, str. 88. Među kojima je i pravo na nošenje oružja.

¹⁴ *Ibid.* Među državama na jugu 60%.

¹⁵ XIV. amandman, odl. 1. „...Nijedna država neće donijeti niti silom provoditi kakav zakon koji bi ograničavao povlastice i zaštite građana Sjedinjenih država; niti će ijedna država ijednu osobu lišiti života, slobode ili vlasništva, bez dužnog zakonitog postupka...“. *Due Process Clause* nalazi se i u V. amandmanu: „...niti će se u ikakvom krivičnom slučaju prisiliti da svjedoči protiv same sebe niti je lišiti života, slobode, ili vlasništva, bez dužnog zakonskog postupka...“. Prema prijevodu Ustava SAD u: Kurtović, Š., *Hrestomatija opće povijesti prava i države, II knjžiga, Novi vijek*, Vlastita naklada, Zagreb, 2000., str. 80, 81, 83. Ova klauzula daje trostruku zaštitu. *Due Process Clause* i pitanja s njom u vezi u fokusu su istraživanja ustavnopravnih stručnjaka, a u ovom se radu spominju u kontekstu osobnih, individualnih prava i pojma identiteta. Međutim, valja spomenuti kako se pojam *Due process clause* različito prevodi. Neki autori prevode ga kao „klauzula o pravičnom suđenju“ (Horvat Vuković, osobna korespondencija autorica). Neki izvori spominju „klauzulu o zakonitom postupanju u sudbenim stvarima“, pri čemu navode kako je „američki koncept *due process of law* kompleksni postupak obrane ljudskih prava“ te kako „klauzula služi kao ograničenje koliko

pojedincem. Temeljeći svoju odluku na ovim tumačenjima savezni Vrhovni sud, iako ne jednoglasno, donio je Odluka da se država New York, donoseći odredbe Bakershop Act-a „nerazumno, nepotrebno i proizvoljno miješala u pravo i slobode pojedinca na ugovaranje“. Suci su zaključili da je „klauzula postupka“ iz XIV. amandmana, a koja proizlazi iz citiranog Lockovog načela, „duboko ukorijenjena u američkoj povijesti i tradiciji“ te prihvatili argument kako „klauzula postupka“ štiti pravo odnosno slobodu ugovaranja, kao i da je to potvrđeno i prije donesenom presudom u predmetu *Allgeyer v. Louisiana* 1897. Međutim presuda je istaknula kako to pravo može biti ograničeno kada to zahtijeva potreba očuvanja javnog zdravlja, sigurnosti i morala.¹⁶ Uzimajući u obzir da pojedinac možda želi raditi dulje kako bi zaradio više, a da je poslodavcu zabranjeno da mu to omogući, Vrhovni je sud zaključio kako predmetni Zakon ograničava pravo na osobnu slobodu i slobodu ugovaranja te ga 17. travnja 1905. proglasio neustavnim¹⁷. Naime, Amandman XIV brani da ijedna država, bez na zakonu zasnovanog postupka, ikoga liši života, slobode ili vlasništva. Prema istom amandmanu, pravo na kupnju ili prodaju rada, dio je te slobode¹⁸, ako ne postoje okolnosti koje isključuju to pravo. Ključno je bilo pitanje radi li se u slučaju duljeg radnog vremena u pekari o okolnostima koji se tiču sigurnosti, zdravlja¹⁹, morala ili opće

legislature toliko i egzekutivne i sudbene vlasti“. Vidi Bačić, A., Pravo na suđenje i razumni rok kao garanciju ustavnih prava i sloboda, u: ur. Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Pravo na pošteno suđenje i razuman rok, pravo azila*, Organizator, Zagreb, 2003. str. 10-11. Baveći se pak pitanjima ustavne demokracije, odnosno sudskog aktivizma u SAD neki izvori navode kako se u slučaju *Lochner* postavlja pitanje hoće li prevagnuti pravo države na obnašanje nadzornih ovlasti glede uređivanja konkretne zakonske materije ili pravo pojedinca na slobodu ugovaranja. Vidi Bačić, P., Zakonodavna supremacija i sudski aktivizam u SAD-u, *Politička misao*, Vol. 46, br. 3, 2009., str. 179.

¹⁶ Država temelji svoja ograničenja na tzv. „police power“. Pojam *police power*, koji spominje odluka Vrhovnog suda, neki izvori prevode kao „nadzorna ovlast, što bi najviše odgovaralo sadržaju mjera koja se tiče očuvanja javne sigurnosti, morala i pravde“. Tako Bačić, Zakonodavna supremacija..., *ibid.*, str. 178., bilješka 7. Uporište za takav prijevod Bačić nalazi u *The Constitutional Law Dictionary, Vol. 2: Governmental Powers* te *Black's Law Dictionary*.

¹⁷ Zapravo odjeljak I. Zakona (110. u Zakonu o radu).

¹⁸ Obrazloženje presude dao je sudac Peckhan kao tadašnji sudac Vrhovnog suda.

¹⁹ Za neke je pekarski posao bio neugodan i nezdrav zbog izloženosti prašini, dimu, vlazi i vrućini i na tim su se razlozima i temeljili zahtjevi za kraćim radnim vremenom. No, unatoč navedenim razlozima pekarstvo nije bilo među profesijama u kojima dolazi do teških ozljeda ili životne ugroze. Kens, P.,

javne koristi, temeljem kojih bi država trebala temeljem nadzornih ovlasti (*police powers*) ograničiti to pravo, odnosno ima li primat pravo države na obnašanje *police powers* (konkretizirano donošenjem *Bakershop Act-a*) ili pravo pojedinca. Odluka suda išla je u korist posljednjeg²⁰, ali dva su suca ne slažući se sa većinom dala izdvojeno mišljenje²¹. Harlan nije smatrao da je na ovaj slučaj bila moguća primjena slobode ugovaranja te da jedina svrha „*Bakershop Act-a*“ nije bila samo briga za zdravlje i sigurnost radnika dok je Holmes smatrao da većinsko mišljenje sudaca širi slobodu ugovaranja i sužava nadzorne ovlasti (*police powers*). Ne ulazeći u svako od značenja „odluke Lochner“²² istaknuli bismo njeno značenje kao sinonima za ekonomski liberalizam (*laissez-faire*) koji je utjecao na kasniju zaštitu ekonomskih prava te socijalno zakonodavstvo²³. No, u svjetlu sagledavanja osobnih prava i sloboda pojedinaca, kao i pitanja identiteta, valja se prisjetiti momenata koji su prethodili donošenju Zakona. Ipak, 80-ih godina 19. st. radno vrijeme pekarnica nije bilo ograničeno na deset sati kao kod nekih drugih struka pa su pekari bili uporni u borbi da se ograniči i rad u pekarama. Također, poslije osnivanja sindikata 1881. održan je štrajk čiji je primarni cilj bio dvanaestsatno radno vrijeme. Isti je, nakon početno iskazane volje vlasnika da udovolje zahtjevima pekara, završio neuspjehom. Borba se nastavila zahtjevima za neradnom nedjeljom, ali tek je 1885. u nekim državama (npr. Michigan, Pennsylvania) radno vrijeme ograničeno na dvanaest sati. Potom je, u državi New Yorku 1886. i 1887. predložen zakon sa deset-satnim radnim vremenom za pekare, ali je odbačen sa 56 glasova prema 54. Dakle, pekari su se ustrajno nastojali izboriti za ograničenje radnog vremena pri tome koristeći i pravo na obustavu rada te su upravo svojim nastojanjima osigurali

Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v. New York, University Press of Kansas, 1990., str. 9.

²⁰ Sudac Peckham je u obrazloženju istaknuo kako iz potrebe očuvanja zdravlja i sigurnosti država regulira radne odnose.

²¹ Vidi više Bewig, M. S., *Lochner v. The Journeymen Bakers of New York: The Journeymen Bakers, Their Hours of Labor and the Constitution, A Case Study in the Social History of Legal Thought*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 38, br. 4, 1994., 422-424.

²² Odluka se uglavnom navodi kao sinonim za sudski aktivizam, ekonomski liberalizam i pokazatelj ustavne krize.

²³ Vidi Bačić, *Zakonodavna supremacija...*, *op. cit.* (bilj. 15), str. 181.

atmosferu koja je dala plodno tlo za donošenje Zakona. Prijedlog „*Bakershop Act-a*“ prihvaćen je od oba doma zakonodavnog tijela tek uz jednu izmjenu. Ta je išla u prilog pekarima koji su sami bili vlasnici malih pekara te im je dopušteno da rade koliko smatraju potrebnim. „*Bakershop Act*“ je donesen uz potporu sindikata pekarskih djelatnika²⁴ koji je podupro navedenu promjenu²⁵. Zakonodavac je dakle imao u vidu razlike u položaju pekara zaposlenika i pekara poslodavca. No, Vrhovni sud SAD nije pri razmatranju predmeta uzeo u obzir razliku u položaju tj. nejednakost u mogućnostima pregovaranja poslodavca i pekara kojemu duže radno vrijeme može biti slobodan izbor, ali i nužda. Nakon donošenja Zakona zbog mnogih se razloga on nije primjenjivao, jedan je bio i taj da su mnogi pekari ne samo radili već i stanovali u pekarama. Nakon odluke Vrhovnog suda, koja je, upravo suprotno, ograničenje rada proglasila neustavnim, situacija je, paradoksalno, bila posve drugačija. Naime, do 1909. manje od 9% pekara radilo je više od deset sati da bi do 1919. to bilo 3% što je bilo posljedica poboljšanja radnih uvjeta općenito u SAD²⁶.

Djelovanje Vrhovnog suda upravo u razdoblju koje se naziva „Lochnerovska era“ nesporno je bilo, kako ga nazivaju neki izvori „*pro-bussines*“²⁷ i odražavalo politička uvjerenja sudaca koja su do izražaja još više došla u ekonomskoj krizi 30-ih godina i „rušenju“ zakona New Deal. „Lochnerova era“ završava 1937. s naglim mijenjanjem pravca odlučivanja Vrhovnog suda. Te je godine Vrhovni sud promijenio smjer te počeo odobravati „uplitanje“ države tj. regulaciju tržišta rada (*West Coast Hotel v. Parrish*). U slučaju *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*

²⁴ U isto vrijeme vlasnici pekara nisu bili organizirani, a i među njima su postojale različitosti koje su bile iskazane u različitim interesima. U ovom slučaju neizostavno je spomenuti ulogu Weismanna koji je podupirao donošenje zakona o ograničenju radnog vremena a kasnije promijenio mišljenje. Više Kens, op. cit. (bilj. 19); Bewig, op. cit. (bilj. 21).

²⁵ Navodno uz objašnjenje da je cilj sindikata bio „zaštita zaposlenika“. Vidi više Bernstein, D. E., *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83, br. 5, 2005., str. 1482.

²⁶ Prema Kyrk, H., Davis, J. S., *The American Baking Industry 1849-1923*, Stanford University, 1925. str. 60-61, 108. O uvjetima Wages, Hours and Working Conditions in the Bread-Baking Industry, 1934, pr. by *Divisions of Wages, Honours and Working Conditions*, *Jacob Perlman*, bulletin no. 623, United States Government Printing Office, Washington, 1936.

²⁷ Usp. Schweber, op. cit. (bilj. 3), str. 253.

iz 1955. suci su čak izričito naveli: „Prošlo je vrijeme kada je ovaj Sud koristeći „procesnu klauzulu“ XIV amandmana rušio državne zakone, regulatorne, poslovne ili industrijske uvjete, stoga što su nerazboriti, nepromišljeni ili u nesuglasju s određenim promišljanjem.“²⁸ Slučaj *Lochner* će 1973. dobiti novo značenje donošenjem odluke u predmetu „*Roe v. Wade*“²⁹. Odlučujući o pitanju abortusa sudska je većina našla uporište u klauzuli o pravičnom postupku (*Due Process Clause*) kako bi poništila ograničenje pobačaja³⁰. Pravu na privatnost sadržanom u konceptu osobne slobode XIV amandmana dana je prednost pred državnim intervencijom (*police powers*). Dio većine, sudac Blackmun, se pak prisjetio riječi suca Holmesa iz „slučaja *Lochner*“ te napisao: „Imamo na umu opomenu suca Holmesa u njegovom opravdanom neslaganju u slučaju *Lochner v. New York* kako je ustav pisan za ljude bitno različitih mišljenja“. Različitost tih mišljenja omogućila je promjenu smjera u radu Vrhovnog suda uvažavanjem potrebe da se intervencijom države pomogne ekonomski ugroženom dijelu stanovnika.

Suvremenu liberalnu interpretaciju „slučaja *Lochner*“ dao je Tribe prema kojemu je ovaj slučaj „od velike važnosti za sudstvo u zaštiti osobnih prava...“³¹.

Iako je „*Lochner*ovska era“ završila 1937. „slučaj *Lochner*“ na neki način ponovo „oživljava“ sedamdesetih godina 20. st. Tada se naime, vezano za primjenu „procesne klauzule“ ponovo spominje, a u tome valja izdvojiti poznati predmet

²⁸ U originalu stoji „school of thoughts“ što je ovdje pojednostavljeno prevedeno kao promišljanje.

²⁹ 410 U.S. 113 (1973). Vidi originalni tekst 348 U.S. 483 (1955).

³⁰ Jednu od kritika mišljenja izrečenog odlukom *Roe v. Wade* vidi u: Ely, J. H., *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, *The Yale Law Journal*, Vol. 82, 1973., 935-946.

³¹ Cit. vidi Bernstein, *op. cit.* (bilj. 25), str. 1520. O procesnim klauzulama V i XIV amandmana i njihovoj primjeni postoje različita tumačenja.

Roe v. Wade³². Među novijim predmetima valja spomenuti manje poznati predmet Lawrence v. Texas³³ iz 2003. godine.

Međutim, slučaj valja sagledati i s druge strane prema kojoj su „sudovi u lochnerovskoj eri usvojili rigidni formalizam koji je zanemarivao društvenu stvarnost dok je politiku New Deal karakterizirao jaki pragmatizam usklađen s društvenim i ekonomskim promjenama“³⁴. U slučaju Lochner sagledane su nadzorne ovlasti države i klauzula o pravičnom postupku (*Due Process Clause*) u skladu s onovremenim pravnim shvaćanjem i pod utjecajem čimbenika koji su takav stav omogućili dok je New Deal neizbježno pod pritiskom nesagledivih posljedica krize i potrebe njenih ublažavanja donio ozračje u kojem su se *police powers* morale sagledati drugim očima, očima koje ih vide kao one čija je intervencija dobrodošla u očuvanju života, sigurnosti i vlasništva.

3. NEW DEAL – KRIZA, RJEŠENJE I SOCIJALNO ZAKONODAVSTVO

Po završetku Prvog svjetskog rata, SAD su narednih deset godina proživljavale „zlatno doba“³⁵. Iako se nekoliko desetljeća ranije nastojao ograničiti razvoj monopolizma i trustova, njihova je uloga u ovom razdoblju ojačala izgovorom da krupni biznis svakome osigurava posao pa ga je potrebno zaštititi. Ratni veterani postali su vrlo utjecajni na političkom planu te su ostvarivali povlastice koje su u velikoj mjeri teretile državni proračun. Radi useljenika koji su pristajali na vrlo loše uvjete rada i rušili standarde koje su zahtijevali američki radnici, ograničeno je

³² 410 U.S. 113 (1973). Sud se je u svom odlučivanju pozvao na „procesnu klauzulu“ te izveo „pravo na privatnost“ iz koncepta osobne slobode i ograničenja države u XIV amandmanu. Pri tome se u objašnjenju sud pozvao na mišljenje suca Holmesa u slučaju Lochner, dok je sudac Rehnquist smatrao da je osnova sudske odluke više bila mišljenje koje je u ime većine dao sudac Peckham. Bernstein, *ibid.*, str. 1519.

³³ 539 U.S. 558 (2003). Predmet je vezan za Zakon iz 1973. prema kojem je u Texasu homoseksualni čin kazneno djelo. U tom je predmetu sudac Scalia, usporedio djelovanje procesne klauzule s onom koju je imala na ograničenje radnog vremena u pekarama. Vidi 539 U.S. 558 (2003).

³⁴Riječi Jacka Balkina. Vidi Bernstein, *op. cit.* (bilj. 25), str. 1472.

³⁵ „Ljudi su mnogo radili i dobro zarađivali, ali su još više i trošili. To znači da se dizalo puno kredita, banke su jačale i nije bilo naznaka da bi razdoblje ugodna života moglo prestati.“ cit. Pavić, D.; Balta, I., Uzroci velike gospodarske krize u SAD-u i Hooverovo upravljanje krizom, *Povijesni zbornik*, Vol. 1, br. 1-2, 2007., str. 137.

useljavanje, a posebice za neke narode i iz nekih zemalja. Blagostanje koje su SAD tada živjele, ali i brojne špekulacije dionicama, dovele su do tzv. „krize izobilja“. Proizvodnja je porasla za 46%, a samo 58% stanovništva bilo je zaposleno u proizvodnji. Nacionalni dohodak porastao je za 31%, a dividende za 108%, što je potaklo masovno ulaganje kapitala u dionice. Banke su postale centrom takvog gospodarskog života, a industrijom su gospodarili trustovi koji su upravljali cijenama i proizvodnjom te se nerijetko smanjivala proizvodnja, samo kako se ne bi morala smanjivati cijena proizvoda.³⁶

Kako je stopa nezaposlenosti u SAD-u dosegla čak 20% i nije opadala veći dio 1930-ih, počela se širiti panika i pokrenute su mnoge rasprave oko uzroka krize, a intenzivirao se i pritisak građanstva koje je tražilo odgovore, što je naposljetku prouzročilo vrlo veliku napetost u političkim krugovima.

Presudno, 1929. godine dogodio se krah burze u New Yorku.³⁷ Krah burze u literaturi se često naziva okidačem Velike depresije, ali pozadina krize mnogo je složenija. Inflacija uzrokovana niskim kamatnim stopama tijekom 1920-ih, potaknula je mnoga neozbiljna ulaganja. Kada su Federalne rezerve željele prekinuti takvo opasno trošenje novca, već je bilo prekasno. U razdoblju od 1929. do 1932. bruto domaći proizvod se smanjio za otprilike 30%.³⁸ Nadalje, pad vrijednosti jednih dionica posljedično je dovodio do pada dionica u drugim granama, što je uzrokovalo propadanje poduzeća, otkaze, prekid proizvodnje i opadanje kupovne moći. Robe je bilo previše jer nije imala kupaca, ljudi su bili bez posla i novca, a zavladao je i masovna glad. Kriza je vrhunac dotakla 1932. godine, kada su SAD brojile čak 15 milijuna nezaposlenih, proizvodnja je smanjena za 40%,

³⁶ Kurtović, *Opća povijest prava i države, II. knjiga, Novi vijek*, Vlastita naklada, Zagreb, 2005, str. 113.-114.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Lewis Roberts, D., *Full Circle: the New Deal and the Great Recession*, Georgia Southern University, Georgia, 2017, str. 8.-9., dostupno na <https://digitalcommons.georgiasouthern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1280&context=honors-theses> [pristup: 15. prosinca 2021.].

nacionalni dohodak je prepolovljen, uvoz smanjen za čak tri puta, dok su prihodi farmera od poljoprivrednih proizvoda bili daleko manji nego prije krize.³⁹

Moguće je, smatraju neki ekonomisti, da bi Velika depresija ostala zapamćena kao samo još jedan blagi ekonomski pad da je tadašnje otegotne okolnosti nisu dodatno snažno produbile. Velike i moćne kompanije radnicima su isplaćivale mizerne plaće, dok su istovremeno svoje proizvode prodavale po visokim cijenama. Njihovi vlasnici bezobzirno su i gramzivo punili vlastite džepove dok su prosječni Amerikanci i siromašni radnici jedva preživljavali s onime što su zaradili vlastitim radom. Takav nerazmjer, nazvan „Teorijom nedovoljne potrošnje“⁴⁰ bio je dugoročno neodrživ, pa je, potican financijskim interesima nezasićenih pojedinaca, doveo do bankrota gospodarstva. 1928. je tek 0.1% stanovništva akumuliralo 23% svega bogatstva u zemlji, a stanovništvo koje je u razdoblju prije nastupa krize činilo srednji sloj, dovedeno je na rub egzistencije. Nadalje, škrti bankari davali su kredite uz visoke kamate, građanstvu za kojeg je bilo izvjesno da ih neće moći vraćati te u trenutku kada je to istovremeno učinio velik broj banaka, financijsko tržište je doživjelo slom.⁴¹ Situacija pak u poljoprivredi mogla bi se smatrati možda najvećim pokazateljem tada predstojeće krize.

Kada je kriza otpočinjala, predsjednik SAD-a bio je Herbert Hoover, koji je zagovarao prevladavanje ekonomske krize prirodnim djelovanjem tržišta.⁴²

Bilo je izvjesno da će se država morati umiješati kako bi se gospodarstvo krenulo oporavljati.⁴³ Međutim, kako se kriza produbljivala, Hoover je sve više gubio

³⁹ Kurtović, *op. cit.* (bilj. 36), str. 114.

⁴⁰ „Gospodarstvo ulazi u krizu kada raste snaga proizvodnje i potencijalne proizvodnje, toliko da nadmašuje efektivnu potražnju koja se ne može povećati zbog pritiska na plaće uzrokovanog klasnom strukturom kapitalističkog sustava. (...) Kapitalistička klasa ne troši sav svoj profit budući da dio njega odlazi na ulaganja, rast, a time i akumulaciju. Zbog plaća pod pritiskom radnici također ne mogu kupiti proizvod – neto proizvod – koji su proizveli“, Karaçay Çakmak, H., A theoretical glance at military expenditures, *Economic research – Ekonomska istraživanja*, Vol. 22, br. 4, 2009.

⁴¹ Lewis Roberts, *op. cit.* (bilj. 38), str. 3.-4.,

⁴² Kurtović, *op. cit.* (bilj. 36), str. 114-115. U tom smislu zagovarao je i tzv. *rugged individualis* (surovi individualizam) prema kojem ljudi trebaju vlastitim snagama, bez pomoći države, doći do uspjeha (kao što je bio i njegov put).

⁴³ *Ibid.*

popularnost⁴⁴, a u takvim okolnostima do samog vrha federacije se probio njegov nasljednik Franklin Delano Roosevelt, koji je smatrao da se ključ oporavka krije u proširenju ovlasti savezne vlade, a koje će pomoći farmerima i radnicima, uz ograničavanje moći krupnog kapitala pa ga smanjenjem profita natjerati na proizvodnost i borbu za tržište.⁴⁵

Roosevelt je imao veliki plan za oporavak i transformaciju ekonomije koju je nazvao New Deal i koji je utjecao na čitavu industriju SAD-a te je istovremeno postavio temelje za proširenje utjecaja federalne vlade.⁴⁶

3.1. PRVI NEW DEAL

Roosevelt je od trenutka dolaska na vlast utjecao na stanovništvo kroz svoja obećanja koja su uključivala brz odgovor na ekonomske probleme te je putem radijskih emisija širio nadu i vraćao narodu samopouzdanje. Uvjeravao je naciju da će gospodarstvo oživjeti i napredovati. Prva faza New Deal-a nazvana je „Stotinu dana“⁴⁷, u kojoj je Rooseveltova administracija predstavila Kongresu široku lepezu mjera namijenjenih postizanju gospodarskog oporavka kako bi se pružila pomoć milijunima siromašnih i nezaposlenih Amerikanaca te je ta faza također bila usmjerena na reformu onih aspekata gospodarstva za koje je Roosevelt vjerovao da su uzrokovali krizu.⁴⁸ Roosevelt nije nijekao činjenicu da je početak New Deal-a bio eksperimentalan, ali je dalje najavio ustrajanje na uspješnim dijelovima programa sve do prevladavanja krize. Prije svega, naložio je zatvaranje svih banaka sve do trena dok Kongres na posebnoj sjednici ne donese zakon kojim se bankama u dobrom stanju dopušta ponovno otvaranje. Taj događaj nazvao je „bankovnim praznikom“, što je pored „Zakona o bankama u hitnim slučajevima“ i Rooseveltovih redovitih nacionalnih radijskih emisija, poznatijih pod nazivom

⁴⁴ Walker, R. A.; Brechin, G., *The Living New Deal: The Unsung Benefits of the New Deal for the United States and California*, UC Berkeley, 2010., str. 4.

⁴⁵ Kurtović, Š., *op. cit.* (bilj. 36), str. 115.

⁴⁶ Lewis Roberts, *op. cit.* (bilj. 38), str. 2.

⁴⁷ Vidi više Neustadt, R.E., *The Contemporary Presidency: The Presidential „Hundred Days“: An Overview*, *Harvard University, Presidential Studies Quarterly*, Vol. 31, br. 1, 2001., str. 121-125.

⁴⁸ Pavić; Balta, *op. cit.* (bilj. 35), str. 149.

„čavrljanje kraj vatre“ (*fireside chats*)⁴⁹, vratilo stanovništvu nadu u oporavak gospodarstva.⁵⁰

Najvažnije mjere oporavka iz razdoblja "Stotinu dana" bile su „Zakon o prilagodbi u poljoprivredi“ i „Zakon o nacionalnom industrijskom oporavku“. Zakon o nacionalnom industrijskom oporavku bio je program koji se sastojao od dva dijela. Jedan dio se sastojao od 3,3 milijarde dolara za javne radove, namijenjenih „Upravi javnih radova“.

„Nacionalna uprava za oporavak“ predstavljala je drugi dio zakona, čiji je zadatak bio uspostaviti i upravljati kodeksima u cijeloj industriji koji zabranjuju nepoštene trgovinske prakse, određuju minimalne plaće i maksimalne radne sate te jamče radnicima pravo na kolektivno pregovaranje, a ujedno i nameću kontrolu cijena i proizvodnju.⁵¹

Jedan od kodeksa donesenih na temelju odredaba „Zakona o nacionalnom industrijskom oporavku“ je i "Kodeks pamučnih tkanina" od 17. srpnja 1933. godine, koji je trebao stabilizirati pamučnu industriju ublažavanjem nezaposlenosti te povećavanjem potrošnje industrijskih i poljoprivrednih proizvoda povećanjem njihove kupovne moći. Navedenim Kodeksom određeno je da, izuzev pripravnika – šegrta, čistačica i vanjskih zaposlenika, radnici imaju plaću po tarifi od 12 američkih dolara na tjedan ako rade u Južnom području industrije, dok je u Sjevernom području ta tarifa iznosila 13 dolara za 40 sati rada. Poslodavci su bili ograničeni u zapošljavanju maloljetnika te tako nisu smjeli

⁴⁹ Izraz „fireside chats“ stvorio je Harry Butcher iz radijske mreže Columbia Broadcasting System (CBS). Butcher je te riječi upotrijebio prije drugog čavrljanja kraj vatre, 7. svibnja 1933. Točan broj čavrljanja uz ognjište se ne zna sa sigurnošću, ali se smatra da ih je ukupno bilo između 27 i 31, Sterling, C. H., *The fireside chats – President Franklin D. Roosevelt (1933.-1944.)*, 2002., dostupno na <https://www.loc.gov/static/programs/national-recording-preservation-board/documents/FiresideChats.pdf> [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁵⁰ Dostupno na <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/franklin-d-roosevelt/> [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁵¹ Dostupno na Nacionalni zakon o industrijskom oporavku (1933.), Državni arhiv (archives.gov) [pristup: 15. prosinca 2021.].

zaposliti osobu mlađu od 16 godina, a svaka zaposlena osoba morala je biti registrirana kod pri Institutu za pamuk i tekstil (Cotton Textile Institute).

Kodeksi su na kraju postali enormno složeni i teški za provedbu, a 1935. te 1936. godine Vrhovni sud je ukinuo dvije glave okosnice prvobitnog programa oporavka – „Zakon o oporavku nacionalne industrije“ i „Zakon o prilagodbi u poljoprivredi“.⁵²

Važna mjera oporavka bila je i *Tennessee Valley Authority*, javna korporacija osnovana 1933. s ciljem izgradnje brana uzduž rijeke Tennessee te prodaje jeftinije električne energije što je prilično poboljšalo standard tamošnjeg stanovništva. TVA je bila usmjerena na suradnju s lokalnim farmerima i poljoprivrednicima, a pobornici progresivnog pokreta nastojali su da se po uzoru na nju, osnuju slične agencije i u drugim mjestima.

Značajan je bio i „Civilian Conservation Corps“ (CCC) koji je zapošljavao velik broj mladih ljudi, uglavnom starosti između 18 i 25 godina⁵³, mahom bez sredstava, vještina ili izgleda za zaposlenje, na poslovima pošumljavanja i suzbijanja poplava. Taj je projekt 1935., na vrhuncu svog djelovanja, zapošljavao gotovo pola milijuna muškaraca u svih 48 država, a tijekom čitavog razdoblja od devet godina, omogućio je zaposlenje 2,5 do 3 milijuna ljudi.⁵⁴ Treba svakako spomenuti i „Zakon o refinanciranju vlasnika kuća“, donesen kako bi osigurao hipoteku za milijune nezaposlenih Amerikanaca u opasnosti od gubitka svojih domova te „Glass-Steagallov zakon“ o reformi bankarstva, koji je vladi omogućio neposredan uvid u stanje banaka s ciljem zaštite računa štediša.⁵⁵ Nadalje, donesen je i „Nacionalni zakon o stanovanju“, kojim je osnovana savezna nacionalna hipotekarna udruga pod imenom „Fannie Mae“, s ciljem potpomaganja financiranja gradnje i kupnje kuća i stanova. Kroz „Fannie Mae“ federalni se novac prelijevao bankama za hipoteke i ujedno im osiguravao drugo tržište za njihovu preprodaju. Međutim, oba zakona, kako „Glass-Steagallov“ tako i „Nacionalni

⁵² Parks, H. B., *Istorija SAD*, Izdavačka radna organizacija „RAD“, Beograd, 1985., str. 637.

⁵³ *Ibid.*, str. 644.

⁵⁴ Walker; Brechin, *op. cit.* (bilj. 44), str. 9.

⁵⁵ Pavić; Balta, I., *op. cit.* (bilj. 35), str. 149.-151.

zakon o stanovanju“, nisu spriječili bankovnu krizu već, upravo suprotno, pridonijeli ekonomskoj nestabilnosti.⁵⁶

Na hitne isplate potpora u borbi protiv krize otpadala je gotovo polovica saveznog proračuna, čime su se dopunjavala sredstva unaprijed namijenjena postojećim savezним programima, a koji su se na taj način dodatno razvijali. Kroz razdoblje od deset godina, federalna vlast je potrošila oko 16 milijardi dolara na donacije i plaćanja te oko 10 milijardi dolara za provođenje javnih radova, opstanak farmera i osiguranje smještaja.⁵⁷

3.2. DRUGI NEW DEAL

Do kraja 1934., mjere primijenjene tijekom prvih Stotinu dana dovele su do ograničenog stupnja oporavka i vratile povjerenje stanovništva da će zemlja prebroditi krizu. Iako su mnogi poslovni ljudi, uglavnom konzervativci, pružali otpor Rooseveltovim programima, većina Amerikanaca ih je ipak podržavala. Međutim, Roosevelt je znao da mora učiniti nešto više. Naime, iako je gospodarstvo počelo rasti s najniže razine tijekom zimskog razdoblja 1932-1933., još uvijek je bilo daleko ispod razine 1929. i sloma burze. Milijuni Amerikanaca su još uvijek bili nezaposleni – mnogi su bili bez posla čak nekoliko godina, a siromašni su počeli slušati Rooseveltove protivnike i one koji su kritizirali New Deal.⁵⁸

Kako bi se suočio s prijetnjom gubitka izbora 1936. godine, Roosevelt je od Kongresa zatražio da 1935. donese dodatni zakon o New Dealu, koji se ponekad naziva i „Drugi New Deal“, a čije ključne mjere su bile „Zakon o socijalnom osiguranju“, „Uprava za radni napredak“ i „Wagnerov zakon“.⁵⁹

⁵⁶ Lewis Roberts, *op. cit.* (bilj. 38), str. 19-20.

⁵⁷ Walker; Brechin, *op. cit.* (bilj. 44), str. 7.

⁵⁸ Dostupno na <https://www.archives.gov/milestone-documents/president-franklin-roosevelts-radio-address> [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁵⁹ *Ibid.*

3.2.1. ZAKON O SOCIJALNOM OSIGURANJU

„Zakonom o socijalnom osiguranju“ iz 1935. godine po prvi je puta uspostavljena zaštitna mreža s ciljem pružanja određenog stupnja sigurnosti nezaposlenim radnicima. Zakon je predviđao da se oporezuju plaće samo onim radnicima koji su privremeno nezaposleni, dok je za dugoročno nezaposlene predviđao drugačije vrste potpora, koje su morali sami zatražiti.⁶⁰

Zapravo se radilo o vrlo naprednom razmišljanju – radnici će plaćati porez koji će se zvati „porez na plaće“, a koji će iznositi 1% za svaki dolar prihoda iznad 3.000 dolara godišnje i koji će im se potom dodijeliti po umirovljenju. Smanjivanje i povećanje takvog poreza bilo je u rukama kongresa, koji je promjene u njegovoj visini vršio sukladno okolnostima. Zakon je izglasan 1935., 1937. je započelo ubiranje poreza na plaće, a prvi njegovi pozitivni učinci bili su vidljivi 1940. Zajedno sa „Wagnerovim zakonom“ donesenim 1938., taj porez je uvelike olakšao rješavanje problema nezaposlenosti.⁶¹

3.2.2. WAGNEROV ZAKON

„Wagnerov zakon“ ili službeno „Nacionalni zakon o radnim odnosima“ donesen je 1938. kao odgovor na sve veće zabrinutosti oko vrlo niskih plaća, ali i rasporeda radnih sati. Zakonom je uspostavljena minimalna plaća od 25 centi po satu, a standardni radni tjedan sastojao se od osam sati rada dnevno, odnosno četrdeset sati tjedno. Svaki radnik je, pored toga, za prekovremeni rad dobivao standardni iznos uvećan 1,5 puta. Ranije, 1918. kongres je pokušao ozakoniti minimalni iznos plaća za žene, što je 1923. godine proglašeno protuustavnim. Radi toga, Rooseveltov uspjeh oko uspostave radničkih minimalaca činio se još značajnijim. Zapravo je najveću potporu dobio od političara u Novoj Engleskoj, kojima je bio cilj zaštititi minimalce u tekstilnoj industriji na njihovom području, što i ne čudi jer su se tvornice tekstila počele premještati na jug, gdje je proizvodnja bila kvalitetnija, plaće manje, ali manji i troškovi života. Radnicima tekstilne industrije u Novoj Engleskoj svakako je bilo u interesu eliminirati konkurentnost juga, ali

⁶⁰ Parks, *op. cit.* (bilj. 52), str. 645.

⁶¹ Lewis Roberts, *op. cit.* (bilj. 38), str. 18.

bez štete po visinu mjesečnih plaća. Bilo je i onih političara koji su zagovarali stav da će uspostava minimalnih plaća ponovno povećati nezaposlenost, što se zapravo i dogodilo, pa je nezaposlenost narasla s 9% na 12% u razdoblju od 1937. do 1938. Takvom situacijom posebno su bili pogođeni radnici južnih područja i to ne samo u tekstilnoj, već i drugim industrijama, svjesni da su takvo okruženje isposlovali radnici i političari sa sjevera. Iako je namjera Zakona bila pomoć siromašnima i radničkoj klasi, on je još samo dodatno produbio jaz između njih i srednjeg sloja i to za nekoliko desetljeća.⁶²

„Wagnerovim zakonom“ ponovno je uspostavljeno pravo radnika na kolektivno pregovaranje, koje je ukinuto kada je Vrhovni sud ukinuo i „Nacionalnu upravu za oporavak“ te je, pored toga, osnovan „Nacionalni odbor za radne odnose“, namijenjen rješavanju radnih sporova.⁶³

Tako uspostavljeno kolektivno pregovaranje, onemogućavalo je poslodavce da zapošljavaju radnike koji nisu bili članovi sindikata što je bilo nepovoljno i za same radnike zbog izloženosti sindikalnoj birokraciji. Kasnije, 1947. godine, donesen je „Taft-Hartleyev zakon“ (Zakon o odnosima radnika i poslodavaca) koji je mnoge sindikalne aktivnosti proglasio nezakonitima, a tek je 1959. donesen „Zakon o radničkom rukovodstvu“ koji je uredio organizaciju sindikata i zaključenje kolektivnih ugovora kojima su američkim radnicima omogućeni pristojni radni uvjeti.⁶⁴

Kongres je također donio veliku poreznu reviziju, koju su njegovi protivnici nazvali porezom „na natapanje bogatih“, a koji je povećao porezne stope za osobe s velikim prihodima i za velike korporacije.⁶⁵

⁶² *Ibid.*, str. 18.

⁶³ Dostupno na „FDR i Wagnerov zakon - Predsjednička knjižnica i muzej FDR-a“, (fdrlibrary.org) [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁶⁴ Kurtović, *op. cit.* (bilj. 36), str. 119.

⁶⁵ Vidi više - Kennedy, D. M., What the New Deal Did, *Political Science Quarterly*, Vol. 124, br. 2, 2009., str. 251-268.

3.2.3. SUKOB S VRHOVNIM SUDOM

Kako su Roosevelt i Kongres sve više u praksi provodili teoriju engleskog ekonomista Keynesa te velike količine kapitala ulagali u javne radove ili ga davali u nekom obliku subvencija, bilo je očito da se država miješa u gospodarski život više nego ikada u povijesti SAD-a. Međutim, kako je ta pomoć najviše odlazila u ruke nezaposlenih, farmera i poljoprivrednika, postalo je prijeporno je li to doista državni kapitalizam ili prikriveni državni socijalizam. Jasno je da su radi takve raspodjele državnog novca sukobi postali neizbježni. No, takvi su se sukobi izdigli na višu razinu kada je Vrhovni sud počeo preispitivati Rooseveltovu politiku. Naime, Vrhovni sud je u okviru svog ustavnog sudovanja pokazao otpor te je 1936. „Zakon o oporavku nacionalne industrije“ i „Zakon o prilagodbi u poljoprivredi“, proglasio neustavnima. Što se tiče „Zakona o oporavku nacionalne industrije“, Vrhovni sud ga je jednoglasno proglasio neustavnim jer je zakonodavna vlast povjerena izvršnoj kroz administraciju koja je uspostavljena za nadzor privrede, dok su čak šestorica sudaca Vrhovnog suda „Zakon o prilagodbi u poljoprivredi“ smatrali neustavnim, budući da su se subvencije koje su isplaćivanje poljoprivrednicima za smanjenu proizvodnju isplaćivale iz prihoda prikupljenih od posrednih poreza pa je tako dolazilo do svojevrstne eksploatacije, odnosno prelijevanja dohotka. Državni prihodi su se uglavnom sastojali od poreza prikupljenih na alkohol i povećanog poreza na prihod. Programi New Deal bili su široko prihvaćeni pa je tako Roosevelt ponovno osvojio izbore 1936., ne osvrćući se previše na odluke Vrhovnog suda. Naravno, tako je postupio jer je bio svjestan da Vrhovni sud kao institucija uživa političko povjerenje, ali i da su suci Vrhovnog suda imenovani doživotno, radi čega mu nikako nije bilo u interesu da s njima ulazi u veći sukob jer bi to imalo dalekosežne posljedice na njegovu političku karijeru. Suce Vrhovnog suda imenuje predsjednik uz suglasnost Senata, no suci su unatoč tome nezavisni, što je pokazala i činjenica da su od njih devet čak četvorica bili zagovornici strogog tumačenja Ustava, dok su trojica bila sklona novom tumačenju kakvo je zagovarao New Deal (ograničenja privatnog vlasništva kako bi se osigurala ekonomska i socijalna prava radnika). Predsjednik suda Hughes pokazivao je neodlučnost, iako se naziralo da ipak naginje podupiranju New Deal. Jačanje pritiska javnosti uvelike je pridonijelo tome da sud Ustav

počne tumačiti u duhu New Deal-a, iako je Rooseveltov prijedlog o pomoćnim sucima ostao neusvojen.⁶⁶ Rooseveltov pokušaj reorganizacije sudstva, uzdrmao je Vrhovni sud, koji je naposljetku potvrdio „Wagnerov zakon“ i „Zakon o socijalnom osiguranju“.⁶⁷

3.2.4. KRAJ NEW DEALA

Budući da Herbert Hoover nije učinio mnogo da bi popravio ekonomiju, Roosevelt nije imao mnogo izbora nego brzo djelovati da bi izbjegao njegovu sudbinu. Među povjesničarima postoji snažno previranje oko toga treba li New Deal biti smatran pozadinskom akcijom konzervativne Rooseveltove vlade ponukanom političkim interesima ili je New Deal maksimalno potaknuo društvene reforme, koliko god su to dozvoljavale okolnosti Velike depresije. Drugi su se ekonomski povjesničari pozabavili proučavanjem jesu li olakšanje, oporavak i reforma kao glavni ciljevi New Deal-a mogli poslužiti kao uporište velikih oscilacija u iznosima potpora i došli do zaključka da takvo alociranje sredstava ipak nije bilo opravdano. Oni koji smatraju da je New Deal u svakom slučaju pridonio oporavku američke ekonomije ističu kako je on prije svega, spasio bankarski sustav putem „Zakona o bankama u hitnim slučajevima“ i „Glass-Steagallovog zakona“, koji su osigurali nadzor banaka i federalno osiguranje depozita. Nadalje, ističe se i to da je Roosevelt osim ekonomije, oporavio i američku demokraciju jer je dao novo ruho Demokratskoj stranci koja nije bila stabilna još od građanskog rata, što pokazuje i činjenica da nijedan kandidat demokrata na predsjedničkim izborima nije dobio većinu glasova još od Franklina Piercea koji je tu funkciju obnašao od 1853-1857. pa sve do Roosevelta. Treći aspekt oplemenjenosti američke demokracije, ističu Rooseveltovi pristaše, jest stavljanje zajedničke dobrobiti u prvi plan uz zatomljenje privatne dobiti, postavljanje novih standarda za javnu službu i javno dobro te briga i skrb za sve ljude.⁶⁸

Do 1937. godine ekonomija SAD-a se prilično oporavila pa je Roosevelt, vidjevši priliku da vrati ujednačeni proračun, drastično srezao rashode federalne vlade.

⁶⁶ Kurtović, *op. cit.* (bilj. 36), str. 115-116.

⁶⁷ Dostupno na <https://www.archives.gov/milestone-documents/national-labor-relations-act> [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁶⁸ Walker; Brechin, *op. cit.* (bilj. 44), str. 9.

Rezultat takva postupanja bila je recesija, tijekom koje je ekonomija ponovno počela strmoglavo opadati prema razini iz 1932. te je prilično unazadila oporavak postignut prethodnih godina.⁶⁹ Roosevelt je za nove ekonomske probleme optuživao monopolizam, a država je započela novi ciklus ubrizgavanja novca u privredu kroz pomoći nezaposlenima i razne vrste drugih potpora, što je zajedno s miješanjem države u bankarski sustav dovelo do udvostručenja državnog duga.⁷⁰ Pritisnut takvom recesijom, Roosevelt je sada pridavao više važnosti onim savjetnicima koji su deficitarnu potrošnju smatrali najboljim načinom suprotstavljanja depresiji. Tako je 1937. godine podržao drugi vladin program krupne potrošnje pa kriza ipak završila sredinom 1938. godine.⁷¹

Iako prilično omražen radi sprječavanja razvoja slobodnog tržišta te širenja ovlasti u američkoj je povijesti ostavio veliki trag ponajviše zbog preobražaja SAD-a u socijalnu državu.⁷² Što se tiče individualizma neki izvori navode kako su i Hoover i Roosevelt, unatoč dijametralno suprotnim stavovima o potrebi državne intervencije u prevladavanju krize, uočili dosljednost i efikasnost individualizma u američkoj političkoj kulturi.⁷³ No, očito je i da je u vrijeme Velike krize trebalo pripomoći opstanku takvog individualizma.

4. ZAKLJUČAK

Istražujući pitanje identiteta u ovom smo radu krenuli od pitanja njegove određenosti okolnostima koje nisu uobičajeno polazište. Naime, u prvom slučaju pitanje identiteta promatra se u svjetlu „slučaja Lochner“ koji je vezan za XIV amandman Ustava SAD. Polazeći od spomenutog amandmana Vrhovni sud SAD je ustvrdio kako je Zakona kojim se pojedincu onemogućava rad duži od Zakonom

⁶⁹ *Ibid.*, str. 8.

⁷⁰ Kurtović, *op. cit.* (bilj. 36), str. 117.

⁷¹ Dostupno na „Činjenice o velikoj depresiji - Predsjednička knjižnica i muzej FDR-a“ (fdrlibrary.org) [pristup: 15. prosinca 2021.].

⁷² Socijalna država – vidi više Puljiz, V., SAD: liberalizam, filantropija i Rooseveltove socijalne reforme, *Revija za socijalnu politiku*, Vol. 4, br. 1, 1997., str. 55-62.

⁷³ Tako Landress, S., Rugged Individualism in American Political Thought, *College Undergraduate Research Electronic Journal*, University of Pennsylvania, 2021., str. 61., dostupno na <https://repository.upenn.edu/curej/257> [pristup: 20. rujna 2022.].

ograničenog neustavan upravo zbog kršenja njegove slobode i prava da, ukoliko to želi, radi dulje od propisanog i zaradi više. Uplitanje države u slučaju Zakona kojim se ograničava radno vrijeme pekara pokazalo se protuustavnim i u danom trenutku neprilичnim bez obzira na različite pregovaračke pozicije poslodavca, vlasnika pekare i pekara. Iako predmet spora u „slučaju Lochner“ nema nikakve sličnosti sa pravom na pobačaj, ili slučajem u kojem je Lawrence bio tužitelj, postoji nit poveznica. Na njih je utjecao kroz klauzulu o pravičnom postupku, odnosno ograničenje *police powers*. Procjena da je država svojom zakonodavnom aktivnošću povrijedila Ustavom zagaraniranu slobodu možda je u „slučaju Lochner“ bila odraz *pro-bussines* politike, ali je nema sumnje uvelike utjecala i na razvoj osobnih prava. S druge strane politika New Deal-a, odnosno njeno socijalno zakonodavstvo, išlo je u suprotnom smjeru, ali s ciljem omogućavanja onima koji su patili pod teretom ekonomske krize da prebrode teško razdoblje nezaposlenosti i neimaštine. Država je svojom legislativom zadirala u neke društvene odnose, a za ovakvo zadiranje opravdanje je bilo interes sigurnosti i zaštite nezaposlenog i slabo plaćenog stanovništva čija je egzistencija bila ugrožena. Politika New Deal-a morala je na slobodu pojedinca gledati kroz prizmu drugačijih ekonomskih čimbenika. Suci Vrhovnog suda, premda nerado, svoj su stav, isprva iskazan neustavnošću zakona, u slučaju Wagnerovog i Zakona o socijalnom osiguranju morali promijeniti. U promjeni okolnosti i stavova i pitanje identiteta došlo je u pitanje. Potrebe pojedinca u „lochnerovskoj eri“ i pojedinca u vrijeme Velike depresije bitno su se razlikovale, što je Roosevelt uočio bolje od Hoovera. Identitet pojedinca u vrijeme Velike depresije, u kojem je njegova egzistencija dovedena u pitanje, dobio je nove odrednice – one u kojima je zaštita slabijih imala primat pred osiguranjem (prividne) jednakosti građana. U „slučaju Lochner“ država je zakonom ugrozila slobodu pojedinca, u politici New Deal-a zakonom je trebala postići suprotno. Pri tome je bitno odredila osobna prava, te kroz odnos individualnog i kolektivnog utjecala na pitanje identiteta. Naglašavajući pravopovijesne aspekte ovog rada možemo zaključiti da se pitanje identiteta mora promatrati u vremenu koje ga definira, posebice stoga što se odnos individualnog i kolektivnog, koji je na njega izvršio utjecaj, bitno kroz vrijeme mijenjao.

9. Identitet radnika u eri novih (nesigurnijih) oblika rada

DOMENIKO KVARTUČ*, VALENTINO KUZELJ**, JASMINKA LAŽNJAK***

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 331.1

349.2

SAŽETAK U radu se ispituju temeljne odrednice identiteta radnika u suvremenosti obilježenoj pojavom novih (nesigurnijih i nerijetko visoko prekarnih) oblika rada izvan tradicionalnog radnoga odnosa. U tom se cilju isprva s teorijskog aspekta daje pregled socioloških pristupa definiranju identiteta radnika. Potom se, s pravnoga aspekta, daje prikaz temeljnih elemenata radnoga odnosa kao ključnih za njegovo razlikovanje od drugih oblika rada izvan radnoga odnosa. Nakon izlaganja suvremenih oblika rada s prisutnim obilježjima prekarnosti u radu se postavlja teza kako suvremena stvarnost svijeta rada zahtijeva evolutivan pristup definiranju pojma radnika što implicira da zaštitna funkcija radnoga zakonodavstva mora nadići formalističko poimanje radnika te ju valja proširiti u smjeru zaštite sadržaja radnoga odnosa. Takvo sadržajno poimanje identiteta radnika, sukladno sadržaju obavljenoga rada, omogućilo bi zaštitu i osobama koje rad obavljaju prema novim, slabo reguliranim i nesigurnim oblicima rada.

KLJUČNE RIJEČI radnik, radni odnos, prekarni rad, novi oblici rada, identitet radnika

1. UVOD

Suvremena društva karakterizira odmak od tradicionalnih nefleksibilnih identiteta, koji konvergiraju tome da se realiziraju kao i kod ostalih članova društva, prema kreiranju samodefiniranih praksi, vjerovanja i ponašanja. Personalizacija svakodnevnog života i smještanje pojedinaca u kategorije onoga što oni jesu

* **Domeniko Kvartuč**, student Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: domeniko.kvartuc01@gmail.com

** **Valentino Kuzelj**, student Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: valentino.kuzelj01@gmail.com

*** **Dr. sc. Jasminka Lažnjak**, redovita profesorica u trajnom zvanju i predstojnica Katedre za posebne sociologije Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: jlaznjak@ffzg.hr

omogućeni su razvojem društva, no za održavanje društvenog ekvilibrija presudan utjecaj ima podjela rada¹ te načini na koje se pojedinci u njemu realiziraju. U suvremenom globalnom i kapitalističkom svijetu rad u mnogočemu odstupa od svoje klasične strukturalističke slike, koja u središte postavlja funkcioniranje društva, te je prije moguće govoriti o takvim „društvenim činjenicama“ koje perpetuiraju (ekonomske) nejednakosti.² Tako se ističe da je suvremeni svijet rada obilježen visokom razinom prekarnosti te se poslodavci vješto koriste raznim postojećim oblicima obavljanja činidbe rada i pravnim prazninama kako bi „povećali profit i ostali kompetitivni često na račun svojih zaposlenika“, a pritom je prekarni rad u usko povezan uz pojmove „nestandardnog“ ili „atipičnog“ rada.³

Ekonomija globaliziranog svijeta vođena je neoliberalnom paradigmom te ju karakterizira sveopća međupovezanost svjetske trgovine.⁴ Takvo stanje omogućila

¹ Durkheim, E., *The Division of Labour in Society*, The Macmillan Press, London, 1984., str. 329-330.

² U odnosu na porast ekonomskih nejednakosti vidi npr. Kvartuč, D., Ekonomske nejednakosti u uvjetima globalizacije, *Pravnik*, Vol. 55, br. 107., 2021., str. 233-234. U kontekstu oblika i uvjeta rada, Kotulovski i Laleta primjećuju kako od 70-ih godina prošloga stoljeća tržište rada obilježava pojava novih, atipičnih oblika rada kao odgovora na trendove „poput globalizacije, digitalizacije, demografskih promjena, industrijskog restrukturiranja (...) erozije socijalnih standarada (...)“, Kotulovski, K.; Laleta, S., Atypical Forms of Employment – A Hint of Precariousness? Struggling with the Segmentation and Precarisation of the Labour Market, u: Duić, D.; Petrašević, T. (ur.), *ECLIC – EU and Comparative Law Issues and Challenges, International Scientific Conference: EU 2020 – Lessons From the Past and Solutions for the Future*, University Josip Juraj Strossmayer of Osijek – Faculty of Law Osijek, Osijek, 2020., str. 703.

³ Kotulovski, Laleta, *ibid.*, str. 702.

⁴ U takvom kontekstu do izražaja dolazi paradoksalnost situacije u kojoj, uslijed djelovanja silnica svjetske ekonomske integracije, dolazi do slabljenja uloge nacionalnih država u gospodarskoj sferi, a pritom je, kao posljedica negativnih učinaka globalizacije na kretanje globalnih i regionalnih ekonomskih nejednakosti, apostrofirana uloga nacionalnih država u socijalnoj sferi s ciljem njihova ublažavanja, vidi Kvartuč, D., Kuzelj, V., Petrović, T., Uloga nacionalnih socijalnih država u očuvanju i zaštiti socijalnih vrijednosti u kontekstu neoliberalnog globalnog poretka, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, Vol. 15, br. 3-4, 2021., str. 71-86. Tome svakako valja dodati potrebu pojačanog angažiranja nacionalnih zakonodavaca u području radnoga prava, u cilju zaštite ekonomski ovisnih osoba koje obavljaju činidbu rada temeljem (nerijetko) visoko prekarних ugovora te, posljedično, ne potpadaju pod rigidnu i često neprimjereno definiranu formalnu kategoriju radnika, a zbog čega su isključeni iz područja primjene radno-zaštitnog i socijalnog zakonodavstva

je tehnološka revolucija 70-ih, restrukturiranje kapitalizma 80-ih te društveno-kulturni pokreti koji su pokušali kontrirati ekonomskim promjenama.⁵ Presudan utjecaj imao je tzv. Washingtonski konsenzus kojim je omogućena, između ostalog, liberalizacija trgovine, inozemnih i izravnih investicija, privatizacija i deregulacija.⁶ Rješenje koje neoliberalizam zagovara je smanjenje utjecaja „represivnih političkih struktura“ s obzirom na to da su konkurentna tržišta „dovoljna“ da se na njihovim načelima ostvari primjena političke moći.⁷ Ekonomisti time previše simplificiraju društvene odnose te ih svode na mjesto otpora koje ometa funkcioniranje tržišta, zanemarujući činjenicu kako je trgovina usmjerena društvenim akcijama i ponekad neracionalnim interesima.⁸ Pod dominacijom takvih mehanizama i uspostavom digitalnih platformi kao neposrednih društvenih činjenica, rad kao jedna od elementarnih ljudskih

temeljem radnoga odnosa. Nezanemariva uloga nacionalnih država na području radnoga prava vidljiva je i na europskoj razini, a što ponajprije proizlazi iz ograničenog spektra kompetencija Europske unije čije „[r]egulacijske ovlasti (...) u pogledu radnoga prava postoje u onim aspektima u kojima je ovlaštena na harmonizaciju nacionalnih radnih prava, ponajprije u odredbama Ugovora o funkcioniranju Europske unije (...) o socijalnoj politici, u pogledu kojih može donositi propise iz područja zaštite na radu, uvjeta rada, zaštite radnika od prestanka ugovora o radu i dr. (...) uz isključenje mogućnosti uređivanja pitanja prava na plaću, udruživanje, štrajk i isključenje s rada“, pri čemu „harmonizacij[u] nacionalnih radnih prava, u skladu s ovlastima, EU provodi fragmentarno, u odnosu na samo pojedine institute radnog prava“, Kuzelj, V., Socijalni karakter normativnog uređenja studentskog rada u Republici Hrvatskoj, *Ekonomska misao i praksa*, Vol. 29, br. 2, 2020., str. 523.

⁵ Castells, M., An Introduction to the Information Age, *City*, Vol. 2, br. 7, 1997., str. 7. Pritom se u literaturi ističe kako pojavi tzv. nestandardnih oblika rada pridonosi niz kombiniranih uzroka poput (ali ne isključivo) „globalizacije ekonomije, liberalizacije i tehnoloških napredaka u svijetu rada“, Bodiroga-Vukobrat, N.; Pošćić, A.; Martinović, A., Making a Living in the „Gig“ Economy: Last Resort or a Reliable Alternative?, u: Sander, G. G.; Tomljenović, V.; Bodiroga-Vukobrat, N. (ur.), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer, Cham, 2018., str. 59.

⁶ Kesner-Škreb, M., Washingtonski konsenzus, *Financijska teorija i praksa*, Vol. 28, br. 2, 2004., str. 252.

⁷ Foucault, M., *Rođenje biopolitike*, Sandorf, Zagreb, 2016., str. 139.

⁸ Granovetter, M., Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, *American Journal of Sociology*, Vol. 91, br. 3, 1985., str. 484 i 504.

djelatnosti već neko vrijeme doživljava transformaciju⁹ (vođenu kredom neoliberalizma) u ime slobode i izbora, čime se teži zamjeni tradicionalnih oblika zaposlenja. Time dinamika globalne ekonomije, podvrgnuta financijskim mrežama, tehnološkim inovacijama i različitim tržištima, restrukturira rad favorizirajući „ekonomiju rizika“ kroz ideju samoregulacije. Tako se, kao jedan od ekonomskih fenomena pojavljuju prekarni oblici rada gdje radnici, kao „nezavisni ugovarači“ obavljaju unaprijed određene i plaćene poslove zatražene od strane klijenata, uz posredovanje *online* platformi.¹⁰ Rad uz posredovanje digitalnih platformi nedvojbeno predstavlja izraz suvremenog trenda porasta nestandardnog oblika obavljanja poslova, a „[i]ako nestandardni ne znači nužno prekarni rad, realnost u pozadini novih oblika rada u 'gig' ekonomiji 'često je obilježena prekarnošću i eksploatacijom“.¹¹ Neke od poznatijih platformi koje nude ovakve usluge su Uber, Glovo, Deliveroo i TaskRabbit, a s obzirom da je riječ o globaliziranom i kapitalističkom obliku poslovanja, one su organizirane kao multinacionalne korporacije. Definiranje položaja radnika kao „nezavisnog ugovarača“ otvara put prema izbjegavanju zasnivanja radnog odnosa te, posljedično, definiranja položaja radnika i njihovih prava. Nadalje, takav način poslovanja vodi do atomizacije pojedinaca s obzirom na to da međusobno rijetko dolaze u kontakt, što smanjuje mogućnost udruživanja radnika i manifestiranja solidarnosti. Time se stvara fenomen „raspuknutog radnog mjesta“ u smislu perpetuiranja praksi pogrešnog klasificiranja, podugovaranja i stvaranja franšize.¹² Nestaje tradicionalno definiran oblik posla koji je stabilan, zaštićen i siguran.¹³ Trenutna gospodarska kriza, kada se suoči s izborom između stvaranja ili

⁹ Bjelinski Radić pritom identificira tri kategorije učinaka digitalizacije na svijet rada, naime, utjecaj na tržište rada; radne odnose; te sustave socijalne sigurnosti, Bjelinski Radić, I., Izazovi radnog i socijalnog prava u svjetlu digitalizacije rada, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 8, br. 3, 2018., str. 313.

¹⁰ Koutsimpogiorgos, N.; Slageren, J.; Herrman, A. M.; Frenken, K., Conceptualizing the Gig Economy and Its Regulatory Problems, *Policy & Internet*, Vol. 12, br. 4, 2020., str. 540.

¹¹ Bodiřoga-Vukobrat; Pošćić; Martinović *op. cit.* (bilj. 7), str. 60.

¹² Winant, G., The Fissured Welfare State – Care Work, Democracy, and Public-Private Governance, u: Cornell, A. B.; Barenberg, M. (ur.), *The Cambridge Handbook of Labor and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022., str. 334.

¹³ Matković, T., Nestajanje rada? Opseg i oblici zaposlenosti na početku informacijskog doba, *Društvena istraživanja*, Vol. 13, br. 1-2 (69-70), 2004., str. 243.

održavanja radnih mjesta i održavanja zaštićenih radnih standarada (sigurnost radnog mjesta), pokazuje da će se ravnoteža uvijek okrenuti u korist prvog cilja.¹⁴ Rad na platformama (ali sve više i u ostalim sferama) je kratkotrajan, orijentiran na pojedinačne zadatke, nesiguran i prekaran, a u suvremenim društvima se odvija sve više *online*, no treba naglasiti kako ta svojstva nisu vezana nužno za tehnološke inovacije, već promjene u svjetskoj ekonomiji.¹⁵ S obzirom na to da radnici obavljaju te kratkotrajne poslove, koji mogu biti nisko plaćeni (npr. dostava ili osobna njega) ili visoko plaćeni (npr. rad u IT sektoru, računovođe, urednici), važno je istaknuti oblik ugovora na kojem se temelji obavljanje određenog posla, a koji prebacuje rizik ekonomskih fluktuacija na izvođače, tj. radnike¹⁶, uz prisustvo platforme koja prividno isključivo omogućuje vršenje određene usluge. Osim navedenog, ključna je karakteristika mogućnost definiranja vlastitog rasporeda i količine obavljanja poslova, što je specifično za prekarne, tzv. *gig* oblike rada koji su upravo zbog ovoga nazvani i „kontingentnim“ radom.¹⁷ Tako je sve manje radnika koji mogu očekivati provođenje radnog vijeka na jednom radnom mjestu.¹⁸ Sukladno klasifikaciji Međunarodne organizacije rada, više oblika zaposlenja moguće je podvesti pod opis nestandardnog rada poput raznih oblika privremenog zaposlenja, *part-time* i *on-call* poslova, višestраних radnih odnosa (npr. privremeni agencijski rad) te prikriveni radni odnosi ili status ovisne samozaposlene osobe (engl. *dependent self-employment*). Pritom ostaje činjenica da „ako su radnici u gig ekonomiji doista nezavisni ugovarači, tada ne bi potpadali pod većinu definicija nestandardnog rada“.¹⁹

Često se naglašava pozitivan utjecaj ovih oblika kratkotrajnih poslova na specifične slučajeve. Tako se vožnjom Ubera izbjegava diskriminacija s obzirom na to da

¹⁴ Rosirou, F., Legal Acknowledgement of the Category of Economically Dependent Workers, *European Labour Law Journal*, Vol. 5, br. 3-4, 2014., str. 282.

¹⁵ Bulian, L., The Gig Is Up: Who Does Gig Economy Actually Benefit?, *Interdisciplinary Description of Complex Systems*, Vol. 19, br. 1, 2021., str. 107.

¹⁶ Friedman, G., Workers Without Employers: Shadow Corporations and the Rise of the Gig Economy, *Review of Keynesian Economics*, Vol. 2, br. 2, 2014., str. 172.

¹⁷ Muntaner, C., Digital Platforms, Gig Economy, Precarious Employment, and the Invisible Hand of Social Class, *International Journal of Health*, Vol. 48, br. 4, 2018., str. 598.

¹⁸ Matković, *op. cit.* (bilj. 13), str. 246.

¹⁹ Bodiroga-Vukobrat; Pošćić; Martinović, *op. cit.* (bilj. 7), str. 61.

radnici ne dolaze u neposredni kontakt s poslodavcima ili se otvara mogućnost imigrantima da se zaposle na ovaj način ako im tradicionalni načini obavljanja posla (u okviru radnoga odnosa) nisu dostupni.²⁰ Također, uvođenjem različitih tvrtki koje nude taksi prijevoz narušava se monopol, a korisnicima se nudi ista usluga za nižu cijenu. Takvi slučajevi ne bi bili mogući bez postojanja platformi, no postavlja se pitanje je li ekonomija prekarnog rada rezervirana za osjetljive skupine, tj. obavljaju li ljudi te poslove iz razloga što su oni tradicionalni nedostupni, a nužni su za ostvarivanje osnovnih mogućnosti egzistencije? Tako se radnici na platformama mogu podijeliti u četiri skupine: 1) oni čiji primarni prihod dolazi od obavljanja kratkotrajnih poslova i to preferiraju, 2) čije obavljanje *gig* poslova u slobodno vrijeme predstavlja samo dodatak na izvordobiveni primarnog prihoda, 3) kojima su kratkotrajni poslovi primaran izvor prihoda, ali bi preferirali tradicionalne oblike zaposlenja te 4) koji rade dodatno uz primaran posao iz ekonomske potrebe, a ne vlastitim izborom. S obzirom na to, 50 milijuna Amerikanaca i Europljana sudjeluje u „kontingentnom“ radu kako bi osigurali osnovnu egzistenciju, a pritom on za čak 20 milijuna ljudi predstavlja primarni izvor prihoda,²¹ što ih svrstava u zadnje dvije navedene kategorije. U prvu i drugu kategoriju se, optimistično, mogu svrstati „mladi radnici“, odnosno oni kod kojih se mogu identificirati ideali samopouzdanosti, poduzetništva i fleksibilnosti (te uz njih treba uključiti i porast radnika u platformnoj ekonomiji zbog bolesti COVID-19²²),²³ prema čemu su socijalizirani u neoliberalni i kapitalistički *zeitgeist*. Stoga, unatoč potencijalno pozitivnim učincima digitalnih platformi po inkluzivnost tržišta rada, valja imati na umu da „platformizacija rada vrlo snažno utječe na individualne i kolektivne radne odnose. Dolazi do radikalne promjene

²⁰ Kalleberg, A. L.; Dunn, M., Good Jobs, Bad Jobs in the Gig Economy, *Perspectives on Work*, Vol. 20, 2016., str. 12.

²¹ Bulian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 108-109.

²² „Broj prosječnih dnevnih zadataka i/ili poslova objavljenih i popunjenih u platformnoj ekonomiji porastao je od pojave COVID-19 bolesti“, vidi Umar, M.; Xu, Y.; Mirza, S. S., The Impact of Covid-19 on Gig Economy, *Ekonomika istraživanja*, Vol. 35, br. 1, 2021., str. 2294.

²³ O’Keeffe, P.; Johnson, B.; Daley, K., Continuing the Precedent: Financially Disadvantaging Young People in „Unprecedented“ COVID-19 Times, *Australian Journal of Social Issues*, Vol. 57, br. 70, 2021., str. 81.

tradicionalne organizacije rada, što često vrlo negativno utječe na uvjete rada pružatelja usluga na platformama“.²⁴

Sociološki koncepti identiteta vezani su za različite teorijske pristupe i zbog toga postoje mnoge definicije i interpretacije. Duga tradicija bavljenja konceptom identiteta u početku je vezala taj pojam uz pojam sebstva, a naglasak je bio na razvoju društvenog aspekta sposobnosti samorefleksije, gdje pojedinac gradi identitet kao sliku o sebi koja nije moguća bez implicitnog odnosa prema drugima.²⁵ Osobni i kolektivni identitet oblikovan je društvenom okolinom, a sastoji se od dvije dimenzije: individuacije i identifikacije. Identifikacija je proces kojim se pojedinac smješta u društveno raspoložive kategorije ili sustav odnosa, dok individuacija definira granice aktivnim i selektivnim odabirom više identifikacija.²⁶ Goffman te dvije dimenzije označava razlikovanjem virtualnog i stvarnog društvenog identiteta.²⁷ Noviji pristupi u sociologiji ističu promjenu u poimanju identiteta u postmodernim društvima prema razlomljenim, frangmentirajućim i manje stabilnim identitetima koji više nisu utemeljeni na pripadnosti klasi kao u modernim društvima. Bradley tako naglašava ulogu rastućih nejednakosti na oblikovanje i izbor identiteta jer su ukorijenjeni u članstvu u društvenoj skupini.²⁸ Pritom u sociologiji pitanje identiteta se pretežno veže uz rod, rasu i etnicitet.

