

I - УВОДНИ И МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП

1. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА И ФОРМУЛИСАЊЕ ПРОБЛЕМА ИСТРАЖИВАЊА

Теоретичари – методолози су утврдили и прихватили да је самим избором и формулисањем теме већ начелно одређен предмет рада и формулисан проблем¹. Прихватајући такав став и схватање утврдили смо да је предмет овог рада право на слободу и безбједност из члана 5 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода², и то у контексту праксе Уставног суда Босне и Херцеговине³ и Европског суда за људска права⁴. Као што је познато, питањима слободе и безбједности, а нарочито слободе човјека, бавили су се многи филозофи, теоретичари и научници, као и практичари.⁵ Одговор на питање о слободи освјетљава и опредјељује даљу судбину каснијих покушаја анализе и моралне оцјене људског дјеловања, утемељује схватање о основи људске одговорности, награде и казне, ствара нам осјећаје дужности или наводи да се осјећамо невезани било каквим правилима или обзирима према другим, наводи нас да се кајемо за почињена дела, да одбацујемо кајање као неоправдано и засновано на илузији.⁶ Слобода се може посматрати са филозофске тачке гледишта, са политичког аспекта, са правног, економског и многих других аспеката и наука које је опредјељују на свој начин.⁷ “Слобода – основно својство људске егзистенције је основна људска вриједност. Слобода човјека је неприкосновена”.⁸

Питањем слободе нарочито су се бавили Хегел и Кант. Један од највећих мислилаца Емануел Кант је у својим радовима често говорио о слободи човјека,

¹ Лукић, др Радомир: Методологија права, Сабрана дјела, Београд, 1977, стр. 44-45.

² У даљњем тексту: ЕКЉП.

³ У даљњем тексту: Уставни суд.

⁴ У даљњем тексту: ЕСЉП.

⁵ Тек се Џон Лок може сматрати зачетником поимања људских права, каквих их ми данас посматрамо. Он је тврдио да сваки човјек има право на живот, слободу и имовину. Те идеје су биле базиране на идеји рационалних, једнаких људи и природних права датих од Бога. Владе које су кршиле та права, губиле су легитимитет права на владање. Локове идеје и принципи могу се сматрати покретачем револуција које су слиједиле у сљедећем вијеку. Додуше, формалноправно је све почело усвајањем Велике повеље о слободама Енглеске (*Magna Charta Libertatum*) 1215. године. Међутим, печат савременом концепту људских права дале су Декларација о независности САД од 1776. године, као и Декларације о правима човјека и грађанина од 1789. године (из Француске револуције), која је прокламовала постулате слободе, једнакости и братства, те иницирале људским правима интернационалну димензију (да се тичу свих - *erga omnes*). Побједничка Национална скупштина је у француској револуцији прогласила права човјека која су укључивала слободу од самовољног хапшења, претпоставку невиности и слободу изражавања и вјероисповијести. Француска револуција је инспирисала Томаса Пејна да формулише своје идеје универзалних људских права, које су се користиле у радикалним реформама тога доба. Пејн је тврдио да су права човјека основа статуса људских бића. Опширније Пауновић, др Милан: Међународна људска права – појам и природа, “Правни живот”, Београд, број 12/06, стр. 289-299.

⁶ Милутиновић, Слободан: Филозофско одређивање слободе, Београд, 1978, стр. 1.

⁷ Божиловић – Петровић, мр Гордана: Појам слободе и њена кривичноправна заштита, “Правни живот”, Београд, број 9/06, стр. 758.

⁸ “Правна енциклопедија”, друга књига, “Савремена администрација”, Београд, 1985, стр. 19.