Uloge radnog statusa u konstrukciji i odabiru identiteta u sociologiji nisu brojne iako sociologija rada ističe kako nas naš radni status u velikoj mjeri definira po pitanju tko smo. Rad vezan uz stalan i stabilan posao važan je, osim za zadovoljenje egzistencijalnih potreba, i kao izvor samopoštovanja, odnosno stabilnog socijalnog

²⁴ Bjelinski Radić, *op. cit.* (bilj. 9), str. 318-319.

²⁵ Cooley, C. H., Looking-Glass Self, u: O'Brien, J. (ur.), *The Production of Reality: Essays and Readings on Social Interaction*, Sage Publications, Los Angeles, 2017., str. 126-128.; vidi Mead, G. H., *Mind, Self, and Society: The Definitive Edition*, University of Chicago Press, Chicago, 2015.

²⁶ Kalanj, R., Teorijsko suočavanje s izazovima identiteta, u: Cifrić, I. (ur.), *Relacijski identiteti. Prilozi istraživanju identiteta hrvatskog društva*, Hrvatsko sociološko društvo, Zavod za sociologiju Odsjeka za sociologiju Filozofskog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2008.

²⁷ Goffman, E., *The Presentation of Self in Everyday Life*, Garden City, New York, 1959., str. 259.

²⁸ Vidi Bradley, H., *Fractured Identities: Changing Patterns of Inequality*, Polity Press, Cambridge, 2016.

identiteta. Naime, pod utjecajem neoliberalne ekonomske paradigme fleksibilizacija tržišta rada dovodi do rasta prekarnih, nesigurnih oblika rada, a s pojavom platformne i *gig* ekonomije aktualizira se pitanje posljedica takvih promjena na stabilnost socijalnog identiteta. Pritom, iako nestandardni rad u okviru *gig* ekonomije može rezultirati kreacijom novih izvora zarade, takvi se poslovi teško mogu podvesti pod klasične modele radnopravne i socijalne zaštite koji su tradicionalno ukotvljeni u standardnim oblicima rada (prvenstveno radnoga odnosa) te su nestandardni oblici rada „uključujući razne oblike samozapošljavanja, uvijek više izloženi riziku i nesigurnosti“.²⁹ Nadalje, kako zaključuju Grgurev i Vukorepa, tzv. fleksibilni oblici rada mogu rezultirati dvojakim nepovoljnim posljedicama u sustavu mirovinskog osiguranja, naime, nižim mirovinama te limitiranjem samog pristupa pravima iz mirovinskog sustava. Posljedice vezane uz visinu mirovina prvenstveno dolaze do izražaja kod „oblika rada povezanih s nižim plaćama ili minimalnom osnovicom doprinosa“, ali i u slučaju „karijernog diskontinuiteta s obzirom na nesigurnost posla“. S druge strane, ograničen pristup pravima iz sustava mirovinskog osiguranja povezan je uz oblike rada koji su karakterizirani „nižim socijalnim doprinosima“ (npr. rad temeljem tzv. studentskog ugovora³⁰).³¹

Malobrojne studije uglavnom se koncentriraju na pitanje kako se u promijenjenim uvjetima postfordističkog modela nestalnog rada kreira i modificira radni identitet. Istraživanje Irene Padavic koje se bavi pitanjem što se događa s „narušenim (engl. *spoiled, op. a.*) radnim identitetom“, pokazuje kako radnici u suvremenim uvjetima nestalnih poslova i kratkotrajnih ugovora nisu spremni zamijeniti tradicionalne elemente identifikacije s radnim mjestom (društveno vrednovanje i dignitet njihovog rada) uz koje su vezani, za model koji rad reducira

²⁹ Bodiroga-Vukobrat; Pošćić; Martinović, *op. cit.* (bilj. 7), str. 67.

³⁰ Detaljnije o pozitivnom zakonskom uređenju obavljanja studentskih poslova u Republici Hrvatskoj vidi Kuzelj, *op. cit.* (bilj. 4), str. 513-538.

³¹ Grgurev, I.; Vukorepa, I., *Flexible and New Forms of Employment in Croatia and Their Pension Entitlement Aspects*, u: Sander, G. G.; Tomljenović, V.; Bodiroga-Vukobrat, N. (ur.), *Transnational, European, and National Labour Relations*, Springer, Cham, 2018., str. 258.

isključivo na plaću i referencu u životopisu.³² Što nedostatak organizacijski stabilizirane okoline znači za identitet radnika objašnjava istraživanje Petriglieri, Ashford i Wrzesniewski. Organizacije osiguravaju vodstvo, stabilnost i zajednicu, a služe i kao mjesta kreiranja identiteta njihovih članova. Samostalni radnici u *gig* ekonomiji koji imaju slobodu odlučivanja što je to pravi posao, što, kad, koliko i zašto raditi, svjedoče kako takav rad karakterizira anksioznost i ispunjenost. Neizvjesnost hoće li osigurati stalan posao i personalizacija rada povezana je s njihovim identitetom. Samostalni radnici stoga trebaju sami kreirati okolinu osobne podrške koja se sastoji od četiri vrste povezanosti: rutine, mjesta, ljudi i svrhe. Ovaj aspekt povezivanja pomaže ljudima da ostanu produktivni i omogućuje održivost njihovog radnog identiteta.³³ Istraživanja sugeriraju da ne uspijevaju svi u tom naporu. Kad ljudi izgube veze koje ih drže, njihova nesigurnost postaje nepodnošljiva, a njihovi se napori čine uzaludnim.

2. ZAŠTITA PRAVA RADNIKA U KONTEKSTU OSTVARENJA EKONOMSKE DIMENZIJE LJUDSKOG DOSTOJANSTVA

Radni je odnos na samom početku nužno kontekstualizirati u odnosu na najveći značaj ljudskog dostojanstva kao vrhovne vrednote suvremenih ustavnih i demokratskih država koje, unatoč latentnoj napetosti između demokracije i konstitucionalizma, „središnje mjesto daju ljudskom dostojanstvu“ te „se razlikuju samo po tome kako zaštititi tu vrijednost na najbolji mogući način“.³⁴ Ljudsko dostojanstvo nužno sadrži ekonomsku dimenziju, na minimalnoj razini izraženu kroz zahtjev za osiguranjem dovoljno ekonomskih sredstava za participaciju u društvenom i političkom životu zajednice,³⁵ što potvrđuje i njemački Savezni ustavni sud u svojoj epohalnoj odluci u predmetu *Hartz IV*, gdje pravo

³² Padavic, I., *Laboring Under Uncertainty: Identity Renegotiation Among Contingent Workers*, *Symbolic Interaction*, Vol. 28, br. 1, 2005., str. 111-134.

³³ Vidi Petriglieri, G.; Ashford, S. J.; Wrzesniewski, A., *Agony and Ecstasy in the Gig Economy: Cultivating Holding Environments for Precarious and Personalized Work Identities*, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 64, br. 1, 2019., str. 124-170.

³⁴ Bačić, A., *Ustavna demokracija između majoritarizma i konstitucionalizma*, *Politička misao*, Vol. 35, br. 3, 1998., str. 130.

³⁵ Kuzelj, V., *Apologija socijalne države nasuprot institucionalizaciji nejednakosti u neoliberalnom poretku*, *Paragraf*, Vol. 3, br. 1, 2019., str. 77-78.

egzistencijalnog minimuma (koji mora biti dostatan za osiguranje fizičkih potreba te minimuma preduvjeta za sudjelovanje u društvenom, kulturnom i političkom životu) izvodi iz odredbe Temeljnog zakona³⁶ o nepovredivosti ljudskog dostojanstva (čl. 1., st. 1.) i klauzule socijalne države (čl. 20., st. 1.).³⁷ Za razliku od općeg i sveobuhvatnog koncepta dostojanstva kao inherentnog svakome čovjeku u njemačkom ustavnome poretku, Ustav Italije³⁸ utemeljuje suvremenu talijansku državu kao Republiku zasnovanu na radu (čl. 1.) te se ideja ljudskog dostojanstva ne vezuje uz čovjeka kao takvog, već ponajprije uz „njegovu kvalitetu kao građanina i radnika ili poslodavca“, a ustavne odredbe koje eksplicitno evociraju koncept dostojanstva odnose se ponajprije „na sferu ekonomskih aktivnosti“.³⁹ Kako zaključuje Becchi, „pojedinačni rad (shvaćen u najširem mogućem smislu kao svaka produktivna aktivnost) (...) predstavlja jedinu točku na kojoj se talijanski Ustav poziva na dostojanstvo“.⁴⁰

Sveprisutnu ideju ljudskog dostojanstva u hrvatskome ustavnome poretku valja shvaćati u njemačkom smislu, kao urođenu svakome čovjeku i neovisnu o njegovim drugim karakteristikama, bilo kao građanina, radnika ili poslodavca. S time na umu, valja istaknuti kako je Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj praksi potvrdio vezu između minimuma ekonomskog blagostanja i ljudskog dostojanstva te da „[d]jelotvorno ostvarenje ljudskih prava u praksi pretpostavlja osiguranje svakom zaposlenom egzistencijalnog minimuma odnosno 'sredstava za

³⁶ Temeljni zakon SR Njemačke, https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en [pristup: 4. rujna 2022.].

³⁷ Bundesverfassungsgericht, Judgment of the First Senate (*Hartz IV*), 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 of 9 February 2010, para 135.

³⁸ Ustav Italije, https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020?lang=en [pristup: 4. rujna 2022.].

³⁹ Becchi, P., Human Dignity in Italy, u: Becchi, P.; Mathis, C. (ur.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, Cham, 2019., str. 454. Tako npr. čl. 41. talijanskog Ustava navodi da se slobodom poduzetništva ne smije koristiti protivno općem dobru ili na način štetan po sigurnost, slobodu i ljudsko dostojanstvo.

⁴⁰ Becchi, *ibid.*, str. 455.

čovjeka dostojan život“.⁴¹ Stoga iz jamstva poduzetničke i tržišne slobode (čl. 49., st. 1.) kao dijela identiteta hrvatskoga Ustava⁴², koje se uvijek mora sagledavati u odnosu na temeljne vrednote ustavnoga poretka pobrojane u čl. 3.⁴³, *inter alia* i u svjetlu načela socijalne pravde, valja iščitati ustavotvorčevo opredjeljenje prema konceptu socijalnog tržišnog gospodarstva kao jedinog prihvatljivog modela odvijanja tržišnih odnosa u suvremenoj Republici Hrvatskoj.⁴⁴ U tome se ogleda komplementarna uloga ustavne i demokratske države, s obzirom da tako shvaćen koncept socijalnog tržišnog gospodarstva postavlja cilj demokratski legitimiranoj vlasti (ponajprije zakonodavcu) na definiranje zakonskoga okvira odvijanja tržišnih odnosa, što dakako obuhvaća ovlaštenje i dužnost regulacije tržišta rada i modela prema kojima osobe mogu obavljati činidbu rada. Tako Ustavni sud potvrđuje da je zakonodavac, prilikom vršenja vlastitih ovlasti uređenja pravnih, gospodarskih i političkih odnosa u Republici Hrvatskoj (čl. 2., st. 4., alineja 1.), „dužan uvažavati zahtjeve koje pred njega postavlja Ustav“⁴⁵ te je „ovlašten ograničiti slobodu ugovaranja stranaka ugovora o radu“.⁴⁶ Iz takvog shvaćanja proizlazi neprihvatljivost *lochnerovskog* poimanja apsolutne slobode ugovaranja u

⁴¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka i Rješenje br. U-I-1625/2014 i dr. U-II-241/2015 U-II-383/2015 U-II-1343/2015 od 30. ožujka 2015., para 37.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-I-4405/2013 U-II-3222/2014 od 31. ožujka 2015., para 21.

⁴² Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.

⁴³ Ustavni sud Republike Hrvatske, Odluka br. U-VIIR-1158/2015 od 21. travnja 2015., para 43.-43.1.

⁴⁴ Kuzelj, V., Kvartuč, D., Pluralizam ustavnih vrednota: konstituiranje socijalnog tržišnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj, u: Bevanda, V.; Dias, R. (ur.), *EMAN 2021 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times*, Association of the Economists and Managers of the Balkans, Beograd, 2021., str. 501.; Kuzelj, V., Horvat Vuković, A., Apoteoza socijalne države: ustavno-identitetska ukorijenjenost socijalne pravde u Republici Hrvatskoj, *Politička misao*, Vol. 59, br. 1, 2022., str. 82.

⁴⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1706/2004 od 20. prosinca 2006., para 4.

⁴⁶ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1706/2004 od 20. prosinca 2006., para 7. Pritom valja istaknuti da, sukladno nedvojbenom socijalnom opredjeljenju hrvatskoga Ustava, zakonodavac ne samo da je ovlašten, već je i dužan ograničiti slobodu ugovaranja u sferi radnih odnosa.

hrvatskome kontekstu. Naime, *lockeovsko* shvaćanje slobode izraženo u *Lochneru*⁴⁷ ugovorne strane u radnom odnosu poima kao racionalne i ravnopravne pojedince, a njihov ugovorni odnos shvaća kao izraz osobne slobode. Problem takvog rezoniranja nije u tome što radno zakonodavstvo štiteći radnika dovodi u pitanje njegovu sposobnost razumnog zaključivanja. Naime, i u ovom slučaju vrijedi zaključak njemačkog Saveznog ustavnog suda kako državna tijela, pa tako ni zakonodavac „ne raspolažu nikakvim 'suverenitetom razuma'“ nasuprot nositelju temeljnih prava⁴⁸, odnosno pojedincu ili, u kontekstu ovoga rada, radniku. *Argumentum a contrario*, upravo prepoznajući faktičnu nejednakost između ugovornih strana u radnome odnosu, proizišlu iz njihove nejednake ekonomske pozicije, tj. gospodarske moći, a koja nerijetko onemogućava radniku slobodno ugovaranje modela i uvjeta rada, radno je pravo usmjereno zaštititi dostojanstva radnika i njegova rada.

U radnom se zakonodavstvu pritom ogleda komplementarnost ustavnih i demokratskih mehanizama. Naime, zakonodavac je obavezan kroz konkretizaciju socijalnih prava u hrvatskome Ustavu – poput prava na rad (čl. 55.), prava zaposlenih na zaradu dostatnu za osiguranje dostojnoga života sebi i svojoj obitelji (čl. 56., st. 1.) te prava zaposlenih i članova njihovih obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje, koje ustavotvorac izrijeком prepušta razradi kroz zakonodavstvo ili postupak kolektivnog pregovaranja (čl. 57., st. 1.), a koja i sama predstavljaju konkretizaciju općeg ustavnog koncepta socijalne države⁴⁹ – zaštititi dostojanstvo radnika čiji se identitet ogleda upravo u pravima i obvezama proizišlim iz radnoga odnosa te pravima iz socijalnog osiguranja koja mu temeljem tog odnosa pripadaju. Stoga zabrinjava stav dijela hrvatskih konstitucionalista prema ustavnom pravu na rad (čl. 55., st. 1.) kojim ga se nekritički reducira na slobodu rada i izbora zaposlenja te ne programsku ustavnu uputu zakonodavcu na „stvaranj[e] i širenj[e] mogućnosti i uvjeta u kojima građani mogu ostvarivati svoje

⁴⁷ Vidi Supreme Court of the United States, *Lochner v New York* 198 US 45 of 17 April 1905.

⁴⁸ Bundesverfassungsgericht, Judgment of the First Senate (*Welfare Sanctions*), 1 BvL 7/16 of 5 November 2019, para 127.

⁴⁹ Smerdel, B. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb 2013., str. 342.

*pravo na rad*⁵⁰. Dodatno, pojedina druga socijalna prava sadržana u hrvatskom ustavnom katalogu, a koja su nedvojbeno povezana s pravom na rad te „štite socijalni položaj radnika“⁵¹ nastoji se tumačiti odvojeno od prava na rad, pritom ih svodeći na izraz larpurlartističkog naboja koji ne pripada normativnom dijelu temeljnog dokumenta Republike Hrvatske. Tako Jelušić ističe da, shvati li se prava zaposlenih na zaradu dostatnu za osiguranje dostojnoga života sebi i svojoj obitelji „doslovno (...) bilo bi u suprotnosti s temeljnim načelima tržišnog gospodarstva i gdje se kao temeljni kriterij za visinu primanja koristi uspješnost na tržištu“.⁵² Pritom ispušta iz vida potrebu jamčenja minimalne razine zarade potrebne za osiguranje dostojnoga života ispod koje poslodavcu nije dozvoljeno temeljem indikatora (ne)uspješnosti na tržištu kompenzirati gubitke iz visine radnikove plaće. Dodatno, takvim se tumačenjem navedenoj ustavnoj odredbi odriče potencijal ustavnosudskog kriterija pri procjeni ustavnosti propisa o npr. minimalnoj plaći. Stoga je potrebno opetovano inzistirati na supstancijalnom povezivanju općih ustavnih koncepata socijalne države i pravde sa sveprisutnim duhom čovjekova dostojanstva u hrvatskom Ustavu, a koji trebaju inspirirati ustavnu teoriju i ustavnosudsku praksu pri tumačenju konkretnih ustavnih socijalnih prava, osobito prava na rad.

Naime, rad je temeljni oblik zadovoljenja ekonomskih potreba za vođenje života dostojnog čovjeka te je zakonodavac obvezan štiti pravo radnika na dostojanstvene uvjete rada u jednakoj mjeri u kojoj je dužan osigurati minimum ekonomskog i socijalnog blagostanja potrebitim osobama. Ako bi radni odnos bio sveden na prodaju rada na tržištu, došlo bi do paradoksalne situacije u kojoj je zakonodavac obvezan štiti dostojanstvo socijalno ugroženih osoba (nerijetko nezaposlenih), ali bi njihovo dostojanstvo po povratku u svijet rada bilo prepušteno neograničenim silama tržišta i uvjetima diktiranim od strane poslodavaca. U tom smislu valja razumjeti tvrdnju da radni odnos zasnovan temeljem ugovora o radu, unatoč izazovima koje pred nacionalnog zakonodavca

⁵⁰ Jelušić, M., *Socijalna prava u Ustavu Republike Hrvatske*, u: Bodiroga-Vukobraat, N.; Barić, S. (ur.), *Socijalna prava kao temeljna ljudska prava*, TIM Press / Zaklada Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2010., str. 20.

⁵¹ *Ibid.*, str. 25.

⁵² *Ibid.*, str. 340.

postavljaju učinci globalizacije i tehnološke revolucije, i u suvremenosti „predstavljaju ishodišnu točku radnog prava te je središnji pravni odnos radnog prava“.⁵³

3. MANIFESTACIJA IDENTITETA I SOLIDARNOSTI RADNIKA U UVJETIMA SUVREMENE NESIGURNE EKONOMIJE

Iz navedenog se postavlja pitanje na koji način definirati prekarne radnike ako tradicionalni oblici zaposlenja više nisu preferirani oblik suvremenih poslodavaca? Termin klase obuhvaća sve osobe u istoj „klasnoj situaciji“: na sličan način akumuliraju sredstva, zauzimaju položaj u društvu i pronalaze unutarnje zadovoljstvo,⁵⁴ no kontingentne radnike često se prikazuje kao zbir atomiziranih i raspršenih pojedinaca pri čemu klasični *weberijanski* pristup klasama nije moguć. Naime, kako se jezgra tradicionalnih poslova (gradnja karijere) smanjuje, sve više pojedinaca prebacuje se u sve veću klasu u nastajanju – globalni prekarijat koji se sastoji od milijuna ljudi raštrkanih diljem svijeta, a žive u narušenim životnim uvjetima i rade na nesigurnim poslovima. Upravo zbog takve raspršenosti, prekarne radnike moguće je obuhvatiti u smislu društvenog nominalizma; nemaju nikakvog simboličkog kapitala za oslanjanje i održavanje kolektivnog identiteta niti osjećaja pripadnosti samoodrživoj zajednici utemeljenoj na konkretnoj profesiji ili zanatu, ali postoji dovoljno sličnosti među njima zbog poslova koje obavljaju da ih se označi jednim imenom. U marksističkom smislu, prekarijat još nije „klasa za sebe“.⁵⁵ Ipak, zbog realnih posljedica kontingentnog oblika rada, značajna je ovakva ujedinjujuća konceptualizacija prekarijata kao skupine pojedinaca u nepovoljnom i ekonomski marginaliziranom položaju zaposlenih na slabo plaćenim i privremenim poslovima koji onemogućavaju smislenu angažiranost (i identifikaciju) radnika s radom koji obavljaju.⁵⁶ Tako se nesigurnost prekarijata

⁵³ Gotovac, V., Razlikovanje ugovora o radu i ugovora o djelu, *Pravo i porezi*, Vol. 21, br. 1, 2012., str. 12.

⁵⁴ Weber, M., *Economy and Society – An Outline of Interpretative Sociology*, University of California Press, London, 1978, str. 302.

⁵⁵ Standing, G., The Precariat: From Denizens to Citizens?, *Polity*, Vol. 44, br. 4, 2012., str. 589-590.

⁵⁶ Manolchev, C.; Saundry, R.; Lewis, D., Breaking Up the 'Precariat': Personalisation, Differentiation and Deindividuation in Precarious Work Groups, *Economic and Industrial Democracy*, Vol. 42, br. 3, 2021., str. 832.

može izraziti u sedam dimenzija: manjak sigurnosti po pitanju duljine zaposlenja, opisa posla, fizičke sigurnosti obavljanja zadataka (uvjeta rada) i njihove reguliranosti, stalnosti prihoda za osiguranje kvalitetnog života i, konačno, nepostojanje kolektivnog „glasa“ prekarijata na tržištu rada kroz sindikalno udruživanje.⁵⁷ Vidljiva je višedimenzionalnost pojma „prekarijata“, stoga ne čudi različito dekodiranje u raznim ekonomskim teorijama, no za potrebe ovoga rada prekarijatom se smatra ona skupina pojedinaca koja obavlja poslove nastale postindustrijskom tranzicijom te razvojem uslužne ekonomije,⁵⁸ pri čemu se u njenom suvremenom obliku ističu prethodno navedene atipične karakteristike i nepovoljni uvjeti za radnike.

Ponekad se naglašava kako je pojačan angažman radnika na prekarnim poslovima izraženiji izvor blagostanja zaposlenih nego li intrinzično zadovoljstvo (koje je u riziku da prijeđe u zasićenost) izabranim poslom,⁵⁹ no nije sigurno dolazi li do pojačanog angažmana iz nužde ili iz osobne motivacije. Zaposlenje bi trebalo pojedincu omogućiti tri bitne stvari: materijalna sredstva potrebna za preživljavanje, priliku za korištenje i razvoj osobnog talenta i znanja te mogućnost sudjelovanja u radu s ostalim članovima kolektiva.⁶⁰ S obzirom na to da većina prekarnih radnika obavlja kontingentne poslove zbog egzistencije, uvjeti „upotrebe znanja“ i „kolektiviteta“ su značajno zanemareni. Pokazalo se kako obavljanje npr. *gig* poslova može dovesti do percipiranja obavljenog rada kao intenzivno osobnog iskustva (što je posljedica izolacije od ostalih radnika) ili kao obavljanje rutiniziranih i otuđujućih radnji.⁶¹ Otuđenje se manifestira kao posljedica kontrole sudeći da kod nekih kategorija poslova, zbog načina na koji funkcionira ponuda i potražnja te zahtjevi klijenata, nije moguće organizirati

⁵⁷ Frase, P., The Precariat: A Class or a Condition?, *New Labor Forum*, Vol. 22, br. 2, 2013., str. 11-12.

⁵⁸ Hromadžić, H.; Zgaljardić, A., Prekarnost – Ekonomsko-politički i društveni fenomen suvremenog svijeta, *Etnološka tribina*, Vol. 49, br. 42, 2019., str. 122 i 123.

⁵⁹ Warr, P.; Inceoglu, I., Work Orientations, Well-Being and Job Content of Self-Employed and Employed Professionals, *Work, Employment & Society*, Vol. 32, br. 2, 2018., str. 308.

⁶⁰ Gini, A., Work, Identity and Self: How We Are Formed by the Work We Do, *Journal of Business Ethics*, Vol. 17, br. 7, 1998., str. 709.

⁶¹ Petriglieri; Ashford; Wrzesniewski, *op. cit.* (bilj. 33), str. 160.

vrijeme na način da se obavljanje djelatnosti događa za vrijeme tradicionalnih „radnih sati“ pa radnici nužno moraju računati i na noćni rad (koji je često samostalan i izolirajući) kao jednu od opcija.⁶² Zbog toga je opravdana tvrdnja da korištenje ekstrinzičnih nagrada (novca) za motiviranje radnog ponašanja može biti štetno za intrinzičnu motivaciju te imati negativne posljedice po psihološku prilagodbu i na aktivnosti osobne prirode koje su važne i zanimljive pojedincima.⁶³ Prekarijat podrazumijeva poslove koji ne omogućuju samoaktualizaciju. Drugim riječima, ako se identitet na radnome mjestu može podijeliti na osobni (identitet radnika), relacijski (pružanje podrške kolegama i obratno) te na identitet lojalnog člana organizacije,⁶⁴ može se pretpostaviti da je posljednji najdominantniji te nadvladava ostala dva u obliku svojevrzne depersonalizacije. Radnici su na radnome mjestu prožeti trima razinama stvarnosti (okoliš, praksa i društvo) te prema vlastitim motivacijama odabiru ono što im je bitno i što ih potencijalno definira kao osobu.⁶⁵ U prekarnim poslovima, ekstrinzičan motivator novca inhibira osobni razvoj pojedinca, no treba naglasiti kako je ovo tek jedan od negativnih učinaka. Ekstrinzični motivatori zbližavaju strukture organizacije, poslodavce i radnike, što je pretpostavka za formiranje adekvatnog i prihvatljivog radnog mjesta, no kontingentni radnici suočeni su s učestalim mijenjanjem identiteta same tvrtke za koju rade, što ne čudi s obzirom na neukorijenjeno i ciljno-racionalno djelovanje kompetitivnih tvrtki i njihovih platformi: „Česte organizacijske promjene, koje mijenjaju misiju tvrtke, ciljeve i sustave nagrađivanja, ili spajanja i preuzimanja koja mijenjaju pravni status i formalni identitet same tvrtke, mogu potkopati [osobni identitet, *op. a.*], kao i spriječiti

⁶² Wood, A. J.; Graham, M.; Lehdonvirta, V.; Hjorth, I., Good Gig, Bad Gig: Autonomy and Algorithmic Control in the Global Gig Economy, *Work, Employment and Society*, Vol. 33, br. 1, 2019., str. 70.

⁶³ Gagné, M.; Deci, E. L., Self-Determination Theory and Work Motivation, *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 26, br. 4, 2005., str. 356.

⁶⁴ Horton, K. E.; Bayerl, P. S.; Jacobs, G., Identity Conflicts at Work, *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 35, br. S1, 2014., str. S7.

⁶⁵ Scott, D., *On Learning – A General Theory of Objects and Object-relations*, UCL Press, London, 2021., str. 140-141.

njegovo pojavljivanje⁶⁶.⁶⁶ Takvo artifičijelno odvajanje motivatora pojedinca od organizacijskih struktura (što je istovjetno nekim teorijama o agentstvu) pretvara prekarne radnike u silu koja podriiva tvrtku iznutra s obzirom na to da izostankom konvergencije različitih osobnih identiteta pojedinaca ne dolazi do stvaranja organizacijskog identiteta,⁶⁷ već efekta *panoptikona* viših strata osoblja.

Postojanjem inhibirajućih učinaka identiteta i otežanog stvaranja kolektivnog mnijenja zbog izostanka sindikalnog udruživanja otvara se pitanje solidarnosti radnika u uvjetima kontingentne ekonomije. Pojava solidarnosti i kolektivne akcije među prekarnim radnicima čini se malo vjerojatnom, s obzirom na atomizaciju i prostornu raspršenost koja karakterizira njihove poslove i neuravnotežene odnose moći između radnika i platformi. Međutim, od 2016. godine razne platforme (npr. Uber, Deliveroo, UberEats ili Foodora) privukle su pozornost u nekoliko zemalja kao epicentri radničkih nemira⁶⁸ koji su postali niz primjera gdje su se radnici ujedinili kako bi izborili svoje interese. Tako su npr. vozači Ubera protestirali ispred sjedišta tvrtke u San Franciscu i New Yorku kada se razmatralo uvođenje novih mjera koje bi natjerale vozače da prihvate manje lukrativne vožnje⁶⁹ te je time stvoren pritisak na način funkcioniranja tvrtke, ali i na podizanje svijesti javnosti o izrazito nepravednim misijama i ciljevima platformske ekonomije. Također, u Portugalu je došlo do prosvjednog marša u kojem je sudjelovalo 500 sudionika zbog činjenice da je Uber prekršio zakon, koji zahtijeva prethodne pregovore s radnicima o važnim temama, posebice u vezi s netransparentnim algoritmom upravljanja, koji vožnje prvo dodjeljuje onima koji najdrastičnije snize cijene,

⁶⁶ Rousseau, D. M., Why Workers Still Identify with Organizations, *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 19, br. 3, 1998., str. 221-222. Potrebno je istaknuti kako ovo ne znači da tvrtke, koje zapošljavaju kontingente radnike, učestalo i radikalno mijenjaju vlastiti identitet, no sudeći po načinu oblikovanja rada koje će biti istaknuto u sljedećem poglavlju, vidljivo je dvosmisleno definiranje statusa zaposlenih, kao i ostalih stavki koje tvrtka promiče: sustave nagrađivanja, organizacijske promjene, kontrolu i formalni identitet.

⁶⁷ Stuart, H., Employee Identification with the Corporate Identity, *International Studies of Management & Organization*, Vol. 32, br. 3, 2002., str. 43.

⁶⁸ Tassinari, A.; Maccarrone, V., Riders on the Storm: Workplace Solidarity among Gig Economy Couriers in Italy and the UK, *Work, Employment and Society*, Vol. 34, br. 1, 2020., str. 36.

⁶⁹ Malik, A. G., Worker Classification and the Gig-economy, *Rutgers University Law Review*, Vol. 69, br. 1729, 2017., str. 1759.

otkrivajući da je izbornost, kao mogućnost platforme, lažna.⁷⁰ U Italiji se dogodio niz protesta na način da su se radnici, koji obavljaju dostavu hrane preko platformi, preko razgovora na WhatsApp aplikaciji (za koje su saznali zahvaljujući međusobnim kratkotrajnim interakcijama u restoranima, tj. u okviru obavljanja posla) udružili te započeli manifestirati „meku moć“ (engl. *soft power*) putem medija kako bi obavijestili javnost o uvjetima rada s kojima se suočavaju te time direktno utjecali na politiku *gig* tvrtki.⁷¹ Time se pokazalo kako je moguće mobilizirati radnike da se ujedine čak i u atomiziranim scenarijima različitih iskustava s obzirom na činjenicu da su intrinzično povezani jer su dio istog lanca stvaranja specifične vrijednosti usluge.⁷² Želja za podizanjem svijesti o kontingentnim radnicima upravo proizlazi iz činjenice kako je nužno postojanje „mreže socijalne sigurnosti (koja uključuje npr. zdravstveno osiguranje i mirovine) koja nije vezana uz zaposlenje s punim radnim vremenom kako bi se [prekarijat, *op. a.*] zaštitio od nesigurnosti povezane s *gig* ekonomijom“.⁷³ Važno je istaknuti kako se različiti protesti prekarnih radnika, čak i ako nisu izravno povezani, mogu međusobno inspirirati kreiranjem domino efekta pozitivnih promjena koje se protežu izvan neposrednog konteksta.⁷⁴

Sukladno navedenom, prekarijat sačinjavaju pojedinci koji rade niskokvalificirane, slabo plaćene i nesigurne poslove bez mogućnosti razvoja karijere i s limitiranom zaštitom prava radnika, što kulminira činjenicom da ih se zapošljava i otpušta gotovo proizvoljno. Nadalje, zbog svih ovih točaka, prekarijat se može smatrati dovoljno ujedinenim da konstituiraju novu klasu čija otuđenost od države, uz dodatnu motiviranost koju promiče radnička solidarnost i želja za naglašavanjem osobnih identiteta i potreba, može potaknuti prosvjede⁷⁵ i borbu za radnička

⁷⁰ Allegretti, G.; Holz, S.; Rodrigues, N., At a Crossroads: Uber and the Ambiguities of the COVID-19 Emergency in Lisbon, *Work Organisation, Labour & Globalisation*, Vol. 15, br. 1, 2021., str. 95.

⁷¹ Chesta, R. E.; Zamponi, L.; Caciagli, C., Labour Activism and Social Movement Unionism in the Gig Economy, *Partecipazione e Conflitto*, Vol. 12, br. 3, 2019., str. 827 i 838.

⁷² John, M., Heterogeneous Labour, Labour Theory of Value and Identities: Towards a Theory of Segmentation and Revolutionary Subjectivity, *Social Scientist*, Vol. 46, br. 9-10, 2018., str. 49.

⁷³ Kalleberg, *op. cit.* (bilj. 20), str. 74.

⁷⁴ Paret, M., Politics of Solidarity and Agency in an Age of Precarity, *Global Labour Journal*, Vol. 7, br. 2, 2016., str. 186.

⁷⁵ Manolchev; Saundry; Lewis, *op. cit.* (bilj. 56), str. 829.

prava. Najveći problemi proizlaze iz činjenice da nacionalni i nadnacionalni zakonodavci izbjegavaju intervenciju u zakonski pojam „radnika“ s ciljem prilagođavanja novom društveno-ekonomskom globaliziranom kontekstu⁷⁶ te postoji opasnost da će radnici doživljavati gubitak identiteta, solidarnosti i djelovanja, a njihova očekivanja pravde na radnome mjestu morat će se prilagoditi zahtjevima u suvremenoj svjetskoj ekonomiji.⁷⁷ Pozitivan pomak u tom smislu predstavlja prijedlog zakonskih izmjena hrvatskog Zakona o radu kojim se, barem na formalnoj razini, nastoji regulirati platformski rad te se čl. 55. Prijedloga izmjena Zakona o radu predviđa uvođenje nove zakonske Glave IV.a naslovljene „Rad putem digitalnih radnih platformi“. U kontekstu teme ovoga rada posebno valja istaknuti prijedlog novog čl. 221.m kojim se nastoji doskočiti problemu tzv. lažne samozaposlenosti te se ujedno definira tzv. presumpcija radnoga odnosa u radu korištenjem digitalne platforme (uz primjerično navođenje pretpostavki koje ukazuju na postojanje radnoga odnosa). Dodatno, prijedlog novog čl. 221.n, sukladno obrazloženju predlagatelja, „predstavlja iznimku od primjene članka 221.m, te predviđa ograničenu fleksibilnost za one fizičke osobe koje bi rad korištenjem digitalnih radnih platformi obavljale izvan radnog odnosa. Pretpostavka za primjenu članka 221.n je isključivo mali opseg ostvarenih primitaka u promatranom razdoblju, pri čemu se isti ne primjenjuje na samozaposlene osobe“.⁷⁸

4. ODGOVOR PRAVNOG SUSTAVA NA STATUS PREKARNIH (KONTINGENTNIH) RADNIKA

Postojanje kontingentnog rada otvorilo je pitanje budućnosti: hoće li kratkotrajnost poslova i izostanak financijskih i socijalnih veza predstavljati

⁷⁶ Dragičević, M., Проблеми кваліфікації і радноправне заштите „дигіталних радника“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Vol. 60, br. 90, 2021., str. 159.

⁷⁷ Arthurs, H., *Labour Law After Labour*, u: Davidov, G.; Langille, B. (ur.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 29.

⁷⁸ Vidi čl. 55. te obrazloženje predlagatelja uz čl. 55. *Nacrta prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o radu*, 153. sjednica Vlade Republike Hrvatske od 29. rujna 2022., predlagatelj: Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike, preuzeto sa: <https://vlada.gov.hr/sjednice/153-sjednica-vlade-republike-hrvatske-36114/36114> [pristup: 25. listopada 2022.].

dominantnu normu? Iako se često suvremenu ekonomiju hvali zbog dokidanja uspostavljenih veza s navodno „opresivnim“ organizacijama i dugogodišnjim zadržavanjem subjektivno-neprikladnih radnih mjesta,⁷⁹ problematičnost određivanja prekrasnih poslova proizlazi iz pravnog definiranja radnika. Naime, ako velik broj pojedinaca radi kontingente poslove zato što nema drugog izbora, koliko je opravdano zadržati se na kategoriji „nezavisnog ugovarača“? Može li se *gig* radnike uopće kvalificirati kao samozaposlene osobe ili je riječ o zaposlenicima (radnicima) platformskih kompanija?

Platforme, poput Ubera ili Deliverooa, koriste „fleksibilnost“ i „kompetitivnost“ kao eufemizme za uskraćivanje prava radnicima kroz korištenje različitih strategija, a najznačajnije su pogrešne pravne klasifikacije; tzv. trgovanje režimima; te zapošljavanje ekonomski ranjivih skupina.⁸⁰ Pod pravnom klasifikacijom podrazumijeva se učestalo prisutna dihotomija „nezavisnih ugovarača“ i „radnika“ u suvremenoj ekonomiji; prevladava li ekonomska ovisnost radnika o platformama, koje vrše transakcije za ponuđene usluge (tj. manjak ekonomske slobode) ili je pak riječ o prisustvu svih rizika koje na sebe preuzima nezavisni ugovarač, odnosno samozaposlena osoba? Izgrađeno na tradicionalnoj binarnoj podjeli, čini se da radno zakonodavstvo ne može dati odgovarajuću definiciju za one radnike koji pripadaju negdje između ove dvije suprotstavljene kategorije. Ekonomski ovisni radnici nalaze se na sredini između tradicionalnih kategorija, budući da su formalno samozaposleni, ali ovise o jednom poslodavcu za sav ili većinu svojega prihoda.⁸¹ S druge strane, trgovanje režimima (engl. *regime shopping*) odnosi se na prijetnje multinacionalnih kompanija (u ovome slučaju onih koji pružaju usluge platformi) usmjerene na mogućnost povlačenja svojih proizvoda/usluga ukoliko im određeni uvjeti (fiskalni i/ili iz sfere radnog zakonodavstva) ne odgovaraju. Ovaj fenomen je posljedica deregulacije kao dominantnog obilježja globalne ekonomije, a podrazumijeva smanjivanje prepreka za ulazak na tržište i izlazak iz njega.⁸² Posljednja strategija, zapošljavanje

⁷⁹ Friedman, *op. cit.* (bilj. 16), str. 185.

⁸⁰ Zwick, A., Welcome to the Gig Economy: Neoliberal Industrial Relations and the Case of Uber, *GeoJournal*, Vol. 83, 2018., str. 681-682.

⁸¹ Rosirou, *op. cit.* (bilj. 14), str. 283.

⁸² Kesner-Škreb, *op. cit.* (bilj. 6), str. 252.

ekonomski ranjivih skupina, odnosi se na radnu snagu imigranata i ostalih društveno marginaliziranih skupina jer je cijena njihovog rada jeftina s obzirom na to da im tradicionalna zaposlenja nisu dostupna. Tako se kod Ubera mogu primijetiti sve tri strategije. Postoji inzistiranje na klasificiranju radnika kao nezavisnih ugovaratelja od strane platforme iako ona zahtijeva od radnika da se drže određenih standarda: inspekcija automobila, čistoća i sigurnost. Osim toga, Uber zahtijeva provjeru profila svojih radnika prije nego ih zaposli i diktira rute kojima vozači obavljaju vožnje (uz limitiranu mogućnost promjene). Iako Uber tvrdi kako vozači sami biraju vrijeme obavljanja posla, tj. vožnje, tvrtka nije pokazala kako je ova činjenica bitno drugačija od ostalih tvrtki koje imaju mogućnost fleksibilnog radnog vremena. Nadalje, trgovanje režimima Uber manifestira tako što ne traži od vozača da se drže „regionalnih“ zakona, već implicitno podupire njihovo kršenje dok se praksa jurisdikcije na toj razini ne „pokori“.⁸³ Uberov model ovisan je o protoku nisko plaćenog rada, stoga se ističe opetovano zapošljavanje onih koji nemaju drugog izbora.

Iako bi se možda očekivalo kako će radnici zastupati činjenicu da su zaposlenici iz socijalnih razloga (kao što su socijalna zaštita ili medicinsko osiguranje), često se ističu činjenice u vezi načina na koji je sam rad organiziran. Tako je u slučaju *Vizcaino v. Microsoft Corporation*, Microsoft proglašen krivim zbog pogrešnog klasificiranja radnika kao nezavisnih ugovarača čime ih se ilegalno isključilo iz sustava socijalne zaštite.⁸⁴ Ovo je samo primjer jednog od ranijih slučajeva koji su pokrenuli raspravu o tome kako treba definirati radnike, no značajne borbe se vode i kod današnjih platformi suvremene ekonomije. U predmetu *O'Connor v. Uber Technologies* citira se Uberov priručnik za vozače: ‚smatramo [poslani zahtjev za vožnju, *op. a.*], koji nije prihvaćen, kao odbijanje‘ (...) Priručnik dalje ističe kako Uber smatra ‚odbijanje previše vožnji‘ kao problem s performansama [vozača, *op. a.*] koje bi moglo dovesti do terminiranja [vozača, *op. a.*] s Uber platforme. (...) ‚Razina prihvaćanja vožnji [ispod 60%, *op. a.*] je preniska (...). Molimo Vas da idete prema razini prihvaćanja većoj od 80%. Ako niste u mogućnosti značajno

⁸³ Zwick, *op. cit.* (bilj. 80), str. 684-685.

⁸⁴ United States Court of Appeals, 120 F.3d 1006 (9th Cir.), *Vizcaino v. Microsoft Corporation*, od 24. srpnja 1997.

poboljšati razinu prihvaćanja, Uber će možda suspendirati Vaš račun“.⁸⁵ S druge strane, još jedna tvrtka koja osigurava taksi prijevoz kontingentnim radom, Lyft, opisala se kao „nezainteresirani promatrač koji samo pruža platformu omogućavajući vozačima i mušterijama da se povežu – slično kao tvrtka eBay“.⁸⁶ Ono što zapravo Uber, Lyft pa i ostale tvrtke koje funkcioniraju po tipičnim principima platformne ekonomije žele naglasiti jest kako, sukladno principima *common lawa*, radnici mogu isključivo biti klasificirani kao nezavisni ugovarači jer platforme ne vrše kontrolu nad njima – inzistiraju kako su prvenstveno „tehnoške kompanije“ koje povezuju „poslove koji nude prijevoz mušterijama“.⁸⁷ Prema takvim stajalištima, Uber i Lyft nastoje dokazati kako generiraju svoje prihode zahvaljujući *softwareu* koji pružaju, a ne aktivnostima vozača. Međutim, istina je upravo suprotna. Obje tvrtke uzimaju određen postotak od vozačeve zarade, što znači kako bez tih radnika ne bi mogli postojati na tržištu.⁸⁸ Ipak, iako navedeno pokazuje ekonomsku ovisnost tvrtke o vozačima, nije dokazana ekonomska ovisnost radnika o platformama s obzirom na to da se, nažalost, uvijek zanemaruje prekarnost ovakvih poslova i činjenicu da ih u velikom dijelu obavljaju ekonomski osjetljive skupine. Naime, „najpopularniji“ odgovor na problematiku klasificiranja radnika je preporuka da se zakonska definicija „radnika“ odredi na temelju testa „ekonomske stvarnosti“, pri čemu bi izvođač, koji je ekonomski ovisan o svom poslodavcu, bio definiran kao radnik, bez obzira kako ga poslodavac odluči „označiti“⁸⁹ – radnici su oni koji u ekonomskoj stvarnosti ovise o poslovanju tvrtke/kompanije/platforme putem koje pružaju

⁸⁵ United States District Court, Northern District of California, 82 F.Supp.3d 1133, *O'Connor v. Uber Technologies*, od 11. ožujka 2015., str. 1149.

⁸⁶ United States District Court, Northern District of California, 60 F.Supp.3d 1067, *Cotter v. Lyft*, od 11. ožujka 2015., str. 1078.

⁸⁷ Kirven, A., Whose Gig is it Anyway? Technological Change, Workplace Control and Supervision, and Workers' Rights in the Gig Economy, *University of Colorado Law Review*, Vol. 89, 2018., str. 279.

⁸⁸ *Ibid.*, str. 280.

⁸⁹ Maltby, L. L.; Yamada, D. C., Beyond „Economic Realities“: The Case for Amending Federal Employment Discrimination Laws to Include Independent Contractors, *Boston College Law Review*, Vol. 38, br. 2, 1997., str. 240.

usluge.⁹⁰ Nažalost, sud je u jednom slučaju vezanom uz Uber identificirao kako vozači mogu kontrolirati svoj prihod radeći za druge tvrtke (kao da je to samo po sebi dovoljan razlog) čime se umanjuje značaj testa ekonomske ovisnosti.⁹¹

Ako se nije pronašlo dovoljno dokaza (u postojećim slučajevima) za ekonomsku ovisnost kontingentnih radnika o poslodavcu, što se može reći o kontroli koju vrše tvrtke? Uber (npr. u prethodno navedenim slučajevima) opetovano tvrdi kako daje apsolutnu slobodu radnicima da biraju kada će i koliko raditi te hoće li odbiti ponuđene vožnje ili ne. Međutim, Uber određuje cijene, standarde za vozače, vrši filtriranje kategorija pojedinaca koje zapošljava, daje uputstva vozačima da ne prihvaćaju napojnice od mušterija, prikuplja podatke o performansama i rutama, naglašava kako *rating* vozača ne smije biti manji od 4.5 (a ako jest, upućuje mailove koji sugeriraju načine poboljšanja kvalitete rada), šalje sugestije radnicima kako bi trebali raditi u vremenu kada je najveća potražnja za prijevozom (tzv. *peak pricing period*) te, konačno, propisuje da vozači moraju odraditi barem jednu vožnju u određenom vremenskom periodu kako bi njihov račun ostao aktivan.⁹² Sve što se na aplikaciji događa prije samog prijevoza ima sekundarni, pomoćni i pripremni značaj, a služi za obavljanje glavne funkcije platforme – prijevoza putnika. Uber time primarno ne prikuplja informacije, već nudi usluge prijevoza koje obavljaju radnici, s obzirom na to da je priroda te usluge obilježena svim ključnim elementima taksi usluge (ugovor o prijevozu, izbor destinacije koju odredi putnik te naknada) koja predstavlja izravnu konkurenciju tradicionalnim pružateljima usluga iste vrste.⁹³

⁹⁰ Seiner, J. A., *The Virtual Workplace – Public Health, Efficiency, and Opportunity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021., str. 14.

⁹¹ Walton, A.; Brue, K. L., Worker Classification Standards in the Gig Economy: Do Businesses Pass the Test?, *Journal of Human Resources Education*, Vol. 13, br. 1, 2019., str. 10; za više detalja vidi i slučaj United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, 16-cv-573, *Razak v. Uber Technologies*, od 11. travnja 2018.

⁹² Kirven, *op. cit.* (bilj. 87), str. 281.

⁹³ Mudrić, M., Nature of Uber Services, u: Jasenko, M.; Petrović, S.; Mudrić, S.; Lisičar, H. (ur.), *Uber – Brave New Service of Unfair Competition – Legal Analysis of the Nature of Uber Services*, Springer Nature, Cham, 2020., str. 21 i 50.

Navedeno očito nije puko prikupljanje podataka o vlastitom *softwareu* od strane Ubera, već postojanje kontrole nad performansama vozača: direktne i indirektne. Direktna se očituje u trenutcima kada radnici zaprimaju mailove s uputstvima, a očito su potencirani aktivnim praćenjem, no upravo je *rating*, tj. ocjenjivanje specifičan fenomen. Naime, osoba koja je zatražila vožnju može nakon njenog završetka ocijeniti kvalitetu usluge, a taj podatak zatim vide ostali korisnici platforme, uključujući i samu tvrtku. Te ocjene zatim utječu na to koliko će korisnici biti voljni prihvatiti vožnju konkretnog vozača (što direktno utječe na njegove prihode), a ako *rating* ostane dulje vrijeme na nižoj razini, postoji mogućnost deaktivacije računa. Navedeno začudno podsjeća na Foucaultov *panoptikon* i činjenicu da je „[Pojedinač, *op. a.*] viđen, ali ne vidi; objekt je informacije, nikada subjekt komunikacije“.⁹⁴ Konkretno, radnik u *gig* ekonomiji svjestan je činjenice apsolutne i bezvremenske mogućnosti promatranja koju olakšava tehnologija platformi (ujedno i poslodavac) te se od nje ne može sakriti. S druge strane, platforma ne može promatrati svoje radnike bez da korisnici i ona sama prikupljaju podatke o sebi: „Uber i Lyft stvorili su takav sustav discipline koji je nedvojbeno moćniji od starog sustava izravnog nadzora. Korisnik sada određuje sudbinu vozača kroz sustav ocjenjivanja, osiguravajući time da vozači rade kako bi služili i klijentima i njihovom poslodavcu“.⁹⁵ U drugome primjeru, koji je vezan za tvrtku Dial-A-Mattress, također je vidljiva značajna kontrola poslodavaca nad načinom i sredstvima koje su koristili operatori u isporuci madraca te da to pokazuje status zaposlenika. Poslodavac je u tom slučaju odredio „zemljopisna područja“ u kojima su „operateri“ mogli vršiti isporuke, uspostavio je „listu ruta“ za svakog operatera na kojoj je bio naveden redoslijed kojim su isporuke trebale biti obavljene za taj dan te je, končano, suspendirao operatere koji nisu vratili robu poslodavca. Nadalje, operateri nisu imali nikakvog utjecaja na određivanje cijene robe, kao niti na odabir kupaca.⁹⁶ Ako je suvremeni disciplinski sustav prebacio fokus discipline s čovjekovog tijela na njegovu dušu, ekonomija prekarizata je

⁹⁴ Foucault, M., *Discipline and Punish – The Birth of the Prison*, Vintage Books, New York, 1991., str. 200.

⁹⁵ Kirven, *op. cit.* (bilj. 87), str. 285.

⁹⁶ Gould IV, W. B., *For Labor to Build Upon – Wars, Depression and Pandemic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022., str. 100.

disciplinski sustav prebacila u ruke poslodavca i korisnika. Može se reći da upravo zato pravni sustav nailazi na poteškoće kod definiranja načina na koji se klasificiraju radnici jer je, sukladno navedenom, jednostavno definirati kako kontrola postoji i da je nužno slijedi ekonomska ovisnost, ali nije općeshvatljivo gdje se ta kontrola s ekonomskom ovisnošću nalazi – „funkcionira trajno i većinski u tišini“⁹⁷ prikupljanjem podataka.

Kontingentne radnike potrebno je klasificirati kao zaposlenike ako platforma može provoditi oblike „zapovijedanja i kontrole“.⁹⁸ Tako je Uber zaista tvrtka koja samo dobiva informacije o vozačima, ali čini to na način da direktno transformira, kontrolira, isključuje i uključuje radnike u rad pod opravdanjem kategorije „nezavisnih ugovarača“. Trenutni pravni sporovi suvremene kontingentne ekonomije vode se oko distinkcije „radnika“ i „nezavisnih ugovarača“, što otvara put dvjema mogućnostima: ili će sudovi nastaviti klasificirati radnike kao nezavisne ugovarače (samozaposlene) te time perpetuirati prekaran rad i ekonomske nejednakosti, ili će im priznati status zaposlenih osoba (radnika) čime će dobiti punu radnopravnu i socijalnopravnu zaštitu, a organizacijski obrazac tvrtki kontingentnog rada postati neprofitabilan i one će propasti.⁹⁹ Kako je kategorija nezavisnog ugovaratelja većinski štetna i pogoduje isključivo poslodavcima (barem kada je riječ o pogrešnoj klasifikaciji), potrebno ju je dekonstruirati, kao i ostale artificiozno konstruirane binarne opozicije koje utječu na stvarnost društva s upitnim ciljevima, i to ne izvana, već ponajprije unutar pravne strukture u kojoj je stvorena.¹⁰⁰ S obzirom na to da navedene platforme pružaju atipične modele rada, nije moguće zadržati se na postojećoj strogosti radnog zakonodavstva i dvojne podijele. To je moguće postići redefiniranjem

⁹⁷ Foucault, *op. cit.* (bilj. 94), str. 177.

⁹⁸ Perulli, A., The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee, *European Labour Law Journal*, Vol. 20, br. 10, 2020., str. 7.

⁹⁹ Malik, *op. cit.* (bilj. 69), str. 1760.

¹⁰⁰ Vidi Derrida, J., *Of Grammatology*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997., str. 24.

pojma radnika i odnosa subordinacije kako bi se oni odnosili na širu kategoriju socijalne i ekonomske subordinacije, a što su i mnoge europske zemlje učinile.¹⁰¹

U hrvatskome radnom pravu bitni elementi radnog odnosa su dobrovoljnost, naplatnost, obveza osobnog obavljanja rada i podređenost (subordinacija)¹⁰², čemu Herman i Čupurdija dodaju i profesionalnost.¹⁰³ Postavlja se pitanje kako izgleda rad kontingentnih i prekarnih radnika u hrvatskome kontekstu s obzirom na navedene elemente te koliko je moguće zadržati se na kategorijama radnika i (samo)zaposlenog. S obzirom na to da *gig* ekonomija putem platformi zahtijeva od potencijalnih radnika registraciju (što podrazumijeva element dobrovoljnosti) te svojevrsnu provjeru profila osobe od strane poslodavca, postoji snažan argument da se podrazumijeva obveza osobnog obavljanja rada.¹⁰⁴ Zanimljiva je činjenica kako kod ugovora o djelu izvođač može povjeriti obavljanje rada trećoj osobi,¹⁰⁵ što nije slučaj primjerice kod Ubera. Dodatno, s obzirom na činjenicu da je poslodavac obavezan u radnom odnosu (gdje postoji osobno obavljanje rada) radniku dati posao te za obavljeni rad mu isplatiti plaću,¹⁰⁶ može se smatrati da iznos kojeg platforme uplaćuju radnicima (i to periodično krajem svakog tjedna) ima prirodu

¹⁰¹ Kuzelj, V.; Petrović, T.; Erent-Sunko, Z., Prikrivanje radnoga odnosa (nesamostalnog rada) institutom paušalnog obrta: financijskopravne i radnopravne implikacije, *Pravni vjesnik*, Vol. 38, br. 2, 2022., str. 58.

¹⁰² Naime, Zakon o radu „(čl. 4., st. 1.) definira radnika kao fizičku osobu koja u radnom odnosu obavlja određene poslove za poslodavca te propisuje (čl. 7., st. 1.) obvezu poslodavca radniku dati posao te mu isplatiti plaću, a na strani radnika obvezu osobnog obavljanja preuzetog posla. U navedenim su odredbama sadržane bitne odrednice radnoga odnosa: subordinacija, naplatnost i obveza osobne činidbe rada, dok posljednja (dobrovoljnost) proizlazi iz ustavne slobode rada i prava na slobodan odabir zaposlenja“, Kuzelj, *op. cit.* (bilj. 4), str. 519.

¹⁰³ Herman, V.; Čupurdija, M., *Osnove radnog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2011., str. 102., preuzeto s: https://www.pravos.unios.hr/pfo/sites/default/files/RadnoiSocijalno/knjiga-osnove_radnog_prava.pdf [pristup: 16. kolovoza 2022.].

¹⁰⁴ Bjelinski Radić, I., Novi oblici rada kao suvremeni izazov za radno pravo – slučaj Uber, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 38, br. 2, 2017., str. 893.

¹⁰⁵ Butković, H.; Samardžija, V.; Skazlić, I.; Čavar, I., *Nestandardni rad u Hrvatskoj: izazovi i perspektive u odabranim sektorima*, Institut za razvoj i međunarodne odnose, Zagreb, 2018., str. 43.

¹⁰⁶ Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19, čl. 7 st. 1.

plaće kao kod uobičajenog radnog odnosa.¹⁰⁷ Što se tiče subordinacije, već je bilo govora o kontroli koju vrše platforme nad svojim radnicima te da se predstavljaju kao „nezainteresirani promatrač koji samo pruža platformu omogućavajući vozačima i mušterijama da se povežu“,¹⁰⁸ bez obzira na omogućavanje mjesta određenoj slobodi i fleksibilnosti. Naime, platforme koriste sustav ocjenjivanja radnika od strane putnika, što može imati pravnu posljedicu za ugovorni odnos između platformi i radnika. Tako postoji mogućnost raskidanja ugovornog odnosa, što podrazumijeva i pravnu podređenost. Platforme također koriste sustav ocjenjivanja kako bi potaknule radnike na primjenu „pravila pružanja usluge, primjerice pravila o održavanju čistoće u vozilu, profesionalnom odijevanju vozača, profesionalnoj komunikaciji s putnicima, služenju hrane i pića u vozilu itd.“¹⁰⁹ U hrvatskom kontekstu, određeni platformski radnici Ubera potvrdili su kako su za svoje usluge plaćeni „na ruke“ od strane agregatora, pod nazivom „uplate za naknadu troškova goriva“.¹¹⁰

Stoga je, ne dovodeći u pitanje porast kompleksnosti te profesionalizaciju pojedinih oblika rada (koji nedvojbeno utječu na pregovarački položaj određenih kategorija radnika), potrebno s povećanim oprezom pristupiti razmatranju tvrdnje kako je „[u] suvremenom svijetu tradicijsku (...) paradigmu i pravno obrazloženje postojanja zasebnoga radnog prava i zasebnoga radnog zakonodavstva, izdvojenog iz korpusa općega obveznog prava, nemoguće dalje graditi i inzistirati na šticeanju 'slabije strane' (...) jer diverzificiranje činidbe rada i pravnih odnosa u kojima se činidba rada obavlja dovodi do diverzificiranja i onih koji stoje na ugovornoj strani koja obavlja činidbu rada“.¹¹¹ Iako je navedena tvrdnja u pojedinim područjima (npr. IT sektor) gdjekad ispravna, to nipošto ne valja shvatiti tako da cjelokupni sustav zaštite radnika kao tradicionalno slabije strane valja beziznimno napustiti, a

¹⁰⁷ Bjelinski Radić, *op. cit.* (bilj. 104), str. 894.

¹⁰⁸ United States District Court, Northern District of California, 60 F.Supp.3d 1067, *Cotter v. Lyft*, od 11. ožujka 2015., str. 1078.

¹⁰⁹ Bjelinski Radić, *op. cit.* (bilj. 104), str. 895-896.

¹¹⁰ Bilić, A.; Smokvina, V., What Lessons Could Croatia Learn From a Comparative Perspective Regarding the Labour Market Status of On-demand Platform Workers, *InterEULawEast*, Vol. 9, br. 1, 2022., str. 74.

¹¹¹ Gotovac, *op. cit.* (bilj. 53), str. 13.

što je prepoznato ne samo na materijalnopravnoj razini radnoga zakonodavstva, već i npr. u pravilima o zaštitnoj nadležnosti¹¹² i ograničenju mogućnosti izbora mjerodavnog prava¹¹³ kod pojedinačnih ugovora o radu s međunarodnim obilježjem.¹¹⁴ Nadalje, i Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj praksi „polazi od toga da je radnik prema svojoj gospodarskoj snazi u pravilu slabija stranka ugovora o radu, pa je u cilju zaštite radnika zakonodavac ovlašten ograničiti slobodu ugovaranja stranaka ugovora o radu“.¹¹⁵ Takvo shvaćanje zakonodavac izražava postulirajući tzv. presumpciju radnoga odnosa. Naime, čak i u slučaju dobrovoljnog odabira drugačijeg oblika obavljanja činidbe rada (izvan radnoga

¹¹² Vidi npr. Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), SL L 351/1, 20. prosinca 2012., čl. 20.-23.

¹¹³ Vidi npr. Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, SL L 177/6, 4. srpnja 2008., čl. 8.

¹¹⁴ Tako se ističe da Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Narodne novine br. 101/2017., „osigurava zaštitu slabije stranke u pravnom prometu, kao što su (...) zaposlenici (...). Na razini mjerodavnog prava to slijedi iz izravne primjene Uredbe Rim I., a na razini određivanja nadležnosti primjenjuju se pravila o zaštitnoj nadležnosti iz Uredbe Bruxelles I. (preinačena) čiju je primjenu Zakon proširio i na sporove iz privatnopravnih odnosa koji su povezani s trećim državama“, Sikirić, H., Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Tradicionalno XXXIII. Savjetovanje - Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 25.*, Organizator, Zagreb, 2018., str. 69. Riječ je, naime, o deklaratornim zakonskim odredbama koje „imaju funkciju ‘podsjetiti’ na to koji izvor treba primijeniti“ te se „ti izvori primjenjuju (...) u Hrvatskoj neovisno o [Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, *op. a.*] (...) kao dio *acquis communautaire*“. Unatoč tome, u određenim se slučajevima zakonskim odredbama „proširuje materijalno polje primjene tih izvora“, Hoško, T., Novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu, *Zakonitost*, Vol. 1, br. 1, 2019., str. 23-24. U kontekstu ovoga rada važnost navedenih pravila dolazi do izražaja kod tzv. prekograničnog platformskog rada u kojem se barem jedna od strana trostranog ugovornog odnosa (platformski radnik, digitalna platforma i klijent) seli ili je smještena u drugoj državi članici Europske unije, Vukorepa, I., Cross-Border Platform Work: Riddles for Free Movement of Workers and Social Security Coordination, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 70, br. 4, 2020., str. 489. Tako se ističe problem klasifikacije radnika, s obzirom na veliku vjerojatnost (u skladu s odredbama Uredbe Rim I.) da bi kognentne odredbe radnog zakonodavstva države članice gdje se rad uobičajeno obavlja bile primjenjive. „Nasuprot tome, ako bi platformski radnik bio klasificiran kao samozaposleni (...) ne bi uživao taku zaštitu. Stoga, različite klasifikacije mogu dovesti do različitog opsega prava platformskog radnika“, *ibid.*, str. 492-493.

¹¹⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-1706/2004 od 20. prosinca 2006., para 7.

odnosa) od strane izvođača posla (*de facto* radnika)¹¹⁶ ostaje činjenica da se time nastoje zaobići kogentne zakonske odredbe utemeljene na zakonskoj presumpciji i usmjerene zaštiti sadržaja radnoga odnosa: „[a]ko poslodavac s radnikom sklopi ugovor za obavljanje posla koji, s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca, ima obilježja posla za koji se zasniva radni odnos, smatra se da je s radnikom sklopio ugovor o radu, osim ako poslodavac ne dokaže suprotno“.¹¹⁷

Iz stilizacije navedene odredbe jasno proizlazi da, ako ugovoreni posao ispunjava zakonski definirane elemente radnoga odnosa (dobrovoljnost, naplatnost, subordiniranost i osobna činidba rada), izbor pravnog oblika obavljanja rada nije prepušten dispoziciji ugovornih strana – posao koji posjeduje sve kvalitete radnoga odnosa obavlja se (beziznimno) temeljem ugovora o radu. Pritom mogućnost dokazivanja suprotnog od strane poslodavca nipošto nije usmjerena dokazivanju drugačije volje ugovornih strana, tj. njihovog izbora da posao sa svim elementima radnoga odnosa podvrgnu drugačijem ugovornom režimu. Naprotiv, poslodavac je sukladno dikciji čl. 10., st. 2. Zakona o radu obavezan dokazati nepostojanje nekog od elemenata radnoga odnosa, u čijem bi odsustvu bilo dozvoljeno takav pravni odnos s činidbom rada podvrgnuti drugačijem ugovornom režimu. Gotovac ističe „kako se šticeenje radnika zapravo može postići samo na način da radnom pravu prioritetni smisao prestane biti zaštita radnika, već da to bude pravno-zaštitnički odnos spram samog koncepta obavljanja činidbe rada u radnom odnosu, odnosno spram radnog odnosa *per se*, jer tek uz identifikaciju i šticeenje obavljanja činidbe rada u radnom odnosu uopće može biti zajamčena specifična zaštita radnika u takvom odnosu“¹¹⁸ te navedenu zakonsku odredbu valja tumačiti upravo u tom smislu, naime, da hrvatski zakonodavac prihvaća sadržaj radnoga odnosa, a ne formalnu kategoriju radnika kao predmet zaštite radnoga

¹¹⁶ Takav je dobrovoljni izbor, temeljen na trenutačnoj isplativosti obavljanja posla izvan radnoga odnosa kroz oslobođenje ili umanjenje obveza s osnovne poreza na dohodak i obveznih doprinosa iz plaće, sukladno pozitivnim zakonskim propisima u Republici Hrvatskoj zamisliv kod primjene instituta tzv. paušalnoga obrta ili rada temeljem tzv. studentskog ugovora. U kontekstu prvog vidi Kuzelj; Petrović; Erent-Sunko, *op. cit.* (bilj. 101), str. 55-74., a u pogledu potonjeg vidi Kuzelj, *op. cit.* (bilj. 4), str. 513-538.

¹¹⁷ Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19, čl. 10., st. 2.

¹¹⁸ Gotovac, *op. cit.* (bilj. 53), str. 14.

zakonodavstva. Zbog toga je nužno ponovno upozoriti na nužnost usmjeravanja „pozornost[i] zakonodavca na potrebu da se, u uvjetima pojave novih nestandardnih oblika rada, kategorije ekonomski ovisnih radnika te postojanja lažnih samozaposlenih osoba (engl. *'bogus' self-employed*), 'očuvaju temeljne vrijednosti i zaštite temeljna prava onih koji obavljaju posao“.¹¹⁹ To osobito vrijedi u hrvatskim uvjetima gdje radnici „često nevoljko zahtijevati svoja prava od poslodavca ili pred sudom, u strahu od gubitka posla“.¹²⁰

5. ZAKLJUČAK

Platformna ekonomija i današnji prekarijat produkt su dugotrajnih procesa koji se javljaju sve većim prodorom neoliberalizma kroz globalizacijske mehanizme. Oni ovise o suvremenoj tehnologiji i osmišljavanju platformi koje omogućuju što brže i jednostavnije dijeljenje zadataka kontingentnim radnicima, tj. usluga korisnicima. S obzirom na laku dostupnost platformi, tvrtke i poslodavci pravno klasificiraju svoje radnike kao „nezavisne ugovarače“ umjesto „zaposlene“ čime reduciraju vlastite troškove te na taj način izbjegavaju plaćanje socijalnih davanja (često ranjivijim skupinama koje čine velik broj pojedinaca u *gig* ekonomiji) i prebacuju većinu tereta, odnosno rizika na radnike jer tim pravnim označiteljem imaju status samozaposlenih. U tom smislu Grgurev i Vukorepa dolaze do zaključka da se „standardno zaposlenje još uvijek čini jamcem izbjegavanja rizika siromaštva među starijima“ te iako fleksibilni oblici obavljanja poslova djeluju neizbježno „jer postoji socijalna i ekonomska potražnja za njima“ oni bi „trebali tek ispuniti prazninu između nezaposlenosti i standardnog zaposlenja“¹²¹, tj. klasičnog radnoga odnosa. Iz tog je razloga nužno inzistirati na zaštitnoj ulozi radnog zakonodavstva prema sadržaju radnoga odnosa, s obzirom da prava i obveze radnika, ali i njegov identitet (u pravnom smislu) uvelike ovise o zakonskoj kategorizaciji radnika, nasuprot izvršiteljima poslova temeljem drugih ugovornih oblika obavljanja rada bez zasnivanja radnoga odnosa.

¹¹⁹ Kuzelj; Petrović; Erent-Sunko, *op. cit.* (bilj. 101), str. 70.

¹²⁰ Kotulovski; Laleta, *op. cit.* (bilj. 2), str. 718.

¹²¹ Grgurev; Vukorepa, *op. cit.* (bilj. 31), str. 259.

Upravo zbog toga radnici su pokretali pravne postupke protiv velikih kompanija kako bi dokazali status radnika. Međutim, iz najpoznatijih slučajeva pokazalo se (u slučajevima Ubera i Lyfta u Sjedinjenim Američkim Državama) kako tradicionalni pravni sustavi ne predviđaju ovakav tip obavljanja poslova te često dolaze u kontradikciju sa samim sobom: ne može se tvrditi da postoji ekonomska ovisnost ako su radnici u mogućnosti birati za koga i kada rade, ali je očito postojanje kontrole (subordinacije) koja tipično nije prisutna kod samozaposlenih (te znatno utječe na performanse radnika). Klasificiranjem radnika kao nezavisnih ugovarača postiže se ostvarivanje profita od strane velikih korporacija dok se kvaliteta života radnika vidno smanjuje, što otvara pitanje koja će strana prevladati. Ili će stremljenje k redefiniranju pojmova radnika i subordinacije u pravnom sustavu omogućiti nedvosmisleno reagiranje na pogrešne klasifikacije te prepoznati važnost koju zaposlenje ima za kontingente radnike, ili će neoliberalni *gig* model suvremenog prekarijata prevladati i dalje utjecati na nestanak tradicionalnih oblika rada (u okviru radnog odnosa).

I u suvremenoj je sociologiji konstrukcija identiteta vezana uz radni status ostala neistražena u odnosu na analize rodnih, rasnih i etničkih identiteta. Malobrojna istraživanja ukazuju na fenomen narušenog radnog identiteta u promijenjenim uvjetima nesigurnih oblika rada i na problem kreiranja novog identiteta samostalnih prekarnih radnika. Fragmentirani i polarizirani društveni identiteti rezultat su rastućih nejednakosti, a nejednakosti u radu postaju sve vidljivije. Stoga potraga za identitetom suvremenog radnika nužno počiva na interdisciplinarnom pristupu, s pravnog, ekonomskog i sociološkog aspekta, kako bi se kroz promatranje društvenih posljedica ekonomske ovisnosti pojedinih izvršitelja poslova (*de facto* radnika) moglo potaknuti nužne promjene u tumačenju pravnih kategorija radnoga odnosa (nasuprot drugim ugovornim oblicima obavljanja posla) te, kada je to potrebno, ukazati na potrebne izmjene u zakonodavčevom poimanju radnika.

10. Prava poreznih obveznika kao ljudska prava: razmatranje procesne i materijalne pravednosti u oporezivanju

TAJANA PETROVIĆ*, SONJA CINDORI**

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.722::336.225.611

SAŽETAK Budući da promjene u oporezivanju zadiru u interese poreznih obveznika i mijenjaju njihovu ekonomsku snagu, jedna od bitnih odrednica poreznog sustava trebala bi biti i prevencija potencijalnih socijalnih napetosti. Razrez i naplata poreza fizičkim i pravnim osobama predstavljaju složeni postupak koji provode upravna tijela prema posebnim propisima i pravilima (metodologijama) uz obvezu poštivanja brojnih načela. Jedno od njih je načelo pravednosti oporezivanja koje se smatra i pranačelom. Međutim, akti koje porezno tijelo donosi tijekom poreznog postupka ponekad mogu dovesti u pitanje temeljne slobode i prava poreznih obveznika. Beskompromisno podmirivanje javnih rashoda vođeno isključivo ekonomskim interesima prijeti ugrozom socijalnih prava, iako s ciljem ostvarenja financijske stabilnosti. Iz tog bi razloga porezno i socijalno zakonsko uređenje trebalo težiti postizanju balansa između pretjeranog povećanja opsega socijalnih prava i olakšica koji bi prelazio fiskalne mogućnosti države te njihova ograničenja i/ili sužavanja s isključivim ciljem održanja fiskalne discipline. Natruhe takvih nastojanja protežu se kroz svih pet krugova poreznih reformi provedenih u Republici Hrvatskoj u razdoblju 2016.-2022.

KLJUČNE RIJEČI porezni obveznik, porezni postupak, porezi, načela, pravednost, dohodak, dodana vrijednost

1. UVOD

Razvojem demokracije, ulaskom čovjeka u sve složenije odnose u gospodarskim, socijalnim, kulturnim i drugim područjima, ali i uslijed porasta blagostanja, skala ljudskih prava se tijekom vremena proširivala, s pretpostavkom nastavka ovakvog

* **Dr. sc. Tajana Petrović**, Porezna uprava, Ministarstvo financija, Hrvatske državnosti 7, Koprivnica, Republika Hrvatska, e-mail: tajana.petrovic@porezna-uprava.hr

** **Dr. sc. Sonja Cindori**, redovita profesorica na Katedri za financijsko pravo i financijsku znanost Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: scindori@pravo.hr

trenda i u budućnosti.¹ Kroz socijalnu i poreznu politiku ispravlja se nejednakost distribucije dohotka i bogatstva te pridonosi povećanju životnog standarda stanovništva. Međutim, utopistički koncipirani sustavi javnih rashoda, kao i neefikasno upravljanje javnim prihodima i primicima, dovode u pitanje održivost postojanja visokih javnih rashoda, ali i smisao socijalne politike koja zanemaruje aktivno sudjelovanje države u poticanju zapošljavanja, poduzetničke aktivnosti, društveno odgovornog ponašanja te posebice razvoja poreznog morala.²

Pri razmatranju pravednosti oporezivanja u kontekstu države nužno je dati obuhvatan pregled materijalnih i procesnih načela čijim će se ostvarenjem poštovati prava poreznih obveznika. S time u vezi, nužno je razmotriti pitanje identiteta poreznog obveznika: porezni obveznici su građani, a poštovanje temeljnih načela oporezivanja pri normiranju pojedinog poreznog oblika (i, naposljetku, poreznog sustava u cjelini) te ispravna i dosljedna primjena poreznih propisa u pojedinom poreznom postupku, nužni su za poštovanje njihovog dostojanstva. U suvremenim demokratskim državama utemeljenim na poštovanju prava čovjeka jasna je korelacija između poštovanja prava poreznih obveznika i ostvarenja ljudskih prava. Stoga će se u nastavku dati pregled pojmova „porezni sustav“ i „porezni obveznik“ te potom pristupiti analizi materijalnog i procesnog lica porezne pravednosti. Naposljetku, u zaključku se potvrđuje teza kako se samo ostvarenjem obje skupine načela (materijalnih u zakonodavnom postupku te procesnih u svakom pojedinačnom poreznom postupku) omogućuje poštovanje dostojanstva i prava poreznog obveznika u okviru šireg postupka prikupljanja poreznih prihoda.

2. POREZNI SUSTAV I OSOBA POREZNOG OBVEZNIKA

Porezni sustav čine svi porezni oblici neke zemlje. U pravilu se definira kao ukupnost svih poreznih oblika povezanih u jedinstvenu neproturječnu cjelinu. Međutim, postoje i nedovoljno povezani porezni oblici namijenjeni provođenju raznovrsnih, često i suprotnih ciljeva. Pritom se misli na skup poreznih oblika

¹ Lončarić-Horvat, O., Prava čovjeka sa stajališta poreznog obveznika, *Pravo i porezi*, br. 2, 1998., str. 120.

² Ivanov, M., Porezna presija i blagostanje u socijalnoj državi: slučaj Hrvatske, *Ekonomija*, Vol. 18, br. 1, 2011., str. 22.

povezanih nekom zajedničkom idejom koju oporezivanjem treba ostvariti.³ Porezni sustavi pretežito su *historijski porezni sustavi*, nastali kao rezultat povijesnog razvoja, brojnih kompromisa i suprotnosti, dok su u sustav prihoda uključeni u različitom vremenu i s različitom namjerom.⁴

Djelotvornost i funkcionalnost poreznog sustava ovisi o postupcima svih sudionika u porezno-pravnom odnosu. Oporezujući prihod pojedinca, država se u tom odnosu pojavljuje kao jedan od sudionika i to kao aktivni porezni subjekt.⁵ S druge strane tog odnosa, porezni obveznik je svaka osoba koja je kao takva određena zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.⁶ Stoga je, sukladno Zakonu o porezu na dohodak, porezni obveznik fizička osoba koja ostvaruje dohodak, kao i nasljednik za sve porezne obveze koje proizlaze iz dohotka što ga je ostavitelj ostvario do svoje smrti. Nasljednik je istodobno i porezni obveznik za dohodak koji mu pritječe iz naslijeđenih izvora dohotka.⁷ Može se zaključiti da je porezni obveznik pojedinac koji prima plaću, mirovinu ili autorski honorar, ostvaruje dohodak prodajom kuće, posjeduje obrt (domaću radinost ili obiteljsko poljoprivredno gospodarstvo) koji mu donosi dohodak, odnosno na sličan način ostvaruje dohodak. Poreznim obveznikom smatra se rezident i nerezident.⁸

Prema Zakonu o porezu na dobit, porezni obveznik je trgovačko društvo i druga pravna i fizička osoba (rezident) koja gospodarsku djelatnost obavlja samostalno, trajno i radi ostvarivanja dobiti, dohotka ili prihoda ili drugih gospodarskih procjenjivih koristi, kao i tuzemna poslovna jedinica inozemnog poduzetnika (nerezidenta). Također se smatra i fizička osoba koja utvrđuje dohodak na način propisan za samostalne djelatnosti prema propisima o oporezivanju dohotka ili koja počinje obavljati takvu samostalnu djelatnost ako izjavi da će plaćati porez na

³ Jelčić, B., Lončarić-Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., Mijatović, N., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 260.

⁴ *Ibid.*, str. 261.

⁵ Lončarić-Horvat, *op. cit.* (bilj. 1), str. 120.

⁶ Čl. 14. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20.

⁷ Čl. 2. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 138/20.

⁸ Termini „rezidenta“ i „nerezidenta“ definirani su u čl. 3. i 4. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 138/20.

dobit umjesto poreza na dohodak, odnosno ako u prethodnom poreznom razdoblju ostvari ukupni primitak veći od 7.500.000,00 kuna.⁹

Opsežnija definicija poreznog obveznika propisana je i Zakonom o porezu na dodanu vrijednost na način da poreznog obveznika definira kao svaku osobu koja samostalno obavlja bilo koju gospodarsku djelatnost bez obzira na svrhu i rezultat obavljanja te djelatnosti. Svaka osoba koja povremeno isporučuje nova prijevozna sredstva također je obveznik plaćanja poreza na dodanu vrijednost (u nastavku teksta: PDV). Definicijom su obuhvaćeni i nerezidenti, odnosno porezni obveznici koji na području Republike Hrvatske nemaju sjedište, poslovnu jedinicu, prebivalište i uobičajeno boravište, a u tuzemstvu obavljaju isporuke ili usluge čije je mjesto oporezivanja u Republici Hrvatskoj, osim ako PDV plaćaju hrvatski primatelji dobara ili usluga.¹⁰

Nastavno na navedene definicije poreznog obveznika u različitim zakonima koji specificiraju porezne obveznike posrednih i neposrednih poreza, evidentna je njihova različitost, kao i efekt koji se njihovom primjenom može postići. U tom smislu, a posebno naglašavajući potencijalnu elastičnost pojedinih poreza, neki će porezni oblici biti podatniji za ostvarenje načela izdašnosti i samim time ostvarenja njihove osnovne uloge prikupljanja prihoda, dok će drugim poreznim oblicima zakonodavac vršiti utjecaj na percepciju poreznih obveznika o opravdanosti¹¹ i pravednosti oporezivanja.

Svaki porezni sustav teži harmonizaciji u oporezivanju koju postiže odgovarajućom poreznom politikom. Izmjenama i dopunama u sferi oporezivanja postojeći se porezni sustav usklađuje s uvjetima i okolnostima u kojima djeluje nastojeći unaprijediti i uskladiti gospodarski razvoj, ostvariti ciljeve ekonomske

⁹ Čl. 2. Zakona o porezu na dobit, Narodne novine br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14, 50/16, 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 138/20.

¹⁰ Čl. 6. Zakona o porezu na dodanu vrijednost, Narodne novine br. 73/13, 148/13, 143/14, 115/16, 106/18, 121/19, 138/20, 39/22; Rješenje USRH 99/13, 153/13.

¹¹ Opravdanost oporezivanja može biti predmet filozofskih, ekonomskih teoloških, pravnih i sličnih rasprava koje su urodile različitim teorijama: sile, cijene (osiguranja i uživanja), žrtve, reprodukcije poreza te organskom i socijalističkom teorijom. Vidjeti više u Jelčić; Lončarić-Horvat; Šimović; Arbutina; Mijatović, *op. cit.* (bilj. 3), str. 94.

integracije uz prikupljanje sredstava potrebnih za financiranje izdataka kojima država podmiruje javne potrebe. Međutim, kompleksan je postupak koji vodi od inicijative za promjenama poreznog sustava i mjera porezne politike do usvajanja novih mjera. Kako promjene u oporezivanju zadiru u interese poreznih obveznika te mogu dovesti do promjena njihovog ekonomskog, socijalnog i, konačno, društvenog statusa, opravdano je očekivati da će svaka promjena u oporezivanju biti popraćena određenim učinkom po obje (suprotstavljene) strane: povećanje poreznog tereta rezultirat će rastom poreznih prihoda uz istovremeno razmjerno umanjnje ekonomske snage poreznog obveznika, dok će smanjenje poreznog tereta ili širenje spektra poreznih oslobođenja (npr. kroz povećanje neoporezivog osobnog odbitka kod oporezivanja dohotka) posljedično smanjiti porezne prihode (što će vjerojatno dovesti do kompenzacije kroz neki drugi porezni oblik ili visinu postojećih poreznih stopa¹²).

Razvijenost svijesti poreznih obveznika o koristi javnih dobara i usluga ima direktan utjecaj na stupanj otpora prema plaćanju poreza, što državu posljedično prisiljava na uvođenje različitih oblika porezne presije s ciljem namirenja potrebnih prihoda.¹³ Razlozi otporu plaćanja poreza su brojni: od onih institucionalnog podrijetla, preko uzroka koje možemo tražiti u nedostacima pravnog sustava do onih socio-ekonomske naravi. Zajednička karakteristika navedenim uzrocima je disbalans između impulsa koji šalje država s jedne strane i odgovora poreznih obveznika kao nužne reperkusije s druge strane. Jedan od odgovora koji bi mogao pridonijeti tom disbalansu svakako je poimanje općeprihvaćenog kriterija pravednosti u smislu modaliteta oporezivanja, uvođenja poreznog oblika, tehnike oporezivanja, raspodjele poreznog tereta ili trošenja ubranih sredstava. Govoreći o poreznoj evaziji, ne treba smetnuti s uma niti mogućnost zakonitog izbjegavanja plaćanja poreza koje poreznog obveznika, ne samo da ne dovodi u sukob sa

¹² Alternativno, moguće je smanjenje spektra javnih rashoda čime bi se anulirao učinak smanjenih prihoda s osnove određenog poreznog oblika. Također je moguće povećanje javnog duga ili prodaja državne imovine (oba su rješenja kratkoročna te je za očekivati da će se s vremenom nedostatak prihoda morati iznaći ili kroz smanjenje rashoda ili kroz namicanje prihoda novim i/ili kroz povećanje postojećih poreza).

¹³ Ivanov, *op. cit.* (bilj. 2), str. 28.

zakonom, već ga zakonodavac s određenim interesima potiče, a porezno tijelo blagonaklono iščekuje.

3. DVA LICA POREZNE PRAVEDNOSTI

Podizanje svijesti o poštovanju čovjekovih prava na međunarodnoj i nacionalnoj razini učvrstila je Opća deklaracija o ljudskim pravima usvojena 10. prosinca 1948. U njoj je sadržano tumačenje socijalnih, ekonomskih, građanskih i političkih prava kao cjeline.¹⁴ Sličan put slijedila je i (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda donesena 4. studenoga 1950. koju je Hrvatski sabor ratificirao 1997. Ovim nadnacionalnim dokumentom u čl. 19. ustanovljen je Europski sud za ljudska prava čija je zadaća osiguranje poštivanja obveza ugovorenih predmetnom konvencijom i dodatnim protokolima.¹⁵

Utvrđivanje i naplata poreza, kako fizičkim tako i pravnim osobama, složeni je postupak koji provode upravna tijela prema posebnim propisima i pravilima (metodologijama), uz poštovanje posebnih načela. Aktima koji se donose tijekom poreznog postupka mogu se dovesti u pitanje temeljne slobode i prava poreznih obveznika. Njima se stvara dužnički odnos prema državi, a time istodobno zadire u područje privatne imovine i potrošnje, ograničavajući im korištenje osobne imovine isključivo za zadovoljenje vlastitih potreba. Sama činjenica da se utvrđivanje i naplata poreza provodi na temelju propisa koje donosi država – porezni vjerovnik, govori u prilog tome da se prava drugog sudionika mogu povrijediti primjenom neustavnog propisa ili nezakonitim postupovnim radnjama poreznog tijela. U oba slučaja je riječ ili o povredi ustavnosti ili o povredi ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹⁶

Upravo nužnost legitimacije državne vlasti kao nužnog uvjeta suvremenih demokratskih predaka zahtijeva konstitucionalizaciju te uspostavu pravednog i

¹⁴ Odluka o objavi opće deklaracije o ljudskim pravima uz Opću deklaraciju o ljudskim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 12/09.

¹⁵ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, pročišćeni tekst 8/99 – ispravak, 14/02, 1/06 i 13/17.

¹⁶ Lončarić-Horvat, O., Ustavopravna zaštita u poreznom postupku, *Pravo i porezi*, Vol. 17, br. 4, 2008., str. 15-16.

socijalno osjetljivog poreznog sustava. Stoga je neophodno ograničiti fiskalni suverenitet zakonodavne vlasti kao osuvremenjeni oblik monopola državne prisile te odrediti kada će i pod kojim uvjetima određeni porez predstavljati kaznu. Tako će se porezni sustav podrediti poštovanju općih pravnih načela jednako koliko i svesti u okvire ustavom utemeljenih socijalno-političkih načela oporezivanja.¹⁷ Dok je s druge strane evidentno da brojno i promjenjivo zakonodavstvo u okolnostima ekonomske krize podliježe značajnoj redukciji socijalnih prava.¹⁸ Budući da je osnovna funkcija poreznog sustava punjenje proračuna, mnogi smatraju kako se socijalna politika ne smije voditi mjerama porezne politike, već je mnogo učinkovitije provođenje socijalne politike izravnim transferima iz proračuna.¹⁹

Isključivo vođenje ekonomskim interesima također prijeti ugrozom socijalnih prava s ciljem ostvarenja financijske stabilnosti. Stoga je prilikom njihove razrade u zakonodavnom postupku važno postići ravnotežu između želje za širenjem socijalnih prava (koje bi nadilazilo fiskalne mogućnosti) i potrebe njihova ograničavanja radi ostvarenja fiskalne održivosti.²⁰

3.1. POREZNA PRAVEDNOST U MATERIJALNOM SMISLU

Povijesno gledano, osobita se pozornost posvećivala stvaranju načela bitnih za oporezivanje. Pri njihovom utvrđivanju potrebno je voditi računa o mjestu i ulozi poreza u gospodarstvu i društvu. Analiza pojedinih načela i njihove utemeljenosti mora poći od utvrđivanja mjere u kojoj sustav oporezivanja omogućuje i osigurava ostvarenje određenih ciljeva u točno određenom prostoru i vremenu. Stoga, na broj i sadržaj poreznih načela utječu brojni čimbenici kao što su ustavno uređenje, gospodarska razvijenost, struktura gospodarstva, broj i vrsta zadataka iz

¹⁷ Cindori, S., Kuzelj, V., Socijalni aspekt kriznog poreza: fiskalni instrumenti ili devijacija poreznog sustava, *Ekonomska misao i praksa*, Vol. 27, br. 2, 2018., str. 483.

¹⁸ Kuzelj, V., Cindori, S., Horvat Vuković, A., Apoteza socijalne države: imperativni zahtjev ostvarenja socijalne pravde u Republici Hrvatskoj, *Pravni vjesnik*, Vol. 37, br. 3-4, 2021., str. 72.

¹⁹ Jelčić, B., Bejaković, P., *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2012., str. 381.

²⁰ Kuzelj; Cindori; Horvat Vuković, *op. cit.* (bilj. 18), str. 63-64.

nadležnosti države, kadrovska struktura, materijalna opremljenost poreznog tijela i dr. Pritom, porezna načela ne treba smatrati nekim idealom koji se pod svaku cijenu i u cijelosti mora ostvariti, nego treba nastojati da se prihvaćena načela ostvare onoliko koliko je to u danim prilikama moguće.²¹

O spomenutoj problematici polemizirali su mnogi autori, a najznačajnije mjesto među njima pripada Adamu Smithu, Adolphu Wagneru te Fritzu Neumarku. Prema Adamu Smithu, porezni se sustav zasniva na načelu ravnopravnosti, odnosno stanovnici svake države trebaju sudjelovati u podmirivanju njezinih rashoda ravnopravno dohotku koji uživaju pod njezinom zaštitom. Sljedeće je načelo određenosti što znači da porezna obveza mora biti točno utvrđena kako ne bi došlo do samovolje nadležnih tijela. Propisima je nužno jasno i nedvosmisleno odrediti vrijeme plaćanja poreza, porezne oblike i načine ubiranja poreza te visinu poreznog opterećenja. Načelo ugodnosti govori u prilog tome da svaki porez treba ubrati u najpovoljnije vrijeme i na što ugodniji način za porezne obveznike. Posljednje Smithovo načelo odnosi se na troškove utvrđivanja i ubiranja poreza koji moraju biti što niži.²² Iz predstavljenih Smithovih načela vidljivo je zalaganje za pravednost pri oporezivanju.

Krajem 19. stoljeća Adolph Wagner dao je najrasprostranjeniju i najpotpuniju sistematizaciju poreznih načela, ujedno ističući potrebu da se pri oporezivanju vodi računa i o socijalnom položaju poreznih obveznika, odnosno o porezu kao instrumentu socijalne politike države. Međutim, visoka razina socijalne zaštite dugoročno je održiva u zdravim ekonomijama s izgrađenim temeljima ekonomskog rasta, u zemljama s visokom razinom BDP-a po glavi stanovnika, niskom stopom nezaposlenosti, povoljnom dobnom strukturom stanovništva, suficitom u vanjskotrgovinskoj razmjeni i državnom proračunu, visokom stopom štednje te prije svega u zemljama s razvijenim poreznim moralom i odgovornim ekonomskim ponašanjem svih sudionika, neovisno da li gospodare osobnom imovinom, tuđom privatnom imovinom ili državnom imovinom.²³

²¹ Jelčić, Ba., Jelčić, Bo., Pravednost – osnovno načelo poreznih sustava suvremenih država, *Računovodstvo, revizija i financije*, br. 10, 1997., str. 70.

²² *Ibid.*, str. 70-71.

²³ Ivanov, *op. cit.* (bilj. 2), str. 28.

Wagnerova načela sastoje se od financijsko-političkih načela kojima je obuhvaćeno načelo izdašnosti (dostatnosti) i načelo prilagodljivosti (elastičnosti). Drugu skupinu čine ekonomsko-politička načela oporezivanja koja obuhvaćaju načelo izbora poreznog izvora i načelo izbora poreznog oblika. Sljedeća skupina obuhvaća socijalno-politička načela oporezivanja koja uključuju načelo univerzalnosti (sveobuhvatnosti) porezne obveze i načelo ravnopravnosti u oporezivanju. Posljednja skupina načela obuhvaća porezno-tehnička načela oporezivanja koja čine načelo određenosti porezne obveze, načelo ugodnosti plaćanja poreza te načelo jeftinoće ubiranja poreza.²⁴ Iako se navedena načela ponekad čine i potencijalno suprotstavljena jedna drugima, moglo bi se reći da su ona ipak u određenom odnosu korelacije i balansa između benefita države i zaštite poreznih obveznika.

Fritz Neumark je porezna načela grupirao u nekoliko skupina, kao i Wagner. Prvu skupinu načela čine porezno-proračunska načela u koju svrstava načelo dostatnosti (izdašnosti) ubranih sredstava i načelo prilagodljivosti poreznih prihoda javnim rashodima. Druga skupina načela obuhvaća etičko-socijalna načela i to načelo pravednosti te načelo preraspodjele dohotka i imovine poreznim instrumentima. Sljedeća skupina načela sastoji se od ekonomsko-političkih načela u kojima je svoje mjesto našlo načelo aktivne porezne prilagodljivosti (diskrecijske mjere porezne politike) i načelo pasivne prilagodljivosti poreza (tzv. ugradbeni stabilizatori). Porezno-tehnička i porezno-pravna načela posljednja su skupina Neumarkovih načela koja obuhvaćaju načelo određenosti poreza, načelo jednostavnosti primjene poreznih propisa, načelo relativne nepromjenjivosti poreznih propisa, načelo jeftinoće utvrđivanja i naplate poreza i kontrole njihova ubiranja te načelo usklađenosti poreznih propisa.²⁵

Analizom predstavljenih načela evidentno je njihovo međusobno preklapanje, dok se načelo pravednosti u oporezivanju nalazi u korijenu svih načela zbog čega se može nazvati pranačelom, osnovnim načelom na kojem se gradi porezni sustav. Evidentno je da zahtjev za pravednošću u oporezivanju postoji toliko dugo u

²⁴ Jelčić; Lončarić-Horvat; Šimović; Arbutina; Mijatović, *op. cit.* (bilj. 3), str. 178.

²⁵ Jelčić; Jelčić, *op. cit.* (bilj. 21), str. 71.

povijesti ljudskog društva koliko i oporezivanje.²⁶ Uz općost u oporezivanju i ravnomjernost u raspodjeli poreznog tereta²⁷ potrebno je jednakovrsno i odmjereno izbalansirati snagu oporezivanja koja pripada državi, kao i odmjereno urediti pravni odnos između poreznih obveznika i države.²⁸

Jednakost građana pred zakonom zagarantirana je ustavima suvremenih demokratskih država. U tom svijetlu, Ustavom Republike Hrvatske²⁹ (u nastavku teksta: Ustav) sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav proglašene su kao najviše vrednote ustavnog poretka i temelj za tumačenje Ustava (čl. 3.). O jednakosti pred zakonom i slobodi govori i čl. 14. Ustava na način da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Pritom, jednakost pred zakonom zahtijeva jednako postupanje prema osobama u jednakim situacijama. S obzirom da bi jednako postupanje prema osobama u nejednakom položaju moglo polučiti krajnje nepravednim učincima, jedan od najbitnijih članaka Ustava vezan za poreznu tematiku (čl. 51.) navodi kako je svatko dužan sudjelovati u podmirenju javnih troškova, u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima, dok se porezni sustav temelji na načelima jednakosti i pravednosti. Načela ekonomske snage i jednakosti povezana su s temeljnim ustavnim opredjeljenjem koncepciji socijalne države (čl. 1., st. 1.) i načelu socijalne pravde (čl. 3.), koja u hrvatski porezni sustav inkorporiraju načela okomite i vodoravne pravednosti što, prema Arbutini, znači ustavno naglašavanje važnosti socijalne dimenzije oporezivanja.³⁰

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, str. 74.

²⁸ Mijatović, N., Teorijska razmatranja nekih odrednica poreznog sustava, *Hrvatska pravna revija*, Vol. 16, br. 2, 2016., str. 16.

²⁹ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

³⁰ Arbutina, H., Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 62, br. 5-6, 2012., str. 1287.

Tako postavljena porezna načela valja shvatiti kao zahtjev za zaštitom dostojanstva poreznog obveznika od pretjeranog umanjivanja njegove ekonomske snage koje bi, posljedično, učinilo upitnom njegovu mogućnost vođenja života dostojnog življenja. Dostojanstvo poreznog obveznika može se zaštititi na način da se dio dohotka poreznog obveznika (minimuma za egzistenciju) oslobodi od plaćanja poreza ili mu se umanjí porezni dug, kao i na način da mu se priznaju porezne povlastice pri kupnji proizvoda nužnih za život te svođenjem ukupnog poreznog opterećenja na minimum.³¹ Pritom je nužno rukovoditi se ciljevima socijalne države, voditi računa o interesima gospodarski slabijih društvenih slojeva te primijeniti načelo porezne sposobnosti.³² Međutim, svakom se pojedincu priznaje samo ona razina socijalne sigurnosti, a time i socijalnih, ekonomskih i kulturnih prava koje su u skladu s organizacijom i mogućnostima svake države.³³

Nadzor udovoljenja minimalnim zahtjevima koje pred zakonodavca postavlja ustavno načelo porezne pravednosti (kao zahtjev zaštite minimuma dostojanstva poreznih obveznika) stavljen je u nadležnost Ustavnog suda Republike Hrvatske, dok je ostvarenje određenog višeg stupnja porezne pravednosti od ustavnog minimuma ostavljeno volji građana (birača).³⁴ S druge strane, ostvarenjem pravednosti u oporezivanju opravdava se gotovo svaka promjena u poreznom sustavu. Međutim, za pravednu raspodjelu poreznog tereta ne postoji neki objektivizirani kriterij na temelju kojeg se može reći da je promatrani porezni sustav pravedan. Ocjena o pravednosti u oporezivanju, kao i pravednoj raspodjeli poreznog tereta determinirana je vremenski, prostorno i grupno. Pri donošenju ocjene o pravednosti poreznog sustava, o pravednom rasporedu poreznog opterećenja mjerodavno je stajalište većine, iako tako utvrđena pravednost ne traje

³¹ Lončarić-Horvat, *op. cit.* (bilj. 1), str. 121.

³² Lončarić-Horvat, O., Socijalna država i posredni porezi, *Revija za socijalnu politiku*, Vol. 2, br. 2, 1995., str. 115.

³³ Čl. 22. Opće deklaracije o ljudskim pravima, vidjeti bilj. 14.

³⁴ Kuzelj, V., Komplementarnost ustavnopravnih i društvenih odrednica porezne pravednosti u Republici Hrvatskoj, u: Bevanda, V. (ur.), *EMAN 2020 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times: Conference Proceedings*, Association of Economists and Managers of the Balkan, Beograd, 2020., str. 474.

zauvijek.³⁵ Minimum morala temelj je svakog prava, pa i ovoga koje je pravednost. Stoga je oblik prava pravednosti dio pravne etike koja određuje moral općenito, kao i minimum morala na kojem se temelji forma prava koje jest pravednost.³⁶

3.2. POREZNA REFORMA – KONKRETIZACIJA NAČELA OPOREZIVANJA

Osim uvida u teoretski aspekt oporezivanja, potrebno je ukazati i na značaj poreznih reformi koje, ovisno o dosljednosti u ostvarenju temeljnih načela poreznoga sustava, imaju važan utjecaj na porezne obveznike i njihovo poimanje pravednosti. Iako se smatraju vrlo važnim i po redosljedu prvim korakom fiskalnih reformi, nisu dostatne za uklanjanje ozbiljnih nedostataka prisutnih u drugim segmentima fiskalnog sustava. Zbog toga se, uz porezne reforme, javlja potreba za provođenjem reformi i u drugim segmentima fiskalnog sustava. Te bi reforme trebale obuhvatiti prije svega restrukturiranje javne potrošnje, decentralizaciju fiskalnog sustava i restrukturiranje sustava socijalne zaštite.³⁷

U pravilu, porezna reforma podrazumijeva promjenu ili niz promjena koje, uz ostvarivanje prihoda, mogu ciljati na poboljšanje okomite ili vodoravne jednakosti. Njezini ciljevi su eksplicitni ili implicitni. Stoga, porezna reforma može podrazumijevati porast ili sniženje poreznih stopa, razreda, pragova ili osnovica, uvođenje novih i ukidanje starih poreza, promjene porezne strukture, uvođenje indeksacije ili radikalne promjene u poreznoj administraciji.³⁸

Primjerice, sustavi oporezivanja dohotka često su izloženi određenim reformama kojima se nastoji postići pravednost u oporezivanju koja se postiže načelom ekvivalencije (korisnosti) i načelom porezne (ekonomske) snage. Iako u praksi načelo ekvivalencije nije u potpunosti odbačeno, zbog praktičnih se razloga porezni sustavi temelje uglavnom na načelu porezne snage. Kod horizontalne pravednosti oporezivanje prema poreznoj snazi zahtijeva da obveznici s jednakom

³⁵ Jelčić, Lončarić-Horvat; Šimović; Arbutina; Mijatović, *op. cit.* (bilj. 3), str. 265-266.

³⁶ Zenko, F. Nova i stara pravednost? *Nova prisutnost* 12 (2014) 3, 442-452, str. 447.

³⁷ Šimović, J., Neka obilježja sustava financiranja javnih potreba u Republici Hrvatskoj, *Hrvatska pravna revija*, Vol. 1, br. 3, 1999., str. 416.

³⁸ Ott, K., Hrvatska porezna reforma u kontekstu svjetskih poreznih reformi, *Financijska praksa*, Vol. 20, br. 2, 1996., str. 113.

poreznom snagom snose isti porezni teret, dok kod vertikalne pravednosti obveznici s većom poreznom snagom trebaju snositi veći porezni teret.³⁹

Poreznom reformom provedenom 1994. u Republici Hrvatskoj uspostavljen je novi sustav oporezivanja kojim je dominirao potrošni koncept oporezivanja dohotka. Međutim, porez na dohodak uveden iste godine bio je i sintetičkog karaktera što znači da se temeljio i na dohodovnom konceptu – različiti izvori dohotka sintetiziraju se u ukupni dohodak koji se oporezuje jednim poreznim oblikom. Na taj se način nastojalo zadovoljiti načelo horizontalne pravednosti prema kojem porezni obveznici s jednakim fiskalnim kapacitetom moraju snositi jednaki porezni teret. S druge strane, načelo vertikalne pravednosti se ostvarilo uvođenjem progresivne tarife, ali i neoporezivog dijela dohotka čiji je koncept, uz određene izmjene, zadržan do danas. Važno je istaknuti razdoblje 2001.-2005. kada je dohodovni koncept bio nešto izraženiji zbog toga što su se oporezivale dividende i ostali dohoci od kapitala. Međutim, od 2005. se može govoriti o hibridnom konceptu koji u većoj mjeri sadržava elemente potrošnog koncepta.⁴⁰

U razdoblju 2016.-2022. provedeno je pet krugova porezne reforme. Polazeći od zatečenog stanja poreznog sustava iz 2016. postavljeni su ciljevi napretka kojima se nastojalo smanjiti ukupno porezno opterećenje i postići socijalno pravedniji porezni sustav, jednostavnija i jeftinija porezna administracija te stabilan, održiv i jednostavan porezni sustav uz veću pravnu sigurnost poreznih obveznika. U prilog značaju učinaka svake etape provedene porezne reforme govori i činjenica ostvarenog poreznog rasterećenja od preko 10 milijardi kuna, bez učinaka neoporezivih primitaka, a pridonosi ostvarenju socijalno pravednijeg poreznog sustava.

3.2.1. POREZNE STOPE KAO ODRAZ PRAVEDNOSTI OPOREZIVANJA

Kao što je vječito pitanje ostvarivanja porezne pravednosti primjenom proporcionalnih ili progresivnih poreznih stopa, tako je ostalo otvoreno i pitanje

³⁹ Šimović, H., Razvoj poreza na dohodak u Hrvatskoj: reforme i promašaji, *Revija za socijalnu politiku*, Vol. 19, br. 1, 2012., str. 2-3.

⁴⁰ *Ibid.*, str. 1-2.

visine i broja poreznih stopa koje bi osigurale tu istu pravednost. Donja granica poreznog opterećenja trebala bi biti determinirana troškovima utvrđivanja i naplate poreza te kontrole njihovog ubiranja. Utvrđivanje gornje granice je kompleksnije prirode i ovisi o raspoloživoj ekonomskoj snazi poreznog obveznika te o vrstama potreba koje se financiraju sredstvima ubranim oporezivanjem⁴¹.

Uz različite scenarije poreznog opterećenja, evidentna je raznolikost poreznih stopa koje su se primjenjivale u Republici Hrvatskoj od 1997. do danas. Zanimljivo bi bilo dobiti odgovor na pitanje, kako smo od samo dvije stope poreza na dohodak u 1997. u iznosu od 20 % i 35 %⁴², a uz brojne izmjene u njihovom broju i visini (2001. stope iznose 15 %, 25 % i 35 %⁴³, 2003. uvodi se još i stopa od 45 %⁴⁴, 2010. snižava se na samo tri stope od 12 %, 25 % i 35 %⁴⁵, a 2017. pada na dvije stope od 24 % i 36 %)⁴⁶, nakon nešto više od dvadesetak godina ponovno dosegli neznatno različiti početni iznos stopa poreza na dohodak od 20 % i 30 %⁴⁷? Pritom je važno istaknuti da su se tijekom vremena promijenili i drugi parametri oporezivanja poput visine i širine poreznih razreda te brojnih poreznih oslobođenja i olakšica. Kao jedna od najvažnijih poreznih olakšica mijenjao se i iznos osnovnog osobnog odbitka⁴⁸ i njegova direktna povezanost s utvrđivanjem poreznih razreda.

U istom se promatranom razdoblju i kroz iste zakonske promjene, osnovni osobni odbitak kontinuirano povećavao: od 1997⁴⁹. kada je iznosio 800 kuna, do iznosa

⁴¹ Vidjeti više u Jelčić; Lončarić-Horvat; Šimović; Arbutina; Mijatović, *op. cit.* (bilj. 3), str. 167., 170.

⁴² Čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 106/96.

⁴³ Čl. 5. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 127/00.

⁴⁴ Čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 150/02.

⁴⁵ Čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama zakona o porez na dohodak, Narodne novine br. 80/10.

⁴⁶ Čl. 19. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 115/16.

⁴⁷ Čl. 16. Zakona o izmjenama i dopunama zakona o porez na dohodak, Narodne novine br. 138/20.

⁴⁸ Posljednje povećanje osnovnog osobnog odbitka imalo je pozitivan utjecaj na visinu plaće u siječnju 2020. i to u povećanju od 48,00 kuna do 56,64 kuna bez obzira na broj djece i uzdržavane članove (kojima se još dodatno povećava neoporezivi dio plaće).

⁴⁹ Čl. 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 106/96.

od 2.600 kuna 2015.⁵⁰, dok se 2017⁵¹. smanjuje na 2.500,00 kuna. Takvo smanjenje, ne samo da ne utječe na povećanje porezne osnovice, već ju smanjuje zbog koeficijenta 1.6 koji se primjenjuje pri izračunu osobnog odbitka. Takvim izračunom osobni odbitak za poreznog obveznika iznosi 4.000 kuna što je najviši iznos osobnog odbitka – neoporezivog dijela dohotka kojeg poznaje porez na dohodak u Republici Hrvatskoj. Vrijedi podsjetiti da su porezni razredi dugi niz godina bili usko povezani i ovisni o visini osnovnog osobnog odbitka, dok je recentna tendencija (od 2017.) njihovog određivanja u fiksnom iznosu.

S obzirom da se izuzeća i olakšice smatraju neefikasnim, netransparentnim, skupim i kompliciranim za primjenu, uputno je razmisliti o smanjenju njihovog broja, što bi omogućilo i smanjivanje graničnih poreznih stopa⁵². Nedvojbeno je da svaki od elemenata koji grade sustav oporezivanja dohotka utječu na njegovu progresivnost. Međutim, ako se zakonodavac odlučio na takav porezni sustav u kojem progresivnost počiva većim dijelom na iznosu osobnog odbitka, Urban iznosi stav da bi se uvođenjem samo jedne porezne stope na osnovicu zadržao velik dio (sadašnje) progresivnosti.⁵³

Promatrajući samo uski segment poreza na dohodak od nesamostalnog rada koji je u značajnoj mjeri zastupljen u poreznim prihodima poreza na dohodak u Republici Hrvatskoj, vidljivo je smanjenje visine poreznih stopa uz povećanje osnovnog osobnog odbitka što je rezultiralo blagim povećanjem ekonomske snage poreznog obveznika nakon oporezivanja. Iako bi se, kao što je već navedeno, pritom moglo otvoriti pitanje ostvarivanja progresivnosti oporezivanja dvjema poreznim stopama, postavljenom donjom i gornjom granicom propisanih poreznih stopa, ali i visine poreznih razreda. Posljedično se nameće i pitanje postizanja progresivnog učinka oporezivanja i njegovog efekta pravednosti. Uz

⁵⁰ Čl. 13. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 143/2014.

⁵¹ Čl. 14. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine br. 115/2016.

⁵² Jelčić; Bejaković, *op. cit.* (bilj. 19), str. 260.

⁵³ Urban, I., Što porez na dohodak u Hrvatskoj čini progresivnim?, *Newsletter: povremeno glasilo Instituta za javne financije*, Vol. 8, br. 23, 2006., str. 1.

pažnje vrijedno razlikovanje između primjene progresivnih poreznih stopa i, s druge strane, progresivnih učinaka oporezivanja, vrijedi podsjetiti da je porez na dohodak važan instrument porezne politike koji, uz neizostavni fiskalni cilj, ima još jedan znatno važniji cilj socijalne prirode – ublažavanje regresivnosti PDV-a.⁵⁴ Međutim, mišljenje kako je PDV nepravedan porez koji najviše pogađa siromašnije slojeve stanovništva, uvelike je osporeno novijima ekonomskim istraživanjima u kojima se navodi kako je taj porez znatno manje regresivan nego što se prije vjerovalo, štoviše da je blago progresivan, ako se promatra cijeli životni vijek⁵⁵.

U okviru mjera koje se provode unutar sustava PDV-a u cilju smanjivanja te iste regresivnosti kao najznačajnije boljke PDV-a, evidentno je da se ona teško može anulirati povećanjem kruga proizvoda i usluga oporezivih povlaštenim poreznim stopama. Iako posljednjih nekoliko godina svjedočimo sve široj bazi dobara oporezivih stopom od 5 % te dobara i usluga oporezivih stopom od 13 %, nerijetko izostaje očekivani efekt smanjenja cijena oporezovanih proizvoda o čemu svjedoči hrvatska realnost koja je „ukrala“ poreznim obveznicima i to malo dostojanstva što im je ostalo nakon ostvarivanja visokih marži opskrbnih lanaca i ubrzane inflacije kojoj se još ne nadzire kraj.

Nastavno na navedeni trend, u sustavu poreza na dobit također je vidljivo smanjenje porezne stope s 12 % na 10 %⁵⁶, kao i s 20 % na 18 %⁵⁷. Navedene tvrdnje ukazuju na zaključak da se provedenim poreznim reformama u razdoblju 2016.-2022. težilo postizanju cilja poreznog rasterećenja poreznih obveznika i socijalno pravednijeg poreznog sustava, uz relativno pozitivne reperkusije za porezne obveznike.

⁵⁴ Vidjeti Jerković, E., Odnos poreznih obveznika i porezne uprave kroz primjenu poreznih načela prilikom oporezivanja dohotka, u: Romić, D., Vajda Halak, Ž., Belaj, I. (ur.), *V. Međunarodna konferencija: Razvoj javne uprave – Zbornik radova*, Veleučilište Lavoslav Ružička, Vukovar, 2015. str. 170-183.

⁵⁵ Bejaković, P., Povijesni razvoj teorije o pravednosti oporezivanja, *Porezni vjesnik 1/2012*, str. 100.

⁵⁶ Čl. 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dobit, Narodne novine br. 138/20.

⁵⁷ Čl. 9. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dobit, Narodne novine br. 115/2016.

3.3. PROCESNA PRAVEDNOST U OPOREZIVANJU: ZAŠTITA PRAVA POREZNIH
OBVEZNIKA U POREZKOM POSTUPKU

Porezno-pravni odnos između države i građanina (poreznog obveznika) specifičan je i različit od svih drugih pravnih odnosa u kojima građanin sudjeluje. Specifičnost se očituje prije svega u tome što je to odnos dviju neravnopravnih strana iz razloga što je porezni obveznik (građanin) u podređenom odnosu prema državi. Porezno-upravni postupak kojeg provodi porezno tijelo razlikuje se od općeg upravnog postupka posebno u dijelu tehnike naplate poreza. Iz tog razloga, porezno-pravnim propisima mogu se povrijediti prava poreznog obveznika glede dostojanstva, prava na poštovanje i privatnost te prava na zaštitu privatnog vlasništva.⁵⁸

Poreznoj upravi, kao tijelu zaduženom za primjenu propisa, jedna od zadaća je osigurati povjerenje građana u sustav i poticati ih na zakonito postupanje. Među institute u duhu novog pristupa poreznih tijela pripada i povelja o pravima i obvezama.⁵⁹ S namjerom da osnaži suradnju poreznih tijela i obveznika, Porezna uprava donijela je Povelju o suradnji porezne uprave i poreznih obveznika – Kodeks (u nastavku teksta: Povelja).

U cilju osiguranja učinkovitosti i sigurnosti sustava oporezivanja, Povelja sadrži esenciju na osnovi koje Porezna uprava nastoji razviti partnerski odnos s poreznim obveznicima temeljen na međusobnom povjerenju, suradnji, uvažavanju i poštenju. Uz primjenu otvorene komunikacije s poreznim obveznicima teži ostvarenju cilja vezanog za informiranje i educiranje, na prihvatljiv i jednostavan način, o njihovim pravima i obvezama u području oporezivanja. U Povelji su također pojašnjena opća načela počevši od zakonitosti i pravne sigurnosti, nediskriminacije i jednakosti poreznih obveznika, postupanja u dobroj vjeri, poštivanja zakona, nepristranosti i neovisnosti, tajnosti i zaštite podataka do zastupanja.⁶⁰ Od važnosti je naglasiti kako se, prije donošenja Povelje, u

⁵⁸ Lončarić-Horvat, *op. cit.* (bilj. 1), str. 120.

⁵⁹ Rogić Lugarić, T., Sejdinović, A., Povelja o suradnji Porezne uprave i poreznih obveznika, *Porezni vjesnik*, br. 10, 2015. str. 90.

⁶⁰ Više o Povelji, <https://www.porezna-uprava.hr/bi/Stranice/Vodic-za-po.aspx> [16. svibnja 2022.].

hrvatskomu poreznom pravu i politici nije isticalo takav pristup, unatoč suvremenim tendencijama u svijetu. Na tom je tragu Povelja, svakako, hvalevrijedan projekt jer jasnije i točnije tumači zakonske odredbe, napose u pogledu obveznikovih prava.⁶¹

Opći porezni Zakon (u nastavku teksta: OPZ) također počiva na određenim načelima, odnosno osnovnim načelima poreznog postupka koja reguliraju odnose između poreznih obveznika i poreznih tijela. Načela od važnosti za porezni postupak jesu: načelo zabrane povratne informacije, načelo zakonitosti, načelo traženja istine, načela određenosti i ugodnosti podmirenja porezne obveze, načelo upotrebe jezika i pisma, načelo prava na očitovanje poreznog obveznika, načelo čuvanja porezne tajne, načelo postupanja u dobroj vjeri, načelo gospodarskog pristupa i načelo sprječavanja zlouporabe pravne forme.⁶²

Vežano uz pitanje porezne evazije, posljednjih je godina sve aktualnije načelo sprječavanja zlouporabe pravne forme. Naime, čl. 12. OPZ-a propisuje postupanje u situaciji u kojoj pojedinac prividnim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao. Tada će se, kao osnova za utvrđivanje porezne obveze, smatrati prikriveni pravni posao. Takvo postupanje poreznog obveznika koji ostvaruje porezne pogodnosti koristeći porezni sustav kroz organizacijske oblike koji su oporezivi nižim propisanim poreznim stopama, a koji nisu bili namijenjeni za određenu skupinu poreznih obveznika, smatrat će se postupanjem suprotno svrsi zakona.⁶³ Budući na ustanovljeni trend sve veće pojavnosti spomenutih aktivnosti, pokreću se postupci utvrđivanja obilježja nesamostalnog rada, odnosno korištenja poreznih pogodnosti protivno svrsi zakona. Postupkom provjere obuhvaćeno je oko 3.800 paušalnih obrtnika (6,28% od ukupnog broja paušalnih obrtnika, odnosno 3% od ukupnog broja obveznika od samostalne djelatnosti).⁶⁴

⁶¹ Rogić Lugarić; Sejdinović, *op. cit.* (bilj. 59), str. 99.

⁶² Arbutina, H., Rogić Lugarić, T., *Osnove poreznog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2010., str. 5-15.

⁶³ Zakon o izmjenama i dopunama općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 121/19.

⁶⁴ Vidjeti više Porezna uprava, <https://www.poreznauprava.hr/Stranice/Vijest.aspx?NewsID=3326&List=Vijesti>, [20. svibnja 2022.]

Nastavno na osnovna načela poreznog postupka, evidentna je široka lepeza prava poreznih obveznika. U osnovna prava poreznih obveznika ubraja se pravo na: sudjelovanje i očitovanje u poreznom postupku, razgledanje spisa tijekom postupka, ispravak porezne prijave, produžetak roka, povrat u prijašnje stanje, čuvanje porezne tajne, pomoć i zastupanje poreznog obveznika u poreznom postupku, obavijest o poreznom nadzoru, sudjelovanje i obavijest o ishodu poreznog nadzora, sklapanje porezne nagodbe, podnošenje zahtjeva za izuzećem službene osobe, prigovor zastare poreznih obveza, povrat poreza i kamata na porez, otpis dospjelog poreznog duga, pravo na žalbu, obnovu poreznog postupka, sklapanje upravnog ugovora, pokretanje upravnog spora, obvezujuće mišljenje te prava u ovršnom postupku.

Pravo na obvezujuće mišljenje relativno je novije pravo poreznog obveznika s primjenom od 2019. Porezna uprava je ovlaštena na zahtjev poreznog obveznika donijeti obvezujuće mišljenje o poreznom tretmanu budućih i namjeravanih transakcija, odnosno poslovnih događaja i djelatnosti poreznog obveznika.⁶⁵ Zahtjev može sadržavati više pitanja, ali se sva moraju odnositi na ista konkretna područja (porez na dohodak, porez na dobit, PDV i dr.). Porezna uprava može podnositelju zahtjeva, odnosno poreznom savjetniku uputiti poziv za održavanjem prethodnog razgovora kojim se usmeno razjašnjavaju činjenice koje bi mogle biti predmetom obvezujućeg mišljenja.⁶⁶ Obvezujuća mišljenja isključivo se odnose na buduće događaje ili transakcije na način da Porezna uprava prema svakom poreznom obvezniku postupa individualno, pri čemu ju utvrđeno postupanje u obvezujućem mišljenju obvezuje u daljnjim aktivnostima prema tom poreznom obvezniku.

Sljedeće pravo poreznog obveznika koje mu pogoduje odnosi se na pravo sklapanja upravnog ugovora. Institut upravnog ugovora u porezni sustav prvi je puta uveden Zakonom o izmjenama i dopunama OPZ-a.⁶⁷ Poreznim obveznicima omogućava

⁶⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 106/18.

⁶⁶ Čl. 9. i 10. Pravilnika o provedbi Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 45/19, 35/20, 43/20, 50/20, 70/20, 74/20, 103/20, 114/20, 144/20, 2/21, 26/21, 43/21, 106/21, 144/21.

⁶⁷ Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 26/15

namirenje poreznog duga, odnosno plaćanje cijelog iznosa glavnice i kamata najdulje u 24 mjesečna anuiteta uz obračun pripadajuće zakonske zatezne kamate propisane Zakonom o obveznim odnosima⁶⁸ na iznos reprogramirane glavnice duga.⁶⁹ Upravnim ugovorom porezni obveznik može utjecati na dinamiku otplate poreznog duga u zakonski dopuštenom okviru (najviše do 24 rate). Pritom porezni obveznik određuje broj rata otplate i time određuje visinu mjesečne rate sukladno financijskim mogućnostima.

Porezni obveznici, dužnici, bilo da obavljaju neku gospodarsku djelatnost ili građani, mogu izbjeći plaćanje poreza na zakonit način što im je omogućeno otpisom duga po službenoj dužnosti ili temeljem zahtjeva za opis duga zbog zastare. Porezna uprava je dužna prilikom postupka naplate duga po službenoj dužnosti paziti na zastaru do donošenja i dostave rješenja. Iz čl. 108. OPZ-a proizlazi pravo i obveza poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata te naplate poreza, kamata i troškova ovrhe, dok se s druge strane pravo poreznog obveznika očituje kroz pravo na povrat poreza, kamata i troškova ovrhe koje zastarijeva nakon šest godina, računajući od dana kada je zastara počela teći.

Za razliku od trenutno važećih odredaba OPZ-a, OPZ iz 2015. razlikuje apsolutni od relativnog roka zastare. Kod relativnog roka zastare pravo poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, zatim na pokretanje postupka naplate poreza, kamata i troškova ovrhe, kao i na povrat poreza, kamata i troškova ovrhe zastarijeva za tri godine računajući od dana kada je zastara počela teći. Tijek zastare prekida se svakom službenom radnjom poreznog tijela usmjerenom na utvrđivanje ili naplatu poreza, kamata i troškova ovrhe, koja je dostavljena na znanje poreznom obvezniku (opomena, poziv i sl.). Nakon poduzetih radnji rok zastare počinje ponovno teći.⁷⁰ Kod apsolutnog roka zastare porezni dug zastarijeva za šest godina računajući od dana kada je zastara počela teći, bez obzira na tijek prekida zastare.

⁶⁸ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

⁶⁹ Više o upravnom ugovoru vidjeti u čl. 101., 102. i 103. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 45/19, 35/20, 43/20, 50/20, 70/20, 74/20, 103/20, 114/20, 144/20, 2/21, 26/21, 43/21, 106/21, 144/21.

⁷⁰ Čl. 94. i 95. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15.

Nastavno na navedeno, velika je vjerojatnost da će nekim poreznim obveznicima porezni dug s pripadajućom kamatom biti otpisan jer Porezna uprava nije uspjela naplatiti taj dug bilo iz razloga propusta poreznog tijela ili zbog nedostatnog dohotka, odnosno imovine poreznog obveznika.

Već ranije je spomenuto kako se poreznim propisima mogu povrijediti prava poreznog obveznika glede dostojanstva, prava na poštovanje i privatnost te prava na zaštitu privatnog vlasništva ako službene osobe propise ne primjenjuju na legitiman i pravilan način. Stoga, ako porezni obveznik smatra da će službenim radnjama službene osobe pretrpjeti štetu ili će službena osoba steći neposrednu korist iz razloga nepristranosti, ima pravo zahtijevati izuzeće službenika poreznog tijela.⁷¹

Protiv poreznog akta kojim je odlučeno o pojedinačnim pravima i obvezama iz porezno-pravnog odnosa, porezni obveznik može podnijeti žalbu ukoliko smatra da je donošenjem akta povrijeđeno neko njegovo pravo ili ako o njegovu zahtjevu za donošenjem poreznog akta nije donesena odluka u propisanom roku.⁷² Prvostupanjsko porezno tijelo može u žalbenom postupku (ukoliko žalitelj potkrijepi novim dokazima) žalbu usvojiti i postojeći porezni akt zamijeniti novim ili proslijediti žalbu na rješavanje drugostupanjskom tijelu. Nadležno drugostupanjsko porezno tijelo dužno je ispitati zakonitost pobijanog poreznog akta u cijelosti. Ako drugostupanjsko porezno tijelo utvrdi da je pobijani porezni akt nezakonit, poništiti će porezni akt i samo riješiti stvar.⁷³ Međutim, ukoliko za to postoje osnovani uvjeti, drugostupanjsko tijelo može žalbu uvažiti ili je odbiti, dok se protiv rješenja kojim je odlučeno o žalbi može podnijeti tužba nadležnom sudu.

U ovom segmentu razmatranja porezno-pravnog odnosa vrijedi naglasiti da iz analize izravnog učinka provedene porezne reforme proizlazi vidljivo smanjenje broja žalbenih postupaka u razdoblju 2010.-2020. U promatranom razdoblju broj

⁷¹ Čl. 56. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20.

⁷² Čl. 178. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20.

⁷³ Čl. 189. Općeg poreznog zakona, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20.

žalbenih predmeta se postepeno smanjio sa 16.067 na 6.014⁷⁴, što upućuje na zaključak da nedavno provedene porezne reforme imaju pozitivan utjecaj na ovaj segment. Sukladno navedenom, brojke ukazuju na ispunjenje jednog od zadanih ciljeva porezne reforme, odnosno postignuću stabilnog, održivog i jednostavnog poreznog sustava te veće pravne sigurnosti za porezne obveznike.

U konačnici, ukoliko smatra da mu je povrijeđeno ljudsko pravo ili neka od temeljnih sloboda, poreznom je obvezniku ostavljena mogućnost da ustavnom tužbom ostvari svoja prava zajamčena Ustavom. Ona se može podnijeti samo nakon što je porezni obveznik iscrpio druge pravne puteve kao što su postupci pred prvostupanjskim i drugostupanjskim tijelom nadležnim za rješavanje u poreznim stvarima te postupci pred sudovima.⁷⁵ Ukoliko Ustavni sud usvoji tužbu, istom odlukom ukida osporavani porezni akt kojim je povrijeđeno pravo podnositelja ustavne tužbe⁷⁶, obrazlažući sadržaj povrede. Pritom je porezno tijelo, pri donošenju novog akta, obvezno poštivati pravna stajališta Ustavnog suda izražena u odluci kojom se ukida predmetni akt.⁷⁷

4. ZAKLJUČAK

Samo se komplementarnim ostvarenjem oba lica pravednosti u oporezivanju, materijalne i procesne, može govoriti o poštovanju dostojanstva i prava poreznih obveznika. Naime, dok materijalna načela daju okvir prema kojem se procjenjuje predanost zakonodavca ustavnim načelima pravednosti u oporezivanju pri uređenju pojedinih poreznih oblika, procesna načela osiguravaju ispravnu primjenu poreznih propisa od strane poreznih tijela prilikom postupka oporezivanja. Ako se, sa stajališta materijalnih načela, porezni oblici (sagledani zasebno i u ukupnosti poreznog sustava) mogu ocijeniti pravednim te ako se

⁷⁴ Vidjeti više https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/hr/Documents/about-deloitte/hr_5.porezna%20konferencija2022_ministar.pdf [20.svibnja 2022.]

⁷⁵ Čl. 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02, 49/02.

⁷⁶ Čl. 76. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02, 49/02.

⁷⁷ Čl. 77. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine br. 99/99, 29/02, 49/02.

porezni propisi u postupku razreza i naplate poreza ispravno primjenjuju uz uvažavanje dostojanstva osobe poreznog obveznika i njegovih prava – tek se tada može govoriti o pravednosti cjelokupnog uređenja poreznog sustava.

Unatoč formalno definiranoj pravednosti, od Ustavom zajamčenih prava realiziranih kroz koncepciju pojedinih poreznih oblika, pravednost se očituje i kroz percepciju poreznih obveznika. Primjena progresivnih poreznih stopa zasigurno pridonosi njezinoj realizaciji kroz prizmu jednakosti i ravnomjernosti u raspodjeli poreznog tereta. Međutim, ne treba zanemariti niti negativni efekt regresivnog učinka oporezivanja jer se pri ostvarenju osnovnog postulata pravednosti oporezivanja ne očekuje učinak kompenzatorne, već apsolutne progresije.

Kauzalnost navedenih materijalnih i procesnih načela ostvaruje se i provođenjem porezno-upravnog postupka u okviru njegove specifičnosti odnosa dviju neravnopravnih strana. Dok, s jedne strane, porezni obveznik u podređenom odnosu prema državi podmiruje poreznu obvezu koristeći ponekad i modalitete (ne)zakonite porezne evazije, s druge strane ta ista država nastoji ostvariti fiskalno neupitno načelo izdašnosti ubiranja poreza, nastojeći pritom ne kolidirati s načelima pravednog oporezivanja za ostvarenje kojih je nemoguće utvrditi granice njezine moralnosti.

11. Porezna evazija kao negativan učinak oporezivanja

EMINA JERKOVIĆ*, LINA HELEBRANT**

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 336.225.611

SAŽETAK Jedno od temeljnih ljudskih prava jest pravo na rad. Na to se dovezuje pravo pojedinca da bude adekvatno plaćen za svoj rad, trud, zalaganje, svoju kvalifikaciju i stručnu spremu, s obzirom na to da u protivnom gubi svoj identitet radnika i stvara otpor prema svim vrstama fiskalnih prihoda koje mu država nameće. Ovim radom nastoji se pojasniti globalna problematika izbjegavanja plaćanja poreza. Država je nerijetko nailazila na otpor poreznih obveznika plaćanju poreza kojima nije odgovarala prisilnost, zadiranje u privatan život i vlasništvo, nedostatak ekvivalencije i ostale karakteristike poreza. Nerijetka posljedica toga je nizak porezni moral koji utječe na identitet poreznog obveznika, odnosno spremnost poreznih obveznika na ispunjavanje svojih poreznih obveza, ali i stvara probleme ne samo državi već i jedinicama lokalne i regionalne samouprave. Na spremnost poreznih obveznika utječu mnogi faktori, a neki od njih su visina porezne obveze, osobna stajališta, svrha u koju odlaze oporezivana sredstva i nepovjerenje u državnu vlast. Plaćanjem poreza smanjuje se obveznikova ekonomska snaga, što lako dovodi do djelomičnog ili potpunog izbjegavanja plaćanja poreza. U radu planiramo prikazati vrste evazije, kako zakonite tako i nezakonite, i njihov utjecaj na identitet poreznog obveznika te čimbenike koji utječu na razvoj poreznog ponašanja pojedinca.

KLJUČNE RIJEČI pravo na rad, porezni moral, identitet poreznog obveznika, porezna evazija, siva ekonomija, porezne oaze, mjere protiv izbjegavanja plaćanja poreza

* **Dr. sc. Emina Jerković**, izvanredna profesorica na Katedri za financijske znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, e-mail: ekonjic@pravos.hr

** **Lina Helebrant, mag. iur.**, e-mail: lina.helebrant@yahoo.com

1. UVOD***

Povelja Europske unije o temeljnim pravima¹ u čl. 15. definira “pravo na rad i na obavljanje slobodno izabranog ili prihvaćenog zanimanja” kao jedno od temeljnih ljudskih prava. Istovjetnu odredbu nalazimo u ustavima većine zemalja svijeta pa tako i Republike Hrvatske. Ustav Republike Hrvatske² u čl. 55. definira da “svatko ima pravo na rad i slobodu rada”. Međutim, za identitet poreznog obveznika indikativan je čl. 56. Ustava Republike Hrvatske³ koji propisuje da “svaki zaposleni ima pravo na zaradu kojom može osigurati sebi i obitelji slobodan i dostojan život”, što s aspekta poreznog obveznika, ali i države i gospodarstva u cjelini, može imati dalekosežne i negativne posljedice ukoliko porezni obveznik smatra da ta odredba u praksi nije ispunjena. Upravo je u tome značaj poreza, njihovo viđenje od strane aktivnih i pasivnih subjekata oporezivanja te njihovi učinci i djelovanje u vidu porezne evazije.

Pojavu poreza u povijesnim izvorima i dokumentima nailazimo već u Mezopotamiji, a njihova je primjena s godinama sve više dobivala na važnosti. Mjesto i uloga poreza bili su podležni mnogim promjenama usko povezanim s ulogom države, njezinim širenjem i njezinim financijskim potrebama.

Međutim, te potrebe nisu uvijek bile zadovoljene brzo i jednostavno već je država nerijetko nailazila na otpor poreznih obveznika plaćanju poreza kojima nije odgovarala prisilnost, nepovratnost i ostale karakteristike poreza. Nerijetka posljedica toga je nizak porezni moral, odnosno spremnost poreznih obveznika na ispunjavanje njihovih poreznih obveza. Na njihovu spremnost utječu mnogi faktori, a neki od njih su visina porezne obveze, osobna stajališta, svrha u koju odlaze oporezivana sredstva i nepovjerenje u državnu vlast. Uostalom, plaćanjem

*** Ovaj je rad financirao Pravni fakultet Osijek Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku internim projektom br. IP-PRAVOS-21 „Fiskalna politika i razvoj sustava javnih financija“. Rad je nastao na temelju diplomskog rada Line Helebrant izrađenog pod mentorstvom izv. prof. dr. sc. Emine Jerković.

¹ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, 2016/C 202/02.

² Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

³ *Ibid.*

poreza smanjuje se obveznikova ekonomska snaga, što lako dovodi do djelomičnog ili potpunog izbjegavanja plaćanja poreza.

U tom kontekstu, razlikujemo nezakonitu poreznu evaziju (iliti poreznu utaju) i zakonitu poreznu evaziju. Kroz nezakonitu poreznu evaziju analizira se ponašanje poreznog obveznika koji se u sukobu s poreznim propisima zbog direktnog kršenja zakonskih odredbi. Siva ekonomija, rad na crno i krijumčarenje obuhvaćeni su tim poglavljem, zajedno s analizom kaznenog djela utaje poreza i carine sadržanog u čl. 256. Kaznenog zakona. U dijelu koji se bavi zakonitom poreznom evazijom upoznaje se s nekolicinom načina putem kojih je moguće zakonski izbjeći plaćanje poreza, s naglaskom na porezne oaze koje su svojim postojanjem, razvijanjem i širenjem izmijenile i nadalje diktirale globalno poslovanje.

Kraj rada obuhvaća konkretne mjere koje bi se trebale poduzeti kao oružje u borbi protiv ovog rastućeg trenda, uz nekoliko primjera poteza koje je Europska unija dosad potegnula na tom polju.

U ovom radu nastojalo se skrenuti pozornost na sveprisutni i uvijek aktualni globalni problem izbjegavanja plaćanja poreza koji svakim danom mijenja načine poslovanja, prisiljava države, Vlade i pojedince na prilagođavanje, stimulira financijsku kreativnost i pruža plodno tlo za kriminalne aktivnosti.

2. OPĆENITO O POREZIMA

2.1. DEFINICIJA POREZA

„Porezi su osnovni financijski instrument prikupljanja prihoda kojima suvremene države podmiruju rashode iz svoje nadležnosti“. Oni se prikupljaju neovisno o tome gdje se prikupljaju (visoko razvijene industrijske države ili države s poljoprivredom kao dominantnom granom), o visini dohotka (od nekoliko tisuća do nekoliko desetaka tisuća dolara), o tipu države (unitarne ili složene), broju stanovnika (od nekoliko milijuna do nekoliko desetaka milijuna) itd.⁴

⁴ Jelčić, B., Lončarić-Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H., Mijatović, N., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 79.

U našem zakonodavstvu porezi su definirani čl. 2. Općeg poreznog zakona: „Porezi su novčana davanja i prihodi su proračuna koji se koristi za podmirivanje proračunom utvrđenih javnih izdataka“.⁵ Nameću ih administrativne jedinice – država, lokalne vlasti, a ponekad i Crkva.⁶

2.2. CILJEVI OPOREZIVANJA

Od svojih početaka, porezi su od sekundarnog i neredovitog prihoda države, ubiranog od samo određenog kruga ljudi za konkretne svrhe države i dvora evoluirali u redovite i iznimno značajne prihode koji se ubiru i od građana i od pravnih osoba za mnogobrojne različite državne rashode.⁷

Mjesto i uloga poreza su se kroz povijest podvrgnuli mnogim promjenama, uglavnom prouzročeni promjenama u društvenom, ekonomskom i političkom sustavu zemalja. S obzirom na to da je ostvarenje ciljeva usko povezano s ulogom države, širenjem uloge države povećavaju se i njene novčane potrebe. Osim financijske, porezima se namijenila i ekonomska uloga te tako oni postaju instrument politike cijena, sredstvo usklađivanja ponude i potražnje, sredstvo usmjeravanja investicija i ograničavanja stopa inflacije, sredstvo smanjenja stope nezaposlenosti, ali i rješenje pri postizanju bržeg i skladnijeg razvoja zemlje.