и то о оној слободи коју својим здравим разумом може употријебити човјек у свим дијеловима јавног живота. Хегел је говорио о слободи човјека као природном праву и његовом даљем одређењу као једнакости пред законом. За Русоа и Канта слобода свих је немогућа, па је зато нужен закон који треба ограничити обим слободе да би гарантовао своје испуњење. Према Русоу и Хегелу, управо је држава та која путем закона (и механизмима принуде) представља гарант слободе човјека – појединца и остварује идеју о ограничењу слободе свих зарад слободе свих. Но, како каже амерички филозоф Мајкл Волцер, “моћ штитећи нас од тираније, и сама постаје тиранска”.⁹ Флагрантна кршења основних људских права и слобода, посебно током Другог свјетског рата на европском тлу, показала су државу суштински неспособном да их обезбиједи и ефикасно заштити. Подизање тих универзалних права на ниво међународноправних стандарда путем Опште декларације о људским правима УН-а из 1948. године и посебно ЕКЉП из 1950. године⁹ створила су и креирала наднационалне инструменте гаранта тих основних права и заштите, засноване на добровољној привржености држава-потписница. Оснивање Савјета Европе 1949. године, чија је 44 – та чланица 2002. године постала и Босна и Херцеговина, слиједило је дух јачање демократије, људских права и владавине права, што је постављено као основни циљ ове најстарије паневропске организације Тиме су одбрана и промовисање ових основних вриједности постали не само унутрашња ствар у ингеренцији влада, него и подијељена колективна одговорност држава чланица. Државе чланице Савјета Европе броје преко 800 милиона људи и сви су обухваћени јурисдикцијом Европског суда за људска права и повезани трајном наградњом заједничког европског наслеђа политичких традиција, идеала, слободе и владавине права. У ту сврху, донијета је и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода која, као важан инструмент међународног права којима се штите индивидуална права, представља обавезујући акт за све чланице Савјета Европе. Она не само да прокламује основна људска права, него и креира посебан судски механизам заштите јединствен у свијету, који омогућује појединцима подношење представке против државе, уколико могу потврдити да су жртве повреде неких од права гарантованих Конвенцијом. Иако су пресуде ЕСЉП обавезујуће само у односу на државу која је у датом предмету одговорна страна, значај пресуда суда често превазилази државне границе и утиче на законодавство и судску праксу и других држава потписница Конвенције. ЕСЉП очекује да принципи које суд утврди у било којој својој пресуди буду примјењени и у свим државама уговорницама.¹⁰

Још је Декларација о правима човјека и грађанина Француске из 1789. године у члану 2 утврдила слободу и сигурност као природна и неотуђива права човјека, а у члану 7 прописане су процедуралне гаранције од самовољног и

⁹ У својој преамбули ова конвенција се позива управо на Општу декларацију о људским правима из 1948. године, настојећи да управо путем ефикасног механизма заштите обезбиједи практично и дјелотворно остваривање људских права и слобода прокламованих у Општој декларацији о људским правима из 1948. године.

¹⁰ Види *Dutertre, Gilles*: Изводи из судске праксе, Европски суд за људска права, Публикација Вијећа Европе, Сарајево, 2002, стр. 23.

арбитраног лишења слободе¹¹.

Општа декларација о људским правима УН-а из 1948. године у члану 3 утврђује да “свако има право на живот, слободу и безбједност личности“, а у члану 9 да “нико не смије бити произвољно лишен слободе, притворен или протјеран“.

Члан 9 Међународног пакта о грађанским и политичким правима УН-а из 1966. године, који прокламује право на слободу и сигурност, посебно је значајан, јер је послужио као основ приликом креирања члана 5 ЕКЉП, а исто право заштићено је и чланом 7 Америчке конвенције о људским правима.