Prema cilju koji se porezom nastoji postići, poreze dijelimo na:

1. fiskalne koji služe isključivo ili većinski za prikupljanje sredstava za financiranje javnih rashoda;
2. nefiskalne koji služe za poticanje određenih promjena u ponašanju i radu poreznih obveznika⁸ te sve veće potrebe i razvoj suvremenog društva nametnule su i potrebu za ostvarivanje i nekih ne nužno fiskalnih ciljeva. Nefiskalni ciljevi mogu biti ekonomski, politički, pedagoški, socijalni, ekološki i dr. ciljevi (npr. poticanje stambene izgradnje, unapređivanje kulturne i športske djelatnosti), a

⁵ Opći porezni zakon, Narodne novine br. 115/16, 106/18, 121/19, 32/20 i 42/20.

⁶ *Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*. Leksikografski zavod Miroslav Krleža 2021.: *Porezi*, <https://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=49530> [pristup: 21. srpnja 2021.].

⁷ Jelčić *et al.*, *loc. cit.* (bilj. 4).

⁸ *Ibid.*, str. 206. i 208.

nerijetko su u koliziji s primarnim fiskalnim ciljem oporezivanja te je njihov je cilj stimuliranje poreznog obveznika na određeno ponašanje.⁹

3. OTPOR PLAĆANJU POREZA

3.1. OPĆENITO O OTPORU PRI PLAĆANJU POREZA

Kod svih poreznih obveznika, neovisno o njihovom materijalnom položaju i poreznom odredištu, postoji više ili manje izražen otpor plaćanju poreza. Imajući na umu da poreze, između ostalog, karakteriziraju prisilnost, derivatnost, nepovratnost i izostanak neposredne protunaknade, ne iznenađuje da porezni obveznici razvijaju negativan stav prema njihovom plaćanju. Pogotovo kada država, na temelju svog financijskog suvereniteta, upotrijebi silu i izostavi protunaknadu.

Obveznici poreze doživljavaju kao napad, na sebe, osobnu slobodu i osobni identitet. Što su porezni teret, zadiranje države u privatnost i zahvaćanje dohotka i/ili imovine veći, to je veći i otpor. Razlog tome je što se poreznim teretima smanjuje mogućnost proširenja, smanjuje mogućnost štednje, modernizacije i započinjanja privredne aktivnosti, dolazi do povećanja osobne potrošnje te istovremeno pogoršanja društvenog položaja obveznika.¹⁰

Otpor plaćanju poreza nije novost. Otpor je star koliko su stari i porezi. Izvori o porezu sežu još u Mezopotamiju¹¹ te svjedoče brojnim ustancima, seljačkim

⁹ Jerković, E., Važnost ciljeva i socijalno-političkih načela oporezivanja u funkciji ostvarenja pravednosti prilikom oporezivanja dohotka od nesamostalnog rada i samostalne djelatnosti, u: *Third international scientific Conference ERAZ 2017 – Knowledge based sustainable economic development*, Faculty of Business Studies, Mediterranean University - Podgorica, Montenegro; University of National and World Economy - Sofia, Bulgaria; Faculty of Commercial and Business Studies – Celje, Slovenia; Faculty of Applied Management, Economics and Finance – Belgrade; Serbia; Association of Economists and Managers of the Balkans – Belgrade, Serbia, Beograd, 2017., str. 218.

¹⁰ Financijski klub, *Porezna evazija i porezni moral*, <http://finance.hr/porezna-evazija-i-porezni-moral/> [pristup: 21. srpnja 2022.].

¹¹ Mezopotamija se smatra kolijevkom zapadne civilizacije. Na tom su se području pojavili gradovi, država, pismo, razvijena tehnika, veća proizvodnja, egzaktna znanja i škola, bogata trgovina itd. Od Sumerana su preuzeli sustav suca, porote, svjedoka i ugovora, a samostalno su razvili područja poput astronomije, astrologije, matematike, medicine i filozofije. Zato ni ne čudi da su zakonske odluke

bunama, iseljavanjima i promjenama u socijalnim, ekonomskim i političkim sferama koje su porezi uzrokovali od svog nastanka. Neki od najpoznatijih primjera u povijesti zasigurno su francuska revolucija iz 1789. godine te Bostonska čajanka iz 1773. godine čiji su korijeni ležali upravo na ovom otporu.¹²

3.2. OBILJEŽJA OTPORA PRI PLAĆANJU POREZA

Uzimajući u obzir da se otpor javlja kod plaćanja svih poreznih oblika, u svim poreznim sustavima i kod većine poreznih obveznika, korisno je znati neka od osnovnih njegovih obilježja:

1. što je porezni teret veći, to je veći otpor poreznog obveznika;
2. što je odstupanje od kriterija pravednosti veće, to je veći otpor pošto se porezni obveznik se smatra zakinutim;
3. otpor ovisi o svrsi trošenja ubranih sredstava, o čemu svjedoči sve veća zainteresiranost poreznih obveznika;
4. otpor ovisi o poreznom moralu koji varira od podneblja do podneblja,
5. otpor ovisi o poreznom obliku i tehnici oporezivanja pri čemu se prvenstveno misli na prevaljivost poreza i vrstu porezne stope;
6. otpor ovisi o stručnosti, savjesnosti i objektivnosti porezne administracije kao i o njenom odnosu prema obveznicima.¹³

Otpor plaćanju određenih poreza nastoji se umanjiti davanjem „primamljivih imena“ porezima. Neka od rješenja su: porez solidarnosti sa žrtvama rata, porez na

regulirale i razmjenu zasnovanu na ugovorima, pravila zapošljavanja, plaću kao naknadu za radi te sustav oporezivanja. Npr. u Asiriji, državi na sjeveru Mezopotamije, gradovi i naselja sa stalnim stanovništvom plaćali su porez u zlatu i srebru, a seljaci u naturi. Porezi su se prikupljali na temelju statističkih podataka koji su se sastavljali popisom stanovništva i imovine, Benić, Đ., *Ekonomska misao u antičkoj Mezopotamiji, Ekonomska misao i praksa*, Vol. 26, br. 1, 2017., str. 6. i 18.

¹² Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 210.-211.

¹³ Jerković, E., Reducing the tax compliance gap by improving tax administration, u: *IMR Interdisciplinary Management Research XIV*, The Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Economic in Osijek, Hochschule Pforzheim University, Osijek, 2018., str. 993.

obnovu zemlje, stabilizacijski porez i sl., ali također i taksa za imovinu, naknada za zaštitu od požara te doprinos za obrazovanje.¹⁴

4. POREZNI MORAL

4.1. OPĆENITO O POREZNOJ MORALI

Porezni moral predstavlja subjektivan stav poreznog obveznika prema plaćanju poreza i njegovoj visini, na temelju razine njegova obrazovanja i društvenog statusa, raspodjele oporezivanih sredstava te straha od kazne u slučaju neispunjenja porezne obveze. Ako porezni obveznik pronalazi razne načine izbjegavanja plaćanja poreza, postoji mogućnost utaje (s obzirom na to da je vrlo tanka granica između dopuštene i nedopuštene evazije) što ukazuje na nisku svijest o potrebi plaćanja poreza.¹⁵

Moral i spremnost obveznika na plaćanje ponajviše ovisi o osobnim stajalištima prema plaćanju, visini porezne obveze, raspodjeli poreznog tereta, društvenoj klimi oporezovane okoline, svrsi trošenja sredstava i dodatnim troškovima.¹⁶

S druge strane, spremnost na plaćanje poreza može biti i rezultat prethodno spomenutog straha od različitih negativnih posljedica, tj. kazni za neplaćanje ili zakašnjenje u plaćanju poreza, što uzročno posljedično utječe i na društveni ugled poreznih obveznika.¹⁷

4.2. JAČINA POREZNOG MORALA

Ako je porezni moral visok, znači da neće doći do otpora plaćanju poreza. Pritom se visoki moral manifestira na način da:

1. su porezni obveznici svjesni da školovanje njihove djece, zaposlenost, sigurnost zemlje i ostali javni interesi iz nadležnosti države ovise o plaćanju poreza;

¹⁴ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 212.-216.

¹⁵ Mahović-Komljenović, M., Informacijski sustav i porezna evazija – uloga menadžera podataka, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 7, br. 1, 2009., str. 182.

¹⁶ Financijski klub, *loc. cit.* (bilj. 10).

¹⁷ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 214.

2. porezni obveznici vjeruju da je porezni teret pravedno, ravnomjerno i svrsishodno raspoređen;
3. je plaćanje poreza povezano s nekom etičkom, patriotskom ili dr. svrhom;
4. se ubrzani porez daje osobama koje su pogođene elementarnim nepogodama i dr. sličnim nesretnim okolnostima ili ako se taj iznos troši radi nacionalne sigurnosti.¹⁸

Konvencionalne porezne politike upućuju na važnost prisile, tj. na činjenicu da ljudi često moraju biti prisiljeni kako bi ispunili svoje porezne obveze. Dakako, pod prijetnjom kazne. Tu je važno razlikovati porezne obveznike. Oni iskreniji, s jačim poreznim moralom i/ili jačim strahom prijavljuju svoje točne prihode, dok oni neiskreniji, sa slabijim moralom i/ili slabijim strahom prijavljuju prihode koji su manji od stvarnih, ovisno o tome što i kako im ide u korist.¹⁹

4.3. POREZNI MORAL NA EUROPSKOJ RAZINI

Zbog svega prethodno navedenog, porezni moral podosta varira od zemlje do zemlje.

¹⁸ Jelčić, B., *Javne financije*, RRiF-plus, Zagreb, 2001., str. 144.

¹⁹ Sokol, N., *Psihološki i sociološki aspekti preraspodjele dohotka*, <https://www.google.com/search?q=nika+sokol+psiholo%C5%A1ki+i+sociolo%C5%A1ki+aspekt+i+preraspodjele+dohotka&oq=nika+s&aqs=chrome.0.69i59l2j69i57j0i512l2j46i175i199i512j0i512l3j46i175i199i512.2602j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> [pristup: 25. srpnja 2021.].

Tablica 1. Visina poreznog morala u europskim zemljama

Visoki porezni moral	Niski porezni moral
Švedska	Hrvatska
Velika Britanija	Francuska
Norveška	Italija
Njemačka	Španjolska

Izvor: osobna izrada autora²⁰

Analizirajući zemlje visokog i niskog poreznog morala navedene u tablici nemoguće je ne uočiti geografski faktor, tj. činjenicu da su zemlje visokog poreznog morala uglavnom zemlje sjeverne Europe i Skandinavije, a zemlje s tradicijom niskog poreznog morala zemlje jugozapadne, južne i jugoistočne Europe. Utjecaj mentaliteta, kao jednog od ipak nezanemarivih faktora ove problematike, ostavio je traga jednako u zakonodavstvu kao i u poštivanju odredaba istog.

Što se tiče konkretno Hrvatske, nju obilježava loše mišljenje građana o dostupnosti, pravednosti i kvaliteti javnih dobara, opće nezadovoljstvo radom javne uprave koja je neefikasna, neučinkovita i korumpirana, prigovori na prevelika porezna opterećenja i upravo je zbog toga primjer zemlje niskog poreznog morala.²¹

U svrhu boljeg shvaćanja niskog poreznog morala u RH i razloga za to, potrebno se vratiti u prošlost. Na hrvatsku poreznu kulturu utjecala je Austro-Ugarska i tadašnji porezni sustav u doba Monarhije, s naglaskom na nerazvijeni demokratski i politički sustav između dva svjetska rata te porezne zakone odobrene od strane saveznih tijela nakon Drugog svjetskog rata. Tijekom povijesti neizravni načini oporezivanja dominirali su nad onim direktnim. Osamostaljenje RH je također unijelo velike promjene u porezni sustav zbog donošenja niza novih poreznih zakona, i to u periodu rata. Nizak porezni moral i žustro opiranje oporezivanju

²⁰ Financijski klub, *loc. cit.* (bilj. 10).

²¹ Sokol, *loc. cit.*, (bilj. 19).

koje je bilo na snazi u Jugoslaviji nastavljaju vrijediti i nakon osamostaljenja. U potporu činjenici o niskom poreznom moralu ide i niska razina međusobnog povjerenja građana. Prema istraživanju Rimca i Štulhofera iz 2002. godine, RH je duplo lošija od prosjeka EU po tom pitanju. S time da ni povjerenje u političke institucije nije na puno višoj razini. Građanima je od velikog značaja pitanje pravde i opravdanosti socijalnih normi, a time i povjerenje u zakonske odredbe. Ako tog povjerenja nema, šanse za izbjegavanje plaćanja poreza naglo rastu.²²

Konvencionalne politike EU upućuju na to da, uzimajući ponekad niski porezni moral obveznika u obzir, ljudi moraju biti prisiljeni kako bi zadovoljili svoje porezne obveze pod prijetnjom kazne.²³

5. IZBJEGAVANJE PLAĆANJA POREZA

5.1. OPĆENITO O IZBJEGAVANJU PLAĆANJA POREZA

Kako je već ranije spomenuto, plaćanjem poreza se smanjuje obveznikova ekonomska snaga, a potencijalno i društveni položaj te se ugrožavaju njegova ljudska prava kako to porezni obveznik subjektivno smatra. Ti nepovoljni učinci razlog su nastanka otpora kod poreznog obveznika koji u konačnici dovodi do djelomičnog ili potpunog izbjegavanja plaćanja poreza.

Izbjegavanje ovisi o mnogim čimbenicima: obrazovnoj strukturi stanovništva, discipliniranosti obveznika u izvršavanju građanskih dužnosti, sankcijama protiv neizvršavanja obveza, stručnosti poreznih organa, efikasnoj kontroli ubiranja, svijesti o pripadanju nekoj društvenoj zajednici, poreznom moralu itd.²⁴ Teoretski modeli potrošnje kratko i jasno pokazuju da se podmirivanje porezne obveze smanjuje s rastom inflacije, s padom tekućeg dohotka i s očekivanjem većeg dohotka u budućnosti.²⁵

²² Bejaković, P., Tax evasion, tax capacity and trust in transitional countries: The case of Croatia, *Društvena istraživanja*, Vol. 18, br. 4-5 (102-103), 2009., str. 795. i 797.

²³ Sokol, *loc. cit.*, (bilj. 19).

²⁴ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 217.

²⁵ Madžarević-Šujster, S., Procjena porezne evazije u Hrvatskoj, *Financijska teorija i praksa*, Vol. 26, br. 1, 2002., str. 119.

Kako je u prirodi svakog čovjeka utkana težnja za ostvarivanjem željenih i zacrtanih ciljeva (koji su redovito povezani s materijalnom dobiti), jasno je da novčana obveza prema državi, koja uključuje oduzimanje dijela ekonomske snage, neće naići na odobrenje poreznih obveznika, a u konačnici ni na ispunjenje od strane svih.²⁶

5.2. AKTIVNO IZBJEGAVANJE PLAĆANJA POREZA

Izbjegavanje plaćanja ponekad je rezultat svjesnog nastojanja, tj. namjere poreznog obveznika da netočnim prikazivanjem ili prikrivanjem relevantnih činjenica pred poreznim organima smanji svoju poreznu obvezu (porezni dug) odnosno uopće ne plati porez. U takvim se slučajevima govori o aktivnom izbjegavanju plaćanja poreza.²⁷

5.3. PASIVNO IZBJEGAVANJE PLAĆANJA POREZA

Osim navedenog, izostanak može biti rezultat i nekih drugih čimbenika: neznanja ili nedovoljne informiranosti poreznih obveznika o njihovoj poreznoj obvezi, neadekvatne organiziranosti, nedovoljne efikasnosti, stručnosti i motiviranosti porezne administracije i nekvalitetnih propisa kojima je regulirana obveza (praznine i nejasnoće u propisima, njihova nepreglednost i sl.). Tada se pak radi o pasivnom izbjegavanju plaćanja poreza. Do njega najčešće dolazi pri pojavi novih poreza ili pojedinih poreznih rješenja, ali i kod povremenih ili jednokratnih poreza u slučajevima kada porezni obveznici još nisu točno upoznati sa svojom poreznom obvezom.²⁸

6. POREZNA EVAZIJA

6.1. OPĆENITO O POREZNOJ EVAZIJI

Porezna evazija predstavlja izostanak prihoda od prikupljanja poreza za svotu neplaćenog poreza. To je, dakako, suprotno ciljevima porezne politike koji se žele

²⁶ Šimović, J., Rogić-Lugarić, T., Cindori, S., Utaja poreza u Republici Hrvatskoj i mjere za njezino sprječavanje, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 14, br. 2, 2007., str. 593.

²⁷ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 217.

²⁸ *Ibid.*, str. 217-218.

ostvariti oporezivanjem. Nastaje kao rezultat otpora koji porezni obveznik osjeća prema obvezi plaćanja poreza.²⁹

Izbjegavanje plaćanja prisutno je u svim poreznim sustavima, u većoj ili manjoj mjeri. Razlikujemo dvije vrste porezne evazije, nezakonitu ili nedopuštenu i zakonitu ili dopuštenu, ovisno o tome dolazi li porezni obveznik u sukob s pravnim propisima prilikom izbjegavanja plaćanja poreza.^{30 31}

Na primjer, ako se mora platiti porez na prodaju određenog proizvoda, a osoba iz nekog razloga proda manje, smatra se da je tada legalno izbjegla porez. Međutim, ako je državi osoba prijavila manju prodaju od one stvarno ostvarene, tada govorimo o nezakonitom izbjegavanju poreza iliti utaji poreza.³²

6.2. MJERE POREZNE EVAZIJE

Prije nego što se upustimo u dubinsko objašnjavanje vrsta porezne evazije, krenimo s načinima njene procjene. U tu svrhu razlikujemo direktne i indirektno načine procjene. Porezna evazija najčešće se procjenjuje temeljitom kontrolom poreznih prijava i tada govorimo o direktnoj metodi. Pritom treba uzeti u obzir da je ovdje riječ o skupom i zahtjevnom procesu koji ne dovodi do svih informacija (npr. vremenskom kretanju porezne evazije. Nasuprot tome, nerijetka je i indirektna metoda, tj. procjena evazije putem njenih njenih makroekonomskih agregata, poreznih osnovica.³³

Prethodno spomenuti pristup mjerenju porezne evazije jedan je od mnogih. Kao alternativa može poslužiti podjela na tradicionalne i suvremene pristupe. U tradicionalni pristup ubrajamo izravnu metodu, neizravnu metodu i metodu modela, dok u suvremeni pristup ulaze razne metode koje su izraz kreativnosti istraživača u procesu mjerenja porezne evazije.

²⁹ Mahović-Komljenović, *op. cit.*, (bilj. 15), str. 179.

³⁰ U anglosaksonskoj literaturi naziv *tax avoidance* označava legalno ili prihvatljivo izbjegavanje plaćanja poreza, a *tax evasion* ilegalno ili kažnjivo izbjegavanje plaćanja poreza, tj. poreznu utaju – Bejaković, P., Porezna evazija i kako ju sankcionirati, *Političke analize*, Vol. 5, br. 20, 2014., str. 45.

³¹ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 218.

³² Bejaković, *loc. cit.* (bilj. 22).

³³ Madžarević-Šujster, *loc. cit.*, (bilj. 25).

Također, potrebno je naglasiti da je temeljna zapreka kod mjerenja porezne evazije manjak pouzdanih informacija o ispunjavanju ili neispunjavanju poreznih obveza. Nezakonita evazija (iliti porezna utaja) je, kao što sam naziv kaže, protuzakonita što znači da pojedinci redovito skrivaju svoje nezakonite postupke u želji da izbjegnu sankcije. Dakle, općenito nailazimo na niz poteškoća u nastojanju da utvrdimo izgubljeni prihod uslijed porezne evazije.³⁴

6.3. NEZAKONITA POREZNA EVAZIJA

6.3.1. DEFINICIJA NEZAKONITE POREZNE EVAZIJE

Ako porezni obveznik izbjegavajući plaćanje poreza dođe u sukob s pravnim propisima, govori se o nezakonitoj ili nedopuštenoj poreznoj evaziji.³⁵ Dakle, to je nezakonito djelovanje, direktno kršenje zakonskih odredbi,³⁶ ali također i signal nezadovoljstva poreznih obveznika poreznim oblikom ili poreznim sustavom u cjelini.³⁷ Nedvojbeno je da je utajivanje plaćanja poreza pojava s kojom se susrećemo još od pojave države i financiranja njezinih izdataka porezima.³⁸

6.3.2. UZROCI NEZAKONITE POREZNE EVAZIJE

S obzirom na to da je porezna utaja ekonomski, kriminalistički, sigurnosni, kaznenopravni, politički, psihološki i sociološki fenomen, i to širok i aktualan, zahtijeva se njezina obrada s polazištem od uzroka nastanka tog kriminalnog ponašanja.³⁹

Uzroke općenito možemo klasificirati u tri skupine sukladno njihovim zajedničkim obilježjima:

³⁴ Alm, J., *Measuring, Explaining, and Controlling Tax Evasion: Lessons from Theory, Experiments, and Field Studies*, *Tulane Economics Working Paper Series*, New Orleans, LA, SAD, 2012., str. 2-7.

³⁵ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 218.

³⁶ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 594.

³⁷ Sokol, *loc. cit.*, (bilj. 19).

³⁸ „Još je grčki filozof Platon tvrdio: 'U državi u kojoj postoji porez na dohodak častan će čovjek platiti veći porez od nečasnog čovjeka, iako su ostvarili isti dohodak.'“ Više o tome Kesner-Škreb, M., *Izbjegavanje i utaja poreza*, *Financijska praksa*, Vol. 19, br. 3, 1995., str. 267.

³⁹ Čolaković, E., *Porezna utaja kao suvremeni oblik kriminaliteta u teoriji i praksi*, *Kriminalistička teorija i praksa*, Vol. 4., br. 2, 2017., str. 23.

1. Problematika institucionalne strukture s obzirom na stupanj demokracije, institucionalne slabosti, diskrecijska prava državnih službenika, korupcija, učinkovitost i brojnost administracije, povjerenje u vladajuću strukturu države (najveći broj);
2. Pravni sustav u smislu njegove učinkovitosti (jasne i precizne zakonske odredbe, učinkovitost sustava sankcija, zakonske praznine, primijenjeni porezni stil ili modalitet oporezivanja, nepostojeći ili neučinkoviti nadzor poreznih obveznika, velik broj zakona ili stalne promjene zakona koji reguliraju poreznu materiju);
3. Socio-ekonomski uzroci u smislu svrhe trošenja ubranih poreza, moral poreznih obveznika (kultura neplaćanja), makroekonomska stabilnost države, redistribucija nacionalnog bogatstva, visina poreznog opterećenja, pravedna raspodjela poreznog tereta.⁴⁰

6.3.3. POJAVNI OBLICI NEZAKONITE POREZNE EVAZIJE

Razlikujemo dva oblika nezakonite porezne evazije:

1. Potpuna porezna utaja ili potpuna defraudacija poreza javlja se ako porezni obveznik ne prijavi cjelokupan iznos ostvarenog prihoda, odnosno dohodak koji podliježe oporezivanju, ako ne prijavi posjedovanje imovine koja je predmet oporezivanja ili ako prekrije određene relevantne činjenice, događaje ili djelatnosti koje služe kao povod za oporezivanje⁴¹ Tu se radi o „neurednim poreznim obveznicima“. Npr. fizičke osobe često utaje porez na pasivan dohodak (poput dividende i kamata) na način da ne prijave takav dohodak stečen u inozemstvu;⁴²
2. Djelomična porezna utaja ili djelomična defraudacija poreza postoji onda kada porezni obveznik podnosi nepotpunu i/ili lažnu poreznu deklaraciju o veličini prihoda i dohotka, o vrijednosti imovine, o činjenicama, događajima ili djelatnostima koje se uzimaju u obzir pri oporezivanju, odnosno kad dade

⁴⁰ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 599.

⁴¹ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 218.

⁴² Sertić, A., Porezne oaze: međunarodno izbjegavanje plaćanja poreza i porezna evazija, *Porezni vjesnik*, br. 5, 2012., str. 42.

nepotpune podatke o objektu (objektima) oporezivanja te tako utječe na smanjenje porezne obveze.⁴³

Oba oblika nezakonite porezne evazije su najčešće kažnjiva. Neke od potencijalnih kazni za njih u RH su: zatvor, visoke novčane kazne, zabrana rada, oduzimanje imovine, oduzimanje svote stečene utajom poreza itd.⁴⁴

6.3.4. SIVA EKONOMIJA

Obzirom da je porezna evazija obuhvaćena sivom ekonomijom, bitno je spomenuti nešto i o tom pojmu. O njevoj definiciji i veličini danas u financijskoj teoriji postoji niz prijepora. Najčešće se pod pojmom sive ekonomije misli na one aktivnosti koje se iz različitih razloga odvijaju izvan okvira službenog gospodarstva, tj. na nepoštivanje institucionalnih pravila u određenim oblicima gospodarskih aktivnosti. Zato tu govorimo i skupnom imenu – sivo gospodarstvo.⁴⁵

Sivo gospodarstvo i njegovi sve veći razmjeri goruća su i uvijek aktualna tema ekonomskih rasprava svih zemalja, a razlog tome je što ono postoji u skoro svim zemljama (neovisno o društvenom uređenju, stupnju gospodarskog razvoja ili prevladavajućem religioznom i socijalnom okruženju), s naglaskom na tranzicijske zemlje koje napuštaju državni oblik vlasništva i u kojima se stvara veliki broj novih privatnih poduzeća čije je poslovanje u praksi teško kontrolirati.

Tablica 2. Procjena sivog gospodarstva u svijetu prema BNP-u

PROCJENE SIVOG GOSP. BNP-a (različita razdoblja)	
Kanada 5 – 20 %	Švedska 4 – 13 %
Italija 10 – 20 %	SAD 16 – 22 %
Norveška 3 – 7 %	Indija 9 – 49 %

⁴³ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 218.

⁴⁴ Sertić, *loc. cit.*, (bilj. 42)

⁴⁵ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 595.

Velika Britanija 3 – 7 %	
--------------------------	--

Izvor: osobna izrada autora⁴⁶

Statistika i ove tablice pokazuje velika odstupanja između država, ovog puta na globalnoj razini. Dok je u zemljama poput Norveške sivo gospodarstvo prosječno iznosilo 3-7% prema BNP-u, na primjeru Indije vidi se rast do frapantnih potencijalnih skoro 50%. Također, ako se povuče paralela s prethodnom tablicom o stanju poreznog morala, može se primijetiti kako zemlje visokog poreznog morala (kao Norveška i Velika Britanija) ujedno imaju i niski postotak sivog gospodarstva čime se potvrđuje višeslojnost problematike.

Na domaćem primjeru, posljednje procjene spekuliraju kako sivo gospodarstvo u RH čini oko 20% BNP-a, i to uz snažan porast. Široki spektar ove pojave vidljiv je u činjenici da sivo gospodarstvo obuhvaća široku paletu različitih djelatnosti, od onih gotovo legalnih do kaznenih djela. Čak se za istu pojavu koriste i višestruki nazivi poput neslužbenog gospodarstva, neformalnog gospodarstva, paralelnog gospodarstva, rada na crno itd. Iako se različiti autori spore oko točne definicije sivog gospodarstva i njegove točne veličine, jasno je da ono ima presudan utjecaj na gospodarstvo. Pogotovo kada uzmemo u obzir da svojim postojanjem iskrivljuje službenu statistiku i dovodi u pitanje ispravnost vođenja ekonomskih politika.⁴⁷

I ne samo to nego se i upućuje na pogrešan zaključak o razini razvijenosti nekog gospodarstva te o kretanju gospodarskih aktivnosti, a to onda može dovesti do uistinu ozbiljnih posljedica. Upravo zbog toga pitanje razvijenosti mjereno BDP-om po stanovniku postaje ključno pri priključivanju zemalja Europskoj uniji. Pogotovo kada uzmemo u obzir da većina prava i obveza ovisi o službeno zabilježenom BDP-u. Međunarodne institucije preporučaju da se procjena veličine sive ekonomije uključi u BDP svake zemlje, uključujući i zemlje koje su zasad samo kandidati za EU.⁴⁸

⁴⁶ Kesner-Škreb, M., Siva ekonomija, *Financijska praksa*, Vol. 20, br. 3, 1994., str. 373.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Lovrinčević, Ž.; Marić, Z.; Mikulić, D., Maastrichtski kriteriji i uključivanje sive ekonomije – slučaj Hrvatske, *Privredna kretanja i ekonomska politika*, Vol. 16, br. 106, 2006., str. 32.

Kao što je bitno proučiti uzroke porezne evazije, tako će i prikaz uzroka sive ekonomije dati dodatan uvid na opsežnost njene problematike.

Sukladno istraživanjima pojedinih autora, Šimović, Rogić-Lugarić i Cindori daju pregled uzroka sive ekonomije te navode sljedeće:

1. politička represija, neadekvatan pravni sustav, institucionalne slabosti, administrativna kontrola i diskrecijsko odlučivanje u gospodarstvu, visoko porezno opterećenje, makroekonomska nestabilnost i kultura neplaćanja
2. nefunkcioniranje vlasničkih prava, visok poduzetnički rizik i visoki transakcijski troškovi
3. nefunkcioniranje vlasničkih prava, visok poduzetnički rizik i visoki transakcijski troškovi
4. legislativne i regulativne promjene širokih razmjera, visoka distribucija državnog bogatstva, nepostojanje ili nedjelotvornost institucija javne kontrole
5. nedostatak demokratskih, gospodarskih i regulativnih institucija, nepostojanje iskustva plaćanja poreza, diskrecijska prava javnih službenika, rastrošnost države
6. (ne)povjerenje u vladu⁴⁹

Sličnog mišljenja je i ekonomistica Sanja Mađarević-Šujster koja naglašava kako je u velikoj većini istraživanja povećanje porezne utaje rezultat ukupnog povećanja poreznog tereta, ponajviše poreza na dohodak i socijalnih doprinosa. Međutim, od vrlo značajnog utjecaja na kretanje sive ekonomije i porezne utaje su i ostali čimbenici poput zakonodavne regulative, kredibiliteta pravnih sustava, kvaliteta javnih usluga itd.⁵⁰

⁴⁹ Šimović, *et al.*, *op. cit.* (bilj. 26), str. 598.

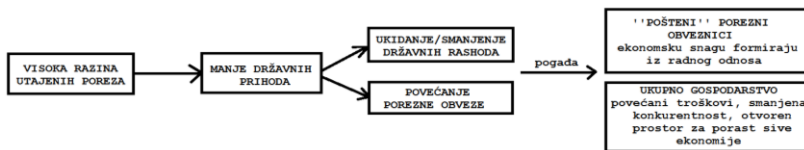
⁵⁰ *Ibid.*, str. 599.

Primjeri posljedica sive ekonomije:

1. Negativne posljedice

Efekt „zatvorenog kruga“⁵¹ po kojem visoka razina utajenih poreza uzročno-posljedično vodi do ostvarivanja manjih državnih prihoda od planiranih, pri čemu država ima dvije mogućnosti: ili smanjiti rashode, odnosno potpuno odustati od financiranja određenog javnog dobra ili povećati poreze kako bi zadržala postojeću (planiranu) razinu financiranja javnih dobara. S obzirom da se ubiranje državnih prihoda te zastupljenost sive ekonomije i utaje poreza konstantno isprepliću i utječu jedini na druge, kažemo da se radi o efektu „zatvorenog kruga“.

Tablica 4. Shematski prikaz efekta „zatvorenog kruga“



Izvor: osobna izrada autora

2. Pozitivne posljedice

Neki autori u pozitivne značajke sive ekonomije u tranzicijskim zemljama ubrajaju i karakteristiku socijalnog amortizera, kojim se ublažavaju posljedice negativnih učinaka tranzicije. Međutim, u literaturi postoji i suprotno mišljenje da se siva ekonomija ne može smatrati socijalnim amortizerom za zbrinjavanje nezaposlenih osoba. Također neformalni sektor gospodarstva može doprinijeti razvitku tržišta, povećati izvore financiranja, ojačati poduzetništvo i pozitivno utjecati na institucionalne promjene.⁵²

⁵¹ *Ibid.*, str. 595.

⁵² Lovrinčević *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 48), str. 34.

6.3.5. RAD NA CRNO

Prema definiciji Ministarstva rada i mirovinskog sustava: „Rad na crno predstavlja jedan od oblika sive ekonomije i iskazuje se brojnim pojavnim oblicima, a ono što je zajedničko svima je da se takav rad ne plaća sukladno pozitivnim zakonskim propisima, odnosno da na isplate za takav rad nisu plaćena propisana javna davanja, fiskalna i socijalna“.

Neki od najčešćih oblika rada na crno su: rad bez sklopljenog pisanog ugovora, rad bez prijave na zdravstveno i mirovinsko osiguranje, rad na temelju prividnih obveznopravnih ugovora, nezakoniti rad stranaca, neprijavljivanje radnika na odgovarajuće radno vrijeme, isplaćivanje plaće „na ruke“ itd.^{53,54}

U kontekstu borbe protiv rada na crno, primarna mjera je stvaranje povoljne gospodarske okoline koja će zatim stimulirati gospodarski rast i otvaranje novih radnih mjesta. Tek sekundarno možemo govoriti o mjerama prevencije i sankcioniranja. Ono što otežava borbu su složena administracija, financijska isplativost takvog rada i neadekvatan nadzor institucija.

Uzimajući za primjer 2013. godinu i istraživanja Eurobarometra, zaključuje se da je po radu na crno jedino Latvija gora od RH.

⁵³ Al Jazeera, *Pošast rada na crno izvan stvarne kontrole*, <https://balkans.aljazeera.net teme/2014/5/6/posast-rada-na-crno-izvan-stvarne-kontrole> [pristup: 1. rujna 2022.].

⁵⁴ Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava glavni je korisnik IPA 2012 Twinning projekta: „Jačanje politika i kapaciteta za smanjenje neprijavljenog rada (rada na crno)“ koji se provodi u suradnji s projektnim partnerima iz Republike Slovačke i Savezne Republike Njemačke. Glavni cilj projekta jest jačanje administrativnih kapaciteta Republike Hrvatske u borbi protiv rada na crno te stvaranje učinkovitog sustava politika, mjera i kontrolnih mehanizama. - E-građanin – Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike: *Kampanja „Stop radu na crno – stop neprijavljenom radu“*, <https://mrosp.gov.hr/vijesti/kampanja-stop-radu-na-crno-stop-neprijavljenom-radu-5510/5510> [pristup: 26. srpnja 2022.].

Tablica 5. Postotak radnika koji barem dio plaće dobiva „na ruke“

POSTOTAK RADNIKA KOJI BAREM DIO PLAĆE DOBIVA „NA RUKU“
Latvija 11 %
Hrvatska 8 %
Grčka, Rumunjska, Slovačka 7 %
Litva, Bugarska, Mađarska 6 %

Izvor: osobna izrada autora⁵⁵

Također, analizirajući ovu i prethodne tablice uočava se da se određene zemlje, uključujući i Hrvatsku, protežu kroz cijelu problematiku i vode konstantnu bitku s regulacijom radnog i poreznog prava, što neizbježno ide jedno s drugim. Sasvim je očekivano da će se u zemljama s niskim poreznim moralom javljati i visok postotak sive ekonomije, tj. rad na crno.

Nadalje, iste 2013. godine organizirana je i konferencija u RH na kojoj su sudjelovali mnogi europski ministri i dužnosnici (iz Austrije, Njemačke, Rumunjske, Bugarske, Slovenije, Poljske, BiH, Makedonije, Kosova, Crne Gore, Sjbiye, Moldove i Albanije) te su na njoj, između ostalog, dogovorene smjernice za moguću prekograničnu suradnju mjerodavnih institucija u suzbijanju ilegalnog rada.⁵⁶

Godinu kasnije, 2014. godine, hrvatski ministar rada i mirovinskog sustava Mirando Mrsić proglasio je godinom borbe protiv rada na crno, a razlog tome je zadnja godina ustrojavanja Inspektorata rada koji je trebao intenzivirati terenski nadzor uz represivan, preventivan i kurativan rad.⁵⁷

⁵⁵ Al Jazeera, *loc. cit.*, (bilj. 53.).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Al Jazeera, *Hrvatska: Godina borbe protiv rada na crno*, <https://balkans.aljazeera.net/news/balkan/2014/3/14/hrvatska-godina-borbe-protiv-rada-na-crno> [pristup: 1. srpnja 2022.].

Tablica 6. Statistika inspektorata rada u prva 2 mjeseca 2014. godine

STATISTIKA INSPEKTORATA RADA U PRVA 2 MJESECA 2014. GOD.
70 radnika bez pisanog ugovora
71 radnik s nezakonitim prekovremenim satima
57 radnika s onemogućenim propisanim dnevnim odmorom
503 radnika s neisplaćenom minimalnom plaćom
5 stranaca zatočeno protivno Zakonu o strancima

Izvor: osobna izrada autora⁵⁸

Ono što se može zaključiti je da borba protiv rada na crno ne staje. Npr. 2020. godine u svim državama članicama EU organizirana je kampanja sa sloganom „Pošten rad, jasna pravila igre“. Njen cilj bio je zaštita radnika, podizanje svijesti o radničkim pravima, negativnom utjecaju rada na crno i raznim mogućnostima zaštite te naglašavanje rizika koji poslodavci preuzimaju.

Kada se uzme u obzir da su rezultati istraživanja javnog mnijenja Eurobarometra o neprijavljenom radu, objavljenog u ožujku 2020. godine, pokazali da se neprijavljeni rad pojavljuje u svim sektorima gospodarstva, jasno je da je ova borba uistinu zahtjevna i dugotrajna.⁵⁹

6.3.6. KRIJUMČARENJE

Činjenica je da o poreznoj utaji najčešće govorimo onda kada se izbjegava plaćanje neposrednih (izravnih) poreza. Kada se pak radi o izbjegavanju posrednih (neizravnih) poreza, umjesto termina „porezna utaja“ ili „defraudacija“ češće se javlja termin „krijumčarenje“ kao pojava nezakonite porezne evazije pri oporezivanju primjenom općeg ili pojedinačnih (specifičnih) poreza na promet i carina.⁶⁰

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Republika Hrvatska – Državni inspektorat, *Državni inspektorat dio velike EU akcije „Pošten rad, jasna pravila igre“*, <https://inspektorat.gov.hr/print.aspx?id=390&url=print>, [pristup: 27. srpnja 2022.].

⁶⁰ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 219.

Podrijetlo riječi krijumčarenje dolazi od kriti + ćar (tuski kar – trgovina, zarada, posao), a u pravu označava izvoz ili uvoz robe preko državne granice kako bi se izbjeglo plaćanje carine, odnosno kako bi se, unatoč zabrani, uvezla ili izvezla zabranjena roba, što posljedično dovodi do nedopuštene zarade. Sankcije su propisane zakonom u vidu prekršaja, tj. novčanih kazni i oduzimanja krijumčarene robe.⁶¹

Međutim, krijumčarenje nije samo izbjegavanje plaćanja propisanih carina i drugih carinskih davanja pri uvozu, izvozu ili tranzitu robe nego i izbjegavanje plaćanja posrednih poreza unutar državnih granica. Pritom slučajeve porezne utaje kod primjene posrednih poreza treba strogo razlikovati od slučaja krijumčarenja kod kojih se zbog očuvanja javnog poretka, zaštite zdravlja ljudi, sprječavanja biljnih i stočnih bolesti, zaštite javnog morala i sl. zabrani ili strogo ograniči proizvodnja i/ili promet određenih proizvoda u zemlji, odnosno ako se zabrani ili ograniči njihov uvoz, izvoz ili tranzit.⁶²

6.3.7. KAZNENI ZAKON I UTAJA POREZA

Za početak, potrebno je razjasniti da je pojam utaje poreza puno širi od pojma kaznenog djela utaje poreza⁶³ iz razloga što utaja poreza može predstavljati i prekršaj i kazneno djelo, ovisno o okolnostima slučaja.

⁶¹ Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski Zavod Miroslav Krleža, 2021., *Krijumčarenje*, <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=33951>, [pristup: 1. rujna 2022.].

⁶² Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 219.

⁶³ Utaja poreza ili carine, čl. 256. KZ-a:

„(1)Tko s ciljem da on ili druga osoba potpuno ili djelomično izbjegnu plaćanja poreza ili carine daje netočne ili nepotpune podatke o dohodcima, predmetima ili drugim činjenicama koje su od utjecaja na utvrđivanje iznosa porezne ili carinske obveze ili tko s istim ciljem u slučaju obvezne prijave ne prijavi prihod, predmet ili druge činjenice koje su od utjecaja na utvrđivanje porezne ili carinske obveze, pa zbog toga dođe do smanjenja ili neutvrđivanja porezne ili carinske obveze u iznosu koji prelazi dvadeset tisuća kuna, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(3)Ako je kazneno djelo iz stavka 1. i 2. ovog članka dovelo do smanjenja ili neutvrđivanja porezne ili carinske obveze velikih razmjera, počinitelj će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina“, Kazneni zakon, Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19.

Da bi se utaja poreza okarakterizirala kao kazneno djelo, a ne kao prekršaj, potrebno je da se ispune sljedeći uvjeti:

1. da je iznos utajenog poreza veći od 20.000 kn;
2. da je djelo počinjeno s namjerom;
3. da počinitelj (potpuno ili djelomično) postupa s ciljem izbjegavanja poreza.

Kazneno djelo utaje poreza regulirano je čl. 256. Kaznenog zakona i nalazi se u Glavi XXIV. koja se bavi kaznenim djelima protiv gospodarstva. Gospodarstvo je zaštićeno pravno dobro, a to podrazumijeva da se želi spriječiti negativan utjecaj na njega, ali i stjecanje i zadržavanje protupravno stečene imovinske koristi. S obzirom na to da se porezi ne definiraju Kaznenim zakonom, potrebno je konzultirati porezno zakonodavstvo. Tek tada se može u potpunosti shvatiti doseg kaznenopravne norme kaznenog djela utaje poreza ili carine.

Ako promotrimo definiciju kaznenog djela utaje poreza i carine, možemo primijetiti dva modaliteta počinjenja temeljnog oblika djela:

1. djelomična utaja poreza – činjenje putem davanja lažnih (netočnih ili nepotpunih) podataka o zakonito stečenim dohodcima, predmetima ili dr. relevantnim činjenicama
2. potpuna utaja poreza – nečinjenje putem neprijavlivanja zakonito stečenog prihoda, predmeta i dr. relevantnih činjenica.⁶⁴

Nakon definicije kaznenog djela treba obratiti pozornost na to tko može biti njegov počinitelj. Naime, kazneno djelo utaje poreza na prvi pogled ubraja se u tzv. „opća kaznena djela“ iliti *delictum communitium*. Njih karakterizira činjenica da kazneno djelo može počinuti svatko. Lako se prepoznaju jer njihov zakonski opis započinje zamjenicom „tko“. Npr. u čl. 256. st. 1. KZ-a: „Tko s ciljem da on ili druga osoba potpuno ili djelomično izbjegne plaćanje poreza...“. Iz te zakonske

⁶⁴ Glavina, D.; Dragičević-Prtenjača, M., Kazneno djelo utaje poreza kao oblik porezne evazije s posebnim osvrtom na poslovanje preko poreznih utočišta, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 9, br. 1, 2018., str. 177-179.

odredbe proizlazi da počinitelj ne mora nužno biti porezni obveznik. Međutim, ne može baš biti bilo tko. Ipak se tu mora raditi o nekoj osobi s posebnim svojstvima, npr. osoba koja je ovlaštena davati podatke za poreznog obveznika. Dakle, zaključujemo da je ovo kazneno djelo ipak posebno kazneno djelo iliti *delictum proprium*. Nadalje, treba uzeti u obzir da svaki pojedini zakon koji uređuje plaćanje određene vrste poreza (npr. Zakon o porezu na dodanu vrijednost, Zakon o porezu na dobit itd.) određuje tko je, a tko nije⁶⁵ porezni obveznik.⁶⁶

Prema statističkim podacima Državnog zavoda za statistiku, kazneno djelo utaje poreza ili carine nije uvelike zastupljeno u sudskoj praksi, što možemo i vidjeti u tablici:

Tablica 7. Ukupan broj počinitelja KD-a i broj počinitelja za KD utaje poreza ili carine, 2010-2016

UKUPAN BROJ POČINITELJA KAZNENIH DJELA I BROJ POČINITELJA ZA KAZNENO DJELO UTAJE POREZA ILI CARINE 2010. – 2016.							
	2016.	2015.	2014.	2013.	2012.	2011.	2010.
	godina	godina	godina	godina	godina	godina	godina
Ukupno osuđenih u toj godini	13.412	12.552	14.888	16.617	20.548	23.389	24.430
Ukupno osuda, čl. 256. KZ-a	59 (7 žena)	73 (14 žena)	82 (11 žena)	51 (7 žena)	24 (6 žena)	29 (3 žene)	31 (3 žene)

⁶⁵ Poreznim obveznicima se ne smatraju: „tijela državne vlasti, tijela državne uprave, tijela i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, komore i druga tijela s javnim ovlastima...“, čl. 6. st. 5. Zakona o porezu na dodanu vrijednost, Narodne novine br. 73/13, 99/13, 153/13, 143/14, 115/16, 106/18, 121/19 i 138/20.

⁶⁶ Glavina; Dragičević-Prtenjača, *op. cit.*, (bilj. 64), str. 184.-185.

POREZNA EVAZIJA KAO NEGATIVAN UČINAK OPOREZIVANJA

Postotak	0,44 %	0,58 %	0,55 %	0,30 %	0,12 %	0,12 %	0,13 %
-----------------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

Izvor: Glavina, D., Dragičević-Prtenjača, M., Kazneno djelo utaje poreza kao oblik porezne evazije s posebnim osvrtom na poslovanje preko poreznih utočišta, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 9, br. 1, 2018., str. 191.

Iz statističkih podataka u tablici moguće je primijetiti uzlazni trend osuda za temeljni i kvalificirajući oblik kaznenog djela utaje poreza ili carine (čl. 256. st. 1. i 3. KZ-a), kao i određeno povećanje u postotku žena koje su sudjelovale u počinjenju.

Sankcije koje su izrečene za kazneno djelo utaje poreza ili carine možemo pak vidjeti u sljedećoj tablici:

Tablica 8. Punoljetni počinitelji KD-a – izrečene sankcije za KD utaje poreza ili carine

PUNOLJETNI POČINITELJI KAZNENIH DJELA – IZREČENE SANKCIJE ZA KAZNENO DJELO UTAJE POREZA ILI CARINE (čl. 256. KZ-a)							
	2016.	2015.	2014.	2013.	2012.	2011.	2010.
	godina	godina	godina	godina	godina	godina	godina
Uvjetna osuda	46 (78 %)	60 (82 %)	67 (81 %)	46 (90 %)	22 (92 %)	26 (90 %)	29 (94 %)
Kazna zatvora 3 – 6 mj.	-	1	1	-	-	3	2
6 – 12 mj.	1	10	10	3	-	-	-
1 – 2 god.	10	2	4	1	2	-	-
2 – 3 god.	2	-	-	-	-	-	-

Ukupno osuđenih počinitelja	59	73 (14 žena)	82 (11 žena)	51 (7 žena)	24 (6 žena)	29 (3 žene)	31 (3 žene)
------------------------------------	----	-----------------	-----------------	----------------	----------------	----------------	----------------

Izvor: Glavina, D., Dragičević-Prtenjača, M., Kazneno djelo utaje poreza kao oblik porezne evazije s posebnim osvrtom na poslovanje preko poreznih utočišta, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 9, br. 1, 2018., str. 191.

Što se tiče sankcija, statistički podaci, ali i praksa Općinskog suda u Zagrebu, potvrđuju da je uvjetna kazna daleko najčešća sankcija za ovo kazneno djelo, dok je kazna zatvora dosta slabo zastupljena.⁶⁷

6.4. ZAKONITA POREZNA EVAZIJA

6.4.1. DEFINICIJA ZAKONITE POREZNE EVAZIJE

Ako porezni obveznik izbjegava plaćanje poreza, a da pritom ne povrijedi zakonske i druge pravne propise, govori se o zakonitoj ili dopuštenoj poreznoj evaziji.⁶⁸

Dakle, to je svako djelovanje poreznog obveznika usmjereno umanjivanju ili izbjegavanju porezne obveze, ali kada to djelovanje ostaje u zakonskom okviru ili bolje rečeno na njegovu rubu: „neprihvatljivo smanjenje porezne obveze koju je porezno zakonodavstvo namjeravalo obuhvatiti, ali iz nekog razloga nije“.⁶⁹

6.4.2. OČITOVANJE ZAKONITE POREZNE EVAZIJE

Bitno je shvatiti da ne dovodi svako izbjegavanje plaćanja poreza poreznog obveznika u sukob sa zakonskim i drugim propisima. To i je razlog javljanja legalne porezne evazije koja se može očitovat na više načina:

1. porezni obveznik mijenja mjesto boravka ili mjesto obavljanja određene djelatnosti kako bi na taj način smanjio svoj porezni teret ili se u cijelosti riješio obveze plaćanja poreza;⁷⁰

⁶⁷ Glavina; Dragičević-Prtenjača, *op. cit.* (bilj. 64), str. 191.-192.

⁶⁸ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 218.

⁶⁹ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 594.

⁷⁰ Jedan od najpoznatijih primjera je njemački tenisač Boris Becker kojeg se tereti da je u periodu 1991.-1993. izbjegao platiti 1,7 milijuna eura. Iako je kao prebivalište naveo Monte Carlo, uočen je

2. smanjenjem potrošnje, odnosno odustajanjem od nabave određenih domaćih ili stranih oporezovanih proizvoda može se izbjeći obveza plaćanja poreza;
3. postoji i onda kada dolazi do vertikalne koncentracije u privredi pod utjecajem oporezivanja;
4. rezultat pronalaženja rupa u zakonu;⁷¹
5. porezni obveznici pod utjecajem poreznih propisa izvrše određene izmjene koje se mogu okarakterizirati kao promjene tehničkog ili izvedbenog karaktera;⁷²
6. izbjegavanje, tj. smanjenje na temelju sredstava koja se izdvajaju za podmirenje obrazovnih, zdravstvenih, znanstvenih, humanitarnih ili drugih potreba koja su oslobođena od oporezivanja.

Iz prikaza pojedinih slučajeva zakonite evazije može se zaključiti da ona, sa stajališta države, može biti:

1. namjeravana i
2. nenamjeravana.⁷³

od strane poreznih inspektora u Münchenu, čime krši njemački zakon koji kaže da je on dužan plaćati porez u Monte Carlu ukoliko je tamo proveo najmanje 182 dana godišnje. Osim brojnih svjetskih sportaša, za istu poreznu destinaciju odlučuju se i neki hrvatski poput Gorana Ivaniševića, Marija Ančića, Ivana Ljubičića te Janice i Ivica Kostelića, Večernji list, *Lijepi naš Monte Carlo*, <http://www.vecernji.hr/lijepi-nas-monte-carlo-725392> [pristup: 20. kolovoza 2022.].

⁷¹ Porezni obveznici nastoje prikazati svoje rashode što većim, a prihode što manjim kako bi postigli smanjenje poreznog opterećenja. Tako je primjerice Amazon svoju europsku centralu smjestio u Luxemburg. Prema računici novinske agencije Reuters, kompanija je u Europi samo 2011. godine zabilježila ukupan promet und 9,1 milijarde eura, ali je prijavila zaradu od svega 29 milijuna eura, na koju je platila porez. Prema navodima OECD-a su američki koncerni koristeći legalne trikove oko 2.000 milijardi dolara skrili od poreznih službi na porezni raj Bermudskog otočja. Sličnim trikovima služe se i neki drugi veliki koncerni poput Googlea, Starbucks i Ikee. - DW: *Borba protiv legalnih poreznih trikova*, <https://www.dw.com/hr/borba-protiv-legalnih-poreznih-trikova/a-17927491> [pristup: 30. kolovoza 2022.].

⁷² Npr. oporezivanju podliježu čamci dulji od 5 m, pa proizvođači počinju proizvoditi čamce duljine 4,98 m – Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 223.

⁷³ Jelčić *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 220.-223.

6.4.3. POREZNE OAZE

ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) prva je u izvješću 1998. godine definirala obilježja i prema tome se poreznom oazom smatra područje bez ili s niskim poreznim opterećenjem, nedostatkom učinkovite razmjene obavijesti i transparentnosti te izostankom potrebe za stvarnom aktivnošću.⁷⁴

Uvažavajući činjenicu da porezi predstavljaju značajan čimbenik u globalnom poslovanju, lako se pomisli da su porezne oaze zemlje koje su minimalizirale ili ukinule poreze, ali to nije slučaj. Naime, čak i zemlje s visokim porezima mogu biti porezna oaza ako njeni zakoni, propisi i tradicija pogoduju tome. Dakle, možemo zaključiti da su porezne oaze „mjesto u kojima se porezi koriste kao komparativna prednost u bespoštednoj tržišnoj utakmici“.

Porezne oaze možemo podijeliti na 4 tipa:

1. porezne oaze bez poreza;
2. porezne oaze s porezima samo za lokalne primitke;
3. porezne oaze s niskim porezima;
4. posebne porezne oaze.

Porezne oaze bez poreza predstavljaju istinske porezne oaze u kojima ne postoje drugi porezi osim carina. Pojam su za vrlo jednostavno osnivanje kompanija. Primjeri zemalja su: Bermuda, Bahami, Kajmansko otočje⁷⁵, Vanuatu, Nauru itd.

U poreznim oazama s porezima samo za lokalne primitke oporezuje se dohodak fizičkih osoba ili dobit pravnih osoba u slučajevima kada su oni ostvareni od strane domaćih izvora. Tu dolazimo do razlike u zemljama koje dozvoljavaju osnovanim

⁷⁴ Sertić, *loc. cit.*, (bilj. 42).

⁷⁵ Kajmansko otočje je vjerojatno najpoznatija porezna oaza. Njegova priča počinje još 1503. kada ga je otkrio Kolumbo, a zatim je bio korišten kao gusarska baza i sklonište za pljačkaški plijen. Danas je Kajmansko otočje prepuno novih poslovnih zgrada. Registrirano je čak 525 banaka s dozvolom za rad, a još je veći broj sjedišta velikih korporacija – Bejaković, P., Porezna utočišta u svijetu otpornija nego što se prije vjerovalo, *Porezni vjesnik*, br. 3, 2013., str. 70.

kompanijama obavljanje poslovnih aktivnosti i u tuzemstvu i u inozemstvu i onih zemalja koje zahtijevaju odlučivanje za jednu od tih opcija. Primjeri zemalja su: Britanski Djevičanski otoci, Belize, Gibraltar, Hong Kong, Panama, Liberija, Irska, Mauricijus, Cookovi otoci itd.

Porezne oaze s niskim porezima karakterizira oporezivanje dobiti pravnih osoba neovisno o mjestu ostvarenje i niske porezne stope, u usporedbi s drugim zemljama. Kao značajnu prednost ovog tipa mogu se istaknuti mnogobrojni ugovori o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja. Primjeri zemalja su: Cipar, Mađarska, Barbados, Malta, Nizozemski Antili itd.

Posebne porezne oaze pružaju određene specifične povlastice za određene aktivnosti, fizičkim i pravnim osobama – npr. holding kompanijama. Primjeri zemalja su: Luksemburg, Nizozemska, Austrija, Lichtenstein, Švicarska, SAD, VB itd.

OECD je, u suradnji s radnom skupinom G-20, otkrio porezne oaze, s naglaskom na problematiku porezne evazije, a zatim je 2000. sastavio početnu listu poreznih oaza (prikazano u sljedećoj tablici), tj. temeljnu listu poreznih oaza. Ona je nastala u sklopu projekta protiv „štetne porezne prakse“ Odbora za fiskalnu politiku. OECD-ova lista poreznih oaza mijenjala se poprilično tijekom vremena.

Popis 50 zemalja koje se pojavljuju u različitim popisima poreznih oaza

Karibi	Anguilla, Antigua and Barbuda, Aruba, Bahami, Barbados, ^{2,3} Britanski Djevičanski otoci, Kajmanski otoci, Dominikanska Republika, Grenada, Montserrat, Nizozemski Antili, Sveti, Kristofor i Nevis, Sveta Lucija, Sveti Vincent i Grenadini, otoci Turks i Caicos, Djevičanski otoci SAD-a ³
Srednja Amerika	Belize, ³ Kostarika, ¹ Panama ³
Istočna Azija	Hong Kong, ^{1,3} Macao, ^{1,3} Singapur, ^{1,3}
Europa	Andora, Kanalski otoci (Guernsey i Jersey), ³ Cipar, ³ Gibraltar, Otok Man, ³ Irska, ^{1,3} Liechtenstein, Luxembourg, ^{1,3} Malta, ³ Monako, San Marino, ³ Švicarska ¹
Indijski ocean	Maldivi, ^{2,3} Mauricijus, ³ Sejšeli ³
Srednji istok	Bahrain, ^{1,3} Jordan, ^{1,3} Libanon, ^{1,3}
Sjeverni Atlantik	Bermuda ³

Tihi ocean	Otoci Cook, Maršalovi otoci, Samoa, Nauru, Niue, ¹ Tonga, ^{2,3} Vanuatu
Zapadna Afrika	Liberija

¹ Nisu uvrštene u OECD-ovu inicijalnu listu poreznih oaza; ² Uklonjene s OECD-ove liste, jer je naknadno utvrđeno da nisu ni trebale biti na listi; ³ Od 8. srpnja 2009. nisu na OECD-ovoj »sivoj listi«, a trenutno su na OECD-ovoj »bijeloj listi«. Izvor: Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, Congressional Research Service, str. 4 <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf> [pristup: 1. rujna 2022].

Uspostavljene su tri liste:

1. bijela – zemlje koje u zakonodavstvo ugrađuju unaprijed dogovorene mjere;
2. siva – zemlje koje su se zasad samo obvezale na te mjere;
3. crna – zemlje koje nisu pristale na mjere.⁷⁶

S obzirom na to da je popularnost poreznih oaza u zadnjih nekoliko desetljeća u uzlaznoj putanji, važno je shvatiti razloge i karakteristike te pojave. U prvu skupinu razloga ulaze globalni razlozi koji obuhvaćaju značajan porast poreznih stopa i sve restriktivniji porezni propisi diljem svijeta. U drugu pak skupinu ulaze razlozi koji proizlaze direktno iz karakteristika poreznih oaza, a one bome imaju veliki broj karakteristika.⁷⁷

Konkretnije, razloge osnivanja treba tražiti u poreznim beneficijama, jednostavnosti, anonimnosti, neopterećenosti podnošenja financijskih obračuna ili revizijskih izvješća, nezahitjevanju pologa za osnivanje, ostvarivanju prava na privremeni uvoz, raznim oblicima posredovanja u poslovanju i sl.⁷⁸

Zato će se naglasiti samo one od najvećeg interesa za poslovanje:

1. jednostavno vođenje i osnivanje kompanija;

⁷⁶ Sertić, *op. cit.*, (bilj. 42), str. 44-45.

⁷⁷ Nikolić, N., Financijske oaze globaliziranog svijeta, *Ekonomska misao i praksa*, Vol. 12, br. 2, 2003., str. 254.

⁷⁸ Mihaljević, D., Položaj i uloga offshore financijskih centara u financijskoj globalizaciji, *Ekonomska misao i praksa*, Vol. 21, br. 2, 2012., str. 801.

2. minimalno plaćanje ili neplaćanje poreza;
3. ekonomsko-politička stabilnost;
4. visoki stupanj diskrecije i privatnosti;
5. razvijeno bankarstvo itd.⁷⁹

Karakteristike poreznih oaza istovremeno su i prednosti poreznim obveznicima i to iz razloga što porezne oaze postaju središta poslovanja za različite banke, kompanije i druge financijske institucije koje svoje poslovne aktivnosti obavljaju van sfere propisa i zakonskih odredbi primjenjivih na domaće kompanije. Dakle, tu govorimo o offshore kompanijama i offshore poslovanju.

Naš zakonodavac je u ovom kontekstu zauzeo negativan stav, tj. naš Zakon o trgovačkim društvima nije predvidio osnivanje offshore kompanija, ni domaćim ni stranim osobama.⁸⁰

Kao što je već naglašeno, porezne oaze nisu nužno povezane s prevarama, a spektar legalnih poslovnih aktivnosti koje možete vršiti putem njih uistinu je širok. U njima možete držati svoje dionice i ostale vrijednosne papire, registrirati brod ili jahtu kako biste smanjili takse i potpuno se oslobodili plaćanja poreza na prihode ostvarene brodskim prijevozom i čarterom, osnovati *offshore* tvrtku za razne financijske, informatičke i druge usluge itd.

Tu je bitno istaknuti razliku – ako platimo obvezni nacionalni porez na određenu svotu novca i zatim taj novac prebacimo u poreznu oazu, ne nailazimo na nikakav problem jer je to potpuno legalan poslovni potez. Međutim, ako do toga ne dođe, govorimo ponovno o utaji poreza.⁸¹

Imajmo u vidu da kada govorimo o novcu u poreznim oazama, taj novac nije zaista tamo. Princip počiva na tome da banke iz poreznih oaza novac prebacuju u

⁷⁹ Nikolić, *op. cit.*, (bilj. 77), str. 254-255.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 259.

⁸¹ Tportal.hr, *Kako se preko offshore tvrtke može utajiti porez?*, <https://www.tportal.hr/biznis/clanak/kako-se-preko-offshore-tvrtke-moze-utajiti-porez-20151119>, [pristup: 20. kolovoza 2022.].

financijska središta poput Londona, New Yorka i Züricha, a zatim ga porezne oaze vraćaju kući štiteći privatnost, uz kamate oslobođene poreza. Sve zahvaljujući stabilnoj državi.⁸²

Gledajući karakteristike poreznih oaza lako je prepoznati mnogobrojne pozitivne posljedice takvog koncepta poslovanja, s naglaskom na niske porezne stope i privatnost. S druge strane, ne smiju se zanemariti ni tamna strana poreznih oaza, tj. negativne posljedice kojih neosporno ima, bilo da su one izravne ili neizravne. Ovakav princip poslovanja predstavlja opasnu konkurenciju vladama svih ostalih zemalja (uloga neloyalnog konkurenta), promiče ili barem omogućuje pranje novca, tržišne manipulacije i ostale nezakonite aktivnosti, osiromašuje matične zemlje i još mnogo toga.

Podaci ukazuju na zabrinjavajuće stanje, a to je svota od 50 milijardi utajenih dolara poreznih prihoda godišnje. Posljedično dolazi do sve dublje distribucije kapitala i podjele na bogate i siromašne, do gubitka radnih mjesta, usporavanja ekonomskog razvoja i izgradnje socijalne infrastrukture na kojoj se temelji blagostanje ljudi i održivi razvoj svake zemlje. Ne ostavlja se plodan prostor malim i srednjim lokalnim poduzetnicima već se sami moraju snalaziti „kako znaju i umiju“. Ne može se zaobići ni povećana stopa kriminala za koju je njegovanje privatnosti i netransparentnosti plodno tlo. Svrha je sakriti kriminalne aktivnosti poput prostitucije, trgovanja oružjem, drogom i ljudima, korupcije, a porezne oaze to definitivno omogućuju.⁸³

7. MJERE PROTIV IZBJEGAVANJA PLAĆANJA POREZA

Kroz cijeli rad je prikazan opseg i značaj porezne evazije. Stoga je logičan slijed izložiti i neke od metoda za sprječavanje ili barem smanjenje porezne evazije.

Svako izbjegavanje plaćanja poreza ima za posljedicu nemogućnost podmirivanja nekog unaprijed predviđenog rashoda koji se planirao financirati sredstvima prikupljenim od poreza. Iz tog razloga suvremene države nastoje maksimalno minimalizirati poreznu evaziju i njene učinke. U tu svrhu postoje razne metode.

⁸² Bejaković, *op. cit.*, (bilj. 75), str. 74.

⁸³ Mihaljević, *op. cit.*, (bilj. 78), str. 806.-807.

Pritom je bitno da, bez obzira na podjelu i bez obzira koje metode određena zemlja odluči primijeniti, se metode promatraju u međuzavisnosti jer se samo njihovim kombiniranjem može efektivno utjecati na smanjenje porezne evazije.⁸⁴

U ovom slučaju ističu se:

1. institucionalne metode;
2. pravne metode;
3. socio-ekonomske metode.

Institucionalne mjere usmjerene su na potrebu daljnje izgradnje porezne administracije i njenog odnosa s poreznim obveznicima. One se moraju temeljiti na poštivanju zakonskih propisa te izgradnji kako međusobnog povjerenja tako i povjerenja u institucionalnu podlogu. U tu svrhu potiče se obrazovanje poreznih službenika u vidu posebnih usmjerenja ili daljnjeg obrazovanja. Osim povjerenja, nastoji se uspostaviti bolje razumijevanje koje zajedno s povjerenjem dovodi i do pozitivnog utjecaja na rast poreznog morala.⁸⁵

Međutim, to nije sve. Efikasan porezni sustav, pogotovo u 21. stoljeću, karakterizira i dobra informatička opremljenost te informatička pismenost i osposobljenost porezne administracije. Konstantan tehnološki razvoj informacijske tehnologije zahtijeva od tijela državne uprave da prati korak te da poreznim obveznicima maksimalno olakša razmjenu informacija. U RH to označava razvoj mrežnog sustava i što boljeg povezivanja s drugim poslovnim sustavima, uz neprekidni rad na novim rješenjima. Što je više informacija i pomoći pruženo poreznim obveznicima, to je veća šansa da razvijanje prethodno spomenutog povjerenja.⁸⁶

Pravne metode se pak usmjeravaju na uspostavljanje stabilnosti i kontinuiteta poreznih propisa, izbjegavajući česte izmjene koje negativno djeluju na spremnost

⁸⁴ Mahović-Komljenović, (bilj. 15), *op. cit.*, str. 179.-180.

⁸⁵ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 614.

⁸⁶ Mahović-Komljenović, *op. cit.*, (bilj. 15), str. 181.

poreznih obveznika na ispunjenje porezne obveze. Općenito se preispituje sustav kažnjavanja u slučajevima nezakonite porezne evazije.⁸⁷

Dakle, ovim mjerama se pokušava smanjiti porezna utaja i uvesti odgovarajuće kazne (za prekršaj ili kazneno djelo). Upravo u cilju izbjegavanja nekažnjavanja izbjegavanja plaćanja poreza, nesporno bitnu ulogu ima porezni nadzor čija je svrha točno i pravodobno detektirati visine neiskazanih poreznih obveza. Cilj je provjeriti sve relevantne činjenice i dokaze od važnosti za utvrđivanje porezne obveze i učinkovitim djelovanjem utjecati na smanjenje porezne evazije, što u konačnici dovodi do povećanja državnog proračuna.

Socio-ekonomske mjere zagovaraju potrebu povećanja niskog poreznog morala kao osobnog stava poreznog obveznika prema plaćanju poreza. Dakle, koraka od kojeg sve kreće.⁸⁸ Na njegovoj izgradnji potrebno je raditi na način da se primjenjuju sve od navedenih metoda i to u nastojanju da se izgradi pravodoban, funkcionalan, transparentan i svrsishodan proračunski sustav.

EU već godinama radi na rješavanju ove problematike. Npr. u lipnju 2014. javnosti su u Parizu izloženi prijedlozi kao dio akcijskog plana borbe protiv izigravanja poreznih obveza i prebacivanja profita (Base erosion and profit shifting – BEPS) koji provodi Organizacija za ekonomski razvoj i suradnju (OECD). Europski stručnjaci desetljećima su radili na mjerama sprječavanja dvostrukog oporezivanja međunarodno aktivnih tvrtki jer je to nepravedno i štetno. Taj zadatak su tako uspješno riješili da je sad problem postalo izbjegavanje plaćanja poreza.

Nadalje, Europska komisija je 2015. godine izložila novi plan poreznih mjera u nastojanju da se ograniči manevarski prostor multinacionalnim kompanijama koje kreativnim rješenjima smanjuju svoje porezne obveze. Također, EK želi oživjeti prijedlog iz 2011. o uvođenju zajedničkog seta poreznih pravila za kompanije

⁸⁷ Šimović *et al.*, *op. cit.*, (bilj. 26), str. 614.

⁸⁸ Mahović-Komljenović, *op. cit.*, (bilj. 15), str. 182.

unutar EU i uvođenje konsolidirane porezne osnovice, što neće biti lako s obzirom da države članice ne mogu postići dogovor oko načina podjele poreznih prihoda.⁸⁹

Doprinos ovoj borbi daje se i kroz preporuke Europskog parlamenta. Npr. 2017. godine kada su zastupnici usvojili preporuke za suzbijanje poreznih prijevара. Njima se definira pojam poreznih oaza, utvrđuju pravila za porezne posrednike, predviđa princip otvorenih registara stvarnih vlasnika i uspostavlja učinkovita zaštita zviždača.

Te preporuke su zapravo samo dio reforme predložene od strane Istražnog odbora za ispitivanje navodnih kršenja i nepravilnosti u primjeni prava Unije u području pranja novca, izbjegavanja plaćanja poreza i utaje poreza (PANA). PANA je osnovan kao posljedica „Panamskih dokumenata“, poznate afere vezane za curenje povjerljivih financijskih informacija pojedinaca i kompanija u kojoj se pokazala snažna uloga *offshore* tvrtki u poduzimanju nezakonitih aktivnosti i poslovanja.⁹⁰

8. ZAKLJUČAK

Jedno od temeljnih ljudskih prava pravo na rad zajamčeno je ne samo na nacionalnoj razini, već na globalnoj razini. Od krucijalne je važnosti pravo pojedinca da bude adekvatno plaćen za svoj rad, svoj trud i zalaganje, svoju kvalifikaciju i stručnu spremu pošto u protivnom gubi svoj identitet radnika i stvara otpor prema svim vrstama fiskalnih davanja koje mu država nameće. Jedna od najvažnijih posljedica tog otpora jest upravo izbjegavanje plaćanja poreza, kako zakonito tako i nezakonito.

Porezna evazija veliki i utjecajni problem 21. stoljeća i granica između zakonite i nezakonite porezne evazije ponekad je vrlo tanka i fluidna. To se može ukratko opisati izjavom nepoznatog autora koji navodi da je „razlika između izbjegavanja plaćanja poreza i porezne utaje debljina zatvorskog zida“. Neosporno je da je

⁸⁹ Lider, *EK kreativnim računovodstvom suzbija izbjegavanje plaćanja poreza*, <https://lider.media/aktualno/biznis-i-politika/svijet/ek-kreativnim-racunovodstvom-suzbija-izbjegavanje-placanja-poreza-52929> [pristup: 25. kolovoza 2022.].

⁹⁰ Lider, *Europski parlament usvojio mjere za suzbijanje poreznih prijevара*, <https://lider.media/aktualno/europski-parlament-usvojio-mjere-za-suzbijanje-poreznih-prijevara-49456> [pristup: 2. rujna 2022.].

porezna evazija stvarno štetna za globalnu zajednicu i funkcioniranje globalnog poslovnog aparata. Narušava jedinstvo tržišta i pošteno tržišno natjecanje, negativno utječe na raspodjelu dohotka, nepravedno zakida male i srednje tvrtke koje nisu u stanju operirati po sofisticiranim poreznim trikovima izbjegavanja plaćanja poreza kao što to mogu njihovi veći konkurenti (najčešće uz pomoć iskusnih, stručnih i specijaliziranih poreznih savjetnika i odvjetnika), stvara odnos nepovjerenja građana prema državi i institucijama pa samim time i osjećaj nesigurnosti. Sve veća popularnost i ekspanzija poreznih oaza samo potiču ovu problematiku, pogotovo u kontekstu štete koja nastaje ostalim zemljama. Mnogi smatraju da su radi ekonomskog opstanka prisiljeni izbjegavati plaćanje poreza i tada posežu za rješenjem u vidu poreznih oaza. Drugi ih pak koriste kao koristan alat u maksimiziranju svoje imovine.

Institucije EU i države same moraju odlučnije i strože nego ikad nastupiti rješavanju ove porezno-radne problematike i zauzeti stav s jedne strane da je porezna evazija otrov društva, s društvenog, pravnog i ekonomskog aspekta, a druge strane da je pravo na rad od krucijalne važnosti kao potencijalna polazna točka na koju se nadovezuju ostali problemi u društvu poput porezne evazije. Politike i zakonodavstva se trebaju uskladiti i poštivati, a posljedice u vidu sankcija i kazni strože i češće provoditi. Također, ne smiju se samo sanirati posljedice već i sustavno raditi na njenim učincima i daljnjoj prevenciji. Proces oporavka nije moguć preko noći, već se zahtijeva dugoročan rad na uspostavljanju „zdrave porezne klime“ na globalnoj razini te zdravih i kvalitetnih radnih uvjeta za svakog radnika. Tek tada će se postići značajan napredak u sektoru rada, a uzročno-posljedično i korak prema svijesti ljudi kako je porezna evazija bila i ostala neprihvatljiva. U konačnici, zadovoljniji radnici ne bi imali ni potrebu posezati za njom kada bi njihovo pravo na rad bilo ispoštovano u svakom smislu te riječi.

12. Sloboda umjetničkog izražavanja kao odraz individualne osobnosti i identiteta: konvencijska perspektiva

MAŠA MAROCHINI ZRINSKI*, LUKA BRAJKOVIĆ**

IZVORNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.735

SAŽETAK Sloboda umjetničkoga izražavanja, premda izrijekom nije navedena, jedan je od aspekata slobode izražavanja zajamčene čl. 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Međutim, radi se o pomalo zanemarenom aspektu koji se najčešće spominje tek uzgredno unutar razmatranja prava na slobodu izražavanja ili njegovih pojedinih dijelova. Ovaj rad želi se posvetiti upravo temeljnome ljudskome pravu na umjetničku ekspresiju kao jednome od odraza vlastite individualnosti i identiteta pojedinca. Slijedom napisanog, radom će se prvo analizirati granice umjetničkog izražavanja, odnosno ispitati u kojoj mjeri Europski sud za ljudska prava dopušta slobodu umjetničkoga izričaja, u usporedbi sa ostalim oblicima izražavanja, kada je ista u potencijalnome sukobu sa suštinskim vrijednostima izraženima Konvencijom, tj. gdje prestaje sloboda izražavanja, a počinje govor mržnje. Nadalje, ukoliko spomenuto izražavanje ne prelazi granice dopuštenosti, a budući da je državama ugovornicama dopušteno određeno polje slobodne procjene prilikom odmjerenja jesu li ograničenja prava na slobodu izražavanja opravdana ili ne, u ovom se radu istražuje nazire li se u sudskoj praksi ESLJP-a tendencija sužavanja prostora slobodne procjene država, a povezano sa promišljanjima o ulozi morala i moralnih vrijednosti u suvremenom dobu. U zaključku se donosi nekoliko općenitih razmatranja o važnosti i granicama slobode umjetničkoga izričaja kao prostora za ostvarenje identiteta pojedinca.

KLJUČNE RIJEČI sloboda izražavanja; umjetničko izražavanje; govor mržnje; polje slobodne procjene; Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; praksa Europskoga suda za ljudska prava

* **Dr. sc. Maša Marochini Zrinski**, izvanredna profesorica na Katedri za teoriju prava i države, filozofiju prava, ljudska prava i javnu politiku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, e-mail: mmarochini@pravri.hr

** **Luka Brajković, mag. iur.**, e-mail: lbrajkov1@pravri.hr; lukabrajkovic31@gmail.com

1. UVOD

Još u prehistorijska vremena umjetnost je u ljudskim životima igrala važnu ulogu. Neke se od najstarijih slika na svijetu, nađene u Australiji, datiraju između 40 i 50 000 godina, dok se u Europi pojavu likovne umjetnosti vezuje uz slike naslikane u špiljama u razdoblju 30 000 godina prije Krista.¹ Pojavu glazbene umjetnosti, pak, vezuje se uz pronalazak od kostiju i bjelokosti izrađenih flauti, pronađenih u Njemačkoj, čija se starost procjenjuje na više od 35 000 godina.²

Tako je već od samih svojih početaka čovjek imao potrebu da kroz jedan poseban oblik izraza, onaj umjetnički, izrazi svoje osjećaje i doživljaje. Drugim riječima, da kroz umjetnički izraz u stvarnost ispolji dio svoga identiteta, osjećaja i vrijednosti koje zastupa. No, kada se govori o naravi umjetnosti i umjetničkoga izraza treba reći kako ovaj ekspresionistički način shvaćanja nije jedini. Pored ovog, može se još govoriti o umjetnosti i njenome odnosu prema stvarnosti izvan umjetničkoga djela, te o umjetničkome djelu shvaćenom kao autonomnoj cjelini koju treba promatrati izolirano kao jedinstveni fenomen zajedno sa njegovim osobinama.³ Ova tri općenita pristupa naravi umjetnosti ne treba smatrati međusobno isključivima, već se ona mogu i međusobno nadopunjavati, odnosno predstavljati različite segmente analize umjetnosti i umjetničkoga izričaja.⁴

Pitanje o naravi umjetničkoga izraza ima važnost i za pravo. To je stoga što, da bi se sloboda umjetnosti uopće mogla pravno štititi, potrebno je da postoje barem načelne smjernice pomoću kojih bi se umjetnički izraz mogao razlikovati od ostalih, neumjetničkih oblika izražavanja. U tomu su se pogledu do sada iskristalizirala dva općenita pristupa slobodi umjetničkoga izražavanja. Za potrebe uvoda dovoljno je ukratko reći kako jedan pristup polazi od toga da pruži osnovnu

¹ Stokstad, M., Cothren, M. W., *Art History*, svezak prvi, 4. izdanje, Prentice Hall, New Jersey, 2011., str. 2., 8.-9.

² Conard, N., Malina, M., Münzel, S. C., *New flutes document the earliest musical tradition in southwestern Germany*, str. 1., dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/26318287_New_Flutes_Document_the_Earliest_Musical_Tradition_in_Southwestern_Germany [pristup: 12. srpnja 2022.].

³ Zelić, I., *Vodič kroz filozofiju*, Verbum, Split, 2006., str. 276.

⁴ *Loc. cit.*

definiciju umjetnosti, pa onda pomoću te definicije nastoji odrediti radi li se u predmetnom slučaju o umjetničkome izražavanju ili ne. Drugi pristup polazi sa suprotne pozicije, ne dajući ikakvu definiciju umjetnosti, već umjetnički izraz nastoji vrjednovati od slučaja do slučaja. Između ove dvije, u načelu suprotstavljene pozicije, ovaj rad nastoji kročiti srednjim putem, svjestan, s jedne strane, manjkavosti inzistiranja na davanju i najšturije ili najopćenitije definicije jednog takvog pojma kao što je umjetnost, a zbog čije elastičnosti ponovno dolazi u prvi plan interpretacija od slučaja do slučaja, ali bez jasnije naznačenih kriterija. S druge strane, pristup kojim se kreće ovaj rad smatra neadekvatnim i posve samovoljno sudačko procjenjivanje od slučaja do slučaja, ponovno bez barem općih smjernica za analizu o kakvom se obliku izražavanja radi. Riječ je o veoma zanimljivoj situaciji jer se čini, već iz ovoga što je sada ukratko skicirano, kako oba pristupa ustvari pate od iste boljke, premda polaze sa oprečnih metodoloških pozicija. A ta boljka jest nedostatak kriterija kojih manjka i kod deklarativnih definicija umjetnosti i kod odlučivanja od slučaja do slučaja bez da je prethodno dana ikakva definicija.

Pretenzije ovoga rada nisu i ne mogu biti razrješenje svih problema i davanje odgovora na sva pitanja koja postoje kada se govori o slobodi umjetničkoga izražavanja, već pružiti skromni doprinos u okvirima, mora se i to reći, malobrojne literature, ali i sudske prakse, koja postoji o ovoj temi. Za početak će se slobodu umjetničkoga izražavanja smjestiti u širi okvir čl. 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija, EKLJP)⁵, kojim je propisana sloboda izražavanja uopće, a onda je sudskim tumačenjem sloboda umjetnosti prepoznata kao sastavni dio slobode izražavanja. U tom kontekstu će se slobodu umjetničkoga izraza razložiti na njegove dvije dimenzije, koje su ujedno i dimenzije izražavanja općenito. Nakon toga, a na tragu uvodno naznačene problematike, pristupiti će se apstrahiranju tri općenita kriterija pomoću kojih bi se moglo smislenije razgraničiti umjetnički izraz od onoga koji to nije. Ono što pristup ovoga rada razlikuje od dominantnih pristupa jest taj što, u odnosu na uglavnom pravnički pristup, u ovome se radu kriteriji za razgraničenje nastoje izgraditi na široj osnovi, ne samo na

⁵ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 (dalje u tekstu: Konvencija).

temelju prava, nego i služeći se spoznajama nekih nepravničkih disciplina, poput filozofije i teorije književnosti, a koje bi itekako morale imati svoje mjesto čak i u pravnim raspravama o umjetnosti. Potom će se, nakon početnog teorijskog razmatranja, prijeći na jedno više praktičnije promišljanje slobode umjetničkoga izraza. To će se učiniti na način da se, iz dostupne literature i malobrojne sudske prakse Europskoga suda za ljudska prava (dalje: Sud, ESLJP), ispituju pravne granice umjetničke slobode, odnosno kada umjetničko izražavanje postaje govor mržnje. Drugim riječima, gdje Konvencija i ESLJP povlače granicu koja, potom što je prijeđena, više ne pruža pravnu zaštitu umjetničkoj slobodi. Osobiti problem i predmet rasprava o ograničavanju umjetničkih sloboda predstavlja kategorija zaštite javnoga morala i prava i sloboda drugih, a koja čini jedan od legitimnih ciljeva kojima se u sudskoj praksi znalo odbijati pružanje zaštite po čl. 10. Konvencije (2.). Naposljetku se, na temelju proučene starije i novije prakse ESLJP-a, promišlja na koji bi se način suvremeno pravo u budućnosti trebalo postaviti prema vrlo složenoj i čak pomalo kontroverznoj odnosi između umjetnosti i kategorije javnoga morala (3.).

2. SLOBODA UMJETNIČKOGA IZRAŽAVANJA U OKVIRU ČL. 10. KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Pravo na slobodu izražavanja danas je općeprihvaćeno ljudsko pravo koje se jamči brojnim pravnim instrumentima. Tome govori u prilog i činjenica kako se ovo pravo ne štiti samo Konvencijom već i drugim međunarodnim pravnim dokumentima⁶, kao i nacionalnim ustavima⁷. U ovome se poglavlju prikazuje pravo na slobodu umjetničkoga izražavanja, ali u okviru čl. 10. Konvencije, uz isticanje tri kriterija koja mogu pomoći u razlikovanju umjetničkoga izražavanja od ostalih oblika. Nakon smještanja ovog prava u širi kontekst, pristupa se razgraničenju umjetničkoga izraza od govora mržnje, a na temelju sudske prakse

⁶ Povelja Europske unije o temeljnim pravima (2016/C 202/02), čl.11. (dalje u tekstu: Povelja EU); Opća deklaracija o ljudskim pravima, usvojena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, Rezolucijom 217 A (III), čl. 11. i dr.

⁷ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst] i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), NN br. 5/2014, Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (dalje u tekstu: Ustav RH), čl. 38.

ESLJP-a. Konačno, a također temeljem sudske prakse ESLJP-a, pokušati će se izvući zaključci o širini slobodne procjene koju države ugovornice uživaju kada je riječ o pravu na slobodu izražavanja odnosno pravu na slobodu umjetničkog izražavanja koje ne predstavlja govor mržnje već dopušteni oblik izražavanja podložan ograničenjima propisanim st. 2. čl. 10. Konvencije.

2.1. NEKOLIKO RIJEČI O SLOBODI UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA I ČLANKU 10. KONVENCIJE

Za razliku od nekih drugih pravnih dokumenata⁸, Konvencija izrijeком jamči slobodu izražavanja uopće, ali ne spominje izričito umjetnički izraz ili slobodu umjetnosti. No, ESLJP je u svojoj praksi utvrdio kako sloboda izražavanja iz čl. 10. Konvencije u sebi obuhvaća i slobodu umjetničkoga izražavanja „koje pruža mogućnost sudjelovanja u javnoj razmjeni kulturnih, političkih i društvenih informacija i ideja svih vrsta“.⁹ Premda treba istaknuti da u literaturi postoje mišljenja kako je Sud stvorio hijerarhiju vrijednosti u čl. 10. prema kojoj se veću zaštitu pruža političkome govoru naspram umjetničkom ili komercijalnom.¹⁰

2.2. DVIJE DIMENZIJE SLOBODE (UMJETNIČKOG) IZRAŽAVANJA

Možemo reći kako se sloboda izražavanja sastoji od dvije dimenzije. Jedna je autonomna dimenzija i podrazumijeva da kroz slobodno izražavanje pojedinac razvija vlastitu osobnost.¹¹ Druga je dimenzija politička i njezin je neposredni značaj stvaranje, ali i opstanak, liberalne demokracije.¹² Budući da je sloboda umjetničkoga izražavanja sastavni dio slobode izražavanja uopće, tako se može reći

⁸ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), čl. 19; Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima usvojen na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, 16. prosinca 1966. godine (rezolucija br. 2200 A /XXI/), čl. 15.; Povelja EU, čl. 13.

⁹ *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para 27.

¹⁰ Gomien, D., *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, 3. izdanje, Vijeće Europe, Strasbourg, 2005. str. 102.; Kearns, P., *Freedom of Artistic Expression: Essays on Culture and Legal Censure*, Hart Publishing, Oregon, 2013., str. 150.-151.

¹¹ Hlebec, I., Gardašević, Đ., Pravna analiza govora mržnje, *Pravnik*, Vol. 55., br. 107., 2021., str. 10.

¹² *Loc. cit.*

kako se i umjetnički izraz sastoji od autonomne i političke dimenzije. Autonomna dimenzija mogla bi se prvenstveno povezati sa ekspresionističkim shvaćanjem naravi umjetnosti kada umjetnički izričaj želi biti primarno odraz književnog, likovnog ili drugog doživljaja kao takvog. Politička dimenzija, s druge strane, nadovezuje se na referentalizam, dakle gledašte prema kojem se umjetnost mora odnositi prema stvarnosti kojom je okružena. To bi ponajviše imalo vrijediti za društveno angažiranu umjetnost, koja je spremna žrtvovati jedan dio svoje umjetničke vrijednosti kako bi se pozabavila nekim aktualnim problemima u društvu i poslala određenu poruku, a ne nužno bila odraz čistoga umjetničkoga doživljaja. Tomu u prilog može se navesti izvještaj Komisije u predmetu *Müller i drugi protiv Švicarske* gdje je Komisija utvrdila kako umjetnik kroz svoj kreativni rad izražava vlastitu viziju svijeta, ali ujedno i stav o društvu u kojem živi.¹³ Na taj način je umjetnost, stoji dalje u izvještaju, odraz javnoga mnijenja, ali ga ujedno i oblikuje, te može doprinijeti suočavanju društva sa aktualnim problemima.¹⁴ Posve je jasno kako autonomnu i političku dimenziju slobode umjetničkoga izražavanja ne treba promatrati kao dvije posve odvojene stavke. Čak i društveno najangažiranija umjetnost ima autonomnu dimenziju, kao što i čisti umjetnički izraz može sadržavati političku dimenziju. Tako je performans ruskoga punk banda u jednoj katedrali, usmjeren protiv predsjednika Putina, Sud odredio i kao politički i kao umjetnički oblik izražavanja, a koji se štiti čl. 10. Konvencije.¹⁵

2.3. ZAŠTITA FORME I SADRŽAJA IZRAŽAVANJA

Treba napomenuti i to kako se pravom na slobodu izražavanja ne štiti samo sadržaj koji je izrečen, nego se zaštita odnosi i na formu onoga što je bilo izraženo.¹⁶ Neki

¹³ Bychawska-Siniarska, D., *Zaštita prava na slobodu izražavanja po Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, priručnik za pravnike*, Vijeće Europe, Strasbourg, 2017., str. 16.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Mariya Alekhina i drugi protiv Rusije*, broj zahtjeva 38004/12 od 17. lipnja 2018., para 206.

¹⁶ *Oberschlick protiv Austrije*, broj zahtjeva 11662/85 od 23. svibnja 1991., para 57.; *Dichand i drugi protiv Austrije*, broj zahtjeva 29271/95 od 26. veljače 2002., para 41.

od oblika izražavanja koji potpadaju pod zaštitu čl. 10. su primjerice izražavanje putem interneta, film, slika, novinski članci, knjige, fotografije itd.¹⁷

Forma izraza mogao bi biti jedan, u određenom broju slučajeva, poprilično pouzdan kriterij kojim bi se umjetnički izraz mogao razlikovati od onoga koji to nije. Posebice to vrijedi za primjerice filmove, slike, kipove, romane itd., gdje se već kroz samu formu daje naslutiti kako je riječ o mogućoj umjetničkoj ekspresiji. U svakom bi slučaju forma mogla biti polazišna točka sudova u ocjenjivanju. Razlog tomu jest što je unutrašnji proces promatrača, u ovom slučaju sudaca, obrnut od umjetnikova jer ovaj potonji polazi od zamisli prema njenome izrazu, tj. obliku, dotle promatrač polazi od izraza, pa prema zamisli koja iza tog izraza stoji. Na taj se način zapravo pristup sudova može poistovjetiti sa stilističkom kritikom unutar književne teorije koja nastoji kroz proučavanje jezika i stila nekog pisca otkriti unutrašnje zakonitosti samog književnog djela.¹⁸ Međutim, forma izraza se ipak ne čini dovoljnom.¹⁹ Pristup koji se vodi isključivo formom može se naći u problemu kada bi politički elementi izraza bili prevladavajući u odnosu na umjetničke. Ovakav pristup zapravo niti ne bi uzimao u obzir sadržaj niti bi odmjeravao prisutnost i međuodnos autonomne i političke dimenzije u umjetničkome izrazu. Ovaj pristup pada na ispitu jer ne registrira slučajeve kada bi se pod krinkom umjetničke forme izražavalo stavove i vrijednosti koje bi se mogle smatrati protivnima srži Konvencije. Zbog toga bi trebalo pronaći dodatne kriterije pomoću kojih bi se pristup temeljio na pouzdanijoj i šire razrađenoj osnovi.

Kako je, dakle, oblik polazište u ocjeni, tako bi sadržaj izraza mogao biti drugi korak. Nakon što se u prvome koraku procijeni da bi se na osnovi oblika moglo govoriti o umjetničkome izrazu, u drugome je koraku potrebno analizirati sadržaj, posebice omjer autonomne i političke dimenzije slobode izražavanja. Naravno,

¹⁷ Marochini Zrinski, M., Kvaternik, A., Očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti kao dopušteno ograničenje prava na slobodu izražavanja - hrvatska i konvencijska perspektiva, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 58., br. 4., 2021., str. 1057.

¹⁸ Frangeš, I., *Stilističke studije*, Naprijed, Zagreb, 1959., str. 12.-13.

¹⁹ Tako se za područje književnosti može navesti sljedeća tvrdnja: „Književna struktura, naime, nije samo vanjski oblik i način kazivanja nego je i ono što je književnošću iskazano“, Solar, M., *Suvremena svjetska književnost*, Školska knjiga, Zagreb, 1982., str. 29.

nije moguće ili bi bilo posve rigidno i nepraktično *in abstracto* odrediti nekakve postotke ili udjele koje izraz mora imati da bi ga se smatralo umjetničkim, pa će tu svakako ključnu ulogu igrati sudačka procjena. Time se sloboda umjetnosti otvara prostoru sudske arbitrarnosti, ali je to pojava koju se ni na koji način ne može izbjeći, koja proizlazi iz činjenice da je umjetnost previše široka i fleksibilna kategorija, a da bi se mogla jednoznačno odrediti jezikom prava. Ipak, kada je riječ o sadržaju, bilo bi poželjno da sudovi u svojem pristupu štite slobodu umjetničkoga izražavanja kad god je to moguće, čak i kada je teško jasno razlučiti koja je dimenzija izraza dominantna u pojedinome slučaju. U prilog ovakvoj tezi moglo bi se istaknuti to da se umjetničkim izrazom uglavnom dopire do jednog manjeg broja ljudi, čime je njegov doseg sužen, pa bi zbog te činjenice takav izraz morao uživati veću razinu zaštite. Tako je ESLJP u jednom predmetu utvrdio kako se izraz podnositelja zahtjeva mogao, shvaćen doslovno, okarakterizirati kao poticanje na pobunu, nasilje i mržnju protiv turskih vlasti. Međutim, podnositelj zahtjeva izrazio se kroz poeziju, a poezijom se, ističe u odluci ESLJP, dopire samo do jednog manjeg broja čitatelja.²⁰ Kako se poezijom, stoji dalje u odluci, dopire do mnogo manjeg broja ljudi nego kroz primjerice masovne medije, tako je i sam čin podnositelja zahtjeva imao mnogo manji utjecaj na javni poredak i teritorijalni integritet, pa ga Sud nije smatrao pozivom na pobunu već „izrazom duboke potresenosti zbog teške političke situacije“.²¹ Identičan je stav i argumentaciju ESLJP ponovio u još jednome predmetu koji se ticao odnosa Kurda i Turaka, ali je sredstvo izražavanja ovdje bio roman.²² Osim toga, roman „nitko nije obvezan kupiti ili pročitati“.²³

Isto tako, valjalo bi se složiti sa stavom koji je Komisija zauzela u predmetu *The Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, utvrdivši kako bi u graničnim situacijama trebalo dati prednost slobodi pojedinca naspram pozivanja države na pretežući interes za ograničenjem prava.²⁴ Nadalje, treba reći i kako čl. 10.

²⁰ *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999., para 49.

²¹ *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999., para 52.

²² *Alinak protiv Turske*, broj zahtjeva 40287/98 od 29. ožujka 2005., para 41. i 45.

²³ Izdvojeno mišljenje sudaca Coste, Cabral Barreta i Jungwierta u predmetu *i.A. protiv Turske*, broj zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., para 5.

²⁴ Bychawska-Siniarska, D., *op. cit.* (bilj. 13), str. 35.

Konvencije, protumačen u praksi ESLJP-a, štiti izražavanje koje naginje ka pretjerivanju i provokaciji.²⁵ Jedan primjer takvog izražavanja je satira. Satira kritizira različite pojave na način da ih pakosno ismijava i oštro osuđuje, što je razlikuje od humora koji takvim pojavama prilazi s više razumijevanja i bez namjere da ih osuđuje.²⁶ U svojoj je praksi ESLJP utvrdio kako satira potpada pod oblik umjetničkog izražavanja „koji svojim inherentnim značajkama preувелиčavanja i iskrivljanja stvarnosti prirodno nastoji provocirati i uznemiriti“, pa bi zbog toga „svako miješanje u pravo umjetnika, ili bilo koga drugoga, da upotrebljava taj način izražavanja treba(lo) ispitati s posebnom pažnjom“.²⁷ Ovo su, prema tome, razlozi zašto bi sudovi čak i u dvojbenim slučajevima trebali presuđivati u korist prava na slobodu umjetničkoga izražavanja. Uz to, Sud je u predmetu *Jelševar protiv Slovenije* utvrdio kako je „umjetnička sloboda (...) vrijednost sama po sebi i zbog toga zaslužuje visoku razinu zaštite unutar sustava Konvencije“.²⁸ Vidjeti ćemo u nastavku je li doista tako i je li Sud uistinu u dvojbenim slučajevima „stao na stranu“ umjetničkog izražavanja.

2.4. TREĆI ASPEKT SLOBODE IZRAŽAVANJA?

Prva dva kriterija, forma i sadržaj, potpadaju pod formalističku dimenziju pristupa jer se dotiču samog izraza i promatraju ga kao izdvojenu pojavu, otrgnutu od svoje okoline. Zato bi zbog veće preciznosti prosudbe u analizu trebalo uvesti i treći aspekt, a to je upravo okolina, odnosno kontekst²⁹ u kojem je izražaj nastao. Pod

²⁵ Mendel, T., *Sloboda izražavanja: Vodič za tumačenje člana 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i njegovog konteksta*, Vijeće Europe, Beograd, str. 91.

²⁶ Solar, M., *Teorija književnosti*, XX. izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2005., str. 242.

²⁷ *Vodič kroz članak 10. Europske konvencije o ljudskim pravima*, Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2021., str. 35.-36. dostupno na: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Edukacija//Vodi%C4%8D%20kr oz%20%C4%8Dl.%2010%20Konvencije.pdf> [pristup: 14. srpnja 2022.].

²⁸ *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2017., str. 8., dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/research_report_cultural_rights_eng.pdf [pristup: 20. srpnja 2022.].

²⁹ U ovom se slučaju metode prava i književne teorije razlikuju. S jedne strane pravo, izuzev teorije i filozofije prava, mora izraz kontekstualizirati kako bi ocijenilo njegov doseg, narav i posljedice, jer od

kontekstom se ovdje misli na dva segmenta. Prvi segment jest umjetnički. Čak i prilikom pravnih razmatranja, izražaj koji se ispituje potrebno je smjestiti u šire umjetničke trendove stila ili vrste kojoj izražaj pripada.³⁰ Glazbeni izričaj u kontekst suvremenih glazbenih kretanja, likovni u suvremena likovna kretanja itd. Na taj način se lakše može razgraničiti umjetnički izraz od ostalih jer će obilježja pojedinačnoga izraza biti promatrana u široj slici karakteristika i vrste kojoj isti pripada. Razmatranje u širem kontekstu, ali uzimajući u obzir i dani vremenski trenutak, nameće se samo od sebe ako se prihvati tezu kako je „fenomen stila povijesna (je) kategorija“³¹ koja u različita vremena poprima različite izražajne oblike. Drugi segment mogao bi se nazvati društveno-politički. Predmetni izričaj treba postaviti u širi umjetnički kontekst, ali ga isto tako treba cijeniti u odnosu na konkretnu situaciju u kojoj je nastao. Pod time se prvenstveno misli na doseg koji izražaj postiže, a koji uvelike može zavisiti od same forme (npr. pjesma koju mogu čuti mnogi, naspram knjige koju će čitati manji broj ljudi), mjesta (npr. nastup na javnom servisu ili objava na društvenim mrežama), kada je riječ o satiri veliku ulogu igra i sama meta napada (npr. javne osobe naspram onih koje ne istupaju javno ili nemaju veliku moć u društvu) itd. Konačno, pod ovaj drugi segment konteksta trebalo bi ubrojiti i samu namjeru ili cilj koji se izražavanjem htio postići. Drugim riječima, važno je prilikom ocjene imati u vidu koliko se konkretnim izričajem doprinosilo raspravama od javnog interesa. Koliki je doprinos javnome interesu

ispitivanja izraza u njegovom čistom obliku lišenom konteksta ne može puno toga saznati, pa niti donijeti odluku o (ne)pružanju zaštite. S druge strane, kod književne teorije stvar je obrnuta. Kada je jezik izvučen iz konteksta i apstrahiran od ostalih svrha, pod uvjetom da sadrži elemente koji potiču na interpretaciju, tada se on može smatrati književnošću. Tako se, primjerice, uvodna rečenica jedne filozofske knjige, izvučena iz konteksta i razlomljena u stihove, može promatrati kao književnost, Culler, J., *Literary Theory: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2000., str. 24-25.

³⁰ *Freedom of Artistic Expression in the European Union: An overview of the relevant normative and jurisprudential work*, str. 19., dostupno na: https://www.greens-efa.eu/files/assets/docs/cae_freedom_of_artistic_expression_in_the_european_union_en.pdf [pristup: 16. srpnja 2022.]

³¹ Žmegač, V., *Majstori europske glazbe: od baroka do sredine 20. stoljeća*, Matica hrvatska, Zagreb, 2009., str. 7.

vrjednuje se od slučaja do slučaja ovisno o okolnostima.³² U svojoj je praksi Sud utvrdio kako je prostor za ograničavanje prava iz čl. 10. sužen kada se radi o izražavanju koje doprinosi raspravama od javnoga interesa.³³ O ograničavanju prava na slobodu umjetničkoga izražavanja detaljnije se govori *infra*, ali se toga trebalo ovdje načelno dotaknuti zbog toga što je kontekst bitan pravni kriterij pomoću kojeg se lakše može razlučiti umjetnički izraz od onoga koji to nije.

Pristup koji je ovdje skiciran kreće se srednjim putem između dvaju pristupa koji su prisutni u sudskim praksama i doktrini. Prvi od tih pristupa jest intuitivni. Ovaj pristup izbjegava definirati umjetničko izražavanje i poglavito je usmjeren na dopuštena ograničenja ovakvog izraza, ocjenjujući od slučaja do slučaja radi li se o izražavanju koje jest umjetničko i koje zaslužuje ili ne zaslužuje pravnu zaštitu.³⁴ Slabost ovog pristupa jest u tome što je veoma proizvoljan i nema nikakvih plauzibilnih kriterija osim dojma pojedinih sudaca koji odlučuju u konkretnome predmetu. Time se doprinosi pravnoj nesigurnosti. Drugi se pristup naziva normativno-definicijskim. Ovakav pristup nastoji dati definiciju umjetničkoga izražavanja i polazi od pretpostavke kako postoji sloboda nekog normativnog sadržaja koja zaslužuje biti pravno zaštićena.³⁵ Davanjem barem načelne definicije izbjegava se niveliranje između nejasno određenih, pa samim time i teško zaštitivih, interesa umjetnika i nekog konkretnog i dobro definiranog prava ili slobode, a postiže se to da se sada pravno vrjednuje između dvaju prava ili sloboda jednake vrijednosti.³⁶ Problem sa ovim pristupom, usprkos normativnome osnaživanju prava na umjetničku slobodu, jest što nije moguće dati samo jednu definiciju umjetnosti i umjetničkoga izražavanja, a kada se nešto tako i pokuša radi se o veoma općoj definiciji koja mora biti vrlo rastezljiva kako bi ju Sud u svojim tumačenjima mogao primijeniti na što veći broj slučajeva. Tako je, primjerice,

³² Mole, N., Reynolds, J., Mijović, Lj., *Sloboda izražavanja i pravo na privatnost prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, AIRE centar, str. 20.

³³ *Dichand i drugi protiv Austrije*, broj zahtjeva 29271/95 od 26. veljače 2002., para 39.

³⁴ *Freedom of Artistic Expression in the European Union: An overview of the relevant normative and jurisprudential work, op. cit.* (bilj. 30), str. 18.

³⁵ *Ibid.*, str. 19.

³⁶ *Loc. cit.*

njemački Ustavni sud utvrdio kako je suština umjetničke aktivnosti slobodno i kreativno stvaranje, kojim se umjetnikove doživljaje i iskustva neposredno izražava, a ujedno se kroz umjetnost prenosi i umjetnikova individualnost.³⁷ Kao posljedica takvih elastično postavljenih definicija nužno se javlja i potreba za njihovim tumačenjem. Iako tumačenje nije nepoželjno, već zapravo neizbježno, problem je što bez razrađenijih kriterija dolazi do rastvaranja dane definicije umjetnosti. A to je iz razloga što će sudovi, bez konkretnijeg orijentira, od slučaja do slučaja različito tumačiti i tako ustvari deformirati definiciju koju su prvotno dali. Time se otežava postizanje koliko toliko ujednačenoga pristupa u sudskoj praksi, a neujednačenost sudske prakse dovodi i do pravne nesigurnosti.

U ovom radu skicirani pristup ne želi davati niti najopćenitije definicije umjetnosti i umjetničkoga izražavanja, ali isto tako ne želi niti dati sudovima širom odriješene ruke da bez ikakvih kriterija, od slučaja do slučaja, odlučuju o slobodi umjetničkoga izražavanja. Zato su ovdje istaknuta tri kriterija koji uzeti zajedno mogu pripomoći u određivanju što jest, a što nije umjetnički izraz. Osim toga, čini se kako ova tri kriterija mogu barem minimalno doprinijeti postizanju ravnoteže između dvaju gore naznačenih i međusobno oprečnih metodoloških pristupa. Kako zapravo i jedan i drugi pristup završavaju na tome da nemaju čvršće osnove za analizu i interpretaciju, tako bi razrada kriterija za razlikovanje mogla činiti neku vrstu vezivnoga tkiva ili spona koja će približiti intuitivni i normativno-definicijski pristup. Drugačije rečeno, da kriteriji čije odsustvo predstavlja slabost obaju pristupa postanu mostom ka njihovome pomirivanju. Postavljeni kriteriji su, s jedne strane, konkretniji i opipljiviji od definicije koja govori o kreativnosti i izrazu osobnosti, premda takva definicija umjetnosti nije bez pravnoga značaja³⁸, a s druge su strane i dovoljno fleksibilni pružajući sudovima manevarski prostor, posebice kod prosuđivanja odnosa autonomne i političke dimenzije te konteksta u kojem je izraz nastao.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Iz vrlo jednostavnog razloga što se iz takvih definicija nazire normativni sadržaj, a to je najdublja individualna intima, na čijoj se zaštiti inzistira i koja čini srž čitavog konvencijskog sustava. Tako, premda se sastoji od pravno teško odredivih pojmova kao što je primjerice kreativnost, ovakve definicije ipak skreću pažnju na sadržaj koji se iza njih krije.

Prvi i logični kriterij zbog naravi unutrašnjeg procesa promatrača jest forma. U određenom broju slučajeva forma nekog izraza može nagovijestiti radi li se o umjetničkoj ekspresiji ili ne. No, forma može i zavesti na pogrešan trag, pa ju ne treba uzimati kao isključivi kriterij. Zato se ističe kako ESLJP ne bi trebao smatrati „poetsku formu važnijom od suštine, to jest od tona i sadržaja“.³⁹ Tako i Solar upućuje na to da se značenje i smisao književnih djela ne može „odvojiti od tehnike književnog oblikovanja“, pa bi se iz tog razloga pažnja morala posvetiti „podjednako na tematiku i na obradu“.⁴⁰ Ono što vrijedi za književnost, može se primijeniti i na druge vrste umjetnosti. Prema tome, drugi logičan kriterij jest sadržaj, tj. potrebno je procijeniti koja od dviju dimenzija, autonomna ili politička, prevladava u cjelokupnome izrazu. Treći kriterij ili korak jest kontekstualiziranje izraza. Pod time se misli na namjeru koja stoji iza izražaja, zatim koliko izražaj doprinosi raspravama od javnoga interesa, ali isto tako i koliki je njegov doseg koji ovisi o nekoliko čimbenika. Na kraju se još jednom ističe kako bi se, u slučaju dvojbe, ipak trebalo davati prednost slobodi umjetničkoga izražavanja naspram zahtjevima za njegovim ograničavanjem ili sankcioniranjem od strane država ugovornica. Međutim, niti sloboda umjetnosti nije apsolutna i podložna je ograničenjima. Drugim riječima, premda umjetnost dopušta široka prostranstva za vlastiti izraz osobnih stavova i vrijednosti, tj. identiteta, čak niti u umjetnosti nije sve dopušteno.

2.5. KVALIFICIRANI KARAKTER SLOBODE (UMJETNIČKOG) IZRAŽAVANJA

Iz napisanog jasno proizlazi ono što je propisano i samom Konvencijom, a to je kako je pravo na slobodu izražavanja kvalificirano konvencijsko pravo i ono nema apsolutni karakter. To znači da se sloboda izražavanja, pa tako i umjetničkoga, može ograničiti zbog nekog od razloga navedenih u čl. 10. Konvencije. Ovaj članak, poput ostalih kvalificiranih konvencijskih prava, ima dvodijelnu strukturu. U prvome se stavku jamči sloboda izražavanja u koju spadaju „slobod(a) mišljenja i slobod(a) primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez

³⁹ Izdvojena mišljenja sudaca Wildhabera, Pastor Ridrueja, Coste i Bake u predmetu *Karataş protiv Turske*, broj zahtjeva 23168/94 od 8. lipnja 1999.

⁴⁰ Solar, M., *op. cit.* (bilj. 19), str. 29.-30.

obzira na granice⁴¹. Ne radi se samo o idejama i mišljenjima koja su prihvatljiva i umjerena, već i o onima koja mogu uvrijediti, šokirati ili uznemiriti.⁴¹ Zahtjev za ovakvom širokogrudnošću nužan je element u postojanju demokratskoga društva.⁴² U drugome se stavku, pored dva opća uvjeta: 1) ograničenja utemeljenog na zakonu i 2) nužnosti u demokratskome društvu, taksativno navode legitimni ciljevi kada se sloboda izražavanja može ograničiti (zdravlje, moral, javni red i mir, ugled i prava drugih itd.). Test kojim ESLJP ispituje opravdanost ograničenja prava na slobodu izražavanja sastoji se od tri dijela. U prvom se dijelu ispituje je li ograničenje bilo zakonom propisano, a to znači da zakon mora biti javno dostupan, te jasno i precizno formuliran. Drugi dio odnosi se na ispitivanje legitimnih ciljeva ograničenja, a koji su za pravo slobode izražavanja propisani u drugom stavku čl. 10. Države se ugovornice pri ograničenju ovoga prava smiju pozivati samo na razloge navedene u drugom stavku. U trećem dijelu testa ESLJP ispituje je li miješanje bilo nužno u demokratskome društvu, tj. da li se radilo o prijekoj društvenoj potrebi za ograničenjem, te da li je takvo miješanje države bilo nužno i razmjerno u odnosu na legitimni cilj koji se htio postići.⁴³

Specifičnost slobode izražavanja, odnosno njenog ograničenja leži i u tome što neće sve predmete u kojima pojedinac tvrdi da mu je povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja Sud ispitivati u kontekstu članka 10., već će određene oblike izražavanja okarakterizirati kao govor mržnje, čime on prestaje uživati zaštitu iz čl. 10. i promatra se kroz prizmu čl. 17. odnosno zabranjenih oblika izražavanja.

Stoga je potrebno promotriti koji su to oblici umjetničkog izražavanja koje će Sud smatrati nedopuštenim i neće uopće ispitivati razmjernost njihova ograničenja, a što ćemo napraviti u nastavku.

2.6. KADA UMJETNIČKI IZRAZ POSTAJE GOVOR MRŽNJE?

S obzirom na to da i umjetnost nužno mora imati svoje granice postavlja se pitanje kada se opravdano može ograničiti nečije pravo da se umjetnički izrazi i kako po

⁴¹ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁴² *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁴³ Za detaljnije o trodijelnome testu vidjeti: *Vodič kroz članak 10. Europske konvencije o ljudskim pravima, op. cit.* (bilj. 27), str. 16.-23.

tom pitanju stoje stvari u praksi ESLJP-a. Odnosno, kada umjetnički izraz prelazi u govor mržnje. Kada je riječ o govoru mržnje treba istaknuti to kako postoji nekoliko definicija ovog pojma i nekoliko različitih shvaćanja o tome koji su njegovi konstitutivni elementi. Kako govor mržnje u užem smislu nije tema rada, tako se neće detaljnije ulaziti u ovu problematiku. Ovdje se spominje pristup koji govor mržnje promatra kroz tri odrednice jer se čini preciznijim od onog koji polazi od samo dvije. Prva je odrednica da se radi o javnome govoru koji može doprijeti do šire publike, druga jest sadržaj čiji je temeljni *spiritus movens* poticanje nasilja, mržnje i netrpeljivosti i treći jest da je takav govor usmjeren prema određenim društvenim skupinama koje se smatraju „ranjivima“ ili se, primjerice, radi o nekim urođenim karakteristikama poput rase, spola, etničkog podrijetla i sl.⁴⁴ Konvencija ne sadrži članak kojim bi govor mržnje bio izrijekom zabranjen.⁴⁵

Kada je riječ o pozivanju na nasilje, uvidom u sudsku praksu vidljivo je kako ESLJP ne tolerira takav čin čak niti kada bi se radilo o izražavanju koje je po svojoj formi nedvojbeno umjetničke prirode. Tako je u predmetu *Leroy protiv Francuske*⁴⁶ ESLJP odbio pružiti zaštitu po čl. 10. karikaturistu koji je nacrtao napad na kule blizanke Svjetskoga trgovačkoga centra 2001. godine uz poruku ispod crteža „Svi smo o tome sanjali... Hamas je to napravio“. Sud je smatrao kako se ovdje nije radilo samo o kritici američkoga imperijalizma već i o pozivu na njegovo nasilno uništenje, a podnositelj zahtjeva je uz to svojim komentarom odobravao nasilje koje je počinjeno prema tisućama civila i time umanjio njihovo dostojanstvo kao žrtava.⁴⁷ Tako da je u ovome predmetu Sud promatrao predmetnu karikaturu u kontekstu borbe francuskih vlasti protiv terorizma, te je uzeo u obzir vrijeme kada je ta karikatura nastala i objavljena, čime je mogla potaknuti na nasilje i narušiti javni red.⁴⁸

⁴⁴ Hlebec, I., Gardašević, D., *op. cit.* (bilj. 11), str. 13.-14.

⁴⁵ Alaburić, V., Legal Concept of Hate Speech and Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Politička misao*, Vol. 55, br. 4, 2018., str. 237.

⁴⁶ *Leroy protiv Francuske*, broj zahtjeva 36109/03 od 2. listopada 2008.

⁴⁷ Bychawska-Siniarska, D., *op. cit.* (bilj. 13), str. 26.

⁴⁸ Mendel, T., *op. cit.* (bilj. 25), str. 74.

Pored poticanja na nasilje i opasnosti za poredak, ESLJP u svojoj sudskoj praksi nije pružio zaštitu, odbacujući zahtjev podnositelja kao suprotan čl. 17., u slučaju kada se kroz formu umjetničkoga nastupa negiralo neke od vrijednosti kojima bi se smjeralo uništenju prava ili sloboda zajamčenih Konvencijom.⁴⁹ Premda se radilo o provokativnom i satiričnom nastupu stand-up komičara, Sud je takav nastup kvalificirao kao demonstraciju mržnje, antisemitizma i podrške negiranju Holokausta.⁵⁰ Sud je također utvrdio i kako se radilo o zamaskiranoj umjetničkoj produkciji koja je zapravo bila jednako opasna kao izravni napad, osiguravši time platformu za ideologiju suprotnu vrijednostima Konvencije.⁵¹

Iz ovoga što je do sada prikazano proizlazi kako za umjetničko izražavanje, u pogledu govora mržnje i negiranja srži Konvencije, vrijede ista ograničenja kao i za ostale oblike izražavanja. S time bi se trebalo složiti kada se radi o izražavanju koje može poticati nasilje i mržnju, ali i negirati neke civilizacijske tekovine zapadne civilizacije. U tim slučajevima čak i umjetnost mora ustuknuti, jer bi u protivnom umjetnička forma služila samo kao paravan pod kojim bi se prikivalo podriivanje temelja Konvencije, a sve pod krinkom umjetničke slobode. Može se reći da je ESLJP u ova dva predmeta primijenio sva tri kriterija o kojima je bilo riječi *supra*. Iako je kriterij umjetničke forme bio zadovoljen, o čemu nema dileme, sadržaj koji je stajao iza tog oblika, kao i cjelokupni kontekst, naveli su Sud na valjan zaključak kako se ovdje ne može raditi o izražavanju koje bi se štitilo čl. 10. Konvencije. Zbog toga se ova dva ograničenja slobode izražavanja ne čine spornima. Međutim, najveći se broj predmeta vezanih uz slobodu umjetnosti, pa tako i najveći broj problema, pojavljuje sa kategorijom zaštite javnoga morala. O tomu, ali i o polju slobodne procjene država povezanoj sa javnim moralom i umjetnošću raspravlja se u narednom odjeljku.

2.7. OGRANIČENJE SLOBODE UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA U PRAKSI ESLJP-A

Kao što je naglašeno, u većini predmeta u kojima je došlo do ograničenja prava na slobodu umjetničkog izražavanja nije se radilo o govoru mržnje već je Sud smatrao

⁴⁹ *M'Bala M'Bala protiv Francuske*, broj zahtjeva 25239/13 od 20. listopada 2015.

⁵⁰ Bychawska-Siniarska, D., *op. cit.* (bilj. 13), str. 30.

⁵¹ *Loc. cit.*

zahtjeve dopuštenim i primijenio spomenuti test nužnosti, ispitivši postojanje legitimnog cilja, zakonitost mjere ograničenja i konačno, nužnost i razmjernost samog ograničenja.

Ono što je prvo bitno spomenuti su specifični legitimni ciljevi koji se pojavljuju upravo kod ograničenja umjetničkog izražavanja a to je zaštita morala i prava i sloboda drugih.⁵² Praksa Suda nam jasno pokazuje kako se država prvenstveno na te legitimne ciljeve pozivala kada je ograničavala umjetničko izražavanje pojedinaca.

Sud u većini predmeta koji se pred njim pojavljuju a odnose se na kvalificirana konvencijska prava, ne ispituje postojanje legitimnog cilja, već naglasak stavlja na dva aspekta nužnosti u demokratskom društvu: prvo, širinu polja slobodne procjene⁵³ koju uživaju države i drugo, razmjernost i nužnost mjere ograničenja u konkretnom predmetu.

⁵² Za npr. očuvanje autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti kao specifičan legitimni cilj čl. 10. vidi Marochini Zrinski, M., Kvaternik, A., *op. cit.* (bilj. 17).

⁵³ Polje slobodne procjene kao takvo vrlo je fluidan pojam, gdje brojni autori izražavaju neslaganje o samom karakteru polja slobodne procjene, odnosno predstavlja li isto metodu, tehniku ili načelo tumačenja i primjene Konvencije, gdje ga Sud načelno koristi kod primjene Konvencije no ponekad čak i kao tehniku (odnosno metodu, načelo) tumačenja. Izuzev spomenutih, brojni su drugi prijedori oko polja slobodne procjene, no ono što možemo sa sigurnosti reći jest kako u praksi Europskog suda, polje slobodne procjene je razvijeno kako bi se državama omogućio manevarski prostor u granicama u kojima im je Sud spreman isti dati a da one ispunjavaju svoje obveze prema Konvenciji i budući da je bilo potrebno razviti tehniku odlučivanja „kako bi se razgraničilo između onoga što je na zajednici da odlučuje na lokalnoj razini i onoga što je toliko temeljno da podrazumijeva iste zahtjeve svim državama bez obzira na varijacije tradicije i kulture. Za različite pristupe polju slobodne procjene vidi npr. Letsas, G., Two Concepts of the Margin of Appreciation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, br. 4, 2006., str. 705-732.; Arnardóttir, O., Rethinking the Two Margins of Appreciation, *European Constitutional Law Review*, Vol. 12, 2016., str. 27-53.; ECHR, 14 HRL Rev (2014) str. 27-53.; Macdonald, R. St. J., ‘The Margin of Appreciation’ u: Macdonald, R. St. J. et al. (ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993., str. 84.; Mahoney, P., Marvellous Richness of Diversity or Individuous Cultural Richness, *HRLJ*, Vol. 19, 1998., str. 1.

Unatoč stupanju na snagu Protokola 15.⁵⁴ odnosno propisivanjem polja slobodne procjene Konvencijom⁵⁵, širina dopuštene granice iste ostaje nejasna. Ona varira u stupnjevima diskrecije ovisno o kontekstu, što promatrano pomoću tri gore spomenuta kriterija svakako može predstavljati koristan parametar odlučivanja, no, kako u predmetima koji se odnose na slobodu umjetničkog izražavanja, tako i u ostalim predmetima u kojima se raspravljaju kvalificirana prava, ne može se donijeti jasan i općenit zaključak o tome kada će Sud dopustiti široku slobodu procjene državama a kada će istu suziti. Za očekivati je kako će u pitanjima zaštite morala i prava i sloboda drugih polje slobodne procjene dopušteno državama biti široko. S druge strane, za očekivati je i da će se pojedincima koji koriste slobodu umjetničkog izražavanja, ista uistinu iznimno ograničavati te da neće biti sankcionirani zbog umjetničkog izraza.

Stoga ćemo sada pokušati ekstrahirati pristup Suda nacionalnom polju slobodne procjene kada se radi o zaštiti morala i prava i sloboda drugih odnosno ograničenju umjetničkog izražavanja, ne zanemarujući razmjernost kao drugi ključan element

⁵⁴ Usvojen u lipnju 2013., Protokol br. 15 kojim se mijenja Konvencija stupio je na snagu 1. kolovoza 2021. Navedenim Protokolom, između ostalog, uvedene su značajne promjene u pravo na podnošenje zahtjeva ESLJP, odnosno skraćuje se rok za podnošenje zahtjeva sa šest na četiri mjeseca (s tim da se primjena ovog uvjeta odgodila do 1. veljače 2022.). Još jedna velika promjena odnosi se na uvjet dopuštenosti zahtjeva vezan uz postojanje „značajne štete“ Nakon ove izmjene, prihvaćanje zahtjeva implicira da je podnositelj zahtjeva morao pretrpjeti značajnu štetu, čak i ako navodna povreda ljudskih prava nije propisno razmatrana od strane domaćih sudova. Slijedom toga, Europski sud za ljudska prava više neće procesuirati zahtjeve koji se mogu okarakterizirati kao beznačajni. Protokol br. 15 također postavlja gornju dobnu granicu od 65 godina za kandidate za suce i sutkinje Suda i ukida pravo stranaka za ulaganje prigovora radi odricanja nadležnosti od strane vijeća Velikom vijeću u slučajevima koji uključuju važno pitanje koje se tiče tumačenja Konvencije, ili u slučajevima čije bi rješavanje predstavljalo potencijalno odstupanje od postojeće sudske prakse.

⁵⁵ Tek stupanjem na snagu Protokola br. 15. u kolovozu 2021. Konvencijom se propisuje polje slobodne procjene zajedno sa pozivanjem na načelo supsidijarnosti i to na kraju preambule gdje stoji kako: „potvrđujući da visoke ugovorne stranke, u skladu s načelom supsidijarnosti, imaju prvenstvenu odgovornost osigurati prava i slobode određene u ovoj Konvenciji i Protokolima uz Konvenciju i da pri tome one uživaju slobodu procjene pod nadzorom Europskog suda za ljudska prava osnovanog ovom Konvencijom“.

'nužnosti u demokratskom društvu',⁵⁶ kao i vidjeti postoje li određene diskrepancije u praksi Suda.

2.8. ODREĐIVANJE KLJUČNIH STAJALIŠTA I KRITERIJA KROZ TEMELJNU PRAKSU SUDA GLEDE UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA

Svaki rad o slobodi izražavanja neminovno se mora osvrnuti na predmet *Handyside* koji osim što se bavi umjetničkim izražavanjem kao takvim, ujedno predstavlja i svojevrsni presedan u pristupu Suda doktrini nacionalnog polja slobodne procjene. U konkretnom predmetu podnositelj je osuđen za posjedovanje opscenih publikacija radi ostvarenja dobiti a prema Zakonu o opscenim publikacijama te su mu zaplijenjene knjige. Podnositelj je tvrdio kako svrha zapljene knjige nije bila zaštita morala već „nastojanje da se ušutka jedan mali izdavač politička orijentacija kojega nailazi na neodobravanje u jednom dijelu javnog mnijenja“.⁵⁷ Sud je, odlučujući kako nema povrede, zaključio da ne postoji jednoobrazni europski koncept „moralnosti“ i jasno je stavio do znanja da države stranke uživaju široko područje slobodne procjene kad određuju mjere koje su potrebne za zaštitu moralnih standarda u njihovu društvu. Prema Sudu, namjera Zakona o opscenim publikacijama je zaštita maloljetnika, dok je njegova

⁵⁶ Omejec ukazuje da postoji nekoliko najčešćih uobičajenih elemenata koje Europski sud ispituje u okviru testa nužnosti u demokratskom društvu. To su: težina i ozbiljnost osporene mjere; priroda i učinci osporene mjere u svjetlu činjenica konkretnog slučaja; postojanje osobito ozbiljnih razloga za primjenu osporene mjere; - priroda veze između nužnosti u konkretnom slučaju i najviših vrijednosti koje štiti Konvencija (demokracije, vladavine prava); granice područja slobodne procjene država stranaka u pitanju koje se razmatra; razmjernost osporene mjere s prethodno utvrđenim legitimnim ciljem u užem smislu (test pravedne ravnoteže); postojanje manje restriktivne mjere od one koja je primijenjena radi ostvarenja istog cilja; diskriminatornost miješanja u zaštićeno pravo. No Sud neće u svakom pojedinom slučaju ispitivati sve elemente, no gotovo u svim slučajevima se ispituju polje slobodne procjene i razmjernost ograničenja. Međutim, Europski sud neće u svakom pojedinom slučaju ispitati ispitivati sve navedene elemente već će, ovisno o slučaju, odabrati one elemente koje smatra potrebnim za donošenje odluke u konkretnom predmetu, Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 1260.

⁵⁷ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 52.

odmjerena i precizna primjena, ispunila kvalifikacije za ograničavanje slobode govora unutar polja slobodne procjene države dovoljna za utvrđenje ograničenja kao nužnog u demokratskom društvu.⁵⁸

Ovim predmetom su iznesena dva vrlo značajna pravna stajališta, jedno, vezano uz slobodu izražavanja gdje je Sud naglasio kako „sloboda izražavanja... ne primjenjuje se samo na „informacije“ ili „ideje“ koje su povoljno primljene ili se ne smatraju uvredljivima ili izazivaju ravnodušnost, već i na one koje vrijeđaju, šokiraju ili ometaju državu ili bilo koji sektor stanovništva“⁵⁹ i drugo, gdje je naglašavajući da je nadzorni sustav Konvencije supsidijarne naravi istaknuo: „Zbog svog neposrednog i trajnog kontakta s najznačajnijim snagama u svojim zemljama, državna tijela u načelu su u boljem položaju nego bilo koji međunarodni sudac izreći mišljenje o stvarnom sadržaju zahtjeva, kao i o 'nužnosti' 'ograničenja' ili 'kazne' cilj kojih je ispunjavanje tih zahtjeva“.⁶⁰

Sud je naglasio kako će dopustiti vrlo široko tumačenje izražavanja općenito, te posljedično i umjetničkog izražavanja, prihvaćajući ulogu nosioca (umjetničkog) izražavanja kao društvenog kritičara, no uz veliku zadržku kada se radi o ocjeni dopuštenosti ograničenja ostavljajući državama široko polje slobodne procjene posebice kada se radi o zaštiti općih interesa kao što je zaštita morala. Isto je ponovio u predmetima koji slijede. Naime, u predmetu *Muller protiv Švicarske* Sud je također našao kako izricanje novčane kazne nakon kaznenog postupka skupini umjetnika koji su izložili slike za koje su nacionalne vlasti utvrdile da su opscene⁶¹ ne predstavlja povredu prava na slobodu izražavanja. Sud je dugo raspravljao o definiciji opscenosti i prepoznata je potreba za izbjegavanjem prekomjerne krutosti kod definiranja iste prvenstveno radi držanja koraka s

⁵⁸ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 48., 52. et seq.

⁵⁹ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 49.

⁶⁰ *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev, broj zahtjeva 5493/72 od 7. prosinca 1976., para 48.

⁶¹ Zahtjev br. 10737/84, presuda od 24. svibnja 1988. Josef Felix Müller i još devet umjetnika izložili su slike koje su prikazivale fellatio, sodomiju i seks ljudi i životinja u bivšem Velikom sjemeništu u Fribourgu.

promjenjivim okolnostima. Što se tiče zaštite morala kao legitimnog cilja Sud tu nije imao dvojbe smatrajući kako švicarski Kazneni zakon, odnosno njegov čl. 204. koji govori o opscenim publikacijama služi zaštititi javnog morala i Sud „nema razloga za pretpostavku da su švicarski sudovi...imali neke druge ciljeve koji bi bili nespojivi s Konvencijom“.⁶²

Ispitujući nužnost u demokratskom društvu, Sud je prvo ponovio relevantne teze iz *supra* citiranog odjeljka presude *Handyside* (§ 49), kao i svoj stav kako nije moguće naći jedinstveni europski koncept morala stoga su državne vlasti u boljoj poziciji od međunarodnih sudaca dati mišljenje o stvarnom okruženju, odnosno uživaju široko polje slobodne procjene u određivanju nužnih i razmjernih mjera ograničenja slobode umjetničkog izražavanja radi zaštite morala. Zanimljivo, u samoj presudi je Sud našao kako su se „*koncepti morala promijenili zadnjih godina*“⁶³ no nigdje ne navodi u kojem smjeru i kako su se promijenili. Slično je utvrdio i odlučujući je li zapljena slika bila protivna čl. 10., utvrdivši da nije.

Presuda nije donesena jednoglasno, već sa jednim, vrlo zanimljivim, izdvojenim suprotnim mišljenjem⁶⁴ i to suca Spielmana koji je prvo naglasio kako pitanje novčane kazne i pitanje zaplijene slike nije potrebno razmatrati odvojeno. Nadalje je izrazio neslaganje sa dopuštanjem državama ugovornicama širokog polja slobodne procjene u navedenim pitanjima smatrajući kako je isto potrebno suziti jer bi inače brojna konvencijska jamstva bila samo mrtvo slovo na papiru. Nesporno je da dopuštanjem državama ugovornicama široko polje slobodne procjene radi zaštite morala, se istima ostavlja veliki manevarski prostor za ograničenje upravo umjetničkog izražavanja.⁶⁵

U predmetu *Otto-Preminger Institut protiv Austrije* Sud je otišao korak dalje, ne sužavajući polje slobodne procjene državama ukoliko postoji, kao cilj ograničenja, zaštita prava i sloboda drugih odnosno njihovih vjerskih osjećaja. U konkretnom

⁶² *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para. 30.

⁶³ *Müller i drugi protiv Švicarske*, broj zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., para 36.

⁶⁴ I još jednim djelomično prihvaćajućim i djelomično izdvojenim suca De Meyera.

⁶⁵ *Müller i drugi protiv Švicarske*, br. zahtjeva 10737/84 od 24. svibnja 1988., izdvojeno mišljenje suca Spielmana, para. 1.-11.

predmetu, državni odvjetnik pokrenuo je kazneni postupak koji je doveo do zapljene filma 'Nebesko vijeće' na temelju njegovog *podcjenjivanja vjerskih doktrina*.⁶⁶ Sud je napomenuo da budući da je rimokatolička religija bila ona većine, takvo uplitanje bilo je opravdano kako bi se zaštitila prava drugih da ne budu uvrijeđeni u svojim vjerskim osjećajima. Međutim, već je predmet *Otto-Preminger* je iznjedrio snažna izdvojena mišljenja (presuda je donesena tijesnom većinom 4:3) gdje su suci koji su napisali izdvojeno mišljenje smatrali kako mjera zapljena filma nije bila razmjerna.⁶⁷ Upravo su predmet *Muller i drugi* i uzeli kao dobar primjer razmjernosti s obzirom da su u tom predmetu opscene slike bile dostupne svima, bez ograničenja, dok je navedeni film trebao biti prikazan publici koja plaća ulaznicu u art kinu čime se bitno sužava njegov društveno-politički utjecaj. Štoviše, ta ista publika je, s ukusom za eksperimentalne filmove, štoviše, imala dovoljnu priliku da bude prethodno upozorena na prirodu filma s obzirom da je udruga podnositelja zahtjeva pružila, u prethodnoj objavi, informacije o kritičnom načinu na koji se film bavio rimokatoličkom religijom. Naposlijetku, kao što je izjavila udruga podnositelja zahtjeva, a vlada nije demantirala, prema tirolskom zakonu bilo je protuzakonito gledanje filma osobama mlađim sedamnaest godina, a objava udruge podnositelja zahtjeva prenijela je obavijest u tu svrhu. Sve navedeno su suci koji su napisali izdvojeno mišljenje naveli kao relevantne razloge za osporavanje razmjernosti mjere ograničenja.

Posljednji 'stari' predmet koji se tiče umjetničkog izražavanja je *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kojem se podnositelj zahtjeva žalio na odluku britanskog odbora za klasifikaciju filma koji je odbio klasificirati film zbog kršenja kaznenog zakona odnosno odredbe o bogohuljenju. Iako je u navedenom predmetu jedno od ključnih pitanja bilo ono o 'u sukladnosti sa zakonom' britanskih odredbi o bogohuljenju, Sud je, utvrdivši kako odredbe nisu nejasne- iz razloga što iste ni ne mogu biti podložne preciznoj pravnoj definiciji (vidi *supra* predmet *Muller i drugi*), ispitivao nužnost u demokratskom društvu.⁶⁸ Sud je

⁶⁶ *Otto-Preminger Institut protiv Austrije*, br. zahtjeva 13470/87 od 20. rujna 1995., para 11.

⁶⁷ *Otto-Preminger Institut protiv Austrije*, br. zahtjeva 13470/87 od 20. rujna 1995., zajedničko izdvojeno mišljenje sudaca Palm, Pekkanen i Makarczyk, para 1-11.

⁶⁸ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., paras 37-44.

ponovno naglasio kako smatra da su nadležna tijela Ujedinjenog Kraljevstva u boljem položaju od Suda da procjene vjerojatni utjecaj videozapisa na gledatelje i bi li njegov sadržaj predstavljao kazneno djelo bogohuljenja.⁶⁹ Također, naglasio je Sud: „Članak 10. stavak 2. ne ostavlja puno prostora ograničenju političkog govora ili raspravi o pitanjima javnog interesa. Šire polje slobodne procjene općenito je dostupno državama ugovornicama kada reguliraju slobodu izražavanja u odnosu na pitanja koja mogu uvrijediti intimna osobna uvjerenja u sferi morala ili, posebno, religije. Štoviše, kao i na terenu morala, a možda u još većoj mjeri, ne postoji jedinstvena europska koncepcija zahtjeva „zaštite prava drugih“ u vezi s napadima na njihove vjerska uvjerenja.“⁷⁰ Ovakav zaključak Suda je suglasan sa stajalištem većine sudaca u svim spomenutim predmetima, u kojima je od presudne važnosti kod odmjerenja širine polja slobodne procjene koju uživaju države, cilj samog ograničenja, gdje je polje slobodne procjene najšire kod zaštite morala i prava i sloboda drugih. Međutim, i ovaj predmet je također donesen uz dva izdvojena suprotna mišljenja (kao i dva izdvojena ali suglasna). U izdvojenom suprotnom mišljenju sudac De Meyer kategorizirao je slučaj kao prethodno ograničenje slobode izražavanja, čime je prekršen članak 10. Sudac Lohmus naglasio je, budući da je cilj kaznenog zakona odnosno odredbe o bogohuljenju bio samo zaštita kršćanskog vjerskog uvjerenja, ostaje pitanje može li se uplitanje protumačiti kao nužno u demokratskom društvu. Također je istaknuo već spomenuti problem kako „Sud pravi razliku u okviru članka 10 (...) prilikom primjene svoje doktrine o polju slobodne procjene država. Dok je u nekim slučajevima primijenjena sloboda procjene široka, u drugim slučajevima je više ograničena. Ipak, teško je utvrditi koji principi određuju opseg polja slobodne procjene.“⁷¹

Slično kao u predmetu *Wingrove* je Sud utvrdio u predmetu *I.A. protiv Turske*, no u kojem je također presuda donesena tijesnom većinom od 4:3 glasa. Većina je zaključila kako turske vlasti nisu prekršile slobodu izražavanja osuđujući izdavača knjiga za bogohuljenje. Naime, izdavač knjige pod naslovom *Yasak Tümceler* (Zabranjene fraze), optužen je prema turskom Kaznenom zakonu zbog izražavanja

⁶⁹ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 64.