У Повељи основних права Европске уније из 2000. године, у члану 6 главе 2, која се односи на слободе, дефинисано је право на слободу и сигурност. Осим тога, и одређени број резолуција, декларација, препорука и правила усвојених од стране органа Уједињених нација, Савјета Европе и Европске уније бавио се питањима која обрађује члан 5 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Тако је Генерална скупштина Уједињених нација усвојила: Заједничке принципе заштите свих лица подвргнутих било којој форми задржавања или хапшења, усвојене резолуцијом 43/173 од 9. децембра 1988. године; Правила Уједињених нација за заштиту малољетника лишених слободе, усвојена резолуцијом 45/113 од 14. децембра 1990. године; Минимална правила Уједињених нација за израду мјера које се односе на лишење слободе (Токијска правила) усвојена резолуцијом 45/110 од 14. децембра 1990. године; Декларацију о заштити свих лица против несразмјерне употребе силе, усвојена резолуцијом 47/133 од 18. децембра 1992. године итд. Комисија за људска права Високог комесаријата УН-а за људска права донијела је Резолуцију о несразмјерној употреби силе или произвољности (резолуција 2005/27 од 20. априла 2005. године), Резолуцију о произвољном задржавању (резолуција 2005/28 од 20. априла 2005. године) итд. Комитет министара Савјета Европе усвојио је Препоруку о мјерама задржавања подносиоца захтјева за азил (преорука Res. (2003) 5, усвојена 16. априла 2003. године), Препоруку која се односи на условно пуштање на слободу (преорука Res. (2003) 22, усвојена 24. септембра 2003. године), Препоруку која се односи на управљање пенитенцијарним установама за затворенике осуђене на доживотни затвор и друге задржане у лутом периоду (преорука Res. (2003) 23, усвојена 9. октобра 2003. године), Одговор на Препоруку 1656 (2004) Парламентарне скупштине о ситуацији у затворима и притворима у Европи од 9. јуна 2004. године итд. Парламентарна скупштина усвојила је, између осталог, Резолуцију 690 (1979) која се односи на Декларацију о полицији; Препоруку 1656 (2004) о ситуацији у затворима и притворима у Европи од 27. априла 2004. године; Препоруку 1719 (2005) и Резолуцију 1463 (2005) о несразмјерној употреби силе од 3. октобра 2005. године. Најзад, Европска унија је усвојила, поред осталог, Саопштење Комисије о узајамном признавању коначних одлука у кривичним предметима, СОМ (2000) 495 од 26. јула 2000. године; Програм мјера за обезбјеђење принципа узајамног

¹¹ “Ниједан човјек не може бити оптужен, ухапшен ни задржан, осим у случајевима одређеним законом и према поступку који је он прописао. Они који подстичу, убрзавају, извршавају или омогућавају да се изврше самовољне наредбе, морају бити кажњени, али сваки грађанин позван или приведен на основу закона, мора се смјеста покорити, његово одупирања сматра се кривичном“.

признавања у кривичним предметима, публикација ЈОС 12 од 15. јануара 2001. године и Зелену књигу Комисије о процедуралним гаранцијама за осумњичена лица у кривичним процедурама у Европској унији, СОМ (2003) 75 од 19. фебруара 2003. године.

Избор теме и формулисање теме истраживања трајао је нешто дужи период. Полазна основа био је глобални (шири) интерес за научну – теоријску област уставности, законитости, владавине права и правне државе. У оквиру тако широког дијапазона интересовања, требало је утврдити тачан, логичан и прихватљив назив теме, при чему смо се руководили већ познатим методолошким правилима.

Тако утврђен предмет истраживања подразумијева цјеловиту обраду уставноправног подручја, али и истраживања и обраду уставносудске и кривичноправне праксе. Заштита и контрола уставности и законитости је нужна у сваком, па и најдемократскијем друштву, јер у свим системима и друштвима постоје субјекти који повређују, крше и деградирају устав и законе. Повреде устава могу бити бројне и разноврсне, те је нужно да постоје одговарајући органи, правни институти и методе којима се друштво (држава) може ефикасно супротставити носиоцима повреда и кршење устава и закона.

Теоријски је занимљиво, а у пракси веома значајно како се и у којој мјери прихвата и поштује устав и како се остварују права и слобода људи утврђене уставом. Ако се примјењује и поштује устав (и закон), стварају се услови за хармоничан правни поредак и систем, тј. укупни друштвени живот људи постаје хуман, сигуран и хармоничан, али и обратно. Очигледно је да је остваривање уставности и законитости кључна претпоставка за изградњу и постојање хармоничног правног поретка и система. То значи да је остваривање уставности и законитости основа изградње и функционисања правне државе и владавине права.