⁷⁰ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 58.

⁷¹ *Wingrove protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. zahtjeva 17419/90 od 25. studenog 1996., para 1.

stajališta protiv „Boga, religije, proroka i Svete knjige“ te mu je izrečena novčana kazna. Sud je zaključio da je knjiga premašila granice šokiranja, vrijeđanja i uznemiravanja, stoga su mjere poduzete protiv izdavača bile valjane. Štoviše, Sud je istaknuo kako je uplitanje slijedilo „hitnu društvenu potrebu“ budući da je komentar knjige predstavljao uvredljiv napad na proroka islama.⁷² Međutim, ponovno je zanimljivo promotriti stajalište sudaca koji su napisali izdvojeno suprotno mišljenje zaključujući: „(..).*Ovi presedani (Otto-Preminger Institute i Wingrove) nas ne uvjeravaju. Prvo, film ili videozapis će vjerojatno imati mnogo veći utjecaj od romana s ograničenim distribucijom, a što je faktor koji bi trebao biti dovoljan za razlikovanje između ova tri slučaja. Drugo, i Otto-Preminger-Institut i Wingrove su u to vrijeme bili predmet mnogih kontroverzi (i Europske komisije za ljudska prava koja je sa svoje strane, izrazila mišljenje velikom većina da je u oba slučaja došlo do kršenja članka 10.). Na kraju, možda je došlo vrijeme da se „preispita“ ova sudska praksa, za koju nam se čini da stavlja prevelik naglasak na konformizam ili ujednačenost misli i odražava preopreznu i plahu koncepciju slobode tiska“.⁷³ Evidentno je kako su, za razliku od većine sudaca u spomenutim predmetima, suci koji su napisali izdvojena suprotna mišljenja, uzeli u obzir i društveno-politički kontekst slobode izražavanja, a ne samo ciljeve koji se štite ograničenjem slobode umjetničkog izražavanja.*

Je li Sud preispitao svoju praksu? Teško je odgovoriti na ovo pitanje s obzirom na to da velika većina predmeta koja je uslijedila zapravo Sudu nisu dali mogućnost preispitivanja iste s obzirom da su se odnosili na sukob slobode umjetničkog izražavanja s jedne strane, i prava na poštovanje privatnog života javnih osoba s druge. Stoga će se u nastavku prikazati ključne presude u kojima je sloboda umjetničkog izražavanja ograničena kako bi se zaštitilo pojedinačno pravo a ne javni interes, poput morala ili prava i sloboda drugih.

⁷² *I.A. protiv Turske*, br. zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., para 30.

⁷³ *I.A. protiv Turske*, br. zahtjeva 42571/98 od 13. rujna 2005., zajedničko izdvojeno mišljenje sudaca Coste, Cabrala Barreta i Jungwierta, paras 7-9.

2.9. SLOBODA UMJETNIČKOG IZRAŽAVANJA v. PRAVO NA POŠTOVANJE
PRIVATNOG ŽIVOTA JAVNIH OSOBA

U predmetu *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, ponovno je tijesnom većinom (4:3) Sud utvrdio povredu članka 10., no kao što je već naglašeno, radilo se o satiri i karikaturi usmjerenoj protiv javnih osoba, a ne zaštiti morala društva ili prava i sloboda drugih. U navedenom predmetu galerija suvremene umjetnosti je dobila zabranu izložiti sliku (trajno) „Apokalipsa“ koja prikazuje kolaž javnih osoba koje se nalaze u raznim seksualnim položajima. Sud je utvrdio da su takvi prikazi predstavljali satiričnu karikaturu protiv dotičnih osoba i da zabrana predstavlja povredu čl. 10. uz obrazloženje da je „satira oblik umjetničkog izražavanja i društvenog izražavanja komentar s prirodnom tendencijom provociranja i agitiranja“.⁷⁴ Sud je ovim predmetom nastavio sa svojom praksom da su javne osobe podložne kritici i satiri⁷⁵ dok su vjerski osjećaji ipak donekle zaštićeniji i Sud će državama tu ostaviti šire polje slobodne procjene. Međutim, tijesna većina sudaca koja je donijela odluku pokazuje određene problematične aspekte u odlučivanju čak i kod satire i karikature usmjerene prema javnim osobama.⁷⁶

Još jedan predmet u kojemu se preispitivala sankcija zbog kritike upućene javnoj osobi je *Murat Vural protiv Turske* u kojem je podnositelj osuđen na 13 godina zatvora nakon što je proglašen krivim jer je izlio boju na kipove Kemala Atatürka. Sud je naglasio, našavši povredu čl. 10., kako je „(...)u predmetima koji se odnose na slobodu tiska nije na Sudu a niti na nacionalnim sudovima da zamijene svoja stajališta za stajališta medija o tome koju tehniku izvještavanja trebaju usvojiti novinari, jer čl. 10. Konvencije štiti ne samo sadržaj ideja i informacija koje se izražavaju, nego i formu u kojoj su prenesene(...) Sud smatra da se isto može reći za

⁷⁴ *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, br. zahtjeva 68354/01, presuda od 5. travnja 2007., para 33. Vidi također *Eon protiv Franuske*, br. zahtjeva 26118/10 od 14. ožujka 2013., para 60., i *Alves da Silva protiv Portugala*, br. zahtjeva 41665/07 od 20. listopada 2009., para 27.

⁷⁵ U predmetu *Tatár i Fáber protiv Mađarske*, br. 26005/08 i 26160/08, od 12. lipnja 2012. Sud je ponovno utvrdio povredu prava iz čl. 10. podnositeljima koji su se bavili političkom satiro.

⁷⁶ *Vereinigung Bildender Künstler protiv Austrije*, br. zahtjeva 68354/01, presuda od 5. travnja 2007., izdvojeno mišljenje suca Loucaidesa i izdvojena mišljenja sudaca Spielmanna i Jebensa.

svakog pojedinca koji možda želi prenijeti svoje mišljenje korištenjem neverbalnih i simboličkih sredstava izražavanja(...).⁷⁷ Slično je Sud utvrdio u predmetu *Stern Taulats i Roura Capellera* gdje su dvojica španjolskih državljana osuđena na kaznu zatvora zbog paljenja fotografije kraljevskog para u javnosti tokom demonstracija održanih za vrijeme službenog posjeta kralja.⁷⁸

I u najnovijem predmetu koji se odnosi na slobodu umjetničkog izražavanja u kontekstu kritike javnih osoba, iz veljače 2021. Sud je jednoglasno utvrdio da je kaznenim postupkom protiv satiričnog kolaža umjetnika koji je „uvrijedio“ turskog premijera povrijeđeno njegovo pravo na slobodu izražavanja. U predmetu *Dickinson protiv Turske* Sud je potvrdio kako političar mora pokazati veću toleranciju prema kritikama, posebice kada izraz poprimi oblik satire. Ono što je najvažnije, ESLJP je utvrdio da je prekršen članak 10., čak i ako je podnositelj zahtjeva „samo“ kazneno gonjen, bez izricanja sankcije. ESLJP je smatrao da kazneni progon zbog uvrede političkog vođe, uz rizik od zatvaranja, ima zastrašujući (*chilling effect*) učinak na pravo na slobodu izražavanja.⁷⁹ Slično je Sud utvrdio i u *supra* spomenutom predmetu iz 2018. godine, *Mariya Alekbina i drugi protiv Rusije*⁸⁰ gdje je sankcija članica punk benda „Pussy Riot“ bila pritvaranje i osuđujuća presuda zbog kontroverznog javnog nastupa u katedrali, kao i zabrana distribucije videozapisa njihovih nastupa na internetu. Sud je mjere proglasio nerazmjernima kao i našao da iste nisu nužne u demokratskom društvu, odnosno kako je podnositeljicama povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja iz čl. 10.

Ako bi prikazanu praksu stavili u kontekst preispitivanja sudske prakse, čini se da je do iste došlo, no uz veliku zadržku s obzirom da se radi o predmetima u kojima postoji sukob dvaju pojedinačnih prava gdje Sud dosljedno stoji iza stajališta kako javne osobe moraju pokazati veću toleranciju prema kritikama pa čak i putem

⁷⁷ *Murat Vural protiv Turske*, br. zahtjeva 9540/07, od 21. listopada 2014., para 53.

⁷⁸ Zahtjev br. 51168/15, presuda od 13. ožujka 2018.

⁷⁹ *Dickinson protiv Turske*, br. zahtjeva 25200/11, presuda od 2. veljače 2021., para 57. Isto je Sud utvrdio i u ranijem predmetu protiv Turske, u kojem je podnositelj zahtjeva bio novinar koji (*Tuşalp protiv Turske*, zahtjevi br. 32131/08 i 41617/08, presuda od 21. veljače 2012.) je sankcioniran zbog novinskih tekstova u kojima kritizira turskog premijera.

⁸⁰ Zahtjev br. 38004/12, presuda od 17. srpnja 2018.

umjetničkog izražaja čime je polje slobodne procjene koje uživaju države kod ograničenja slobode umjetničkog izražavanja suženo, i to neovisno o društveno-političkom kontekstu umjetničkog izražavanja.

*2.10. PRESUDE U PREDMETIMA SINKOVA PROTIV UKRAJINE I HANDZHIYSKI
PROTIV BUGARSKE – NAJNOVIJE KONTROVERZE*

Prethodno analizirana novija praksa Suda pokazuje dosljednost odnosno spremnost Suda da, osim u slučaju pozivanja na nasilje i govor mržnje prema javnim osobama, dopusti široku slobodu umjetničkog izražavanja odnosno državama suzi polje slobodne procjene, no naglašavajući zadržku kod donošenja ovakvog zaključka s obzirom da su se štitili interesi javnih osoba a ne moral ili prava i slobode drugih. Stoga će se u ovom trenutku promotriti dva novija predmeta u kojima je cilj ograničenja bila zaštita javnih interesa te koji su istovremeno izazvali najviše kontroverze. Radi se prvenstveno o predmetu *Sinkova protiv Ukrajine*⁸¹ koji svakako predstavlja zabrinjavajuće odstupanje s obzirom da je Sud utvrdio kako izricanje trogodišnje uvjetne kazne za provokativni nastup na ratnom spomeniku u Ukrajini ne predstavlja kršenje prava na slobodu (umjetničkog) izražavanja. Slučaj se odnosio na uhićenje, pritvaranje i osudu Anne Sinkove, koja je pržila jaja na plamenu grobnice nepoznatog vojnika u Kijevu kao prosvjed protiv rasipanja prirodnog plina. Uhićena je i zadržana tri mjeseca do kaznenog postupka na temelju optužbe za oskrvnuće grobnice, a na kraju je osuđena. Složivši se kako presuda gđi Sinkovi za navodno oskrvnuće grobnice nepoznatog vojnika predstavlja miješanje u njezino pravo na slobodu izražavanja, Sud je našao da je uplitanje bilo „nužno u demokratskom društvu“ kao i razmjerno. Između ostalog je smatrao da podnositeljica nije osuđena zbog izražavanja konkretnih stajališta, već zbog provođenja određenog postupanja u vezi s grobnicom koja je predstavljala kazneno djelo, zapravo negirajući činjenicu da se radi o umjetničkom izražavanju kao takvom. Nadalje, primijetio je da je gđa Sinkova mogla pronaći prikladnije načine (ne spominjući koji su to *prikladniji načini*) za izražavanje svojih stajališta ili sudjelovanje u prosvjedima zbog upotrebe prirodnog plina države bez kršenja kaznenog zakona ili vrijeđanja sjećanja na vojnike koji su dali

⁸¹ Zahtjev br. 39496/11, presuda od 27. veljače 2018.

svoje živote braneći svoju zemlju. Konačno je Sud utvrdio da je kazna razmjerna i iz razloga što gđa Sinkova nije odslužila niti jedan dan. U biti, Sud je smatrao da je tužiteljica „samo“ osuđena zbog prženja jaja, a ne zbog izražavanja svojih stavova, čime je na određeni način potkopana bit slobode umjetničkog prosvjeda.⁸² Čini se da je Sud potpuno zanemario promotriti ovaj predmet kao čin umjetničkog izražavanja, negirajući mu formu, sadržaj, kao i kontekst izraza, posebice analiziranjem cilja koji je podnositeljica htjela postići, imputirajući joj mogućnost odabira *prikladnijih sredstava* za postizanje cilja svog izražavanja. Većinsko obrazloženje razdvajanja radnje prženja jaja od njezine namjere – i posljedičnom konstatacijom da nije mišljenje, nego sama radnja za koju je osuđena gđa. Sinkova – pretjerano pojednostavljuje činjenicu da je radnja bila politički motivirana. U gore spomenutom predmetu *Murat Vural protiv Turske*, ESLJP je utvrdio povredu članka 10. i izričito istaknuo da Sud „mora napraviti ' procjenu ' svrhe ili namjere osobe koja izvodi radnju ili ponašanje u pitanju“,⁸³ stavljajući naglasak na društveno-politički kontekst izražavanja. Kada bi ovo obrazloženje primijenili na predmet *Sinkova*, evidentno je da nije bilo procjene namjere podnositeljice zahtjeva, što je rezultiralo pokušajem da se njezin čin izolira od njene inherentno političke prirode a koje zaključivanje odstupa od spomenutog pravnog testa iz predmeta *Murat Vural*. i to bez odgovarajućeg opravdanja.

Problematične aspekte ove presude sumirali su već suci u svom izdvojenom suprotnom mišljenju koji su smatrali da je došlo do povrede čl. 10. djelomično iz razloga što se domaći sudovi nisu pozabavili „svrhom samog nastupa podnositeljice zahtjeva“ i neuzimanjem, od strane domaćih sudova, u obzir satirične prirode nastupa. Nadalje, istaknuli su „nedosljednost“ u stajalištu većine i prethodnoj sudskoj praksi Suda, između ostalog i spomenute presude *Vereinigung Bildender Künstler*, kako će i uvjetna zatvorska kazna „vjerojatno imati zastrašujući učinak na satirične oblike izražavanja“, kao i činjenicu da je kazna bila nerazmjerna ograničenju. „*Kao opća primjedba, ova presuda neizbježno dovodi*

⁸² Strasbourg Observers, OF STATUES AND SANTA CLAUS: DOES ARTICLE 10 PROTECT HOOLIGANISM ACTS ON A HISTORICAL FIGURE'S STATUE?, <https://strasbourgeoisobservers.com/2021/08/25/of-statues-and-santa-claus-does-article-10-protect-hooliganism-acts-on-a-historical-figures-statue/> [pristup: 27. srpnja 2022.].

⁸³ *Murat Vural protiv Turske*, br. zahtjeva 9540/07, od 21. listopada 2014., para 54.

*do pitanja u kojoj mjeri država ugovornica može kriminalizirati uvrede sjećanja i odrediti određene prostore i strukture kao „zabranjene“ za pojedince da iskoriste svoje pravo na prosvjed i izraze svoja mišljenja, na način koji je u skladu s člankom 10. stavkom 2. Postoji stvarni rizik od narušavanja prava pojedinaca da izraze svoje mišljenje i prosvjeduju mirnim, iako kontroverzним sredstvima“.*⁸⁴

Zanimljivo, dvije godine kasnije Sud je donio presudu u predmetu *Handzhiyski protiv Bugarske* gdje je smatrao kako je kažnjavanjem podnositelja (u prekršajnom postupku) za uređivanje kao Djeda Božićnjaka kipa komunističkog vođe u kontekstu političkih prosvjeda na nacionalnoj razini, povrijeđena njegova sloboda izražavanja. Sud je smatrao kako postupci podnositelja zahtjeva imaju elemente satiričnog izražavanja i političkog prosvjeda, ovaj put čini se uzevši u obzir bitne elemente umjetničkog izražavanja. Pri procjeni nužnosti uplitanja Sud je smatrao da se mjere, uključujući razmjernu sankciju, osmišljene kako bi se odvratile radnje kojima bi se mogli uništiti spomenici ili naštetiti njihovu fizičkom izgledu, mogu smatrati potrebnima u demokratskom društvu.⁸⁵ Međutim, razmatrajući čitav niz čimbenika i specifične okolnosti predmeta⁸⁶ Sud je utvrdio kako miješanje u pravo podnositelja nije bilo nužno u demokratskom društvu, unatoč polju slobodne procjene koje uživa država. Presuda se može smatrati nastavkom primjene standarda i kriterija razvijenih u prethodnim slučajevima. Primjerice, u *supra* spomenutim predmetima *Mariya Alekhina i drugi* i *Murat Vural* Sud je utvrdio da su provokativni nastupi predstavljali političko izražavanje zaštićeno pravom na slobodu izražavanja te da miješanje vlasti predstavlja kršenje prava na slobodu izražavanja. Ovakav smjer zaključivanja primijenjen je i u konkretnom predmetu, gdje čak protiv podnositeljica nije vođen kazneni već 'samo' prekršajni postupak.

⁸⁴ *Sinkova protiv Ukrajine*, zahtjev br. 39496/11, presuda od 27. veljače 2018., zajedničko djelomično izdvojeno mišljenje sudaca Yudkivske, Motoca i Paczolaya.

⁸⁵ *Handzhiyski protiv Bugarske*, zahtjev br. 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., para 53.

⁸⁶ Poput same prirode djela, namjera koja stoji iza njege, poruka je nastojala biti prenesena njome i društveni značaj spomenika. U skladu s tim čimbenicima i kontekstom koji stoji iza podnositeljeva djela, Sud je izjavio da je njegova namjera bila prosvjedovati protiv političke situacije u Bugarskoj, odnosno da je podnositelj "jednostavno koristio spomenik gospodina Blagoeva kao simbol političke stranke koju je želio kritizirati" (para 56). V. Strasbourg Observers, *op. cit.* (bilj. 79).

Ova presuda, iako slijedi kriterije utvrđene u ranijim presudama, predstavlja nedosljednost u praksi Suda s obzirom na presudu *Sinkova* gdje je utvrđeno da kaznena presuda, istražni zatvor i (uvjetna) zatvorska kazna za nenasilni umjetnički prosvjed na ratnom spomeniku nisu prekršili članak 10. EKLJP-a. U svom izdvojenom mišljenju sudac Vehabović upravo je to naglasio- nedosljednost Suda- smatrajući kako, na tragu zaključivanja u predmetu *Sinkova*, niti u predmetu *Handzbiyski* nije došlo do povrede čl. 10.⁸⁷

Međutim, između ostalog je ESLJP u predmetu *Handzbiyski* utvrdio da djela koja ne uništavaju ili fizički ne oštećuju spomenike zaslužuju nijansirano razmatranje s obzirom na prirodu i namjeru djela, poruku koja se prenosi, i društveni značaj spomenika.⁸⁸ To je ograničilo opseg *Sinkove* i postupno proširilo zaštitu slobode izražavanja odnosno ostavilo prostora za zaključak da predmet *Sinkova* ipak predstavlja određeno, iako problematično, odstupanje od postojeće prakse, a ne opasan presedan te da će Sud slijediti dobro utvrđene kriterije i standarde zaštite umjetničkog izražavanja.

3. UMJESTO ZAKLJUČKA: ZNAČAJ PRAVA NA SLOBODU UMJETNIČKOGA IZRAŽAVANJA U SUVREMENO DOBA

Za obranu slobode umjetnosti može se navesti nekoliko argumenata. Prvi i osnovni ogleda se u tome da je sloboda izražavanja, pa tako onda i umjetnosti, prepoznata kao jedna od upravo temeljnih odrednica naprednih i demokratskih društava koja teže ka sve većoj slobodi i zaštiti ljudskih prava. Osim toga, umjetnost svih vrsta doprinosi izgradnji kulture pojedinoga društva, samim time i pojedinaca, a kultura je jedan od segmenata kako društvenoga, tako i individualnoga identiteta. U tomu smislu bi kočenje umjetnosti predstavljalo korak natrag u društvenome razvoju, pa čak i kada je umjetnost provokativna, gruba u izričaju i pomalo destruktivne naravi. Naravno pod uvjetom da takva umjetnost ne prelazi one granice koje su označene *supra*. Na umjetnosti je, također, da propituje i kritizira. Time se dolazi do drugog argumenta. Umjetnost, osobito ona humoristička i

⁸⁷ *Handzbiyski protiv Bugarske*, br. zahtjeva 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., izdvojeno mišljenje suca Vehabovića, para I-III.

⁸⁸ *Handzbiyski protiv Bugarske*, br. zahtjeva 10783/14, presuda od 6. travnja 2021., paras 54-59.

ponajviše satirička, predstavlja važan mehanizam ne samo kritike, već i svojevrsnog neformalnog oblika nadzora vlasti, čime se umjetnost još jednom svrstava na branik demokratskih vrijednosti. Prednost ovakve vrste kritike nad „ozbiljnom“ kritikom jest u tome što ona „u raznim izražajnim formama na duhovit i smiješan način komentira, odnosno izriče vrijednosni sud o aktualnim političkim i društvenim problemima“.⁸⁹ To je čini lakše razumljivom i pristupačnijom širem sloju društva. Ova je važnost i utjecaj umjetnosti na javno mnijenje prepoznat još 80-ih godina prošloga stoljeća, a o čemu je bilo riječi u prethodnim poglavljima. Posljednji, ali nipošto ne i najmanje važan argument, više je psihološke ili medicinske prirode. Naime, provedene studije upućuju na to da uporaba umjetnosti može za posljedicu imati smanjenje stresa, anksioznosti i poremećaja raspoloženja.⁹⁰ I to, barem tako studije sugeriraju, za razne skupine od djece, starijih osoba, preko ranjivih pojedinaca.⁹¹ Odnos umjetnosti i psihologije još se uvijek intenzivno istražuje i mnogo je stvari i dalje nejasno, ali se širu elaboraciju ove tematike ipak treba prepustiti za to stručnim osobama i disciplinama.

Nadalje, što zaključiti vezano uz praksu Suda glede slobode umjetničkog izražavanja?

Najveća dosljednost Suda vidljiva je u predmetima koji predstavljaju govor mržnje i pozivanje na nasilje jasno utvrđujući kako govor mržnje kao takav kao i pozivanje na bilo kakav oblik nasilja, Sud ne tolerira niti će uopće razmatrati nužnost i razmjernost ograničenja, već će takvo izražavanje proglasiti nedopuštenim prema čl. 17. Konvencije, neovisno o obliku izražavanja koje se ispituje.

⁸⁹ Turkalj, J., *Zvekan – humor, satira i karikatura kao sredstvo pravaške političke propagande, Povijesni prilozi*, Vol. 18., br. 18., 1999., str. 130.

⁹⁰ Stuckey, H. L., Nobel, J., *The Connection Between Art, Healing, and Public Health: A Review of Current Literature*, dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2804629/> [pristup: 25. kolovoza 2022.]

⁹¹ Mastanadrea, S., Fagioli, S., Biasi, V., *Art and Psychological Well-Being: Linking the Brain to the Aesthetic Emotion*, dostupno na: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.00739/full> [pristup: 25. kolovoza 2022.].

S druge strane, od samih početaka presude u predmetima koje se odnose na slobodu izražavanja, prvenstveno one koje se tiču ograničenja prava radi zaštite morala i prava i sloboda drugih, donose se uz brojna izdvojena mišljenja, vrlo često tijesnom većinom. Koji je razlog tome? Upravo fluidnost pojmova „umjetničko izražavanje“, teško odredive granice istog kao i nepostojanja jedinstvenog, uniformiranog pa čak niti europskog (a kamoli pan-europskog) konsenzusa oko pojma morala. Naime, a kako piše Nowlin, odluke ESLJP-a da podupre intervencije koje ograničavaju slobodu izražavanja u ime zaštite morala mogu biti uistinu 'problematične' jer se logički oslanjaju na nedefiniran, loše definiran ili jednostavno sporan pojam morala i sukobljavaju se sa predanošću ESLJP-a 'pluralizmu, toleranciji i širokogrudnosti'.⁹² Granice su ipak jasnije kada se radi o zaštiti pojedinačnog prava, posebice javnih osoba, prvenstveno političara, gdje unatoč određenim neslaganjima, većina presuda ipak ide u smjeru dopuštanja široke slobode umjetničkog izražavanja putem karikature i satire, a sužavanja polja slobodne procjene države kod ograničavanja navedene slobode. S druge strane, kada su legitimni ciljevi zaštita morala i prava i sloboda drugih, prijepori su bili i ostali brojni. Od prvih presuda donesenih do najnovijih, jasno je kako određivanje granica slobode izražavanja i širina polja slobodne procjene, nisu podložni fiksnim i jasnim kriterijima i smjernicama, već podložni raznim interpretativnim smjerovima. Izmjene u preambuli Konvencije donesene Protokolom 15. kojima se istom proglašava supsidijarna narav Suda odnosno potvrđuje sloboda procjene koju uživaju države ugovornice, svakako ne pridonosi već, do neke mjere i odmaže, pojedincima u zaštiti slobode umjetničkog izražavanja.

Nadalje možemo primijetiti kako Sud nije svojim odlučivanjem u novijim predmetima pokazao veća iznenađenja, iako je bilo za očekivati da će slijediti „društvene promjene“ koje idu u smjeru sve veće zaštite umjetničkog izražavanja i sužavanja polja slobodne procjene koje uživaju države, i to ne samo u predmetima koji se odnose na satiru, karikature i izražavanje koje „vrijeđa“ političare i ostale javne osobe već i u predmetima koji „šokiraju i uznemiravaju“ javni moral i prava

⁹² Nowlin, C., *The Protection of Morals under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, vol. 24, br. 1 (2002) Human Rights Quarterly str. 264-265.

i slobode drugih, iako presuda u predmetu *Handzhiyski* daje naslutiti određene pozitivne promjene.

I dalje širina polja slobodne procjene koju države uživaju ovisi o vrijednosti koja se štiti, pa tako zaštita morala i prava i sloboda drugih, posebice ako se radi o vjerskim slobodama pružaju državi najveću širinu polja slobodne procjene. Čini se da tu umjetnici moraju shvatiti ograničenja moralnih vrijednosti u društvu te vjerskih osjećaja kao legitimno ograničenje za koje će Sud najčešće koristiti mogućnost pozivanja na svoju supsidijarnu ulogu u zaštiti temeljnih ljudskih prava. Unatoč tome, vrlo često možemo vidjeti neslaganje sudaca kod donošenja odluke o povredi iz čega je vidljivo kako unatoč relativno jasnim kriterijima kod ograničenja slobode izražavanja, ipak nije moguće unaprijed znati smjer zaključivanja sudaca niti će ispitivanje nužnosti ograničenja kod svih polučiti isti zaključak. Od prve presude u predmetu *Otto-Preminger*, preko predmeta *Muller i Wingrove*, kao i kasnijih *I.A.* te *Vereinigung* je jasno kako postoji neslaganje sudaca oko granice slobode procjene države kada se radi o zaštiti morala i prava i sloboda drugih.

Zanimljivo, upravo su najnovije presude koje se odnose na slobodu umjetničkog izražavanja izazvale najviše prijepora oko granica slobode umjetničkog izražavanja i zaštite prava i sloboda drugih. Presuda u predmetu *Sinkova* kao što je naglašeno, jedna je od rijetkih u kojima Sud preispituje i formu i sadržaj kao i društveno-politički kontekst umjetničkog izražavanja, čime je potencijalno mogla predstavljati opasan presedan za sve buduće podnositelje zahtjeva. Također, spomenuti predmet je prema mišljenju čitatelja portala *Strasbourg Observes*, proglašena najgorom presudom u 2018.⁹³ a koju je „nedosljednost“ Sud ipak donekle ispravio presudom u predmetu *Handzhiyski*.

Konačno, a bez ulaženja u preveliku polemiku oko ispravnosti biranja smjera odlučivanja u kojem će tako fluidni pojmovi kao moral odnosno njegova zaštita kao i prava i sloboda drugih uživati „veću“ zaštitu od umjetničkog izražavanja, svakako moramo naglasiti kako, unatoč nepostojanju konkretnih smjernica, bi

⁹³ *Strasbourg Observers*, *THE BEST AND WORST ECTHR JUDGMENTS OF 2018 ARE...*, <https://strasbourgobservers.com/2019/02/25/the-best-and-worst-ecthr-judgments-of-2018-are/> [pristup: 27. srpnja 2022.].

možda ipak bilo svrsishodnije u 21. stoljeću, dok god granice umjetničkog izražavanja ne prelaze one jasno utvrđene kojima se ulazi u sferu zabranjenog oblika izražavanja, ipak određenu prednost dati pojedincu i njegovu pravu na slobodu umjetničkog izražavanja uvažavajući sva tri analizirana aspekta slobode umjetničkog izražavanja, kao i da bi umjetničkom izražavanju trebalo posvetiti više pažnje od strane pravne doktrine.⁹⁴

⁹⁴ Kao primjer multidisciplinarnog pristupa u povezivanju prava i glazbene umjetnosti vidjeti: Annunziata, F., Colombo, G. F. (ur.), *Law and Opera*, Springer International Publishing, Cham, 2018.

13. Mržnja prema Drugima – analiza slučaja Parade ponosa u Beogradu 2022. godine

SMILJANA MILINKOV*, MAJA SEDLAREVIĆ**

PRETHODNO ZNANSTVENO PRIOPĆENJE

UDK 342.727.01-055.3

SAŽETAK Osnovna ideja rada je da se, kroz razmatranje teorijskog okvira Drugosti, osvrnemo na psihologiju mržnje koja doprinosi verbalnom, ali i fizičkom ispoljavanju i širenju agresije i nasilja prema drugačijem. Neminovno, to dovodi do ograničenja prava i sloboda osetljivih društvenih grupa. U radu se problematizuje pojam Drugi, Druga, Drugo, Drugačiji i Drugost, koji označavaju jednu istu pojavu – stavljanje određene osobe ili društveno marginalizovane grupe u podređen i/ili diskriminisan položaj. Predmet razmatranja je mržnja prema LGBTQ osobama, koje su pored žena i izbeglica i/ili migranata, najčešće izložene diskriminaciji i nasilju. Fokus rada je na dekonstrukciji pojma identiteta kao datosti i pokazivanju njegove višeslojnosti, promenljivosti, raznovrsnosti i hibridnosti kao rezultata društvenih i životnih okolnosti, jer upravo zbog nerazumevanja ili nepriznavanja prava na različitost dolazi do diskriminacije, homofobije i ksenofobije i drugih oblika ugrožavanja ljudskih prava. Pojedinci ili osetljive grupe izloženi su nasilju zbog nekog od svojih identiteta ili zato što nasilnicima taj identitet predstavlja problem. U savremeno digitalno doba sve je teže napraviti jasnu distinkciju između medijskog i sadržaja publikovanog na društvenim mrežama pošto vrlo često dolazi do međusobnog preplitanja. Stoga, kao ilustracija dominantnog javnog diskursa u vezi sa organizovanjem evropske Parade ponosa u Beogradu u ovom radu analizirani su primeri medijskog izveštavanja, ali i komentara na društvenim mrežama.

KLJUČNE RIJEČI drugost, ljudska prava, LGBTQ osobe, mržnja, solidarnost

1. UVOD

Polazeći od postulata da „niko nije slobodan dok svi nismo slobodni“, u ovom radu bavimo se prevashodno uticajem javnog diskursa, medijskih objava i izjava

* **Dr. sc. Smiljana Milinkov**, izvanredna profesorica Odsjeka za medijske studije Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, e-mail: smilinkova@gmail.com

** **Mr. sc. Maja Sedlarević**, doktorandica, Interdisciplinarne doktorske studije u području društveno-humanističkih znanosti, Filozofski fakultet Sveučilišta u Novom Sadu, e-mail: majasedlarevic77@gmail.com

pripadnika političke i društvene elite, na ophođenje većine prema ugroženim, manjinskim grupama. Ideja je bila da se fokusiramo na položaj žena i izbeglica/migranata, ali, s obzirom na to da je, u momentu pisanja, aktuelna postala najava zabrane održavanja Evroprajda u Beogradu (održanog 17. 9. 2022. godine), u ovom radu, kao studiju slučaja, analiziraćemo objave o položaju LGBTQ populacije i stavovima o održavanju Evroprajda.

Kroz primere koje ćemo navesti u radu, analiziraćemo pojam Drugi, Druga, Drugo, Drugaćiji i Drugost, koji označavaju pojavu stavljanja određene osobe ili društveno marginalizovane grupe u podređen i/ili diskriminisan položaj.

Dekonstruišući pojam identiteta kao datosti i pokazujući njegovu višeslojnost, promenljivost, raznovrsnost i hibridnost kao rezultata društvenih okolnosti i aktuelnog trenutka, naglasićemo suštinsku ulogu medija u percepciji svih ovih pojava. Zadatak medija, i njegova prevashodna uloga, jeste afirmacija određenih vrednosti, kreiranje poruka koje utiču i oblikuju mišljenje i stavove (ali i ponašanje) javnog mnjenja, stoga je od najveće važnosti kakve (i koje) identitete promovišu, kada mediji na određeni način predstavljaju određenu osobu i/ili grupu, takva slika postaje norma.

Kroz teorijski okvir Drugosti, osvrnućemo se na psihologiju mržnje (i dobrote), ali i problem govornog i/ili pisanog čina koji doprinosi širenju mržnje i nasilja prema drugačijem. Analizirajući medijski diskurs, uočile smo da su diskriminaciji i mržnji dodatno izložene posebno osetljive grupe, poput žena, izbeglica, pripadnika određenim nacionalnih i etničkih zajednica, kao i osobe drugačije seksualne orijentacije.

Mržnja koja se širi prema određenim manjinskim grupama verovatno se može objasniti strahom od Drugog i Drugaćijeg, kao i činjenicom da je za sve probleme, nezgode i izazove najlakše optužiti manjinke – bilo strance, bilo homoseksualce, bilo žene. U mnogome, učvršćivanju predrasuda prema nepoznatom doprinosi poplava lažnih informacija, a neke od onih koje su postale gotovo svakodnevna pojava jesu da *migranti dobijaju srpske kuće i otimaju Srpkinje*¹, kao i da preti

¹ <https://direktno.rs/vesti/drustvo-i-ekonomija/257989/poslanica-sns-bi-da-srpske-kuce-naseli-migrantima-video.html> [pristup: 14. studenoga 2022.].

MRŽNJA PREMA DRUGIMA – ANALIZA SLUČAJA PARADE PONOSA U BEOGRADU 2022. GODINE
opasnost *islamizacije Srbije*² ili da su *pederi i lezbejke krivi za loš natalitet u Srbiji*³ ili da *Zapad planira da u Beogradu iscenira sukobe dovodeći više desetina hiljada homoseksualaca iz Evrope i sveta, jer je cilj da se napravi nova kvislinška Vlada Republike Srbije koja bi ušla u NATO, priznala nezavisnost Kosova i uvela sankcije Rusiji*⁴.

Države istočne Evrope su u zaostatku u odnosu na osnovna ostvarena prava građanki i građana LGBTQ zajednice, paralelno sa nasilnim odbacivanjem različitih izbeglica i migrantskih zajednica, kao i transrodnih osoba, koji su globalno tretirani kao izgnanice i izgnanici. Kako piše Gržinić⁵, u Evropi, parade ponosa su posebno bile važne nakon pada Berlinskog zida i perioda tranzicije socijalizma u post-socijalizam u kontekstu otvaranja agende ljudskih prava i otvaranja pitanja vidljivosti u vezi sa rasom, polom, klasom. Uporedo sa tim, dolazi i do formiranja problematičnih identiteta kao što su homonacionalni, koji idu u korak s intenziviranjem globalnih, kapitalističkih postupaka i medijske, javne i političke diskriminacije. „U vreme sadašnjeg neoliberalizma koji je bez izuzetka krut i pod nadležnošću heteroseksualnosti, patrijarhata i šovinizma, sve se to intenziviralo u smislu nasilja, vidljivosti jednih i nevidljivosti drugih“.

Upravo u Republici Srbiji svedočimo diskutabilnosti dostupnosti i ostvarenja postignutog stepena zaštite i unapređenja ljudskih prava i to u slučaju položaja LGBTQ zajednice, kojoj stečena prava vrlo lako „iskliznu“ i, na primer, ranije dogovoreno i zakazano okupljanje jednom odlukom može biti zabranjeno. Nema garancija za poštovanje Ustava i zakona kada su ljudska prava u pitanju.

<https://www.youtube.com/watch?v=oojwcuRvWVQ> [pristup: 14. studenoga 2022.].

² <https://www.koreni.rs/islamizacija-srbije-odmacivanje-stranaca/> [pristup: 14. studenoga 2022.].

³ <https://www.telegraf.rs/vesti/1157574-pitamo-i-vas-zasto-srbi-mrze-pedere-foto/komentari/podrzani>. [pristup: 14. studenoga 2022.].

⁴ <https://naslovi.net/2022-09-01/nova/boskova-teorija-stizu-homoseksualci-da-priznaju-kosovo-i-vedu-sankcije-putinu/31433787> [pristup: 1. rujna 2022.].

⁵ Gržinić, M., Predgovor, u Kesić, S. (ur.), *Tako se kalio kvir...u savremenoj istočnoevropskoj umetnosti i kulturi*. Mediterran publishing, Novi Sad, 2020., str. 14-15.

2. POŠTOVANJE LJUDSKIH PRAVA – UZAJAMNA POVEZANOST I
ODGOVORNOST

„Jedino poznato o ljudskoj prirodi je da se ona menja. Promena je jedina osobina koja joj se može pripisati“, pisao je Oskar Vajld⁶ krajem 19. veka konstatujući da režimi koji se oslanjaju na nepromenljivost ljudske prirode propadaju.

I Viks⁷ (Weeks) krajem 80-ih 20. veka, promišljajući o društvenoj konstrukciji, piše da identitet nije urođen, unapred dat, niti prirodan, te da se do njega stiže „stremljenima, nadmetanjima, kompromisima i podvizima, često kroz borbe potčinjenih s dominantnima“.

Problematizovanjem pojma identiteta, kao i toga šta sve on sadrži i koje sve identitete poseduje jedna osoba, lakše ćemo objasniti strah od nepoznatog i širenje neistina o osobama koje identitetski ne spadaju u skupine koju čini većina. Razrađujući odnos jezika i raznih oblika identiteta, Bugarski navodi da u naukama o čoveku pod identitetom (lat. *identitas*, od idem 'isto') „obično se podrazumeva skup i kontinuitet suštinskih svojstava kojima se neka ljudska grupa ili jedinka definišu naspram drugih, obezbeđujući tako svoju 'samoistovetnost'. To je, dakle, osećanje pripadnosti datom kolektivu (mi), odnosno svest o sopstvenoj ličnosti (ja).“⁸

Prema Milinkov i Sedlarević⁹, identitet svake osobe složen je i niko nema samo jedan, niti su identiteti trajne kategorije. Svaka odlika identiteta može biti (i jeste) promenljiva i zavisi najčešće od socijalnih karakteristika i ambijenta u kome živi jedna osoba. Svaki pojedinac ili pojedinka pripadaju različitim društvenim grupama, skupa sa drugim ljudima koji i sami u sebi nose svoje višestruke identitete. Identiteti dvaju osoba mogu se podudarati samo u jednoj ili u više karakteristika, a kada govorimo o različitim identitetima koji sa jedne strane mogu

⁶ Vajld, O., *Duša čovekova u socijalizmu*. Karpos, Loznica, 2009., str. 52.

⁷ Viks, Dž., *Protiv prirode: ogledi o društvenom konstruisanju identiteta*. Karpos, Loznica, 2015., str. 20.

⁸ Bugarski, R., *Jezik i kultura*, Biblioteka XX vek i Knjižara Krug, Beograd, 2005., str: 67.

⁹ Milinkov, S; Sedlarević, M.; *Mržnja prema Drugima: solidarnost s Drugima*, Filozofski fakultet, Novi Sad, 2021.

biti promenljivi, a sa druge kao svojstvo više osoba od njih činiti društvenu grupu, možemo govoriti o, na primer, etničkom, nacionalnom, kulturnom, konfesionalnom, socijalnom, regionalnom i drugim vrstama ili podvrstama identiteta – od polnog, seksualnog i uzrasnog do profesionalnog i političkog.

Veoma je važno napomenuti i to da to što je jednoj osobi značajno da ističe jedan svoj poseban identitet (na primer, etnički) ne znači da to važi za svakog, te na primer drugoj osobi može da bude najvažnije da istakne kom polu/rodu pripada, koje je profesije, gde joj je zavičaj, koji joj je maternji jezik ili koja su joj politička, verska uverenja, odnosno seksualna orijentacija. U naučnom smislu je nedopustivo kompleksnost identiteta svesti na samo jednu ili na nekoliko karakteristika i veoma često ovakav pristup za cilj ima čistu manipulaciju.

Upravo kao plod procesa definisanja i samodefinisanja, a ne kao rezultat seksološkog ili medicinskog etiketiranja i istorijskog narativa, Viks¹⁰ pojašnjava savremene lezbejske i gej identitete, naglašavajući važnost kolektivne aktivnosti i samoostvarivanja. Kako dalje navodi, *zajednica* je ono što predstavlja uzajamnu povezanost i odgovornost. „Vrednosti humanizma, kolektivnog pregnuća i individualne slobode ne zavise od navodnog 'prirodnog muškarca' ili 'žene', nego od politike i etike koje za sebe oblikujemo u ovoj istorijskoj sadašnjosti“.

Da bi se izbeglo subjektivno razumevanje i eventualno pogrešno tumačenje i interpretiranje individualnih i kolektivnih prava, po završetku Drugog svetskog rata i razornog iskustva fašizma i nacizma, savremeno društvo je pribeglo procesu normiranja radi zaštite ljudskih prava i odgovornosti. Najbolji primeri za jasno definisanje ljudskih prava i obaveza koje je društvo preuzelo u svrhu njihove zaštite jesu Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, usvojena 1948. godine, i Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine.

Sloboda govora, kao uostalom i generalno ljudska prava, nije bezuslovna, već je jasno ograničena i doseže do one tačke dok se ne narušava pravo ili život druge osobe. Stiče se utisak da se u prostranstvo interneta doživljava kao otvorenost da se

¹⁰ Viks, Dž., *Protiv prirode: ogledi o društvenom konstruisanju identiteta*. Karpos, Loznica, 2015., str. 21-22.

govori ili radi šta god, pa i da se neko mrzi samo zato jer je drugačiji. Dodatni faktor koji doprinosi širenju kiber mržnje (*cyberhate*) jeste taj osećaj anonimnosti, što je samo iluzija, jer je često lakše pronaći nekog ko je komentarisao na internetu nego nekog ko je ispisao grafit mržnje na zgradi. Ovo se može navesti samo u potencijalu, jer u našem društvu se daleko ređe reaguje i sankcioniše onlajn nasilje, jer je ono, nažalost, sastavni deo populistike retorike i dominantnog političkog diskursa.

Kako navode Milinkov i Sedlarević¹¹, ljudska prava, posebno ženska i prava LGBTQ osoba, ne samo da se svakodnevno ugrožavaju, nego se i njihovo ugrožavanje i promovise, naročito u javnom govoru i medijskim objavama. Postalo je društveno prihvatljivo (ponekad se čini i poželjno) promovisati mizoginiju, svaku vrstu seksizma, homofobije i vulgarnosti kada se govori o ženama u javnoj sferi. Žene kao Drugost predstavljene su uvek kao bića nižeg reda na kojima se, najčešće bez sankcija, može verbalno, ali i drugačije, izživljavati. Identična situacija je i kada je reč o LGBTQ pojedincima i grupama.

U ovom radu, termini Drugi, Drugo, Drugačiji i Drugost označavaju jednu istu pojavu – stavljanje određene osobe ili društvene (marginalizovane) grupe u podređen i/ili diskriminisan položaj.

Za shvatanje problema i specifičnosti pozicije Drugosti, ključno je uspostavljanje komunikacije. Pojava otpora i straha prema nepoznatom i drugačijem razumljiva je, ali i sputavajuća, ukoliko se ne radi na prevazilaženju istog.

3. POJMOVI DRUGOSTI I MRŽNJE

Drugost – suštinska ideja koju je razvila Simon de Bovoar (Simone de Beauvoir) u knjizi *Drugi pol* (1949), u kojoj objašnjava kako je u patrijarhalnoj kulturi žena predstavljena kao negativitet, nesuštinsko odstupanje, nenormalnost u odnosu na muškarca. Kategorija Drugog, smatra de Bovoar, isto je tako urođena kao i sama svest – Drugost je osnovna kategorija ljudske misli. Nijedna zajednica se ne definiše kao Jedno bez neposrednog postavljanja prema sebi Drugog.¹²

¹¹ Milinkov; Sedlarević, *op. cit.* (bilj. 9).

¹² *Ibid.*

Sama egzistencija, prema Hani Arent (Hannah Arendt), nije suštinski nikada izolovana, jer ona jeste samo u komunikaciji i u znanju o drugim egzistencijama. Arent pojašnjava da egzistencija nije forma bivstvovanja, nego forma ljudske slobode. „Pri tom, reč egzistencija izražava to da stvarnost za čoveka postoji samo ako se on kreće u toj svojoj sopstvenoj slobodi koja počiva na spontanosti i ako je u komunikaciji usmeren na slobodu drugih“.¹³

Prema pojedinim teoretičarima¹⁴, svaki subjekt konstruisan je putem isključenja što je od ključne važnosti za promišljanje odnosa između psihičkog i društvenog, vrlo često je to isključenje politički upadljivo, a posledica dominacije moći su traumatske pojave. Kesić¹⁵ pojašnjava kako oblikovanje subjekta omogućava njegovo potčinjavanje a isključenje predstavlja način na koji deluju istorijski promenljive društvene zabrane. Potčinjeni *drugi* (homoseksualci, neevropeidne rase), ne samo što je isključen / potisnut, već se i sama hegemonistička politika uvek oslanja na vlastiti odbačeni pojedinačni sadržaj – vršenje moći koje sebe ozakonjuje kao zakonito, snošljivo, kršćansko...oslanja se na niz javno odbačenih opscenih rituala nasilnog ponižavanja potčinjenih.¹⁶

Ukazujući na prirodu i granice onog što ljudska bića duguju jedna drugima, Vejl¹⁷ se distancira od ontološke i usmerava ka filozofiji baziranoj na etici i pojmu Dobra. Međutim, češće i više svedočimo pojavi Mržnje.

Mržnja se može definisati kao najrazorniji osećaj, emocionalni stav, sindrom, generalizovana ljutnja ili poriv za obezvređivanjem drugih.¹⁸ Premda se radi o vrlo specifičnom stanju, istraživanja mržnje su u psihologiji retka, a razlozi su, kako pojašnjavaju u Zagrebačkom psihološkom društvu, metodološki, ali i konceptualni, jer se mržnja ne smatra uobičajenom emocijom. Međutim, dodaje

¹³ Arent, H., *Šta je filozofija egzistencije?* Beograd: Dosije studio, Beograd, 2013, str.33

¹⁴ Butler, J.; Laclau, E.; Žižek, S.; *Kontingencija, hegemonija, univerzalnost: savremena rasprave na ljevici*, Jesenski i Turk, Zagreb, 2007.

¹⁵ Kesić, *op. cit.* (bilj. 5), str. 23

¹⁶ *Ibid.*, str. 28

¹⁷ Vejl, S.; *O ukidanju političkih partija*. Službeni glasnik, Beograd, 2018.

¹⁸ Preuzeto sa sajta Zagrebačkog psihološkog društva. <https://zgpd.hr/2020/02/25/zasto-zapravo-mrzimo/> [pristup: 8. travnja 2021.].

se, na promenu odnosa istraživača, utiče pojava kulture mržnje, odnosno porast stepena mržnje u raznim društvima i životima svih ljudi danas, što ostavlja posledice, kako na društvo, ali i emocionalno, psihološko i fizičko zdravlje pojedinca. Mržnja nastaje kada se predmet (objekat) mržnje, a to može biti neki događaj, osoba ili grupa sagleda kao negativna i neugodna, bezobzirna, nemoralna i zla.¹⁹

Problem je dodatno otežan kada je osećaj mržnje ili, još drastičnije i sve prisutnije, kultura mržnje usmerena prema nekoj osobi ili grupi samo zato što se ne nalazi unutar okvira koji se često potpuno neargumentovano postavlja kao merilo normalnosti, kada je mržnja usmerena prema nekom samo zato što je stran, nepoznat, zato što je Drugost.

Jedna od poluga na kojoj počiva moć jeste diskurs, jer proizvodi znanje koje oblikuje percepciju i praksu. Prema Holu, *sistem reprezentcije* ostavlja posledice kako na one koji ga upotrebljavaju, tako i na one koji su mu *potčinjeni*. „Zapad je stvorio mnogo različitih načina govora o sebi i Drugima“.²⁰

U konstrukciji negativne *slike* Drugosti polaznu osnovu predstavljaju predrasude i stereotipi. Ukoliko predrasude počivaju na mišljenju bez prethodnog prosuđivanja, stereotipi se mogu definisati kao šabloni koji daju uvek isti otisak. Prema Gilmanu, stereotipe karakteriše i dualizam, podela na parove suprotnih značenja (*dobro* i *loše*) i na taj način reflektuje društvene i političke ideologije određenog vremena. „Dubinska struktura našeg vlastitog sopstva i sveta počiva na iluzornoj slici sveta podeljenoj na dva tabora *nas* i *njih*. *Oni* su ili dobri ili *loši*“.²¹

A u oblikovanju i definisanju političke stvarnosti, kako navodi Hol²², važna je upravo integrativna, pojašnjavajuća i legitimišuća moć koju imaju mas-mediji, pogotovo u slučaju nepoznatih, problematičnih ili pretećih situacija. Naime, kada mediji uporno predstavljaju pojedine osobe ili grupe na određene načine takva

¹⁹ Vranić, A., *Zašto, zapravo, mrzimo?*, 2020., <https://zgpd.hr/2020/02/25/zasto-zapravo-mrzimo/> [pristup: 8. travnja 2021.].

²⁰ Hol, S., *Mediji i moć*, Karpos, Loznica, 2013., str. 71.

²¹ Gilman, 1985., u: Hol, S., *Zapad i ostatak sveta: diskurs i moć*, Karpos, Loznica, 2018., str. 57.

²² Hol, S., *Mediji i moć*, Karpos, Loznica, 2013., str. 65.

MRŽNJA PREMA DRUGIMA – ANALIZA SLUČAJA PARADE PONOSA U BEOGRADU 2022. GODINE
medijska slika postaje prihvaćena kao norma. Medijski sadržaji koji podstiču stereotipe, ignorisanje, isključivanje, predrasude, nekritičko mišljenje ili šire mržnju dovode do ozbiljne neravnopravnosti u društvu. U savremeno digitalno doba sve je teže napraviti jasnu distinkciju između sadržaja u tradicionalnim medijima i sadržaja publikovanog na društvenim mrežama, jer vrlo često dolazi do međusobnog preplitanja. Stoga, kao ilustracija dominantnog javnog diskursa u ovom radu analizirani su primeri medijskog izveštavanja, ali i komentara na društvenim mrežama.

4. STUDIJA SLUČAJA – ZABRANA/OTKAZIVANJE/ODGAĐANJE EVROPRAJDA U BEOGRADU

U 21. veku prajdovi predstavljaju najmasovnije i najglasnije javno i redovno godišnje izražavanje podrške ljudskim pravima i ravnopravnosti. Najbitniji aspekt prajda je njegova logika razotkrivanja, koja pretpostavlja da neheteroseksualnost nije samo privatni aspekt individue, već da je reč o potencijalno promenljivom identitetu koji treba da prestane da bude sramotna tajna i postane legitimno priznat način postojanja u svetu.²³

U sredinama gde je pokret za prava kvir populacije jak, prajdovi se organizuju u vidu javnih uličnih povorki i parada u trajanju od nekoliko dana, dok u sredinama u kojima se LGBTQ osobe i dalje tretiraju kao „kriminalci, psihijatrijski slučajevi, ili socijalni devijanti, lica sa nekim sramotnim navikama ili porocima, dešava se, kao što je, na primer, bio slučaj sa beogradskim prajdom iz 2014. godine da zvanične izjave o 'Danu ponosa', date kako od strane političara tako i od kvir aktivistkinja i aktivista, budu oblikovanje istim ambivalentnim diskurzivnim strategijama – oni su hvalili ulogu i značaj države, umesto karnevalske radosti razlika i moći ljubavi, karakterističnih za prajd kao kulturni, društveni i politički događaj“.²⁴

²³ Kesić, *op. cit.* (bilj. 5), str. 65

²⁴ Rosić Ilić, 2015, str. 134, u: Kesić, *op. cit.* (bilj. 5), str. 66

Prema Radoman²⁵, u poređenju sa zapadnim demokratijama, Parada ponosa u Srbiji ima specifičnu istoriju koju su u početku karakterisali: nasilje, zabrana od strane države, nepostojanje kontinuiteta u održavanju, razjedinjenost aktivista i nedostatak jasne politike aktivista.

Ipak, sporadično se pojavljuju informacije o pojedinačnim slučajevima napada i nasilja prema pripadnicima LGBTQ populacije, upadima u njihove klubove, diskriminaciji na osnovu seksualne orijentacije i slično. Nedavno je i gej aktivista Boban Stojanović posvedočio o nizu različitih napada koje je doživljavao tokom godina, a koji su bili razlog zašto je odlučio da sa partnerom napusti Srbiju.

„22. avgusta 2016. godine, napala su me dvojica meni nepoznatih mladića u Ulici carice Milice na Zelenom vencu. Vraćao sam se u iznajmljeni stan u koji smo se preselili nakon što su članovi neonacističke grupe Kombat 18 napali moj stan na Vidikovcu u jesen 2013. Događaj je izgledao ovako: idem ulicom i dvojica mladića se zaustavljaju ispred mene. Zbunjen sam, izgledaju pristojno. Pokušavam da ih zaobiđem, ali jedan pita: Gde bežiš, pederu? Zatim sledi: Znamo ko si! Brate, čemu ta parada i to? Moj odgovor je: Momci, zaista nema potrebe za ovim. Jedan stavlja ruku na moje rame. Znam da to nije dobar znak. Nemam gde. Oni su ispred. Sa leve strane prodavnice, sa leve ulica. Trotoar u Carice Milice je relativno uzak. Dobijam udarac najpre u rame, a potom u glavu, u predelu desnog uha. Podižem glavu i primećujem da oko mene stoji barem osmoro ljudi. Starija žena u plavom kostimu, sede kose skupljene u punđu, skrštenih ruku o kojima visi torbica, stoji i gleda. Naslonjena na vrata prodavnice, dok puši, devojka iz obližnje bakalnice, mladićima koji su me napali dobacuje Ej! i pokazuje na kameru iznad vrata. Zarobljen u krugu posmatrača čekam sledeći udarac. Međutim, odgurnu me, nastave svojim putem govoreći: Peder, ljudi, evo ga peder!“²⁶

Sa druge strane, posle nekoliko godina uspešnog održavanja beogradskog Prajda, bez ijednog incidenta i ugrožavanja bezbednosti učesnika, Beogradu je dodeljena organizacija Evroprajda, manifestacija koja se održava u zemljama koje imaju

²⁵ Radoman, M., Kako prema inkluzivnijem Prajdu? Višestruke diskriminacije i beogradska Parada ponosa. *U Mrežama drugosti: Intersekcionalnost i LGBT aktivizam u Srbiji i Hrvatskoj*. Mediteran publishing, Novi Sad, 2019., str.235.

²⁶ <https://pescanik.net/zasto-sam-otisao/> [pristup: 1. rujna 2022.].

MRŽNJA PREMA DRUGIMA – ANALIZA SLUČAJA PARADE PONOSA U BEOGRADU 2022. GODINE
tradiciju organizovanja Prajda. Sve ovo dogovoreno je još 2019. godine, ali je zbog pandemije COVID-19 manifestacija prolongirana i planirana za 17. septembar 2022.

Tada se to nije moglo pretpostaviti, ali, još početkom leta moglo se naslutiti da će održavanje Evropajda u Beogradu biti pod znakom pitanja. Naime, „baš u toku konkursa za dodelu nacionalnih frekvencija u programu jednog od medija kandidata, inače televizije sa višegodišnjim stažom problematičnog sadržaja, emitovana je emisija 'Posle ručka' (*Happy*, 7. jun 2022. godine) u kojoj je između ostalih vrlo zabrinjavajućih konstatacija, navedeno i da bi organizacija EuroPajda u septembru u Beogradu mogla da doprinese širenju epidemije majmunskih boginja“.²⁷ Bez obzira na medijski sadržaj koji širi teorije zavere i neproverene informacije, podiže paniku i podstiče homofobiju, nekoliko nedelja kasnije navedena televizija je od strane Saveta Regulatornog tela za elektronske medije (REM) dobila privilegiju da i dalje emituje program na teritoriji Srbije.²⁸

Ispostavilo se da je ovo bio tek početak orkestrirane hajke crkve, države, desničarskih organizacija i ekstremista na pripadnike i pripadnice LGBTQ zajednice i organizatore Evropajda.

Prvi nagoveštaj organizovanih medijskih objava protiv LGBTQ populacije i organizovanja Evropajda bili su napisi koji su počeli da se pojavljuju početkom avgusta 2022. godine, a koji su sadržali delove video zapisa za koji se tvrdilo da kruži društvenim mrežama, a u kome visoki velikodostojnik Srpske pravoslavne crkve, vladika banatski Nikanor u besedi javno proziva premijerku Republike Srbije Anu Brnabić (autovanu lezbejku, prim. aut), zbog najave održavanja Evropajda u Beogradu. On, između ostalog, kako navode mediji, u pomenutoj besedi kaže i sledeće: „Izreći ću kletvu tima, ali ne nad njihovim porodicama i njihovoj deci. Zapravo, oni i nemaju dece, jel tako? Oni ne poznaju svoju decu, oni nisu ni roditelji, šta su oni. Hoćemo li dozvoliti da slušamo onu koja je oskrnavila našu zemlju, kojoj ako ime izgovorim ne mogu božje ime izgovoriti? Onu koja je

²⁷ <https://novinarska-skola.org.rs/sr/za-drustvo-ravnopravnosti-protiv-normalizacije-nasilja/> [pristup: 1. rujna 2022.].

²⁸ <https://www.slobodnaevropa.org/a/rem-frekvencije-srbija-pink-happy-b92/31965380.html> [pristup: 15. studenoga 2022.].

dozvolila da njen rođeni brat bude otac njenog sina? Hoćemo li to dozvoliti“, rekao je vladika Nikanor.²⁹

S obzirom na to da su se ovo verbalno nasilje i govor mržnje širili društvenim mrežama neverovatnom brzinom i ubrzo postali viralni, kao direktna posledica reči vladike Nikanora, desilo se i fizičko nasilje u gradskom prevozu u Beogradu kada je momak napadnut samo zato što je napadačima delovao kao pripadnik LGBTQ zajednice, o čemu je izvestila organizacija Da se zna.³⁰

Još 19. avgusta, nekoliko dana pre nego je to zvanično učinio predsednik Republike Srbije Aleksandar Vučić, gostujući u programu *RTV Pink*, glavni i odgovorni urednik prorežimskog tabloida *Informer* Dragan J Vučićević najavio je da „gej parada neće biti održana zbog bezbednosne situacije u zemlji“ i da je to zvanična odluka. „Ovo nije trenutak za Evroprajd! On je otkazan do daljnjeg, jer za njega nije trenutak. Preti nam ozbiljna opasnost od rata i to je tema od koje zavisi naša sudbina!“³¹

Nakon toga, uz objavljivanje informacije da će dosadašnja premijerka ponovo biti mandatarka Vlade Republike Srbije, predsednik Republike Srbije, Aleksandar Vučić saopštio je da Evroprajd neće biti održan, jer će ga Vlada zabraniti zbog nepovoljne bezbednosne situacije u zemlji, Kosova, Otvorenog Balkana...

Kasnije, dopunio je svoj stav izjavom da se „Evroprajd neće održati makar me zvao i Džozef Bajden lično“, nakon čega su usledile i reakcije predstavnika SAD i Evropske unije da su „slobode mirnog okupljanja i izražavanja suštinske komponente zdrave demokratije“.

U međuvremenu, organizatori Evroprajda su se oglasili i saopštili da Evroprajd nije otkazan, jer to mogu da učine samo oni, a ne država, a na ovo su reagovale i brojne organizacije i političke stranke. Nepobitna činjenica je, takođe, da bi zabrana

²⁹ <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/vladika-nikanor-javno-prozivao-premijerku-brnabic-zbog-europrajda-video/> [pristup: 1. rujna 2022.].

³⁰ <https://twitter.com/dasezna/status/1559138756497637376> [pristup: 1. rujna 2022.].

³¹ <https://informer.rs/vesti/politika/728528/evroprajd-europrajd-otkazan> [pristup: 1. rujna 2022.].

Prajda bila novo kršenje Ustava Republike Srbije, poput ranijih presuda Ustavnog suda koje zabrane Prajda iz 2011, 2012. i 2013. godine proglašavaju neustavnima.

Primeri medijske hajke prema Drugosti je bezbroj, svakodnevno svedočimo novim. Ipak, za kraj ovog dela rada, izdvojile smo dva citata sa društvenih mreža beogradske dramaturškinje i profesorke Biljane Srbljanović, dokazane prijateljice i podržavateljke LGBTQ zajednice i kume jednog od beogradskih prajdova prethodnih godina.

Prvi komentar, možda i najbolje, opisuje trenutak i proces proganjanja, diskriminacije i verbalnog nasilja prema LGBTQ zajednici:

„Ovo kroz šta prolaze pripadnici LGBTQ zajednice poslednjih nedelja i meseci je pravo zlo. Verbalno nasilje i otvorena, a nesankcionisana najava fizičkog nasilja, ponižavanje, pretnje, difamiranje, vređanje, medijsko pružanje prostora siledžijama i diletantima da se nad LGBTQ osobama izivljavaju, a pod izgovorom slušanja „druge strane“ je nepodnošljivo.“³²

Drugi komentar mogao bi poslužiti kao edukativno štivo i medijima, ali i državi, pa i svima koji bi nešto želeli da kažu na temu održavanja Prajda:

„Otkazati, zabraniti, odložiti Europrajd je čak i nemoguće – jer nije u pitanju samo jedna *šetnja*, u pitanju je desetine i desetine kulturnih, umetničkih, edukativnih, stručnih i debatnih programa: izložbe, predstave, razgovori u okviru zajednice i van nje, na sve važne teme koje se tiču LGBTQ identiteta, zatim, koncerti, performansi, scenski događaji, premijere, radionice, medijski sadržaji, potom stotine već kupljenih avio-karata, plaćenog smeštaja za učesnike i turiste, transport scenografija, opreme, plaćanje osiguranja, višemesečni (čak i višegodišnji) rad umetnika i saradnika iz cele Evrope na programu osmišljenom upravo za beogradski Europrajd, sve ovo je nemoguće otkazati i poništiti... ...Čak i da se otkáže samo ta šetnja, taj simbol ljudskosti i dostojanstva LGBTQ osoba, a sve ostalo održi – bilo bi poražavajuće i strašno tužno. Prajd se zove prajd, jer je ponos suprotan stidu. Kada nevinim ljudima neprestano namećete osećaj da su manje vredni, da o sebi treba da ćute, da se kriju, da se sebe stide, da sramota biti 'to', kako

³² <https://javniservis.net/komentar/biljana-srbljanovic-bolest-drustva/> [pristup: 4. rujna 2022.].

uvredljivo vole da kažu, strahovit napor je potreban da se opresiji suprotstavi. Nije Parada ponosa smotra seksualnih praksi, ona je procesija ugroženih i diskriminiranih ljudi, koje društvo uporno primorava na sram, a koji – tek kada se okupe u grupu, u zajednicu, u protesnu šetnju tog jednog dana, imaju snage da brane svoje dostojanstvo. Zato je ponos, ponos u zajedništvu, ponos a ne stid³³.

Tokom sedmica neizvesnosti da li će se najavljeni i od strane Vlade Republike Srbije i zvanično podržani prajd u Beogradu zaista i održati, sem jezika mržnje koji je dominirao društvenim mrežama i pojedinim medijima, mogli su se čuti i glasovi podrške, prevashodno civilnih organizacija, aktivista i aktivistkinja, pojedinih predstavnika akademske zajednice, no ono što je bilo dominantno jeste da je zapravo većina građana i građanki ćutala i posmatrala, kao i ona gore pomenuta „starija gospođa sede kose skupljene u punđu“ dok su nasilnici napadali gej aktivistu.

5. ZAKLJUČAK

Aktuelni trenutak u kom je pisan ovaj rad, nametnuo je da problematizujući odnos društva prema Drugosti, pišemo o položaju LGBTQ zajednice. Nimalo lako, analizirajući medijske tekstove i objave na društvenim mrežama o diskriminaciji LGBTQ osoba i (ne)održavanju zakazanog Evroprajda, predstavljale smo niz primera eklatantnog govora mržnje koji je bio svojevrsni poziv na nasilje prema osobama drugačije seksualne orijentacije.

Od sramnih obraćanja crkvenih velikodostojnika i urednika režimskog tabloida, preko (ne)očekivanog saopštenja predsednika Republike da Evroprajd neće biti održan, a sve to uz objavljivanje da će aktuelna premijerka Ana Brnabić (autovana lezbejka, prim. aut) ponovo biti mandatarka za sastav naredne Vlade Republike Srbije, i odgovora organizatora Evroprajda da manifestaciju mogu da otkazu samo oni koji su je i zakazali, to jest, organizatori, do najave visokih zvaničnika Evropske unije i regiona koji su najavili svoj dolazak na Evroprajd iako je država zabranila događaj, možda je i najbolja slika lošeg, neizvesnog i nedefinisanog, a, samim tim, i

³³ <https://javniservis.net/komentar/biljana-srbljanovic-u-ime-ponosa/> [pristup: 4. rujna 2022.].

MRŽNJA PREMA DRUGIMA – ANALIZA SLUČAJA PARADE PONOSA U BEOGRADU 2022. GODINE
veoma opasnog položaja koji imaju pripadnice i pripadnici LGBTQ zajednice, kao sigurno jedne od najosetljivijih, ali i najugroženijih grupa u Republici Srbiji.

U momentu zaključenja ovog rada³⁴, nemamo informaciju da li će (i u kom obliku) Evroprajd biti održan u Beogradu 17. 9. 2022. godine.

Svedočimo sa jedne strane ekspanziji govora mržnje, diskriminacije, direktnog i verbalnog i fizičkog nasilja usmerenog ka osetljivim grupama, a sa druge strane upadljivom ćutanju velike većine građanki i građana, koji se ponašaju kao da ih se to ne tiče. Zašto je tako lako predati se ćutnji? Šta je ono što omogućava širenje *kulture mržnje*, što se vrlo često posmatra letargično i ćutke, gotovo anestetizirano? Da li tišina posledica straha za sopstvenu egzistenciju?

Možda je problem u *bezličnom konformizmu* ili je u pitanju *moralno slepilo*? Čini nam se da bismo sve najlakše objasnili dominacijom *konformističke apatije ili egocentrizma* u društvu.

Svesna ili ne te činjenice, svaka osoba je barem nekad u životu bila izložena nekom obliku diskriminacije, podređenosti i/ili poniženja, a samim tim bila i u poziciji Drugog/Druge i osetila Drugost. Očekivalo bi se, baš zbog toga, da će empatija Većine prema Manjini i solidarnost sa svima koji u sebi nose Drugost biti na mnogo višem nivou, ali svedočimo da to nije slučaj. Ipak, verujemo da je moguće postići viši stepen razumevanja Drugosti, a mediji svakako u tom procesu imaju jednu od najvažnijih uloga. Samo na taj način može otpočeti promena koja je neophodna svetu u kojem živimo.

Visoki stepen zaštite ljudskih prava svakog građanina i svake građanke bez obzira na bilo koje njihovo svojstvo, opredeljenje, pripadnost bilo kojoj grupaciji ili seksualnu orijentaciju morao bi biti postulat svakog demokratskog, građanskog i savremenog društva, a unapređenje položaja pripadnica i pripadnika osetljivih grupa prevashodni zadatak. Jednom stečena prava moraju biti garantovana ustavom i zakonima, ali i njihovom doslednom primenom, a merama afirmativne akcije država mora činiti sve da omogući ne samo bezbednost, nego i jednake šanse i nesmetan život svim svojim građankama i građanima. Odnosom većine prema

³⁴ Rok za predaju rukopisa je 5. rujna 2022. godine.

M. Miloš, V. Kuzelj, L. Mikac & S. Cindori (ur.)

LJUDSKA PRAVA I PITANJE IDENTITETA

manjini pokazuje se stanje u društvu, kao i opredeljenost države u odnosu na ljudska prava pojedinki i pojedinaca, ali i svih socijalno ranjivih grupa.

14. Razvitak aktivnosti Vijeća Europe i jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava u kontekstu rodnih stereotipa

DARIJA ŽELJKO*

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 341.231.1-055.2

SAŽETAK Duboka ukorijenjenost i štetnost rodnih stereotipa gradualno sve više ulazi u fokus znanstvenih istraživanja, a od donošenja Konvencije o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (poznatije kao Istanbulske konvencije) vidljiva je tendencija porasta posvećenosti i Vijeća Europe navedenoj temi. Posljedično će se u radu uvodno definirati pojam stereotipa i specifičnosti u svezi s rodnim stereotipima, a potom prikazati zakonodavne i sve brojnije *policy* aktivnosti Vijeća Europe u svezi suzbijanja seksizma i rodnih stereotipa. Potrebno je naglasiti kako Vijeće Europe opetovano upozorava kako rodni stereotipi onemogućuju odnosno otežavaju ženama pristup pravosuđu (*access to justice*). Nastavno će se u radu analizirati razvoj jurisprudencije Europskog suda za ljudska prava u kontekstu rezistentnih rodnih stereotipa. Naime, još od znamenitih presuda *Konstantin Markin protiv Rusije* te *Carvalho Pinto de Sousa Morais protiv Portugala* ESLJP eksplicitno identificira te ukazuje na štetnost ukorijenjenih rodnih stereotipa, a koji su bili 'okidač' za diskriminatorno postupanje nacionalnih vlasti prema podnositeljima zahtjeva u konkretnim predmetima. Ipak, vidljiva je nevoljkost ESLJP da uoči i dekonstruira itekako prisutne i problematične rodne stereotipe u slučajevima rodno uvjetovanog nasilja, a što će se u radu prikazati kroz analizu izabranih predmeta koji se bave seksualnim nasiljem. Izložena hipoteza o zasad još uvijek nekonzistentnom 'anti-stereotipnom' pristupu Europskog suda za ljudska prava zasebno će se provjeriti na primjeru slučaja protiv Republike Hrvatske.

KLJUČNE RIJEČI suzbijanje rodnih stereotipa i seksizma, Vijeće Europe, jurisprudencija, Europski sud za ljudska prava, seksualno nasilje

* **Darija Željko, mag. iur., LL.M.**, asistentica na „Projektu razvoja karijera mladih istraživača – izobrazba novih doktora znanosti” (DOK-01-2020) Hrvatske zaklade za znanost na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: darija.zeljko@pravo.hr

1. UVODNA RAZMATRANJA O RODNIM STEREOTIPIMA U DOMENI
(MEĐUNARODNIH) LJUDSKIH PRAVA**

Istraživanje stereotipa i predrasuda je samo po sebi interdisciplinarno te su nastanak, propitivanje opstojnosti i suzbijanje stereotipa često tema različitih psiholoških ili socioloških radova.¹ Tim više je uvodno potrebno naglasiti kako je problematika stereotipa tek nedavno postala dijelom rastućih rasprava u međunarodnoj i regionalnoj pravnoj domeni pod utjecajem različitih konvencija i prateće prakse regionalnih sudova za ljudska prava, odnosno prije svega međunarodnih tijela kao što je Odbor Ujedinjenih naroda za ukidanje svih oblika diskriminacije nad ženama.²

Zasad se u različitim međunarodnim pravnim i *policy* dokumentima ustalila definicija stereotipa koju su ponudile autorice Rebecca J. Cook i Simone Cusack, a prema kojima stereotip predstavlja 'općenito stajalište ili predodžbu o atributima ili karakteristikama koje imaju ili bi ih trebali posjedovati, odnosno uloge koje izvode ili bi ih trebali izvoditi, članovi određene društvene skupine.'³ Navedene stručnjakinje stereotipom smatraju 'u svojoj srži uvjerenjem koje može navesti svog nositelja da stvara pretpostavke o članovima pojedine skupine.'⁴ Pojednostavljeno, može se zaključiti kako stereotipi predstavljaju zajednička, generalizirana uvjerenja

** Ovaj rad je dijelom temeljen na završnom specijalističkom (LL.M.) radu „Gender Stereotyping in Cases of Sexual Violence: An Analysis of Regional Human Rights Courts and Croatia“ izrađenom 2019. pod mentorstvom prof. Mathiasa Möschela na Srednjoeuropskom sveučilištu (Central European University).

¹ Brglez, M.; Novak, S.; Tkalec, S., Stereotyping and Human Rights Law: an (Un)conventional Approach of the European Court of Human Rights, *Teorija in praksa*, Vol. 53, br. 5, 2016., str. 1125.; Bojanić, S.; Miloš, B., *Uvod u studije roda: od teorije do angažmana*, Filozofski fakultet u Rijeci, 2019., str. 150.

² Cusack, S., *Building Momentum Towards Change: How the UN's Response to Stereotyping is Evolving* u Brems, E.; Timmer, A. (ur.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia Ltd., 2016., str. 11-16.

³ Cook, R.; Cusack, S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010., str. 9.

⁴ *Ibid.*, str. 20.

kojima se pripisuju specifične karakteristike određenoj skupini ljudi te su isti obično duboko ukorijenjeni unutar pojedinog društva.⁵

Stereotipi nisu *per se* negativni, međutim, ta svjesna ili nesvjesna uvjerenja nerijetko predodređuju odnosno zarobljavaju u društveno prihvatljive uloge te tako služe kao temeljni uzrok diskriminacije.⁶

Ovaj rad se bavi rodnim⁷ stereotipima koje na tragu Cook i Cusack možemo definirati kao određeni podskup generalizacija, odnosno unaprijed stvorenih društvenih i kulturnih obrazaca ili ideja prema kojima su ženama i muškarcima dodijeljena obilježja i uloge određene i ograničene njihovim spolom.⁸

Općenito gledajući, štetni rodni stereotipi predstavljaju ozbiljnu prepreku u postizanju tzv. materijalne (supstancijalne) jednakosti (*substantive equality*) te stoga osporavanje duboko ukorijenjenih, zastarjelih i štetnih rodni stereotipa cilja postizanju 'transformativne' jednakosti između žena i muškaraca.⁹ U ljudskopravaškom diskursu se posljedično uvriježilo stajalište prema kojemu je

⁵ Timmer, A., Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 63, 2015., str. 240.

⁶ Möschel, M., *Racial Stereotypes and Human Rights* u *op. cit.* (bilj. 2), str. 120.

⁷ Članak 3. Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (poznatije kao Istanbulska konvencija) definira rod kao društveno oblikovane uloge, ponašanja, aktivnosti i osobine koje određeno društvo smatra prikladnima za žene i muškarce. Iz navedene definicije proizlazi da Istanbulska konvencija rodu pristupa kao društvenom konstruktumu. Više: Vijeće Europe, *Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji*, CETS br. 210, 11. svibanj 2011., (prijevod i prilagodba) Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske, Biblioteka ONA, 2014., str. 37.

⁸ Spano, R., *The Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Sex in the Court's Case-Law*, European Court of Human Rights, (izlaganje na seminaru o 'Gender Equality in the Western Balkans' dostupno na: https://echr.coe.int/Documents/Speech_20210604_Spano_Seminar_Gender_Equality_Baden_Baden_ENG.pdf), [pristup: 24. kolovoza 2022.], 2021., str. 1.

⁹ Holtmaat, R., *Article 5* u Freeman, M.; Chinkin, C.; Rudolf, B., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012., str. 148.

uklanjanje svih oblika diskriminacije nad ženama nemoguće bez iskorjenjivanja stereotipnih uvjerenja koji djeluju kao jedan od uzroka te ustrajne diskriminacije. Drugim riječima, neupitno je da postoji snažna veza između uvriježenih konstrukcija ideal-tipske 'ženstvenosti' odnosno 'muževnosti' temeljenih na pripisanim seksualnim ulogama čiji je korijen upravo u rodnom stereotipiziranju. Krajnji učinak stereotipa je da onemogućuju iskorijenjavanje rodno uvjetovanog nasilja te posljedično potpunu realizaciju ženskih ljudskih prava.

Budući da je, dakle, sve više prepoznato kako su štetni rodni stereotipi jedan od čimbenika koji strukturalno doprinose održavanju rodno uvjetovanog nasilja, jasno je kako prije svega postoji potreba za njihovim pravilnim adresiranjem.¹⁰ Jedna od glavnih teoretičarki 'anti-stereotipiziranja' Alexandra Timmer pravilno adresiranje tj. prepoznavanje (*naming*) stereotipa zagovara kao tek prvi korak, dok zahtjevnijom fazom smatra osporavanje (*contesting*) štetnih rodnih stereotipa što traži aktivan pristup institucija kao što su sudovi – bilo da se radi o nacionalnim ili pak regionalnim.¹¹ Ipak, treba naglasiti da je ukidanje, iskorjenjivanje ili uklanjanje rodnih stereotipa iznimno dugotrajan i spor proces.

Uzimajući sve navedeno u obzir, dalje će se u radu prikazati kako tome važnom cilju institucionalno doprinosi Vijeće Europe, odnosno, prvo će se istražiti adresiraju li se uopće rodni stereotipi u pravnim izvorima nastalima u okviru te temeljne regionalne organizacije za zaštitu ljudskih prava. Potom će se prikazati dvije ključne presude u kojima se Europski sud za ljudska prava (nadalje: Sud ili ESLJP) upustio u anti-stereotipnu argumentaciju. Naposljetku, prilikom ocjene konzistentnosti pristupa ESLJP-a prema rodnim stereotipima posebna će se pažnja posvetiti analizi presuda iz domene seksualnog nasilja, kao i presudama protiv Republike Hrvatske u kojima Sud (ne)problematizira prisutne rodne stereotipe.

¹⁰ Radačić, I., Barriers to access to justice for victims/survivors of gender based violence: gender bias in the legal system, *Vijeće Europe u okviru konferencije 'Improving access to justice for women in five Eastern Partnership Countries'*, 2015., str. 4.

¹¹ Timmer, A., Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2011., str. 718.

2. STANDARDI VIJEĆA EUROPE U SUZBIJANJU RODNIH STEREOTIPA

2.1. RELEVANTNI REGIONALNI PRAVNI IZVORI

Opća obaveza koja proizlazi iz članka 12. stavka 1. Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji (nadalje: Istanbulska konvencija) je poduzimanje '...potrebnih mjera za promicanje promjena u društvenim i kulturnim obrascima ponašanja žena i muškaraca s ciljem iskorjenjivanja *predrasuda*, običaja, tradicija i svih drugih postupanja u praksi koja se temelje na ideji manje vrijednosti žena ili *na stereotipnim ulogama žena i muškaraca*.'¹² Nadalje, u usporedbi sa tematski sličnim regionalnim izvorima, članak 14. stavak 1. Istanbulske konvencije je specifičan jer ujedno dodatno izričito zahtijeva od stranaka da '... poduzmu, kada je to primjereno, potrebne korake kako bi nastavne materijale o pitanjima kao što su ravnopravnost žena i muškaraca, *nestereotipne rodne uloge*, uzajamno poštovanje, nenasilno rješavanje sukoba u osobnim odnosima, rodno utemeljeno nasilje nad ženama i pravo na osobni integritet, prilagođeno razvojnim sposobnostima učenika, uključile u redovni nastavni plan i program i na svim razinama obrazovanja.'¹³

Iako se Istanbulska konvencija eksplicitno referira na problem rodni stereotipa u okviru obje prethodno prikazane odredbe, Objašnjavajuće izvješće uz navedenu regionalnu konvenciju dodatno naglašava kako je ista izrađena imajući u vidu da se mnoge žene često suočavaju s ozbiljnim preprekama kada žele pristupiti pravosudnom sustavu. To se prije svega očituje u vidu zastarjelih diskriminatornih zakona te neprikladnih ustaljenih društvenih i kulturnih obrazaca (kao što su *stereotipi*, *predrasude* i patrijarhalna kultura), a nerijetko je problematična i rodna pristranost unutar pravosudnog sustava.¹⁴ Može se zaključiti kako se prikazanim odredbama Istanbulske konvencije na razini država članica Vijeća Europe razrađuje članak 5. stavak a. Konvencije za ukidanje svih oblika diskriminacije žena

¹² Navedeni je članak dio trećeg poglavlja Konvencije koji se bavi prevencijom. *Op. cit.* (bilj. 7)

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Duban, E.; Radačić, I., *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice: A Guide for Legal Practitioners* (General Part for the CoE and EU - Partnership for Good Governance), 2017., str. 12-13.

(CEDAW konvencije) iz 1979. koji pionirski eksplicitno zahtjeva od država stranaka te važne Konvencije nastale u okviru Ujedinjenih naroda '...uklanjanje predrasuda, običaja i svake druge prakse koja je utemeljena na ideji o podređenosti ili nadređenosti jednoga ili drugoga spola ili na stereotipnim ulogama muškaraca i žena.'¹⁵

2.2. 'SOFT LAW' I INSTITUCIONALNI PRISTUP

Rodno stereotipiziranje je tema koja sve više privlači pozornost kao dio aktualnog programa promicanja rodne ravnopravnosti razvijenog u okviru Vijeća Europe. Vijeće Europe je definiralo rodne stereotipe kao '...unaprijed stvorene društvene i kulturne obrasce ili predodžbe, prema kojima se ženama i muškarcima pripisuju osobine i uloge utvrđene i ograničene njihovim spolom.'¹⁶ Pritom je potrebno naglasiti da je borba protiv rodni stereotipa i seksizma prva na listi prioriteta od pet zadanih strateških ciljeva Vijeća Europe u važećoj Strategiji za ravnopravnost spolova koja vrijedi za razdoblje od 2018. do 2023. Jednako kao i vrsne teoretičarke predstavljene u uvodu rada, i Vijeće Europe je stajališta kako 'Rodni stereotipi predstavljaju ozbiljnu prepreku postizanju stvarne ravnopravnosti spolova te potiču diskriminaciju na temelju spola... Rodni stereotipi posljedica su i uzrok duboko ukorijenjenih stavova, vrijednosti, normi i predrasuda. Služe za opravdavanje i održavanje povijesnih odnosa u kojima muškarci imaju prevlast nad ženama, kao i seksističkih stavova koji priječe napredovanje ravnopravnosti spolova.'¹⁷

Najnoviji pohvalni razvoj u ovom području je da je Odbor ministara Vijeća Europe u ožujku 2019. donio Preporuku o sprječavanju i borbi protiv seksizma. Ovaj kontekstualno sveobuhvatan pravni instrument sastavljen je s potrebom da se ispravi 'nedostatak međunarodno dogovorene definicije „seksizma“ i stvori

¹⁵ The International Commission of Jurists, *Sexual Violence Against Women: Eradicating Harmful Gender Stereotypes and Assumptions in Laws and Practice*, 2015., str. 5.

¹⁶ Vijeće Europe, *Strategija za ravnopravnost spolova za razdoblje od 2018. do 2023.*, strateški cilj 1., travanj 2018. (prijevod Ureda za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske, Biblioteka ONA), str. 16.

¹⁷ *Ibid.*

namjenski pravni instrument za iskorijenjivanje istog.¹⁸ Prema Preporuci seksizam predstavlja 'odraz povijesno nejednake moći između žena i muškaraca koji vodi k diskriminaciji i sprječava puni napredak žena u društvu'¹⁹ te se u ujedno prepoznaje kako seksistička ponašanja mogu varirati u oblicima od naoko benignih šala pa sve do femicida. Dalekosežni aspiracijski cilj navedenog dokumenta je 'stvoriti Europu bez seksizma i njegovih manifestacija'.²⁰

Imati pravni instrument koji se posebno bavi štetnošću seksizma predstavlja ogroman korak naprijed u postavljanju standarda (kako za regionalnu, tako i globalnu razinu), međutim, treba naglasiti da su preporuke, uključujući i one Vijeća Europe, neobvezujući pravni izvor. Stoga je na diskrecijskoj odluci država članica Vijeća Europe krajnja odluka koju će od navedenih preciznih preporuka u konačnici implementirati i kojim tempom, a o čemu su države dužne obavještavati Komisiju za ravnopravnost spolova Vijeća Europe.

Sve veća institucionalna svjesnost o štetnosti rodni stereotipa očituje se i u sadržaju nedavnih izlaganja glavne čelnice Vijeća Europe te dosadašnjeg predsjednika Europskog suda za ljudska prava u kojima se naglašava kako rodni stereotipi onemogućuju odnosno otežavaju pristup ženama pravosuđu.²¹ Naposljetku, ukazivanje na štetnost rodni stereotipa čini dijelom kurikuluma interaktivnog HELP tečaja nazvanog 'Pristup žena pravosuđu' (*Acces to justice for women*) posebno namijenjenog pravosudnim dužnosnicima kao što su suci, državni odvjetnici i branitelji.²²

¹⁸ Odbor ministara Vijeća Europe, *Preporuka Rec (2019)1 Sprječavanje i borba protiv seksizma*, ožujak 2019. (prijevod Ureda za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske - Biblioteka ONA), str. 9.

¹⁹ *Ibid.*, str. 5.

²⁰ *Ibid.*

²¹ <https://www.zeneimediji.hr/glavne-prepreke-pristupu-zena-pravosudu-zakljucci-konferencije-vijeca-europe/> [pristup: 25. kolovoza 2022.].

²² Zaseban modul navedenog HELP tečaja (što predstavlja akronim za 'Human Rights Education for Legal Professionals') se naziva 'Izbjegavanje rodni stereotipa' ('*Avoiding Gender Stereotyping*'). Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/genderequality/help-online-course-on-access-to-justice-for-women> [pristup: 27. kolovoza 2022.].

Zaključno, prethodni prikaz odredaba Istanbulske konvencije te *soft law* instrumenata nastalih u okviru Vijeća Europe predstavlja svojevrsni uvod u sljedeće poglavlje rada, budući da se u pojedinim slučajevima (kao što je primjera radi *Juričić protiv Hrvatske*) ESLJP referira upravo na iste kao relevantne izvore regionalnog prava kada preispituje uočene rodne stereotipe.²³

3. RAZVOJ JURISPRUDENCIJE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U KONTEKSTU RODNIH STEREOTIPA

3.1. MUŠKARCI SKRBNICI I (A)SEKSUALNOST STARIJIH ŽENA: ANALIZA KLJUČNIH PRESUDA U DOMENI IDENTIFICIRANIH RODNIH STEREOTIPA U DOSADAŠNJOJ PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Europski sud za ljudska prava pragmatično rijetko odlučuje razmotriti pitanje operativnih rodni stereotipa u svojim presudama. Iz tog razloga u ovom dijelu rada analizirat će se najpoznatije presude u kojima Sud ne samo da je identificirao, već je i *explicite* osudio rodne stereotipe na tragu u uvodu rada prikazanog 'anti-stereotipnog' pristupa kojeg u teoriji ponajviše zagovara Alexandra Timmer.

S obzirom na prethodno navedeno, prijelomni predmet u jurisprudenciji ESLJP-a predstavlja *Konstantin Markin protiv Rusije* odlučen pred Velikim vijeća ESLJP-a 2012. Sud je u istome prepoznao kako se ustrajno odbijanje ruske vojne službe da podnositelju zahtjeva odobri roditeljski dopust kao jedinom roditelju skrbniku u potpunosti temeljilo na zastarjelom rodnom stereotipu vezanom uz društveno prihvatljive rodne uloge. U navedenom je slučaju podnositelj zahtjeva uspio dokazati pred ESLJP da nije dobio roditeljski dopust samo zato što on kao muškarac nije bio društveno percipiran kao njegovatelj obitelji, što je *a priori* uloga rezervirana za žene u tradicionalnim društvima.²⁴

Pri procjeni je li došlo do povrede članka 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (nadalje: Europska konvencija ili Konvencija) u

²³ Europski sud za ljudska prava, Predmet *Juričić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 54711/15, 4. veljače 2021., para. 42-45.

²⁴ Europski sud za ljudska prava, presuda Velikog vijeća u predmetu *Konstantin Markin protiv Rusije*, zahtjev br. 30078/06, 22. ožujak 2012.

antidiskriminacijskim predmetima je ključno potražiti adekvatni komparator.²⁵ U ovom je slučaju bilo jasno da su u jednakoj situaciji vojnkinje bile ovlaštene zatražiti i bez problema dobiti roditeljski dopust te su se pritom i određene druge socijalne naknade također dodjeljivale isključivo ženama. Navedenu je izravnu razliku u postupanju ruska Vlada neuspješno pokušala opravdati 'pozivajući se na potrebu održavanja operativne učinkovitosti oružanih snaga, kao i pozivajući se na stavove države prema rodnim ulogama.'²⁶ ESLJP je u cijelosti zanemario argument ruske vlade prema kojemu dopuštanje roditeljskog dopusta isključivo ženama predstavlja posebnu (pozitivnu) mjeru te iz presude nedvosmisleno proizlazi da su rodni stereotipi o kulturalno očekivanim 'rodnim ulogama nepovoljni i za ženske karijere i za muški obiteljski život.'²⁷

Prema sudskoj praksi roditeljski dopust se može podvesti pod članak 8. Konvencije koji *inter alia* jamči pravo na obiteljski život te je dalekosežan ishod za europsko antidiskriminacijsko pravo to što je ESLJP u navedenom predmetu utvrdio povredu članka 14. Konvencije u svezi s člankom 8. Konvencij, čime je potvrđeno da napredak u sferi ravnopravnosti spolova podjednako '... podrazumijeva predanost formalnoj jednakosti i iskorijenjavanju stereotipnih poimanja rodnih uloga.'²⁸

Navedeni slučaj predstavlja školski primjer kako duboko ukorijenjeni rodni stereotip prema kojem se isključivo žene doživljava kao skrbnice djece (dok bi muškarci kao *pater familias* trebali biti limitirani na rodnu ulogu 'hranitelja' obitelji), također može u praksi biti itekako štetan za muškarce. Predmet *Konstantin Markin* upečatljivo pokazuje kako zapravo 'štetni stereotipi o ženama

²⁵ Odnosno osobe u usporedivoj (analognoj) situaciji. Više u: Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourški acquis*, Novi informator, 2013., str. 1332.

²⁶ Jacobs; White; Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Seventh Edition, 2017., str. 648.

²⁷ *Op. cit.* (bilj. 24), para. 141.

²⁸ Timmer, A., *Gender Justice in Strasbourg*, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2012/03/22/gender-justice-in-strasbourg/> [pristup: 29. kolovoza 2022.].

moгу biti u središtu slučaja koji se navodno bavi diskriminacijom muškaraca.²⁹ Gospodin Markin je u jurisprudenciji Suda ostao zapamćen kao simbol oca koji je uspješno izazvao tradicionalni stereotip muškarca kojemu je društveno predodređena uloga hranitelja obitelji, no ne i tzv. njegovatelja/skrbnika djece te je tom činjenicom doveo u pitanje ustaljenu 'diskriminatornu rodno nekonformnu praksu'.³⁰

Portugalski slučaj *Carvalho Pinto* je pak pokazao kako zastarjeli rodni i dobni stereotipi mogu biti prisutni čak i u u pogledu naknade troškova štete zbog medicinske nesavjesnosti. Štoviše, u usporedbi s muškim pacijentima u sličnoj situaciji, portugalski Vrhovni sud 'nagradio' je gospođu Pinto znatno manjom novčanom naknadom za ginekološki nemar koji je općenito negativno utjecao na njezino zdravlje te ju je ujedno i trajno onesposobio za spolne odnose.³¹ Iz argumentacije nacionalnih sudova jasno je da žensku seksualnost isključivo poistovjećuju s činom stvaranja potomstva. S obzirom da je podnositeljica zahtjeva *in concreto casu* kao žena starija od 50 godina i majka dvoje djece ostvarila svoju ključnu reproduktivnu ulogu, gledano kroz stereotipne leće portugalskih sudaca njezin je seksualni život u potpunosti izgubio na važnosti.³² *A contrario*, domaći su sudovi neprincipijelno pokazali empatiju u vidu dodijeljivanja izdašnih novčanih naknada onda kada je seksualni život starijih muškaraca bio ugrožen medicinskim nemarom jer su u tim slučajevima (s pravom) prepoznali kako seksualni nagon ne prestaje zbog starenja.

Još jedan ponižavajući, zastarjeli i paternalistički komentar domaćih sudova bio je da se podnositeljica zahtjeva u toj dobi 'vjerojatno ionako samo trebala skrbiti za svog muža'.³³ Takav seksistički stereotip ograničava ulogu 'starije' žene u društvu isključivo na ulogu poslušne i odane supruge čija seksualnost postaje izlišnom

²⁹ Brems, E.; Timmer, A., *Introduction u op. cit.* (bilj. 2), str. 9.

³⁰ Greenberg, A. J., *The Gender Nonconformity Theory: A Comprehensive Approach to Break Down the Maternal Wall and End Discrimination Against Gender Benders*, *Thomas Jefferson Law Review*, Vol. 26, 2003., str. 49.

³¹ Europski sud za ljudska prava, Predmet *Carvalho Pinto de Sousa Morais protiv Portugala*, zahtjev br. 17484/15, 25. srpanj 2017.

³² *Ibid.*, para. 52.

³³ *Ibid.*, para. 16.

slabljenjem odnosno gubitkom prokreacijske funkcije.³⁴ Dakle, vidljivo je da su nacionalni sudovi smanjili naknadu gospođi Pinto pod utjecajem operativnog stereotipa o rodnoj ulozi (prvenstveno starijih) žena koje se doživljava 'samo' kao supruge i majke koje su dužne nesebično njegovati članove obitelji.

U paragrafu 46. navedene presude ESLJP ispravno ponavlja utvrđenje iz prethodno analiziranog predmeta *Konstantin Markin* prema kojemu 'problem stereotipa o određenoj društvenoj skupini leži u činjenici da se zabranjuje individualizirana procjena njihovih sposobnosti i potreba.'³⁵ Portugalski su sudovi svoju štetnu procjenu temeljili na preskriptivnom seksualnom stereotipu prema kojemu žene (osobito one koje stereotipnim rječnikom više nisu 'u cvijetu mladosti') imaju spolne odnose ne zato što to same žele već isključivo zbog stvaranja potomstva i/ili zadovoljavanja potreba muških partnera. Ne čudi da je ESLJP raskrinkavši 'institucionalni šovinizam'³⁶ nacionalnih sudova ponovno utvrdio kršenje članka 8. u svezi s člankom 14. Konvencije jer je portugalsko pravosuđe naložilo podnositeljici zahtjeva nedovoljnu naknadu štete isključivo zbog utjecaja isprepletenosti stereotipnog poimanja njezine dobi, roda i spola (iako je rodni element presude daleko više naglašen od onog dobrog).³⁷

U komentaru presude Lourdes Peroni smatra da iako se Sud mogao eksplicitnije pozabaviti prisutnom interseksionalnom diskriminacijom, *Carvalho Pinto* neupitno predstavlja hvalevrijednu anti-diskriminacijsku presudu koja ponajviše 'Razotkriva rodnu pristranost u sudskom rasuđivanju imenovanjem rodnih

³⁴ Alkiviadou, N.; Manoli, A., The ECtHR Through the Looking Glass of Gender, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 11., br. 1, 2021., str. 202.

³⁵ *Op. cit.* (bilj. 31)

³⁶ Munivrana, M.; Bosak, M., The reality behind the Istanbul convention: Shattering conservative Delusions, *Women's Studies International Forum*, Vol. 74, 2019., str. 82.

³⁷ Isto proizlazi i iz kritičke analize presude kroz prizmu inzistiranja zašto se podjednako radi (i) o dobnoj (a ne samo spolnoj, odnosno, rodnoj) diskriminaciji. Više u radu autora: Mantovani, E.; Spanier, B.; Doron, I., Ageism, Human Rights, and the European Court of Human Rights: A Critical Analysis of the *Carvalho v. Portugal* Case, *DePaul Journal for Social Justice*, Vol. 11, br. 2, 2018., str. 8-13.

stereotipa, opisujući njihovo djelovanje u konkretnom slučaju i procjenjujući njihov utjecaj na sudsku odluku.³⁸

Obje analizirane presude prominentni su primjeri kako ESLJP može ispravno identificirati i osuditi štetne rodne stereotipe kada se konačno odluči osvrnuti na to konkretno pitanje u svom rezoniranju. Stoga bi trebale poslužiti kao temelj za daljnji razvoj identificiranja i osude rodnih stereotipa u budućim slučajevima rodno uvjetovanog nasilja, uključujući i seksualno nasilje.

3.2. ANALIZA IZABRANIH PRESUDA O SEKSUALNOM NASILJU: POTREBA ZA AKTIVNIJOM ULOGOM EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Europski sud za ljudska prava nerijetko nedosljedno pristupa rodnim stereotipima u slučajevima u kojima su žene žrtve rodnog uvjetovanog nasilja,³⁹ a isto pogotovo vrijedi za slučajeve seksualnog nasilja nad ženama.

Uvodno je potrebno naglasiti kako je od znamenitog predmeta *M.C. protiv Bugarske*⁴⁰ ESLJP počeo ispitivati silovanje i rijetke slučajeve drugih oblika seksualnog nasilja isključivo kroz prizmu kršenja članaka 3. i/ili 8 Europske konvencije.⁴¹ Sud zasad ne može izbjeći dugogodišnjoj opravdanoj kritici kako bi za tu delikatnu skupinu predmeta osnažujuće djelovalo utvrđivanje i kršenja

³⁸ Peroni, L., *Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in Carvalho Pinto v. Portugal*, <https://strasbourgoobservers.com/2017/09/28/age-and-gender-discrimination-laudable-anti-stereotyping-reasoning-in-carvalho-pinto-v-portugal/#more-3897> [pristup: 30. rujna 2022.].

³⁹ Peroni, L.; Timmer, A., *Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases. An Analysis of the European Court of Human Rights' Jurisprudence* u Brems, E.; Timmer, A., *op. cit.* (bilj. 2), str. 65.

⁴⁰ Europski sud za ljudska prava, Predmet *M. C. protiv Bugarske*, zahtjev br. 39272/98, 04. ožujka 2004.

⁴¹ Detaljan prikaz i kritička ocjena jurisprudencije ESLJP-a o seksualnom nasilju dostupna je u radu autorice Radačić, I., *The European Court of Human Rights as a Mechanism of Justice for Rape Victims: Contributions and Limitations* u Powell, A.; Henry, N.; Flynn, A. (ur.), *Rape Justice: Beyond Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2015., str. 127- 143.

članka 14. Konvencije jer *inter alia* seksualno nasilje disproportionalno pogađa žene (što, dakako, potvrđuje i dosadašnja sudska praksa strasbourškog suda).⁴²

Sljedeći slučajevi poslužiti će kao tipični primjeri nedovoljne rodne osjetljivosti Suda u slučajevima silovanja jer je ESLJP propustio priliku imenovati odnosno izrijeckom reagirati na postojane mitove o silovanju i štetne rodne stereotipe prisutne u rezoniranju nacionalnih sudova.

Tako u delikatnom slučaju *I. P. protiv Moldavije*,⁴³ koji sadržajno predstavlja jedan od primjera neefikasne istrage silovanja maloljetnice tijekom sudara (tzv. *date rape*),⁴⁴ Europski sud za ljudska prava nije posvetio dovoljno pažnje pitanju tzv. 'mitova o silovanju' zbog kojih dolazi do neaktivnosti nadležnih tijela u istrazi, progonu i/ili kažnjavanju seksualnih delikata.⁴⁵ Naime, nadležna su tijela djelovala pod utjecajem neprikrivene premise da se djevojka mogla suprotstaviti snošaju ukoliko je to doista htjela jer je s navodnim nasilnikom prethodno izlazila i s njim imala spolne odnose. Izrazito štetni mitovi koji proizlaze iz navedene presude jesu stajalište da djevojke (osobito one koje više nisu djevice) žele biti seksualno 'posjedovane' i da se od njih očekuje da podnose nasilne tj. nekontrolirane seksualne porive mladića s kojim su ionako same pristale izaći.⁴⁶ Takav pristup stvara hijerarhiju silovanja, kao i žrtava silovanja i ima učinak normaliziranja nasilja koje žene trpe u (bivšim i sadašnjim) vezama. Štoviše, domaće su vlasti bile izrazito sumnjičave jer žrtva nije odmah prijavila silovanje. U ovom slučaju ESLJP je trebao uzeti u obzir specifičan moldavski kontekst u kojemu rodno uvjetovano nasilje, uključujući seksualno nasilje, predstavlja znatan društveni problem (kao i

⁴² Schabas, W., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2017., str. 576.

⁴³ Europski sud za ljudska prava, Predmet *I. P. protiv Moldavije*, zahtjev br. 33708/12, 28. srpnja 2015., para. 12.

⁴⁴ ESLJP je također i u znamenitom predmetu *M. C. protiv Bugarske* uočio kako je jedan od razloga zašto su vlasti zanemarile ozbiljnost žrtvine optužbe to što se radilo 'samo' o silovanju na sudaru. *Op. cit.* (bilj. 40), para. 39.

⁴⁵ Jelić, I.; Smith, H., *Gender Equality and Discrimination on the Grounds of Sex: A guide on the relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, AIRE Centre, 2022., str. 14.

⁴⁶ Radačić, I., *Seksualno nasilje – Mitovi, stereotipi i pravni sustav*, Tim Press, Zagreb, 2014., str. 24.

institucionalno krajnje neadekvatan odgovor na isto), a na što primjerice upozorava Radna skupina Ujedinjenih naroda o diskriminaciji žena u zakonima i praksi.⁴⁷ S obzirom da ESLJP nije eksplicitno imenovao i ukazao na štetnost brojnih neprihvatljivih stereotipa u ovom slučaju, time je ujedno propustio dati očito itekako potrebne 'smjernice nacionalnim vlastima kako da preobrazu takva gledišta.'⁴⁸

Analizom presude *M. G. C. protiv Rumunjske*⁴⁹ jasno je da se ESLJP opredijelio za pristup koji je osjetljiv prema djeci (*child-sensitive approach*).⁵⁰ Međutim, iznenađujuće je što je odbacio priliku za vrlo potrebnu rodno osjetljivu analizu slučaja u kojemu je nacionalni sud zaključio da je 11-godišnja (!) podnositeljica zahtjeva 'isprovocirala' navodne počinitelje na spolni odnošaj s njom uglavnom zato što je bila 'oskudno odjevena'.⁵¹ Utvrdivši na kraju kršenje članka 3. i 8. Konvencije, ESLJP je ispravno osudio rumunjske vlasti jer su bile skeptične naspram vjerodostojnosti žrtve pošto traumatizirano dijete nije odmah prijavilo silovanje roditeljima. No, Sud se nije osvrnuo na još jedan domaći argument prema kojoj je malodobna žrtva svojim odabirom odijevanja izazvala silovanje pri čemu se navedeno problematično stajalište rumunjskih vlasti temelji na kombinaciji rezistentnih mitova o silovanju. Jedan od prisutnih mitova je da je ona sama izazvala svoj napad oskudnim odijevanjem, a drugi da samo 'idealne' žrtve silovanja zaslužuju zaštitu države.⁵² Pravno je neupitno da zastarjela propitivanja 'čednosti' žrtvine odjeće treba smatrati irelevantnima u svakom slučaju silovanja. Takva najblaže rečeno paternalistička praksa je posebno zabrinjavajuća kada su djeca ta koja su žrtve seksualnih napada. Ispravno razmišljanje ESLJP-a o tome kako ne

⁴⁷ Janssens, Y., *I. P. v. the Republic of Moldova: missed opportunity to tackle rape myths*, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2015/05/20/i-p-v-the-republic-of-moldova-missed-opportunity-to-tackle-rape-myths/> [pristup: 20. rujna 2022.].

⁴⁸ Sjöholm, M., *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Brill/Nijhoff, 2017., str. 282.

⁴⁹ Europski sud za ljudska prava, Predmet *M. G. C. protiv Rumunjske*, zahtjev br. 61495/11, 15. lipnja 2016.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 70.

⁵¹ Peroni, L., *Clothes on Trial: M.G.C. and the Need to Combat Rape Stereotypes*, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/category/cases/m-g-c-v-romania/> [pristup: 21. rujna 2022.].

⁵² Edwards, S.M., *Sex and gender in the legal process*, Blackstone Press Limited, 1996., str. 53.

postoji uniformirani odgovor žrtve na silovanje (osobito kada je žrtva dijete) umanjuje se propuštenom prilikom za borbu protiv pravog „slona u sobi” – u ovom slučaju, štetnog (i očito još uvijek raširenog) stereotipa o silovanju zbog 'provokativne odjeće.'

Prekretnicu u dosadašnjoj praksi ESLJP u kontekstu rodni stereotipa u proučavanoj domeni predstavlja slučaj dvadesetdvogodišnje *J. L. protiv Italije* u kojemu se radilo o sekundarnoj viktimizaciji žrtve grupnog silovanja počinjenog od strane šest muškaraca.⁵³

ESLJP je utvrdio da je žalbeni sud neprofesionalno nametnuo osjećaj krivnje kod podnositeljice zahtjeva, nepotrebno moralizirao te perpetuirao krajnje seksističke stereotipe. Naime, žalbeni sud je oslobodio sve optuženike pod presudnim dojmom pravno apsolutno irelevantnih činjenica vezanih uz životni stil podnositeljice zahtjeva, kao što su primjerice njezina biseksualnost te prethodni seksualni odnosi, ali i provokativnog 'crvenog donjeg rublja' kojim je prema stavu talijanskog suda izazvala grupni seksualni odnos.⁵⁴

Iako je Sud izričito prepoznao i osudio seksističke komentare o žrtvi grupnog silovanja, ipak se ograničio na utvrđivanje samo povrede članka 8. Konvencije koji jamči pravo na privatan život.⁵⁵ Kao i u presudi *Opuz protiv Turske*⁵⁶ koja problematizira obiteljsko nasilje u Turskoj, i u *J. L. protiv Italije* se Sud detaljno osvrnuo na statističke podatke prikupljene od Odbora za sprječavanje

⁵³ Europski sud za ljudska prava, Predmet *J.L. protiv Italije*, zahtjev br. 5671/16, 27. svibanj 2021.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 136. Sažetak sudske odluke dostupan i na: *ECHR criticises Italian court for referring to 'red underwear' in rape case*, <https://www.theguardian.com/law/2021/may/27/echr-criticises-italian-court-for-referring-to-red-underwear-in-case> [pristup: 14. rujna 2022.].

⁵⁵ Nekonzistentnost argumentacije ESLJP-a u navedenom slučaju analizirana je u komentaru autorice Ilieve, S. M., *J.L. v. Italy: A Survivor of Trivictimisation – Naming A Court's Failure to Fully (Recognize and) Acknowledge Judicial Gender-Based Revictimization* <https://strasbourgothers.com/2021/09/06/j-l-v-italy-a-survivor-of-trivictimisation-naming-a-courts-failure-to-fully-recognize-and-acknowledge-judicial-gender-based-revictimisation/> [pristup: 14. rujna 2022.].

⁵⁶ Europski sud za ljudska prava, Predmet *Opuz protiv Turske*, zahtjev br. 33401/02, 9. srpnja 2009., para. 200.

diskriminacije žena u okviru Ujedinjenih naroda i GREVIO odbora Vijeća Europe kako bi zaključio o opstojnosti stereotipa u vezi uloge žena u talijanskom društvu, a koji se jasno naziru u seksističkoj argumentaciji talijanskog suda. Tim je veće razočarenje što Sud nije kao u presudama *Opuz te Talpis protiv Italije*⁵⁷ utvrdio i povredu članka 14. Konvencije, a čime bi ESLJP skrenuo pozornost na inherentno diskriminatorni aspekt seksualnog nasilja. Slažemo se sa stajalištem irske sutkinje i odnedavno predsjednice Europskog suda za ljudska prava Siofre O'Leary koja je u analizi presude *J. L. protiv Italije* iznijela stav kako se radi o 'propuštenoj prilici da se razvije i konsolidira dosljedna sudska praksa u predmetima iz domene članka 14. u vezi s određenim oblicima diskriminacije ili u određenim vrstama predmeta u kojima su rodna pristranost i stereotipi u korijenu pritužbi koje se ispituju prema materijalnim odredbama Konvencije.⁵⁸

3.3. (NE)PREPOZNAVANJE IMANENTNIH RODNIH PREDRASUDA I STEREOTIPA U PRESUDAMA PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE

S obzirom da se u radu ispituje osjetljivost na rodne stereotipe u dosadašnjoj praksi ESLJP-a s naglaskom na seksualno nasilje, nastavno će se prikazati predmeti u tom području protiv Republike Hrvatske.

U predmetu *D. J. protiv Hrvatske* istražni je sudac odlučio odbaciti optužbu isključivo zato što navodna žrtva silovanja nije odgovarala opisu 'idealne' žrtve silovanja.⁵⁹ Pritom su u konkretnom slučaju istražni sudac i policijski službenik svisoka koristili pogrdne komentare o žrtvinom pijanstvu i 'histeričnom' ponašanju, kao da su ti pravno irelevantni čimbenici doprinijeli njezinoj viktimizaciji. Jednako kao i u prethodno analiziranoj presudi *J. L. protiv Italije* vidljivo je da je neprimjereno postupanje prema žrtvi bilo motivirano višestruko problematičnim, ali svejedno opstojnim narativom prema kojemu je ona 'dobila

⁵⁷ Europski sud za ljudska prava, Predmet *Talpis protiv Italije*, zahtjev br. 41237/14, 2. ožujka 2017., para. 146.

⁵⁸ Jelić, I.; Smith, H., *op. cit.* (bilj. 45), str. 24.

⁵⁹ Detaljna analiza navedene presude dostupna je u radu autorica Gudelj, G.; Kemešić, K.; Željko, D., The Position of Female Victim in Criminal Proceedings concerning Sexual Violence: de facto and de iure challenges, *Themis Annual Journal 2020*, Vol. 2, br. 1, 2020., str. 24-26.

što je zaslužila.⁶⁰ Hvalevrijedan elemenat ove konkretne presude je to što je Sud naglasio '...da tvrdnja da je žrtva silovanja bila pod utjecajem alkohola ili druge okolnosti koje se tiču ponašanja ili osobnosti žrtve ne mogu osloboditi vlasti obveze da provedu učinkovitu istragu.'⁶¹ No s druge strane, podnositeljica zahtjeva je uvjerljivo ustrajala da činjenica da su vlasti prema njoj postupale s neskrivenim predrasudama također predstavlja i kršenje članka 14. Konvencije, ali je Sud nimalo iznenađujuće odlučio zanemariti njezinu uvjerljivu argumentaciju u tom aspektu te se ograničio na utvrđivanje povrede proceduralnog aspekta članaka 3. i 8. Konvencije.⁶²

Također, u nedavnoj je presudi protiv Republike Hrvatske, *J. I. protiv Hrvatske*, nevladina organizacija *Roma Rights Centre* u svojstvu *amicus curiae* ukazala kako je neprilično policijsko ignoriranje navoda žrtve silovanja bilo pod utjecajem predrasuda jer se radilo o pripadnici romske manjine. Osim što je bila znatno traumatizirana proživljenim silovanjem te pritom posebno ranjiva kao Romkinja, žrtva je ujedno bila u strahu za svoj život zbog prijatnji upućenih od strane osuđenika puštenog na slobodu.⁶³ Iako se Sud nije zasebno osvrnuo na spomenute navode nevladine organizacije, utvrdio je kako su nadležna tijela bila svjesna etničke pripadnosti žrtve te su stoga trebali poduzeti sve potrebne korake odmah i bez odgode kako bi zaštitili podnositeljicu od ponovne viktimizacije ili novog kaznenog djela.

⁶⁰ Europski sud za ljudska prava, Predmet *D. J. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 42418/10, 24. srpnja 2012., para. 73. i 76.

⁶¹ *Ibid.*, para. 101.

⁶² *Ibid.*, para. 108.

⁶³ Europski sud za ljudska prava, Predmet *J. I. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 35898/16, 8. rujna 2022. Iako to ovdje nije bio slučaj, no već se jednostavnim pretragom HUDOC tražilice uočava tendencija ESLJP-a da se izriječkom dotiče problematike ustaljenih stereotipa u presudama u kojima se detaljnije referira na ranjivost (*vulnerability*) podnositelja zahtjeva u svezi s analizom argumenata vezanih uz povredu članka 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Više dostupno u radu autorice Arnardóttir, O. M., *Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights: Innovation or Business as Usual*, *Oslo Law Review*, Vol. 4, br. 3, 2017., str. 158.

Sud je uzeo u obzir činjenicu kako je podnositeljica zahtjeva Romkinja i žrtva teškog seksualnog delikta prilikom utvrđenja povrede postupovnog aspekta članka 3. Konvencije koji zahtjeva od nadležnih vlasti provođenje učinkovite istrage. Navedeno je, prema stavu ESLJP-a, učinilo izlišnim podnositeljčinu argumentaciju glede povrede i članka 14. Konvencije.

Zaključno ćemo se odmaknuti od domene seksualnog nasilja kratkim prikazom presude *Juričić protiv Hrvatske* iz 2021. Radi se o prvoj presudi u strasbourškoj jurisprudenciji u kojoj se *expressis verbis* prepoznaje kako je ophođenje nacionalnog zavoda za zdravstveno osiguranje prema trudnici oplodenoj *in vitro* metodom bilo utemeljeno na neprihvatljivom shvaćanju kako žene tijekom trudnoće fiktivno ulaze u radni odnos s prijevarnom namjerom radi stjecanja porodičnih naknada, a što prema shvaćanju Suda predstavlja izravnu diskriminaciju.⁶⁴ ESLJP prijekorno u paragrafu 83. presude sumira odnos hrvatskih vlasti s obzirom da odluke koje implicitno podrazumijevaju da žene ne bi trebale raditi ili tražiti posao tijekom trudnoće predstavljaju rodno stereotipiziranje koje je *per se* ozbiljna prepreka u postizanju materijalne ravnopravnosti spolova. Kao i u prethodno prikazanim, i u ovom su se predmetu za utvrđivanje diskriminacije koristila statistička izvješća, ovog puta Pravobraniteljice za ravnopravnost spolova.⁶⁵

4. ZAKLJUČAK

U radu je prikazana sve veća institucionalna i zakonodavna posvećenost Vijeća Europi problematici rodnih stereotipa. Također je potvrđeno da Europski sud za ljudska prava gradualno tijekom posljednjih deset godina, počevši sa znamenitom presudom *Konstantin Markin protiv Rusije*, sve više decidirano prepoznaje i ukazuje na štetnost rodnih stereotipa te ih time dekonstruira što predstavlja primjer koji su dužne slijediti nacionalne vlasti. Pritom je sugestivna dosadašnja raznolikost predmeta u kojima Sud aktualizira rodno stereotipiziranje kao

⁶⁴ *Op. cit.* (bilj. 23), Predmet *Juričić protiv Hrvatske*, para. 32., S druge strane u paragrafu 3. suglasnog mišljenja (*concurring opinion*) suca Wojtyczeka problematizira se prema njegovu stavu neopravdano strogi 'ton' upotrijebljen u paragrafu 83. presude prema hrvatskim vlastima te isti sudac dodatno navodi da iz istog paragrafa nije jasno na koje se točno nacionalno tijelo navedena opaska odnosi.

⁶⁵ *Ibid.*, para 83.

nerijetko pozadinski uzrok diskriminacije (češće) podnositeljica i podnositelja zahtjeva koja posljedično može dovesti i do utvrđivanja povrede članka 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ipak, Sud nedovoljno ukazuje na očigledne rodne stereotype u presudama koje se bave rodno uvjetovanim nasiljem, a što je u ovom radu plastično prikazano analizom odabrane jurisprudencije u domeni seksualnog nasilja. Naime, tek je presudom *J. L. protiv Italije* iz 2021. ESLJP izrijekom osudio štetan utjecaj duboko ukorijenjenih i nepriličnih seksističkih predrasuda i tzv. mitova o silovanju koji su utjecali na reviktimizaciju žrtve grupnog silovanja u postupku pred nacionalnim žalbenim sudom. Međutim, prikazano je da se ni u tom važnom slučaju (a koji sadržajno predstavlja prepoznavanje štetnosti problematičnog sudskog stereotipiziranja učinjenog na nacionalnoj razini)⁶⁶ Europski sud za ljudska prava nije odlučio za slijedeće vlastitog pohvalnog rezoniranja iz predmeta *Opuz protiv Turske*. Radeći paralelu sa tim znamenitim slučajem, očito je da Sud zasad oklijeva u proglašavanju postojanja jasne veze između duboko ukorijenjenih i štetnih rodni stereotipa te strukturalnih aspekata seksualnog nasilja koje je očito rodno utemeljeno.

Zaključuje se da je sljedeći krucijalan korak za ESLJP da proživljeno seksualno nasilje utemeljeno na neprihvatljivim i opetovanim patrijarhalnim stereotipima i obrascima prepozna kao oblik diskriminacije žena, a što bi posljedično dovelo i do utvrđivanja kršenja članka 14. Europske konvencije u tim predmetima.⁶⁷

Konačno, imajući na umu prikazani prilično progresivan *soft law* dokument Vijeća Europe koji traži od država članica da se aktivno suprotstave seksizmu, s pravom se očekuje od ESLJP-a kao regionalnog pionira zaštite ljudskih prava da se revnosnije angažira u prepoznavanju i osudi rodno utemeljenih mitova i stereotipa u predmetima iz domene rodne nejednakosti te rodno uvjetovanog nasilja.

⁶⁶ Cusack, S., *Eliminating Judicial Stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, the Office of the High Commissioner for Human Rights, 2014., str. 2.

⁶⁷ Raluca, P., *Judicial Stereotypes in Cases of Sexual and Gender Based Violence*, Workshop of Regional and Sub-Regional Courts, Gender Equality Unit, Council of Europe, 2015., str. 5.

15. Identitet prostitutke u kontekstu ljudskih prava

DRAGANA PEJOVIĆ*

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 343.431:341.231.14

SAŽETAK U Srbiji su sve prisutnije rasprave o legalizacije prostitucije u medijima. U prilog legalizacije prostitucije, naglasak se stavlja na slobodu izbora žene da odlučuje kojom će se profesijom baviti. Kao prednosti bavljenja prostitucijom navode se nezavisnost u poslu, visoka zarada i putovanja na modenske turističke destinacije. Međutim, pobornici legalizacije prostitucije ne navode da žena ulaskom u prostituciju stiče identitet prostitutke koji poništava sve druge identitete. Identitet prostitutke obeležava u svim aspektima živote žena u prostituciji, ali mu se i pored toga ne pridaje dovoljno pažnje, niti se ispituje u svetlu ljudskih prava. U ovom radu cilj nam je da preispitamo identitet prostitutke u kontekstu ljudskih prava odnosno da prikažemo šta sa aspekta ljudskih prava i to pre svega prava na dostojanstvo, prava na psihički i fizički integritet, zabrane ropstva i položaja sličnom ropstvu, znači za ženu ulazak u prostituciju.

KLJUČNE RIJEČI identitet prostitutke, žena u prostituciji, prostitucija, ljudska prava, legalizacija prostitucije

1. UVOD

Prostitucija je u Republici Srbiji regulisana kao prekršaj protiv javnog reda i mira.¹ Inkriminisano je odavanje prostituciji, korišćenje usluga prostitucije i ustupanje prostorija radi vršenja prostitucije.² Aktuelni prohibicionistički model regulisanja prostitucije u Srbiji sve češće je na meti kritika kao zastareo. Kritičari aktuelnog modela ističu da Srbija treba da prati „razvijenije demokratije“ i u skladu sa tim prihvati reglementacioni model regulisanja prostitucije, odnosno omogućiti ženama

*Dr. sc. Dragana Pejović, Odvjetnica u Novom Sadu. e-mail: adv.dragana.pejovic@gmail.com

¹ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 24/2018. U daljem tekstu: ZRJM RS.

² Ko se odaje prostituciji, koristi usluge prostitucije ili ustupa prostorije radi prostitucije - kazniće se novčanom kaznom od 50.000 do 150.000 dinara ili kaznom zatvora od 30 do 60 dana (čl. 16. st. 1. ZJRM RS).

koje žele da se bave prostitucijom kao profesijom.³ Njihove stavove podržavaju i mediji koji prostituciju predstavljaju kao poželjnu profesiju za mlade žene u Srbiji. Prostitucija se promovira kao profesija koja donosi visoke prihode i pruža uzbudljiv život.⁴

Pobornici reglementacionog pristupa u regulisanju prostitucije ne dovode u pitanju navodno slobodno donetu odluku žene o ulasku u prostituciju i (ne)namerno zanemaruju činjenicu da reglementacioni pristup i „zvanično“ obeležava ženu u prostituciji kao prostitutku te nam je stoga cilj da u ovom radu preispitamo identitet žene u prostituciji sa aspekta zajemčenih ljudskih prava.

Identitet žene u prostituciji i prostituciju preispitaćemo u svetlu prava na dostojanstvo, zajemčene nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta, zabrane ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada, zajemčenog prava na slobodu i bezbednost i zabranu diskriminacije. S obzirom na to da ljudska prava smatramo obaveznom polaznom osnovom i pri izboru modela zakonskog regulisanja prostitucije, preispitivanje identiteta prostitutke sa aspekta ljudskih prava ujedno će nam pružiti i smernice za unapređenje aktuelnog pristupa u zakonskom regulisanju prostitucije u pogledu poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda.

³ Videti „Jedno udruženje građana-JUG“, *PODRŠKA KAMPANJI ZA LEGALIZACIJU PROSTITUCIJE*, 13.10.2017. https://www.facebook.com/pg/jug.nish/posts/?ref=page_internal [pristup: 17. ožujka 2021.]. Pobornika legalizacije prostitucije ima i među najvišim predstavnicima države. Legalizaciju prostitucije već dugi niz godina zagovara aktuelni ministar prosvete Ružić Branko. Ružić, B., „PROSTITUCIJU U SRBIJI BI TREBALO LEGALIZOVATI! Ministar Branko Ružić otkrio kako da država PROFITIRA OD NAJSTARIJEG ZANATA!“ Intervju dat za dnevni list Informer. 26. rujna 2017. <https://informer.rs/vesti/drustvo/350233/prostituciju-srbiji-trebalo-legalizovati-ministar-branko-ruzic-otkrio-kako-drzava-profitira-najstarijeg-zanata> [pristup: 18. ožujka 2021.]. Legalizaciju prostitucije podržava i Sindikat policije i policijskih starešina. Videti: Sindikat policije i policijskih starešina, *O legalizaciji prostitucije-otvoreno*. 2018. <http://www.sindikatpolicije.org/o-legalizaciji-prostitucije-otvoreno/> [pristup: 12. veljače 2019.].

⁴ Videti Pejović, D., Medijsko predstavljanje elitne prostitucije kao poželjne profesije za žene, u: Gruhonjić, D. i Drašković, B. (ur.), *Zbornik radova za konferencije "Mediji i javne politike – između proklamovanog i prakse"*, Filozofski fakultet, Novi Sad, str. 169-185. <http://digitalna.ff.uns.ac.rs/sadrzaj/2020/978-86-6065-593-8> [pristup: 2. prosinca 2021.].

2. ŽENA U PROSTITUCIJI I LJUDSKA PRAVA

Ljudsko dostojanstvo je „potreba čoveka da ga društvo uvažava i poštuje kao konkretnu ličnost koja ima svoje konkretne potrebe, želje, nastojanja, karakteristike i sl.“⁵ Ustav Republike Srbije i brojni međunarodni dokumenti sadrže odredbu kojom je proklamovano da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.⁶ „Poštovanje i zaštita ljudskog dostojanstva je suštinski element svih ljudskih prava i sloboda“.⁷ Prostitucija je primer negiranja zajemčenog poštovanja i zaštite ljudskog dostojanstva. „Prostitutka“ je posrnula žena, uličarka, žena koja može biti kupljena radi seksualnog odnosa. Upravo plaćanje za seksualnu uslugu kod korisnika stvara uverenje da sa ženom u prostituciji može da radi šta god poželi⁸, te je samim tim prostitucija u „kontradikciji sa slobodom i dostojanstvom ličnosti koje čine sastavni dio prava čovjeka i žene“.⁹ U tom smislu Farly ukazuje na dehumanizaciju žena u prostituciji koja je u suprotnosti sa dostojanstvom čoveka te ističe da su prostitucija i dostojanstvo nespojivi.¹⁰

⁵ Etinski, R.; Đajić, S.; Tubić, B., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2017., str. 461.

⁶ Ustav Republike Srbije (“Sl. glasnik”, br.98/2006 i 115/2021–u daljem tekstu: Ustav RS), čl. 23, Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (Univerzalna deklaracija o pravima čoveka usvojena je 10. decembra 1948. godine od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija. U daljem tekstu: Univerzalna deklaracija) čl. 1. i Deklaracija o eliminaciji nasilja prema ženama (Deklaracija o eliminaciji nasilja prema ženama usvojena je 20. decembra 1993. godine od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija), čl. 3.

⁷ Etinski, R.,; Đajić, S., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2014., str. 435.

⁸ Žikić, B., *Rizik i nasilje: antropološko proučavanje seksualnog rada u Beogradu*, Srpski genealoški centar i Odeljenje za etnologiju i antropologiju Filozofskog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2008., str. 191. Dworkin, A. Prostitution and Male Supremacy, *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 1, 1993., str. 6.

⁹ Marković, T., *Prostitucija*. Skripta iz socijalne patologije. Visoka defektološka škola u Zagrebu, Zagreb, 1965., str. 152.

¹⁰ Farley, M., *Prostitution, Trafficking, and Cultural Amnesia: What We Must Not Know in Order To Keep the Business of Sexual Exploitation Running Smoothly*, 2006., str. 286.

Uvreženo je mišljenje da je prostitucija posao kao i svaki drugi, stvar slobodnog izbora žene, zbog čega se prostitucija najčešće definiše kao prodaja seksualne usluge za novac. Pristalice reglamentacionog modela kao glavni argument za legalizovanje prostitucije najčešće istuču da žene dobrovoljno ulaze u prostituciju, odnosno da same biraju prostituciju za „profesiju“. Ovo je ujedno i najveća zabluda o prostituciju koja onemogućava da se pronikne u sam fenomen prostitucije. Iluziju da je žena u prostituciji dobrovoljno između ostalog daju i održavaju filmovi u kojima se prostitucija romantizuje, kao i fotografije nasmejanih žena dok stoje na ulici i čekaju korisnika. Ulazak u prostituciju retko je dobrovoljan, ali je problem, kako navode Elenkov i Milojević, što se pristanak još uvek u dovoljnoj meri ne problematizuje.¹¹ Samim tim ne dovodi se u pitanje fizički i psihički integritet žena u prostituciji kao što je slučaj kada su u pitanju žene žrtve trgovine ljudima u cilju seksualne eksploatacije. Međutim, istraživanja o prostituciji pokazuju da i bavljenje prostitucijom ugrožava fizički i psihički integritet žena u prostituciji jer prostitucija u stvarnosti nije kako se teorijski definiše „samo“ razmena seksualne usluge za novac. Neposredna veza između prostitucije i nasilja je na prvi pogled nevidljiva. Legardinier upravo ukazuje na nevidljivost nasilja koje žene u prostituciji trpe, kada navodi „korišćenje ljudskog bića poput bezlične robe, negacija ličnosti, dehumanizacija seksualnosti, manifestacije su jednog nasilja koje prolazi neprimećeno“¹², uprkos tome što su međunarodnim dokumentima i Ustavom RS zajemčena nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta¹³.

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1243&context=yjlf> [pristup: 20. prosinca 2020.].

¹¹ Elenkov, N., Milojević, M., Trgovina ljudima i prostitucija iz ugla radikalnog feminizma: značaj abolicionizma, *FemPlatz magazine*, br. 4, 2021., str. 27. http://www.femplatz.org/library/newsletters/FemPlatz_Magazin_4.pdf [25. svibnja 2022.].

¹² Legardinier, C., Prostitucija, u: Ljubinković S. (ur.), *Trgovina ženama*, Asocijacija za žensku inicijativu, Beograd, 2001., str.46.

¹³ Ustav RS, čl.25, a Srbija je ratifikovala i Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv torture i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni ili postupaka (Zakon o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni ili postupaka – „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 9/1991) i Evropsku konvenciju o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja (Zakon o ratifikaciji Konvencije o sprečavanju mučenja i

Žene koje se bave prostitucijom žrtve su nasilja podvođača, korisnika i pripadnika policije¹⁴ koji bi žene u prostituciji uprkos prihvaćenom modelu zakonskog regulisanja prostitucije trebali da zaštite.

Podvođači nisu samo, kako se veruje, osobe koje dovode u vezu ženu u prostituciji sa korisnikom. Podvođači su najčešće osobe koje su uticale na ulazak žene u prostituciju, koji žene drže u prostituciji kao zatočenice jer prostitucijom žena ostvaruju prihode. Ulogu podvođača neretko preuzimaju muški članovi porodice žene u prostituciji.¹⁵ Usled nedostatka osnovnih sredstava za život porodice ženi se nameće uloga hraniteljke porodice koja će sredstva za život ostvariti prostitucijom.¹⁶ Žena je u ovom slučaju nesvesna da je zapravo žrtva psihičkog nasilja, da je „žrtvovana“ od strane porodice te prihvata nametnutu ulogu verujući da je heroína koja će obezbediti osnovna sredstva za život.¹⁷ „Pristanak“ da uđe u prostituciju ne znači i kraj patnji za ženu. Kako ističe Farly nasilje, pretnje nasiljem i psihička torutura obezbeđuju da žena u prostituciji ne beži od podvođača.¹⁸ Iste obrasce koriste i korisnici usluga prostitucije¹⁹, te žene u prostituciji prostituciju

nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, izmenjene i dopunjene Protokolom 1 i Protokolom 2 uz Konvenciju -„Službeni list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003).

¹⁴ Đurasović, N., Bujak-Stanko, J., Baroš, S., Šalbut, V., Jovanović, I., Malbaša, D., Čeran, M., *Seksualni rad u Srbiji*, Udruženje „Prevent”, Novi Sad, 2017, str. 11, 13 i 22.

¹⁵ Žikić, *op. cit.* (bilj. 8), str.96.

¹⁶ Kraus, I., *Prostitution is Violence against Women!* Speech held by Dr. Ingeborg Kraus on 25th November 2016 in Strasbourg/ France. <https://www.trauma-and-prostitution.eu/en/2017/01/03/prostitution-is-violence-against-women/>[pristup: 12. rujna 2020.].

¹⁷ Pejović, D., *Pravni položaj žena u prostituciji u Republici Srbiji, Doktorska disertacija*, Univerzitet u Novom Sadu, Univerzitetski centar za interdisciplinarnu i multidisciplinarnu studije i istraživanja – UCIMSI, 2020., str.241. “Loverboy” je takođe jedan “dobrovoljan” način ulaska žena u prostituciju zloupotrebom poverenja žene. Žena koja je lošeg materijalnog stanja i najčešće daleko od porodice upoznaje emotivnog partnera koji je zapravo svodnik. Žena veruje da on gaji iskrena osećanja prema njoj što svodniku omogućava da tokom vremena zadobije njeno poverenja, da bi je zatim zbog navodno nedostatka sredstva za život nagovorio da “privremeno” uđe u prostituciju.

¹⁸ Farley, *op. cit.* (bilj. 10), str. 291.

¹⁹ Žikić, *op. cit.* (bilj. 8), str.174-201.

opisuju kao „iskustvo lova, dominacije, maltretiranja, napada i prebijanja“.²⁰ Proživljeno traumatsko iskustvo u prostituciji ima za posledicu da žene u prostituciji pate od posttraumatskog stresnog poremećaja čiji su simptomi anksioznost, depresija, nesаница, razdražljivost, flešbekovi, emocionalna utrnulost.²¹

Identitet prostitutke odnosno posrnule žene je u toj meri snažan da žene u prostituciji „zaklanja kao osobe, u potpunosti, apsorbuje kao ličnosti“²² te ni pripadnici policije žene u prostituciji ne vide kao ljudska bića koja treba zaštititi²³. Maltretiranje žena od strane korisnika vide kao sastavni deo bavljenja prostitucijom. Mišljenja su da je ulaskom u prostituciju žena ujedno pristala i na mogućnost da bude mučena i ponižavana te isto ne smatraju povredom psihičkog i fizičkog integriteta žene u prostituciji.

Bol, fizička i duševna patnja, koja se psihičkim i fizičkim nasiljem nanosi ženama u prostituciji nedvosmisleno ukazuje da su žene koje se bavi prostitucijom izložene mučenju, nečovečnom i ponižavajućem postupanju i kažnjavanju koje, kako je navela Lagardinier prolazi neprimećeno²⁴ a, stoga i nekažnjivo.

Zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada propisuje najviši pravni akt Republike Srbije i brojni međunarodni pravni dokumenti.²⁵ Trgovina ljudima u cilju seksualne eksploatacije smatra se oblikom „modernog“ ropstva. Žena koja je žrtva trgovine ljudima u cilju seksualne eksploatacije „svedena je na upotrebnu 'stvar' i svojina koju vlasnik ima nad njenim telom i njenom ličnošću

²⁰ Farley M; Banks, Martha E.; Ackerman, Rosalie J.; Golding, Jacqueline, Golding M., Screening for Traumatic Brain Injury in Prostituted Women, *Dignity: A Journal on Sexual Exploitation and Violence*, Vol. 3, 2018., str.4.

²¹ Farley, M.; Kelly V., Prostitution: a critical review of the medical and social sciences literature. *Women & Criminal Justice*, Vol. 11, 2000, str. 10.

²² Žikić, *op. cit.* (bilj. 8), str. 71.

²³ Dworkin, *op. cit.* (bilj. 8), str. 6-7.

²⁴ Legardinier, *op. cit.* (bilj. 12), str. 46.

²⁵ Ustav RS, čl. 26, Konvencije o ropstvu (Zakon o konvenciji o ropstvu-„Sl. Novine Kraljevine Jugoslavije”, br. 234-XCVII/29), čl. 1, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Zakon o ratifikaciji međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima-„Sl. list SFRJ”, br. 7/71 – u daljem tekstu: MPGPP) čl. 8. st. 3 i Evropska konvencija, čl. 4.

potire njen celokupni fizički i moralni integritet²⁶.²⁶ Herceg Pakšić i Jukić smatraju da je dovođenje u vezu trgovine ljudima u svrhu seksualne eksploatacije i ropstva prirodno, jer oba pojma podrazumevaju eksploataciju, po pravilu u cilju ostvarivanja profita, pri čemu se ostvaruje kontrola nad osobom koja se eksploatiše i krše njena ljudska prava.²⁷

Kada je reč o prostituciji zbog navodnog dobrovoljnog ulaska žene u prostituciju, prostitucija se ne dovodi u vezu sa ropstvom, iako podvođači primenom psihičkog i fizičkog nasilja žene u prostituciji drže u bezizlanoj situaciji, prisiljavaju ih da pruže uslugu što većem broju korisnika, guraju ih u dužničko ropstvo ili im oduzimaju značajan deo zarađenog novca. Osobe u prostituciji koje je intervjuisala Farly²⁸ izričite su da je prostitucija oblik ropstva, ali kako one navode „dobrovoljnog ropstva“.²⁹

Visoko sofisticirane metode kao što je manipulisanje ženinom željom za poštovanjem i samopoštovanjem, a koje primenjuju podvođači u cilju držanja žene u prostituciji, nevidljive su za okolinu te onemogućavaju da prostitucija bude prepoznata kao ropstvo. Stoga Farly insistira da se i prostitucija posmatra isključivo kao oblik seksualne eksploatacije koji takođe podrazumeva prinudu i eksploataciju, ali koja se vrši na perfidan način, te postoji samo privid o postojanju slobode žene u prostituciji da raspoláže svojom telom, zaradom i da ima slobodu odlučivanja o bavljenju i nebavljenju prostitucijom.³⁰ MacKinnon deli isto

²⁶ Konstantinović Vilić, S.; Petrušić, N.; Žunić, N. *SEX TRAFFICKING putevi seksualne eksploatacije žena*. Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš, 2002., str. 4.

²⁷ Herceg Pakšić, B.; Jukić, M., Primjena konvencijskog prava u području zabrane ropstva i prisilnog rada: Europski standardi i hrvatska postignuća, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, Vol. 23, br. 2, 2016., str. 294.

²⁸ Intervjuisano je 854 osoba u prostituciji u 9 država i 89% je izjavilo da bi izašlo iz prostitucije ali da ne može jer nema drugu opciju da preživi. (Farley et al. *Prostitution and Trafficking in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder*, 2004., <https://www.prostitutionresearch.com/pdf/Prostitutionin9Countries.pdf>)

²⁹ Farley, *op. cit.* (bilj. 10), str. 296.

³⁰ Farley, M., *Slavery and Prostitution. A Twenty-First-Century Abolitionist Perspective*, 2015., str. 283-315. <http://prostitutionresearch.com/wp-content/uploads/2016/07/Slavery-Prostitution-Farley-2015.pdf> [pristup: 10. kolovoza 2019.].

mišljenje i navodi da su žene u prostituciji predmet skoro potpune dominacije, ali da metode kojima se potčinjava njihova volja karakteriše suptilnost koja isključuje primenu fizičkog nasilja. Profinjene metode podvođača dovode i do paradoksa da žene u prostituciji svoje podvođače koji ih metodama manipulacije drže u prostituciji, doživljavaju kao osobe kraj kojih su jedino sigurne.

Položaj sličan ropstvu u kom se nalaze žene u prostituciji u koaliciji je sa pravom na slobodu i bezbednost.³¹ Žene u prostituciji ne uživaju pravo na slobodu, njihova sloboda je u rukama podvođača. MacKinnon navodi da ako žene ne mogu napustiti prostituciju onda znači da su one seksualne robinje i da nema elementa dobrovoljnosti koji se najčešće ističe kako bi se napravila razlika između trgovine ljudima u cilju seksualne eksploatacije i prostitucije.³² Takođe, problematizujući pitanje slobode u kontekstu prostitucije, MacKinnon ističe da „dok žene u prostituciji ne uživaju pravo na slobodu, seksualna sloboda koju uživaju muškarci između ostalog uključuje i slobodan pristup ženama u prostituciji“.³³ Stoga, kada je reč o pitanju slobode u prostituciji, zaključuje da „dok za muškarce sloboda podrazumeva da se žene prostitušu, za žene, prostitucija podrazumeva gubitak svega što sloboda znači“.³⁴ Dworkin je istog stava i u tom pogledu navodi da su društva organizovana na način da muškarci imaju moć da koriste žene kako oni

³¹ Ustav RS, čl. 27, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa protokolom broj 11, protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, protokola broj 4. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, protokola broj 6. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, protokola broj 7. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, protokola broj 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i protokola broj 13. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima „Službeni list SCG– Međunarodni ugovori“, br. 9/2003, 5/2005 – ispr. – u daljem tekstu: Evropska konvencija), čl.5, MPGPP, čl.9 i Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, čl.3.

³² MacKinnon C. A., *Prostitution and Civil Rights*, *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 1, br. 1, 1993, str. 14.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

žele³⁵, kao i da muškarci učestvuju u kreiranju ideje slobode a koju slobodu će samo oni imati.³⁶

Žene koje se bave prostitucijom izložene su marginalizaciji, stigmatizaciji i diskriminaciji.

Bavljenje prostitucijom je glavni razlog zbog kog društvo žene u prostituciji ne samo ne prihvata, nego „držiti“ na bezbednoj distanci, „obeležavajući“ ih kao psihički bolesne, nemoralne, prljave i zarazne.³⁷ Žene u prostituciji su „druge“, jer se bave prostitucijom od koje društvo zazire, što je prevashodni osnov za diskriminaciju žena u prostituciji. U okviru opšte antidiskriminacione odredbe kojom se svakom jemče prava i slobode proklamovana u međunarodnim dokumentima³⁸, među navedenim ličnim svojstvima koja ne smeju biti osnov za diskriminaciju, a posebno ih dovodimo u vezu sa ženama u prostituciji, izdvajamo: pol³⁹, rasu⁴⁰, boju⁴¹, nacionalno i socijalno poreklo⁴² i imovno stanje⁴³. Lista ličnih

³⁵ Dworkin, *op. cit.* (bilj. 8), str. 9.

³⁶ *Ibid.*, str. 10.

³⁷ Kao primer navodimo: „Prostitutke su žene koje su većim delom polno obolele, ponižene i zlostavljane, pa i štetne za društvo“, Kovačević, D. Odnos zakonodavstva prema prostituciji kroz istoriju i savremeno doba, *PRAVO-teorija i praksa*, br. 10-12, 2016, str. 62.

³⁸ Univerzalna deklaracija, MPGPP, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (Zakon o ratifikaciji međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima „Sl. list SFRJ“, br. 7/71 – MPESKP), Evropska konvencija, Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 19/2009) i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici- „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 12/2013 –u daljem tekstu: Istanbulska konvencija).

³⁹ Univerzalna deklaracija, čl.2, MPGPP čl. 2., MPESKP čl. 2. st. 2., Evropska konvencija čl. 14., Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima čl. 3 i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici čl. 4. st. 3. Deklaracija o eliminaciji nasilja prema ženama sadrži drugačiju formulaciju, u čl. 3. propisuje zaštitu žena od svih oblika diskriminacije.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

svojstava koja mogu biti osnov za diskriminaciju nije zatvorena, već je propisano da osnov diskriminacije mogu biti i „druge okolnosti“ i „drugi status“. Ostavljanje liste ličnih svojstava otvorenom u opštim antidiskriminacionim odredbama upotrebom termina „druge okolnosti“ i „drugi status“ omogućava da se status žene u prostituciji, odnosno bavljenje prostitucijom, podvede pod navedene termine, iz čega proizilazi da samo bavljenje prostitucijom može predstavljati osnov za uskraćivanje prava i prepreku za uživanje prava i sloboda zajemčenih međunarodnim dokumentima. Saglasno tome, zabrana diskriminacije odnosi se i na diskriminaciju žene na osnovu činjenice da se bavi prostitucijom.

Žene u prostituciji često su izložene višestrukoj diskriminaciji, odnosno diskriminisane su po više osnova, kao što su pol, nacionalna pripadnost/etničko poreklo, socijalno poreklo, imovno stanje i dr.

Podaci dobijeni istraživanjem prakse procesuiranja preškaja prostitucije pokazuju da su žene u prostituciji izložene institucionalnoj diskriminaciji od strane pripadnika Ministarstva unutrašnjih poslova i prekršajnih sudova koji ne tretiraju jednako žene u prostituciji i korisnike usluga prostitucije kao učesnike u prostituciji, što ima za posledicu učestalije prekršajno sankcionisanje žena u prostituciji u odnosu na korisnike.⁴⁴

Okolnost da se prostitucijom bave prevashodno žene pokazatelj je strukturalne diskriminacije žena. Strukturalna diskriminacija je, kako Mršević navodi, teško identifikovati zato što „obuhvata niz ponašanja, stavova, mišljenja i aktivnosti, koje su uglavnom društveno prihvaćene i zasnivaju se na običajima, tradiciji, navikama ustaljenim podelama uloga, patrijarhatu“.⁴⁵ Kada govorimo o strukturalnoj diskriminaciji žena u prostituciji, podaci pokazuju da se prostitucijom bave žene koje su nezaposlene, niskog imovnog stanja i skromnog obrazovanja⁴⁶, međutim, ovo je prihvaćeno kao „normalno“, nešto što se već „podrazumeva“ jer je reč o

⁴⁴ Pavlović, S.; Cvetinčanin Knežević, H., *U ime muškog naroda*, Autonomni ženski centar, Beograd, 2018. Pejović, *op. cit.* (bilj. 17).

⁴⁵ Mršević, Z., *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2011., str. 39.

⁴⁶ Videti Pavlović; Cvetinčanin Knežević, *op. cit.* (bilj. 44), str. 77-78., Žikić, *op. cit.* (bilj. 8), str. 66. i Pejović, *op. cit.* (bilj. 17), str. 250.

„nemoralnim“ i „posrnulim“ ženama, i samim tim izostaje bilo kakva društvena reakcija. Mršević skreće pažnju na to da strukturalna diskriminacija „često nije svesno namerna, pa čak nije ni nezakonita“, te da borba protiv strukturalne diskriminacije zahteva „preispitivanje bazičnih kulturnih vrednosti i fundamentalnih principa društvene organizacije“.⁴⁷

Preispitivanje identiteta prostitutke i prostitucije u svetlu ljudskih prava pokazalo je da uprkos zajemčenim ljudskim pravima prostitucija pokazuje i dokazuje da se i danas „novcem može kupiti ljudski život i izbrisati njegov značaj sa bilo kog aspekta građanske i društvene svesti i savesti, od zakonske zaštite i od bilo kog koncepta ljudskog dostojanstva i psihičkog i telesnog integriteta čoveka“.⁴⁸ Sa aspekta žene u prostituciji zajemčena ljudska prava i osnovne slobode su zaista samo mrtvo slovo na papiru i zato društvo koje stremi jednakosti i pravednosti prostituciju ne bi smelo da toleriše⁴⁹. Stoga, u potpunosti se slažemo sa stavom Dworkin, da dok god prostitucija postoji, nema pravde, slobode i jednakosti.⁵⁰

3. PREDLOG ZA UNAPREĐENJE AKTUELNOG ZAKONSKOG UREĐENJA PROSTITUCIJE

Preispitivanje identiteta prostitutke i prostitucije sa aspekta zajemčenih ljudskih prava i osnovnih sloboda pokazalo je da bi regulisanje prostitucije kao profesije bilo u suprotnosti sa zajemčenim ljudskim pravima i osnovnim slobodama. S obzirom na to da je država dužna da garantuje i štiti ljudska prava i slobode, reglementacioni model regulisanja prostitucije smatramo neprihvatljivim za državu koja se zalaže za poštovanje ljudskih prava. Rezultati istraživanja u državama koje su prihvatile reglementacioni model regulisanja prostitucije upravo i pokazuju da prihvatanje ovog modela nije doprinelo osnaživanju žena u prostituciji, nego da je, naprotiv, imalo za posledicu povećanje broja žena koje su žrtve trgovine ljudima u cilju

⁴⁷ *Ibid.*, str. 40.

⁴⁸ Dworkin, *op. cit.* (bilj. 8), str.4.

⁴⁹ Legardinier, *op. cit.* (bilj. 12), str.13.

⁵⁰ Dworkin, *op. cit.* (bilj. 8), str.11.

seksualne eksploatacije.⁵¹ Umesto prvobitno planiranog obezbeđenog radnog staža, zdravstvenog i socijalnog osiguranja za žene u prostituciji, reglementacioni model je trgovcima ljudima omogućio da „u skladu sa zakonom“ seksualno eksploatišu žene.

Istovremeno možemo zaključiti da je i aktuelni prohibicionistički model regulisanja prostitucije u Srbiji neodgovarajući kada je u pitanju deo zakonskog rešenja kojim je inkriminisano odavanje prostituciji. Analiza položaja žena u prostituciji pokazala je da je već samo bavljenje prostitucijom kazna koja se ogleda u dehumanizaciji, marginalizaciji i diskriminaciji žena u prostituciji, dok im zakonsko rešenje dodatno nameće i stigmatu delikventa. Rezultati istraživanja prakse procesuiranja prekršaja prostitucije u Srbiji pokazuju da se uprkos aktuelnom zakonskom rešenju, upravo žene u prostituciji mnogo češće kažnjavaju nego korisnici usluga prostitucije.⁵² Stoga, posledice zakonskog regulisanja prostitucije prevashodno snose žene u prostituciji koje su najranjiviji učesnici u prostituciji. Dakle, u Srbiji korisnici usluga prostitucije, čija potražnja za seksualnim uslugama zapravo formira „tržište“ prostitucije i pored zakonskog rešenja kojim je inkriminisano korišćenje usluga prostitucije, ostaju nevidljivi učesnici u prostituciji.

Upravo prepoznavanje navedenih nedostataka reglementacionog i prohibicionističkog modela regulisanja prostitucije uticalo je na formiranje relativno novog neoabolicionističkog modela regulisanja prostitucije čija je začetnica Švedska.⁵³ Neoabolicionistički model zasniva se na principu rodne ravnopravnosti i poštovanju ljudskih prava i sloboda te se prostitucija, odnosno kupovina žene kao robe, smatra neprihvatljivom društvenom pojavom. Ovakav odnos prema prostituciji, kao i davanje na značaju činjenici da su žene u prostituciji

⁵¹ Di Nicola, A., *The differing EU Member States' regulations on prostitution and their cross-border implications on women's rights*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels, 2021., str. 36.

⁵² Videti Pavlović; Cvetinčanin Knežević, *op. cit.* (bilj. 44) i Pejović, *op. cit.* (bilj. 17).

⁵³ Swedish government, *Selected extracts of Swedish government report SOU 2010:49: „The Ban against the Purchase of Sexual Services. An evaluation 1999–2008.”*, 2010., str. 4-6.

https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/the_ban_against_the_purchase_of_sexual_services_an_evaluation_1999-2008_1.pdf [pristup: 30. lipnja 2020.].

najranjiviji učesnici u prostituciji, doprineo je da se inkriminiše isključivo kupovina usluga prostitucije. U skladu sa neoaboliconističkim modelom kažnjavanju podležu samo kupci usluga prostitucije.

Mišljenja smo da bi prohibicionistički model regulisanja prostitucije u Srbiji bilo poželjno zameniti neoaboliconističkim modelom, jer usvajanjem neoaboliconističkog pristupa država iskazuje volju da se bori protiv prostitucije pri čemu ta borba nije usmerena isključivo ka najranjivijim – a to su žene u prostituciji. Naprotiv, u državama koje su prihvatile neoaboliconistički model, žene u prostituciji se podstiču da napuste prostituciju uz pomoć socijalno-ekonomskih mera. Ženama u prostituciji se omogućava da upišu kurseve i obuke za određena zanimanja, pronađu zaposlenje i postanu ekonomski nezavisne kako bi zauvek napustile prostituciju.

Neoaboliconistički model je jedini model zakonskog regulisanja prostitucije koji se zasniva na principu rodne ravnopravnosti i punom poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda, ali i jedini model koji uzima u obzir položaj svih učesnika u prostituciji te smatramo da bi trebao biti prihvaćen ne samo u Srbiji, nego na globalnom nivou kada je u pitanju zakonsko regulisanje prostitucije.

4. ZAKLJUČAK

Prihvatanje legalizacijskog modela predstavljalo bi negiranje Ustavom RS i ratifikovanim međunarodnim dokumentima zajemčenih ljudskih prava i to pre svega, sa aspekta žena u prostituciji, prava na fizički i psihički integritet. Rezultati sprovedenih istraživanja pokazuju da bavljenje prostitucijom ostavlja isključivo ozbiljne i trajno negativne posledice po fizički i psihički integritet žena u prostituciji dok, sa druge strane, ne postoji istraživanje čiji rezultati ukazuju da je prostitucija po zdravlje bezbedno zanimanje za žene.

Ulaskom u prostituciju žena postaje prostitutka, koji identitet nosi sa sobom izloženost nasilju, stigmatizaciju i marginalizaciju i zato identitet prostitutke ne bi bilo poželjno „ozvaničiti“ prihvatanjem reglementacionog tj. legalizacijskog modela regulisanja prostitucije. Prostitucija nije stvar izbora, a ni poželjna profesija za žene. Mišljenja smo, da bi bilo poželjno da unapređenje zakonskog modela regulisanja prostitucije bude usmereno u pravcu dekriminalizacije žena u

M. Miloš, V. Kuzelj, L. Mikac & S. Cindori (ur.)

LJUDSKA PRAVA I PITANJE IDENTITETA

prostituciji te da država socijalno-ekonomskim merama pomogne ženama u prostituciji da izađu iz prostitucije, obezbede sebi egzistenciju i „skinu“ sa sebe „etiketu“ prostitutke.

16. Regulatorni okvir priznanja promjene oznaka spola – diskriminacija transrodnih osoba u pristupu zdravstvenim uslugama

LEONARDO MIKAC*

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

UDK 342.726-055.3

SAŽETAK Ovaj rad prikazuje razvoj prava transrodnih osoba, odnosno pravno priznanje rodnog identiteta u pravu i praksi Europske unije, Vijeće Europe i Europskog suda za ljudska prava te njihov utjecaj na Republiku Hrvatsku. Uz pregled razvoja prava i usvajanja *policy* dokumenata, mjera i sudske prakse, težište rada orijentirano je na pravno uređenje postupka promjene oznake spola u Hrvatskoj i nedostupnost zdravstvenih usluga kao i ograničenost istima. Promjena spola je kontinuiran, fizički i psihički iscrpljujući i bolan proces te kroz zdravstveni sustav godišnje prođe nekoliko transrodnih osoba koji, ako se za to odluče, započinju s medicinskom tranzicijom koja uvjetuje društvenu asimilaciju u pripadajućem rodu. Upravo zbog toga ono utječe na svaki aspekt života te kao takav, privatan i intiman, zahtjeva učinkovite mehanizme zaštite kako bi se spriječilo diskriminatorno postupanje zdravstvenog osoblja. Trenutni regulatorni okvir prava transrodnih osoba ne samo da ne pruža adekvatnu zaštitu, već omogućava dokidanje dostojanstva i samovoljno postupanje zdravstvenih djelatnika vezano uz razne aspekte procesa medicinske tranzicije.

KLJUČNE RIJEČI transrodne osobe, promjena oznake spola, zdravstvene usluge, diskriminacija

1. UVOD

„Pravni poredci modernih demokracija kao svoju temeljnu vrijednost postavljaju prava osoba-pojedinaca, dok je smisao, glavna ideja i cilj takvih poredaka stvaranje adekvatne društvene sredine za potpuni i slobodni razvoj svakog pojedinca“.¹ Tako je kod određenih skupina potrebno intenzivnije angažiranje države, opsežniji

* **Leonardo Mikac**, student Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: leonardo.mikac@student.pravo.hr

¹ Barić, S.; Vincan, S., Ustavnopravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 50, br. 1, 2013., str. 81.

regulatorni okvir kako bi se pružila potrebna i odgovarajuća pravna zaštita koja će potom omogućiti potpuni razvoj tih skupina, odnosno pojedinaca. No, s druge strane, neuvažavanjem pojedinčevog prava na samoodređenje, njegove autonomije, odnosno uplitanjem države u narav tih prava uvjetuje se i ograničava njegov potpuni i slobodan razvoj kao osobe. U Republici Hrvatskoj upravo su transrodne osobe² izložene samovoljnoj naravi državnog aparata u oduzimanju njihovog prava na samoodređenje. Priznanje njihovog rodnog identiteta³ nerazmjerno je uvjetovano, s obzirom da se od transrodnih osoba zahtijeva da se podvrgnu postupku u kojem moraju braniti svoj rodni identitet, koji ne samo što je fundamentalni aspekt svake ličnosti, već i važna društvena činjenica,⁴ pred mnogobrojnim institucijama. Samim time, transrodnim osobama nerazmjerno se narušava ustavno pravo na privatnost kao i pravo na dostojanstven život.

U ovom će se radu u prvom poglavlju prikazati razvoj prava transrodnih osoba, odnosno priznanje rodnog identiteta i promjene oznake spola u osobnim dokumentima kroz pravo i praksu institucija Europske unije (u nastavku teksta: EU) i Vijeća Europe te njihov utjecaj na pravo Republike Hrvatske. U drugom poglavlju će se detaljno prikazati uređenje postupka promjene oznake spola u hrvatskom kontekstu, objasniti što to znači za osobu koja kroz njega prolazi te

² Transrodne osobe su osobe koje kroz individualni konstrukt identiteta, trajnog ili promjenjivog karaktera, izražavaju, ničeću i/ili nadilaze društveno zadane i oblikovane spolne i rodne norme i uloge. Razlikovanje spola i roda je važno za razumijevanje ovog pojma: naime, spol označava biološke značajke koje obilježavaju ljudska bića kao žene i muškarce (definirana kao društvena i zakonska klasifikacija biološki značajki koje osobe dijele samo na dvije kategorije, na muški i na ženski spol) te je na osnovi genitalija i reproduktivnih funkcija podložan interpretacijama i kulturnom uvjetovanju. Rod, za razliku od spola, je u potpunosti društveno-kulturni koncept i odnosi se na razlike između žena i muškaraca, koje su naučene, koje se mijenjaju s vremenom i koje imaju širok raspon varijacija unutar pojedine kulture i između kultura.

³ Rodni identitet podrazumijeva vlastito rodno određenje i izražavanje, koje ne mora ovisiti o spolu koji je upisan rođenjem. Rodni je identitet, dakle, neovisan o biološkom spolu osobe.

⁴ Izdvojeno mišljenje suca Martensa u: *Cossey v. United Kingdom*, App. no. 10843/84, 27. rujna 1990., t. 3.4.

utjecaj propitivanja pojedinčeve transrodnosti⁵ i tranzicije⁶ na mentalno zdravlje. Potom će se u trećem poglavlju identificirati kako su transrodne osobe diskriminirane u zdravstvenom sustavu, točnije u pristupu zdravstvenim uslugama. Na samom kraju, u četvrtom poglavlju, umjesto zaključka, iznose se preporuke za uređenje postupka priznanja rodnog identiteta.

2. RAZVOJ PRAVA NA PRIZNANJE RODNOG IDENTITETA KROZ PRAVO I PRAKSU EUROPSKIH INSTITUCIJA I NJIHOV UTJECAJ NA PRAVO REPUBLIKE HRVATSKE

2.1. EUROPSKA UNIJA I ZAŠTITA PRAVA LGBTIQ+ OSOBA

Kao punopravne članice EU, obveza je Republike Hrvatske, među ostalim, usklađivanje nacionalnog zakonodavstva s europskom pravnom stečevinom. Taj proces započeo je mnogo prije hrvatskog pristupanja EU i upravo u tom razdoblju, u kontekstu eurointegracije, je možda najjasnije vidljiv pozitivan pomak u zaštiti ljudski prava LGBTIQ+ osoba. Primjeri toga su Zakon o ravnopravnosti spolova,⁷ ali i razni antidiskriminacijski amandmani na već postojeće zakone kao što su promjena Zakona o radu⁸ (gdje se zabranjuje izravna i neizravna diskriminacija tražitelja zaposlenja na temelju seksualne orijentacije) te Kaznenog zakona⁹ (gdje je izmijenjena odredba o zabrani diskriminacije, odnosno ista je otvorena i za druge osnove, uključujući diskriminaciju na temelju rodnog identiteta). EU zagovara ravnopravnost LGBTIQ+ osoba već dugi niz godina i zaštitu istih je uključila u neke od svojih najvažnijih pravnih dokumenata, počevši

⁵ Transrodnost je pozicija samoidentifikacije osobe kao muške, ženske ili onkraj obje mogućnosti (dakle na bilo kojoj od točaka rodnog kontinuma) i koja se ne povezuje s “rodnošću” pripisanom po rođenju, ni s konvencionalnim određenjima muškog i ženskog roda. U tom se smislu koristi kao krovni pojam.

⁶ Tranzicija je pojam koji se koristi umjesto pojma postupka priznanja rodnog identiteta, kao postupka promjene (oznake) spola.

⁷ Zakon o ravnopravnosti spolova, Narodne novine br. 82/08, 69/17.

⁸ Zakon o radu, Narodne novine br. 93/14, 127/17, 98/19.

⁹ Kazneni zakon, Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 8/21.

od primarnog prava i osnivačkih ugovora.¹⁰ Prava transrodnih osoba štite se i Direktivom o jednakosti pri zapošljavanju¹¹ koja pruža zaštitu od diskriminacije i uznemiravanja u području zapošljavanja i socijalne sigurnosti ako do njih dolazi na osnovi promjene spola; Direktivom o ravnopravnosti spolova¹² koja pruža zaštitu od diskriminacije u profesionalnom životu; te Direktivom o pravima žrtava¹³ koja utvrđuje niz obvezujućih prava žrtava i jasne obveze država članica EU u pogledu osiguravanja provedbe tih prava u praksi. Osim obvezne implementacije pravne stečevine EU, Europska komisija promiče ravnopravnost te podupire razne europske LGBTIQ+ organizacije. Pored toga, financijski podupire i LGBTIQ+ organizacije na nacionalnoj razini u okviru Programa za prava, jednakost i građanstvo¹⁴ i preko programa Erasmus+.¹⁵ Pružaju se i velike donacije izvan područja EU, točnije u Aziji, Africi, Latinskoj Americi i istočnoj Europi, gdje se podupiru razni projekti usmjereni suzbijanju diskriminacije prema LGBTIQ+ osobama koje provode organizacije civilnog društva na tim područjima.¹⁶

¹⁰ Treaty on European Union, OJ C 191, 29.7.1992.; Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340, 10.11.1997.; Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

¹¹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000.

¹² Commission Directive 2006/5/EC of 17 January 2006 amending Council Directive 91/414/EEC to include warfarin as active substance (Text with EEA relevance), OJ L 12, 18.1.2006.

¹³ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012.

¹⁴ Program za prava, jednakost i građanstvo (REC) doprinosi daljnjem razvoju područja u kojem se promiču, štite i djelotvorno provode jednakost i prava osoba. Program je omogućio provedbu politika koje se odnose na temeljne potrebe u životima ljudi. - https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers/justice-and-consumers-funding-tenders/funding-areas/rights-equality-and-citizenship-programme_en - 12.10.2022.

¹⁵ Kao primjer projekt pod nazivom „Zero tolerance for intolerance“ – glavni cilj projekta bio je aktivno uključiti mlade u istraživanje ljudskih prava vezanih uz LGBTIQ zajednicu i istospolne obitelji kao i promicanje tolerancije i prihvaćanje različitih oblika partnerstva. <https://erasmus-plus.ec.europa.eu/projects/search/details/2017-1-SI02-KA105-014044> - 06.10.2022.

¹⁶ Izdvojeno: EU I RAVNOPRAVNOST LGBTI OSOBA; <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/lgbti/hr> - 17.09.2022.

2.2. VIJEĆE EUROPE

Vijeće Europe, osim što promiče vladavinu prava, demokraciju i poštivanje ljudskih prava u državama članicama, posvećuje i veliku pozornost pravima LGBTIQ+ osoba. Tako je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁷ (u nastavku teksta: Konvencija) međunarodni ugovor koji obvezuje države članice Vijeća Europe da osiguraju zaštitu temeljnih osobnih i političkih prava i sloboda. Člankom 14. Konvencije zabranjena je diskriminacija: „Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, (...)“. Uz to, članak 1. Protokola br. 12.¹⁸ proširuje opseg zaštite od diskriminacije u odnosu na onu sadržanu u Konvenciji (i za države članice koje su ratificirale navedeni Protokol) obuhvaća člankom 14. Konvencije svako ono pravo koje je u pojedinom nacionalnom pravnom poretku zaštićeno zakonom, čime je uvedena opća zabrana diskriminacije. Iako nije eksplicitno navedena zaštita od diskriminacije na temelju rodnog identiteta ili rodnog izražavanja,¹⁹ ona se svakako primjenjuje u praksi Europskog suda za ljudska prava, što ću detaljnije razraditi *infra*. Naime, dva dokumenta Vijeća Europe govore o zakonskom priznanju roda. Prva, vrlo važna, Preporuka Odbora ministara Vijeća Europe o mjerama suzbijanja diskriminacije na osnovama spolne orijentacije i rodnog identiteta²⁰ sadrži nekoliko važnih točaka, no naglasit ću samo jednu, koja propisuje da „Države članice trebaju poduzeti odgovarajuće mjere kako bi se zajamčilo punopravno zakonsko priznanje promjene upisa spola osobe na svim područjima života, a posebno tako da se omogući promjena imena i upisa spola u službenim dokumentima na brz, transparentan i dostupan način“.²¹ Ovo u

¹⁷ Pročišćeni tekst (Europske) Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17

¹⁸ Protokol br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 6/1999.

¹⁹ Rodno izražavanje obuhvaća način na koji se svaka osoba izražava u smislu roda, ponašanjem, odijevanjem, frizuram, glasom, govorom tijela, tjelesnim obilježjima i/ili ostalim vanjskim oznakama.

²⁰ Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, Vijeće Europe, 31.03.2010.

²¹ Ibid. t. 21

Republici Hrvatskoj nije slučaj. Drugi dokument, Rezolucija o Diskriminaciji transrodnih osoba u Europi²² od država članica traži zaštitu transrodnih osoba od diskriminacije i da im se omogući brz i dostupan način zakonskog upisa promjene oznake spola bez ikakvih ograničenja. Također, traži da se poništi prisilna sterilizacija i svaki drugi liječnički zahtjev (poput procjene mentalnog zdravlja) kako bi osoba temeljem samoodređenja mogla živjeti u rodu s kojim se identificira.²³

2.2.1. RAZVOJ PRIZNANJA RODNOG IDENTITETA I PROMJENE (OZNAKE) SPOLA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencija predviđa mehanizam zaštite ljudskih prava na način da svaka osoba, pod uvjetima predviđenim Konvencijom, može podnijeti zahtjev Europskom sudu za ljudska prava²⁴ koji će potom razmatrati je li tužena država povrijedila prava zajamčena Konvencijom na nacionalnoj razini. Prvotna praksa Suda prema pravima transrodnih osoba bila je pod snažnim utjecajem margine slobodne prosudbe te je od prvog slučaja, *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁵ iz 1986., sve do 1997. godine odbijao individualne zahtjeve transrodnih osoba.²⁶ S vremenom,

²² Discrimination against transgender people in Europe, Resolution 2048 (2015), Vijeće Europe, 22.04.2015.

²³ Ibid. t. 6.2.1.-6.2.2.

²⁴ Europski sud za ljudska prava je međunarodni sud čija je nadležnost odlučivati o pojedinačnim ili međunarodnim zahtjevima koji se odnose na povredu građanskih i političkih prava sadržanih u Konvenciji, odnosno njegova je zadaća osigurati poštivanje prava i jamstva predviđenih Konvencijom od strane država članica. Ukoliko Sud utvrdi kako je došlo do povrede, utoliko će donijeti presudu koja je obvezujuća za sve države članice i kao posljedica, članice imaju obvezu postupati po njima te mijenjati zakonodavstvo i administrativnu praksu.

²⁵ *Rees v. United Kingdom*, App. no. 9532/81, 17. listopada 1986.; vlasti Ujedinjenog Kraljevstva odbile su pravno priznati rod transrodnom muškarcu. Sud je utvrdio kako odbijanje priznanja roda ne predstavlja povredu Konvencije, naglašavajući administrativne posljedice za opće stanovništvo – kao i da „tako zabilježena promjena ne može značiti stjecanje svih bioloških obilježja drugog spola“. (§43-44)

²⁶ Petričušić, A., Željko D., Radović B., Pristup i aktivnosti Vijeća Europe s ciljem dokidanja homofobije, bifobije, transfobije i diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta, u: Horvat Vuković, A.; Kuzelj, V.; Petričušić, A. (ur.), *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba / Developmen and Protection of LGBTIQ+ Rights*, ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba, Zagreb, 2022., str. 193.

pristup Suda pitanjima rodnog identiteta uvelike se promijenio, odražavajući spoznaje o društveno konstruiranoj prirodi roda kao i same promjene u društvu, što je vidljivo u slučaju *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁷ iz 2002. godine, gdje je utvrđeno opće priznavanje prava na rodni identitet i promjenu istog. Sud je u ovom slučaju smatrao da nepriznavanje rodnog identiteta tužiteljice predstavlja povredu njezina prava na privatni život,²⁸ utemeljeno na „jasnim i neosporanim dokazima međunarodnog trenda“ prema pravnom priznavanju rodnog identiteta „postoperativnih transseksualaca“.^{29,30} To je omogućilo pristup pravnom priznavanju roda, no samo osobama koje su se podvrgnule operacijskim zahvatima koji su ih približili fizičkim karakteristikama određenog roda oblikovanim društvenim stereotipima. Nakon što je preispitao praksu, Sud je u predmetu *A.P., Garçon i Nicot protiv Francuske*³¹ iz 2017. godine, utvrdio kako se pravno priznavanje rodnog identiteta ne može uvjetovati obvezom podvrgavanja „operativnom zahvatu sterilizacije ili liječenja“.³² U ovom slučaju podnositelji zahtjeva bili su prisiljeni birati između hormonske sterilizacije ili operacije, neovisno jesu li one željene ili ne. Time su se ili odrekli svog prava na fizički integritet, ili se odbijanjem podvrgavanja navedenim intervencijama odrekli prava na život u svom rodnom identitetu. Sud je posebno zaključio da uvjetovanje priznavanja rodnog identiteta transrodnih osoba sterilizacijom ili podvrgavanjem operaciji, bez da su one odabrane slobodno i samovoljno, predstavlja uvjetovanje

²⁷ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, App. no. 28957/95, 11. srpanj 2002.

²⁸ Ibid. §93

²⁹ Transseksualna osoba je zastarjeli i – danas se smatra – pogrdni naziv za transrodne osobe koje su prošle neku fazu tjelesne tranzicije. Transrodne osobe se odlučuju za različite elemente društvene i tjelesne tranzicije, pa neke osobe samo koriste druge zamjenice, neke uz zamjenice promjene i ime, neke uzimaju hormone, a neke se uz hormone odluče i za operativne zahvate. Pojam „transseksualna osoba“ reflektira cis centričnu predodžbu o transrodnim osobama, koje su „u potpunosti“ promijenile svoje tijelo da izgleda sasvim kao „muško“ ili „žensko“, ili pak cis centrično očekivanje da sve trans osobe tome zapravo teže. Napominjemo pritom da „cisgender“ (lat. cis – „s ove strane“) opisuje osobu čiji se spol pripisan pri rođenju poklapa s očekivanim rodnim identitetom, rodnim izražavanjem i ulogama pripisanim osobama tog spola).

³⁰ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, Op. cit. (bilj. 27), §76, 85, 93

³¹ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, Apps. nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6. travanja 2017.

³² Ibid. §132

potpunog ostvarivanja prava na poštovanje privatnog života prisiljavanjem osobe da se odrekne temeljnog prava na poštivanje tjelesnog integriteta.³³ No, jedna od najvažnijih presuda za prava transrodnih osoba je *Rana protiv Mađarske* iz 2020. godine u kojoj je Sud utvrdio kako je država dužna omogućiti pravno priznanje rodnog identiteta (i to azilantima!), s obzirom da se propustom takva priznanja nerazmjerno ograničava pravo na ljudsko dostojanstvo.³⁴ Navedeno je moguće tumačiti kao potvrdu prava transrodnih osoba kao temeljnih ljudskih prava te je stoga ograničavanje, uvjetovanje ili onemogućavanje priznanja rodnog identiteta osobe istovjetno negaciji njezina ljudskog dostojanstva i brisanju njezine osobnosti.

U konačnici, zaštita prava transrodnih osoba se pod egidom europskog pravnog okvira uvelike razvila naspram skromnih početaka, ali ne u sklopu razmatranja o jednakosti, odnosno ravnopravnosti i borbi protiv diskriminacije već jednog progresivnog tumačenja članka 8. Konvencije, fokusiranog na pravo na privatnost i zaštitu osobnog i obiteljskog života. Kao što sam ranije napomenuo, pravo na zakonsko priznanje roda uslijedilo je zahvaljujući društvenim promjenama u europskim zemljama koje su potom potaknule Sud da odstupi od svoje ranije prakse, i protumači Konvenciju kao živući instrument koji se vazda prilagođava kulturološkom i znanstvenom napretku u društvu. Tako su temeljem važećeg tumačenja Konvencije i strazburške sudske prakse države članice obvezne pružiti pravno priznanje rodnog identiteta – ipak, u uređenju tog pitanja uživaju široku marginu diskrecije³⁵ unutar koje mogu nametnuti razne uvjete kao što je podvrgavanje psihološkoj procjeni za utvrđivanje stanja transrodnih osoba.

³³ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, Op. cit. (bilj. 31), §131

³⁴ *Rana v. Hungary*, App. no. 40888/17, 16. lipnja 2020., §40

³⁵ Margina diskrecije je dopušteni prostor nacionalne regulatorne autonomije dan državama članicama pod uvjetom da se nacionalna mjera ili praksa primjenjuje na nediskriminirajući način te da prolazi test proporcionalnosti.

3. REGULATORNI OKVIR PROMJENE (OZNAKE) SPOLA U REPUBLICI
HRVATSKOJ

„Čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva“.³⁶ Ova ustavna odredba znači da svako ljudsko biće u Republici Hrvatskoj ima pravo na tjelesni i društveni integritet te pravo na zaštitu osobnog dostojanstva kao i zdravlja. Važnost ove odredbe vidljiva je kroz apsolutnu slobodu izražavanja svoje nacionalnosti, vjeroispovijesti, etničke pripadnosti, kao i drugih vrsta osobnosti. No, u ostvarenju prava na svoju osobnost kroz priznanje rodnog identiteta transrodne osobe nailaze na razne prepreke i izazove koje proizlaze iz diskriminacije i društvene stigme usmjerene prema njima od strane opće javnosti.³⁷ Zakonsko priznanje roda se očituje kroz promjenu oznake spola i/ili osobnog imena u osobnim dokumentima, ali kako bi uopće bilo moguće unijeti promjenu oznake spola osoba je prisiljena proći kroz dugoročan, kompliciran i diskriminirajući postupak. „Većina je naučila očekivati diskriminaciju. Takvo očekivanje navelo je neke da ograničavaju svoje geografske, radne i zdravstvene mogućnosti kako bi se izbjegla dodatna izloženost diskriminaciji.“³⁸ Postupak promjene oznake spola uređen je odredbama tri različita zakona, jednog podzakonskog akta i dva posebna dodatka što cijeli postupak čini birokratiziranim te nepraktičnim. Prvim zakonom, Zakonom o državnim maticama,³⁹ transrodne osobe na vlastiti zahtjev, a u slučaju maloljetnih osoba na zahtjev roditelja i/ili skrbnika, mogu promijeniti oznaku „Spol: muški“ u „Spol: ženski“ i „Spol: ženski“ u „Spol: muški“. Drugim riječima ovim zakonom omogućeno je unijeti promjenu oznake spola u maticu rođenih. Drugim zakonom, Zakonom o zdravstvenoj zaštiti,⁴⁰ podnositelj/ica dostavlja

³⁶ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014., čl. 22

³⁷ Cruz, T. M., Assessing access to care for transgender and gender nonconforming people: A consideration of diversity in combating discrimination, *Social Science & Medicine*, Vol. 110., 2014., str. 66.

³⁸ Poteat, T.; German, D.; Kerrigan, D., Managing uncertainty: A grounded theory of stigma in transgender health care encounters, *Social Science & Medicine*, Vol. 84., 2013., str. 25.

³⁹ Zakon o državnim maticama, Narodne novine br. 96/93, 76/13, 98/19

⁴⁰ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Narodne novine br. 100/18, 125/19, 147/20

odgovarajuću dokumentaciju Nacionalnom zdravstvenom vijeću (u nastavku teksta: Vijeće) koje temeljem iste izdaje mišljenje o promjeni spola. Mišljenje se potom odnosi u nadležni matični ured koji upisuje promjenu oznake spola u maticu rođenih. Treći zakon, Zakon o osobnom imenu,⁴¹ odnosi se na priznanje roda iako nema posebnih odredbi koje se odnose na upis promjene oznake spola. Naime, on svakoj osobi jamči promjenu osobnog imena, bez uvjeta s obzirom na njen spol ili rod. Podzakonski akt je Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu⁴² (u nastavku teksta: Pravilnik), iz čijeg je naziva vidljivo kako je izrađen upravo za Vijeće te da se njime propisuje dokumentacija potrebna za dobivanje njegovog Mišljenja. Samim time, on *de facto* uređuje (iako bi bilo ispravnije reći da uvjetuje) cijeli relevantni medicinski postupak bez da se odnosi na druga zdravstvena prava, pravna pitanja i druge potrebe transrodnih osoba. Dva posebna dodatka su Lista stručnjaka koji imaju iskustva u radu s transseksualnim osobama⁴³ (u nastavku teksta: Lista stručnjaka) i Stručne smjernice za izradu mišljenja zdravstvenih radnika i psihologa o utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola i života u drugom rodnom identitetu.⁴⁴ Lista stručnjaka izrađena je 2015. godine kao dodatak Pravilniku kako bi se osobe koje prolaze kroz postupak promjene oznake spola mogle javiti u njemu navedenim stručnjacima. Istodobno, zadatak stručnjaka s navedene liste bio je predložiti stručne smjernice s ciljem standardizacije postupka izrade mišljenja o utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola i život u drugom rodnom identitetu te se uz smjernice nalaze i klinički napuci za pružanje zdravstvene i psihosocijalne zaštite.⁴⁵

⁴¹ Zakon o osobnom imenu, Narodne novine br. 118/12, 70/17, 98/19.

⁴² Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu, Narodne novine br. 132/2014.

⁴³ Lista stručnjaka koji imaju iskustva u radu s transseksualnim osobama, Narodne novine br. 59/15.

⁴⁴ Stručne smjernice za izradu mišljenja zdravstvenih radnika i psihologa o utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola i života u drugom rodnom identitetu, Narodne novine br. 7/16.

⁴⁵ *Ibid.*, Cilj i temeljna načela Stručnih smjernica za izradu mišljenja zdravstvenih radnika i psihologa o promjeni spola i životu u drugom rodnom identitetu.

3.1. POSTUPAK PROMJENE OZNAKE SPOLA I ŽIVOTA U DRUGOM RODNOM IDENTITETU

Jedini stvarno rodno neuvjetovani korak u ovom postupku jest promjena imena – točnije rečeno, svaka osoba po zakonu⁴⁶ ima pravo promijeniti osobno ime, uz izuzetak prema kojem se promjena imena „neće (...) odobriti ako se predloženim osobnim imenom vrijeđaju i ugrožavaju prava i slobode drugih ljudi, pravni poredak i javni moral“ i ako se protiv osobe koja podnese zahtjev vodi kazneni postupak zbog kaznenog dijela koje se progoni po službenoj dužnosti. Dakle, osoba u procesu promjene oznake spola i života u drugom rodnom identitetu može u bilo kojem trenutku promijeniti svoje osobno ime (ali to, naravno, nije dužna), ako se radi o punoljetnoj osobi (za maloljetnike vrijede posebne odredbe). Nadalje, a kako je već spomenuto u prethodnom poglavlju, osoba u postupku dužna je predati odgovarajuću dokumentaciju na temelju koje Vijeće izdaje pozitivno mišljenje kako bi se u maticu rođenih upisala promjena oznake spola. Koja je to dokumentacija i kako se ona prikuplja, objasnit ću u nastavku.

Postupak promjene oznake spola i života u drugom rodnom identitetu je dugotrajan, iscrpljujuć i nepotrebno kompliciran uključivanjem brojnih institucija od kojih je potrebno ishoditi suglasnost, tj. pozitivno mišljenje. A kako cisnormativnost zahvaća sve značajne institucije, transrodne osobe se snalaze u zdravstvenom sustavu koji nije dizajniran za njih te onemogućuje prilagodbe u pristupu zdravstvene skrbi transrodnih osoba.⁴⁷ Potrebno je naglasiti kako je nemoguće ostvariti svoj rodni identitet bez psihijatrijske dijagnoze čime je pravno onemogućeno da osoba, temeljem prava na samoodređenje, živi i bude prepoznata u spolu i rodu s kojim se identificira. Za transrodne osobe ostvarenje rodnog identiteta počinje kod liječnika obiteljske medicine, gdje su po prvi put institucionalno prisiljene „outati se“ kako bi se službeno potvrdila rodna

⁴⁶ Op. cit. (bilj. 41.), čl. 6. i 8.

⁴⁷ Doan, L.; Grace, M. K., Factors Affecting Public Opinion on the Denial of Healthcare to Transgender Persons, *American Sociological Review*, Vol. 87., br. 2., 2022., str. 278.

disforija,⁴⁸ iako nije nužno da svaka transrodna osoba ima rodnu disforiju. Potom slijedi odlazak psihologu. Nakon brojnih testova, razgovora, susreta i pretraga u trajanju od minimalno nekoliko mjeseci, ako osoba zadovoljava uvjete može dobiti prvo pozitivno mišljenje. Zatim slijedi sličan postupak kod psihijatra koji, također u nekoliko mjeseci, provodi drugačije testove i razgovore kako bi se potvrdio nalaz psihologa. Dosadašnja praksa bila je da po završetku susreta sa psihijatrom zdravstvena ustanova sastavlja konzilij sa stručnim osobljem, te čak poziva i studente da u tom postupku sudjeluju i sami postavljaju pitanja, a sve bez da se osobu (pacijenta) uputi o njezinom pravu da takvu prisutnost studenata kao i svake treće osobe može odbiti. Konzilij ponovno prolazi kroz prikupljene informacije i ispituje osobu, prisiljavajući ju da brani svoj rodni identitet, nerijetko u prostoriji punoj nepoznatih i pod-educiranih osoba o transrodnim pitanjima. Po završetku ovog ponižavajućeg postupka, osobi se na kućnu ili drugu danu adresu dostavlja mišljenje psihijatra i psihologa.

Sljedeći korak po tom pozitivnom mišljenju je endokrinolog, no samo za osobe koje žele pristupiti medicinskim tretmanima, jer ne teže sve transrodne osobe podvrgnuti se nekim ili svim dostupnim medicinskim tretmanima, odnosno zahvatima.⁴⁹ Osobe koje žele živjeti u drugom rodnom identitetu moraju se dodatno obratiti i nadležnom Centru za socijalnu skrb, kako bi pribavile izvješće o osobnim i obiteljskim prilikama te se s tim izvješćem i prikupljenom medicinskom dokumentacijom obratile Vijeću. Po primitku sve navedene dokumentacije, Vijeće će provjeriti je li u potpunosti prikupljena. Ako jest, osobi će dostaviti pozitivno mišljenje s kojim odlazi u matični ured kako bi upisala promjenu oznake spola. Za osobe koje se žele podvrgnuti određenim medicinskim tretmanima, poput hormonalne terapije ili kirurškim zahvatima, slijedi nastavak administrativnog puta. Kod endokrinologa one prolaze daljnje pretrage koje uključuju i zdravstvene usluge koje se u hrvatskom zdravstvenom sustavu čekaju od nekoliko mjeseci do

⁴⁸ Rodna disforija je medicinsko stanje u kojem osoba osjeća nezadovoljstvo zbog osjećaja da ne pripada svom biološkom spolu i rodnoj ulozi koja se veže uz taj biološki spol.

⁴⁹ Puckett, J. A.; Cleary, P.; Rossman, K.; Mustanski, B.; Newcomb, M. E., Barriers to Gender-Affirming Care for Transgender and Gender Nonconforming Individuals, *Sexuality Research & Social Policy: Journal of NSRC*, Vol. 15., br. 1., 2018., str. 49.

godine dana.⁵⁰ Po obavljanju svih pretraga, endokrinolog može uz svoje mišljenje osobi omogućiti početak hormonalne terapije. Uz svu pribavljenu dokumentaciju, potrebno je ranije spomenuto izvješće nadležnog Centra za socijalnu skrb. Potom je postupak jednak kao i kod osoba koje ostvaruju život u drugom rodnom identitetu. Iz navedenoga je jasno kako medicinsko osoblje ne samo što djeluju kao *gatekeepers* medicinskoj skrbi, već upravljaju pristupu društvenog i pravnog priznanja transrodnih osoba.⁵¹

3.1.1. UTJECAJ POSTUPKA NA MENTALNO ZDRAVLJE TRANSRODNIH OSOBA

„Istraživanja prikazuju da što je veći napredak transrodnih osoba u njihovom identitetu i procesu tranzicije, to je njihovo blagostanje veće“.⁵² Iako je nedvojbeno kako će se osoba osjećati bolje, ugodnije u svojoj koži, odnosno u svom identitetu po završetku željenog oblika tranzicije, ne može se reći kako je sam proces ugodan, čak ni stabilan po osobu, s obzirom na različite učinke koji se pojavljuju istovremeno. Uz pozitivne posljedice na mentalno zdravlje osobe zahvaljujući osjećaju pripadanja i razumijevanja sebe kroz tranziciju, u društvu gdje se homofobija (pa tako i transfobija) ne skriva (gotovo i ne kažnjava, što nije tema ovoga rada) velike su mogućnosti da se kroz tranziciju u javnosti susretne s različitim oblicima diskriminacije što će zasigurno imati negativne posljedice na pojedinačno mentalno zdravlje. Osim nestabilnosti mentalnog zdravlja kroz cijeli postupak, ono je i nesigurno jer zahtijeva otkrivanje rodnog identiteta raznim osobama kao i institucijama. To može omogućiti pristup određenim resursima i podršci, ali podrazumijeva i otkrivanje najintimnijih podataka osobama koje ih mogu na temelju toga diskriminirati na načine koji mogu biti krajnje ponižavajući. Zbog toga osoba skriva svoj rodni identitet, umanjuje svoju vidljivost ili

⁵⁰ Vidi Euro Health Consumer Index 2018 - Single Indicator Score Sheets - <https://healthpowerhouse.com/ehci-2018/>

⁵¹ Doan; Grace, *op. cit.* (bilj. 47), str. 276.

⁵² Budge, S. L.; Adelson, J. L., Anxiety and Depression in Transgender Individuals: The Roles of Transition Status, Loss, Social Support, and Coping; *Journal of consulting and Clinical Psychology*, Vol. 81, br. 3, 2013., str. 546

otkrivanjem pristaje na diskriminatorne uvjete koje joj društvo, odnosno država nameće.

3.2. KAKO SE DISKRIMINACIJA ODRAŽAVA KROZ ZDRAVSTVENI SUSTAV?

Svjetska zdravstvena skupština (u okviru Svjetske zdravstvene organizacije) 2019. godine odobrila je novu verziju Međunarodne klasifikacije bolesti-11 (u nastavku teksta: MKB-11) koja odražava suvremeno razumijevanje seksualnog zdravlja i rodnog identiteta. Zamijenjene su zastarjele dijagnostičke kategorije poput "poremećaja rodnog identiteta" i "transseksualnosti" te je uveden novi pojam "rodne inkongruencije". Također, ono se više ne nalazi u poglavlju naslovljenom "Mentalni poremećaji i poremećaje ponašanja" već u novom poglavlju po nazivom "Uvjeti vezani uz seksualno zdravlje". Ovakav pristup odražava današnje spoznaje kako *trans-related* i *gender diverse identities* nisu stanja mentalnih poremećaja, a suprotnom klasifikacijom potiče se veća stigmatizacija u društvu. MKB-11 se u Hrvatskoj trebala početi primjenjivati početkom 2022. godine, međutim, proces je još uvijek u tijeku te hrvatsko zdravstvo i dalje koristi termine „poremećaj rodnog identiteta“ i „transseksualnost“ što nedvojbeno omogućava da se transrodne osobe tretira, upravo na temelju njihovog rodnog identiteta, kao osobe s mentalnim poremećajima. U radu je *supra* istaknuto kako je regulacija promjene oznake spola uvjetovana, što već samo po sebi transrodne osobe stavlja u nepovoljniji položaj, kako u društvu, tako i u pravnom smislu. Oduzeto pravo na samoodređenje nadomješteno je nedostatnim regulatornim okvirom, koji obuhvaća samo uvjete kojima je potrebno udovoljiti kako bi se omogućio život u stvarnom rodnom identitetu, no ne i njihova zaštita ili mogućnosti unutar zdravstvenog sustava.

Stoga, daljnji fokus će biti dostupnost zahtijevanih i drugih zdravstvenih usluga, pri čemu će kao primarnim izvorom služiti Lista stručnjaka.⁵³ Ona nabroja grupirano po područjima, tj. granama medicine – petnaest stručnjaka na području Republike Hrvatske koji imaju iskustva u radu s transrodnim osobama. Redosljedom kojim teče postupak promjene oznake spola isti je kojim će se u nastavku teksta prikazati kako se pojedince ove skupine tretira diskriminirajuće unutar zdravstvenog sustava. Stoga, Lista stručnjaka nabroja tri specijalizirane

⁵³ Op. cit. (bilj. 43.)

osobe za rad s odraslim transrodnim osobama i jednu za rad s transrodnom djecom u području psihologije. Ovaj podatak, sam po sebi ne upućuje na ikakve diskriminatorne osnove, no uzmemo li činjenicu kako se od ova četiri stručnjaka troje nalazi u Zagrebu i jedan u Splitu vidimo kako je dostupnost ovoj usluzi ograničena ne samo kapacitetom, već i prostorno. Gotovo identična situacija je i u području psihijatrije gdje se od pet navedenih stručnjaka (troje za odrasle i dvoje za djecu) većina (četvero njih) nalazi u Zagrebu te jedan u Karlovcu. U području endokrinologije situacija je još gora, jer se svo troje stručnjaka (jedan za odrasle i dvoje za djecu) nalaze u Zagrebu. Ginekologija – važna zbog mnogobrojnih medicinskih razloga koji nisu tema ovog rada – broji tek dva (!) stručnjaka (pritom oba za odrasle osobe), oba na području Zagreba. I zadnje, no ne i manje važno, za kirurške zahvate je navedena samo jedna osoba, koja se također nalazi na području Zagreba. Bitno je napomenuti kako je ova lista izrađena 2015. godine i od tada nije ažurirana, pa neki od navedenih stručnjaka više ne rade na navedenim radnim mjestima već u privatnom sektoru, u kojem trošak njihove usluge u cijelosti snose pacijenti.⁵⁴ Iz navedenog vidimo kako je pristup ovim uslugama ograničen te osobe iz svih krajeva Hrvatske moraju u cijelosti ili djelomično putovati u Zagreb kako bi zadovoljile uvjete za stjecanje pozitivnog mišljenja Vijeća. Nedvojbeno je kako je pristup znatno otežan osobama slabijeg socioekonomskog statusa, maloljetnici te stanovnici ruralnih, manje razvijenih ili manje liberalnih sredina. Nadalje, objašnjeno je kako svaki korak u ovom postupku traje određen period, što, s obzirom na dob i biološki spol, može imati značajan utjecaj na daljnji razvitak, utjecaj hormonalne terapije i (željenu) uspješnost kirurških zahvata. Također, napomenuto je kako endokrinolog sam, bez mišljenja Vijeća, odlučuje o početku primjene hormonalne terapije, no ako osobi nije upisana promjena oznake spola ista je dužna sama snositi vezane troškove, unatoč što je dijagnoza rodne disforije već postavljena. U ovom slučaju je ponovno vidljiva diskriminacija osoba slabijeg socioekonomskog statusa.

⁵⁴ Srećko Budi, dr. med., naveden kao jedini stručnjak na području kirurgije, ne radi više u Kliničkoj bolnici Dubrava već u Specijalnoj bolnici AGRAM; <https://www.agram-bolnica.hr/doktori/srecko-budi/> - 17.9.2022.

Tendencija nedostupnosti i manjak stručnog osoblja prisutne su u svim, no najviše u završnim fazama tranzicije, što je jasno vidljivo iz postojanja tek jednog jedinog stručnjaka za kirurške zahvate. Naravno, kako bi im se uopće moglo pristupiti potrebna je psihološka i psihijatrijska obrada, a da bi troškovi bili pokriveni od strane Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje (u nastavku teksta: HZZO), potrebna je i upisana promjena oznake spola. U Republici Hrvatskoj se dostupnost zahvata, pokrivenih od strane HZZO-a, razlikuje ovisno o tome radi li se o transrodnoj ženi ili transrodnom muškarcu. Zbog nedostatka regulacije o zaštiti transrodnih osoba u zdravstvenom sustavu, transrodne žene mogu se podvrgnuti kirurškom zahvatu augmentacije grudi⁵⁵ samo u privatnim klinikama o vlastitom trošku. Transrodni muškarci mogu se podvrgnuti zahvatu mastektomije⁵⁶ preko uputnice liječnika obiteljske medicine, te su ti troškovi pokriveni od strane HZZO-a. Točnije, troškovi su *bili* pokriveni do 2017. godine, kada ih se iznenada počelo naplaćivati. No, nakon što je povodom takvog postupanja 13. listopada 2021. presudom Županijskog suda u Dubrovniku⁵⁷ HZZO osuđen za diskriminaciju i uznemiravanje transrodne osobe, takav operativni zahvat bi ponovno trebao biti pokriven u slučaju kada osobni dokumenti pacijenta sadrže oznaku muškog spola. Što se tiče operacija genitalija i reproduktivnih organa (tzv. donja operacija), one nisu dostupne i ne izvode se u Republici Hrvatskoj. Osobe koje se odluče za ovaj pothvat obavljaju ga u inozemstvu o vlastitom trošku. Najbliži klinički centar nalazi se u Republici Srbiji, no operacije se mogu obaviti i u nekim članicama Europske unije ili u trećim državama poput Sjedinjenih Američkih Država.⁵⁸ Osim navedenih zdravstvenih usluga, potrebni su i neki drugi tretmani poput pohrane reproduktivnih stanica ili

⁵⁵ Augmentacija grudi je kirurški zahvat kojim se postavljaju implantati u grudi ispod tkiva dojke ili prsnih mišića. <https://www.centarzdavlja.hr/zdrav-zivot/zensko-zdravlje/povecanje-grudi-1739/#-23.09.2022>.

⁵⁶ Mastektomija je operativni zahvat kojim se odstranjuje dojka zajedno s patološkim procesom; <https://www.plivazdravlje.hr/medicinski-leksikon-07.10.2022>.

⁵⁷ Županijski sud u Dubrovniku, Odluka br. Gž 628/2021-2, od 13. listopada 2021.

⁵⁸ „There are now at least 30 academic medical centers in the U.S. that have transgender surgery program, signalling a growing trend that is improving access to care and filling an important gap in medical education.“ <https://www.transhealthcare.org/news/transgender-surgery-centers-23.09.2022>.

terapije glasa, što je općenito govoreći dostupno u Republici Hrvatskoj. No, s obzirom da pristup istima nije reguliran sukladno potrebama transrodnih osoba, pristup može biti otežan, a diskriminacija unutar zdravstvenog sustava nastavljena. Suočavanjem s navedenim preprekama može značajno utjecati na pojedince, zaduživanjem, odgađanjem tranzicije, ali i ograničavanje u stjecanju važnog životnog iskustva.⁵⁹

4. UMJESTO ZAKLJUČKA: PREPORUKE ZA UREĐENJE POSTUPKA PRIZNANJA RODNOG IDENTITETA

Problemi transrodnih osoba u zdravstvenom sustavu ostaju zanemareni pristupom apsolutne uniformnosti u tretiranju različitih kategorija pacijenata, što je u suprotnosti s civilizacijskim dosezima suvremenih demokratskih ustavnih država u kojima je jednako postupanje prema osobama u nejednakim situacijama jednako neprihvatljivo kao i nejednako postupanje prema osobama u jednakim ili usporedivim situacijama. U tom smislu valja shvaćati i temeljno jamstvo jednakosti kao jedne od najviših vrednota hrvatskoga Ustava (čl. 3.), a „svako razmatranje mjesta i uloge općeg načela jednakosti (...) kao temeljne vrednote suvremene hrvatske države valja započeti izrijekom **Ustavnog suda Republike Hrvatske** kojom odbacuje ideju tzv. vrijednosne neutralnosti Ustava te deklarira temeljnu moralnu predanost [Ustava Republike Hrvatske, *op. a.*] 'objektivnim principima liberalne demokracije'“ te „[t]akvo poimanje, ukorijenjeno u temeljnim ustavnim postulatima, počiva na samorazumljivosti činjenice kako najviše vrednote na kojima je zasnovan demokratski ustavni poredak, 'a posebno sloboda, jednakost i vladavina prava (...) nemaju alternativu te samim time nisu na tržištu ideologija, vrijednosti i ideja već čine najširi okvir kvalitativno višeg stupnja koji omogućava miran suživot u različitosti'“.⁶⁰

⁵⁹ Puckett; Cleary; Rossman; Mustanski; Newcomb, *op. cit.* (bilj. 49), str. 56.

⁶⁰ Kuzelj, V., Temeljna predanost hrvatskog Ustava principima liberalne demokracije i ustavno-identitetsko jamstvo jednakosti, u: Horvat Vuković, A.; Kuzelj, V.; Petričušić, A. (ur.), *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba / Development and Protection of LGBTIQ+ Rights*, ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba, Zagreb, 2022., str. 8-9.

Preporuke za uređenje postupka mogu se podijeliti na uređenje pravnog priznanja rodnog identiteta te osiguranje osobnih i građanskih prava u privatnom i javnom životu, s posebnim naglaskom na osiguranje zdravstvenih usluga i zaštitu unutar zdravstvenog sustava. Ovo je moguće izradom jedinstvenog i cjelovitog zakonskog propisa koji će na brz, transparentan i dostupan način urediti postupak promjene upise spola, poštujući osobnost svakog čovjeka, njegov tjelesni integritet te pravo na samoodređenje. Nužno je ukloniti sadašnji pristup i zajamčiti da postupak dostupan na zahtjev osobe, lišen nerazmjernih i arbitrarnih uvjeta. Propis bi morao obuhvatiti promjenu svih osobnih dokumenta, ne samo osobne iskaznice, i omogućiti njihovo izdavanje u hitnom postupku. Neophodno je da se obuhvati i osigura privatnost i poštivanje samoodređenog rodnog identiteta osobe u svim područjima privatnog i javnog života te da se ograniči nepotrebno invazivno preispitivanje osobnog života i (izravno) uskraćivanje zdravstvene skrbi.⁶¹

Unutar zdravstvenog sustava potrebno je taksativno nabrojati koje su zdravstvene usluge potrebne te koje su od njih dostupne u Republici Hrvatskoj, uz osiguranje rodne ravnopravnosti (što nije slučaj u trenutnom pravnom okviru, gdje je *supra* već navedena asimetrija u dostupnosti kirurškog zahvata augmentacije grudi i mastektomije). Također, važno je naglasiti kako je nedostatak stručnog osoblja educiranog o radu s transrodnim osobama jedan od glavnih čimbenika diskriminacije unutar zdravstvenog sustava, uz pod-regulaciju pružanja usluga iz istog. Stoga je pod vodstvom i uz pomoć LGBTIQ+ organizacija potrebno izraditi smjernice za zaposlenika zdravstvenih institucija koje bi omogućile bolje razumijevanje same tranzicije kao i poteškoća s kojima se transrodne osobe susreću. Uz takve smjernice, trebao bi se osigurati pristup dodatnim edukacijama u postupanju s transrodnim osobama kako bi se minimizirala mogućnost diskriminacije na osnovi rodnog identiteta i/ili rodnog izražavanja.

Zaključno, zagovaranje prava transrodnih osoba potrebno je jačati i na društvenoj razini. Ona se temelji na životnim okolnostima i široj društvenoj okolini te upravo time što transrodne osobe dovode u pitanje ukorijenjene društvene norme vezane uz rodno izražavanje, negativni stavovi se koriste kao psihološka obrana rodne

⁶¹ Puckett; Cleary; Rossman; Mustanski; Newcomb, *op. cit.* (bilj. 49), str. 49.

usklađenosti.⁶² Također, stigmatizirajuće politike na zakonodavnoj razini odražavaju se na institucionalnoj razini omogućavanjem okrivljivanja, posramljivanja te diskriminacije transrodnih osoba. Razumno je očekivati kako se ovakvim politikama povezuje izbjegavanje zdravstvene zaštite kako bi se izbjeglo diskriminatorno ponašanje zdravstvenih djelatnika, kao i samih institucija.⁶³ Unapređenje na društvenoj razini bi smanjilo potrebu za posebnim mjerama zaštite transrodnih osoba u društvu i unutar zdravstvenog sustava, s obzirom da „(...) javno mišljenje može utjecati na ponašanje političkih elita i predstavnika pravosudnih institucija koje izravno oblikuju politike koje utječu na živote trans osoba“.⁶⁴ No regulacija je potrebna kako bi se osiguralo pravno priznanje rodnog identiteta lišeno arbitrarnih uvjeta, kao i pristup svim individualno potrebnim zdravstvenim uslugama. Nužno je definirati jasne politike o zaštiti transrodnih prava, usklađene s medicinskim napretkom, pružiti jednak pristup zdravstvenim uslugama neovisno o prebivalištu ili boravištu osobe te omogućiti jednako ostvarenje rodnog identiteta svakom pojedincu bez razlike temeljene u socioekonomskom statusu.

⁶² Poteat; German; Kerrigan, *op. cit.* (bilj. 38), str. 28.

⁶³ Goldenberg, T.; Reisner, S. L.; Harper, G. W.; Gamarel, K. E.; Stephenson, R., State Policies and Healthcare Use Among Transgender People in the United States, *American journal of preventive medicine*, Vol. 59., br. 2., 2020., str. 249.

⁶⁴ Doan; Grace, *op. cit.* (bilj. 47), str. 276.

ORGANIZATORI KONFERENCIJE I NAKLADNICI ZBORNIKA RADOVA



ZA-Pravo LGBTIQ+ osoba



Sveučilište u Rijeci – Pravni fakultet

POKROVITELJI KONFERENCIJE



Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova



Veleposlanstvo Kraljevine Nizozemske