Конституисањем демократских уређења, формирањем модерних парламената, настанком прогресивних политичких партија и странака, као и енергични захтјеви за остваривање права и слобода грађана, условили су неодољно формирање ауторитативне институције која ће вршити контролу и заштиту уставности и законитости. У почетној фази (настанком грађанског друштва) била је је то парламентарна контрола, затим редовна судска, па политичкоправна и, коначно (од двадесетих година прошлог вијека) уставносудска контрола и заштита – као до сада најбољи облик заштите и контроле. И у Босни и Херцеговини је прихваћена и Уставом Босне и Херцеговине и уставима ентитета утемељена уставносудска контрола уставности и законитости, која се остварује путем уставних судова.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године спада међу инструменте који стварају и обиљежавају европски правни простор. У Босни и Херцеговини се она примјењује директно и има примат над свим осталим законима¹². Ова конвенција је, по суду многих, на темељима бројних и убједљивих разлога, један од најефективнијих и најорганизованије

¹² Устав Босне и Херцеговине је чланом II/2 директно инкорпорирао Европску конвенцију за заштиту људских права у домаћи правни систем.

примјењиваних међународних уговора.¹³ Чак се тврди да је она по својој свеукупној ефективности у самом врху међу међународним уговорима, непосредно иза комунитарног права, које своју ефективност понајвише, мада не и искључиво, и у коначном дугује Европском суду правде и Суду прве инстанце.¹⁴ Тврди се да је такав исход изненађујући с обзиром на то да се појављује у, на жалост, још увијек тако деликатној и политички осјетљивој материји каква је материја људских права. За друге, опет, то и не би требало да представља посебно изненађење, јер јој се, међу њима, дају посебна правна својства.¹⁵ Циљ рада је анализирање смисла и домашаја одговарајућих норми ЕКЉП и Устава Босне и Херцеговине, те анализирање држања и дјеловања уставних власти у Босни и Херцеговини у односу на њихову примјену, а, у том проблемском контексту, нарочито, анализа и оцјена дјеловања, поступања и одлучивања свих дијелова судске власти у Босни и Херцеговини.

Радам ће бити истражени и обухваћени бројни правни, политички, државноправни, организациони, процесни и други елементи који ће избором и коришћењем адекватних метода чинити предмет и садржај овог рада.

2. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА

Општи циљ сваког истраживања је сазнање и (евентуално) разрјешење неког проблема, који је формулисан предметом истраживања¹⁶. Обрада теме "Право на слободу и безбједност из члана 5 ЕКЉП – пракса Уставног суда и ЕСЉП" има задатак да оствари научни (општетеоријски) и практични (операциони) циљ. Оба циља ће се постићи (остварити): (1) анализом правног поретка и правног система Босне и Херцеговине и ентитета; (2) анализом и утврђивањем ефикасности уставносудске контроле и заштите – благовременост, ажурност, провођење одлука у пракси и др; (3) анализом утицаја правних ефеката поступка и пресуда ЕСЉП на правни систем Босне и Херцеговине и рад Уставног суда.

Циљеви истраживања већ увелико предодређују док ког нивоа сазнања ће се истраживањем достићи, односно да ли ће се завршити само научним описом (дескрипцијом) и класификацијом (типологијом) или ће досегнути највећи ниво научног сазнања – научно објашњење (узрочност, повезаност, законитост). С обзиром на то да за наше истраживање постоји више значајних индикатора, предвиђамо да ће достићи барем до почетка друге, више фазе сазнања.

Дакле, општи и операциони (научни и практични) циљеви овог рада су сазнање у којој мјери се ефикасно остварује, штити и контролише право на слободу и безбједност из члана 5 ЕКЉП, да ли је таква контрола и заштита ефикасна и да ли систематски утиче на изградњу правне државе, владавине права

¹³ Лукић, др Радомир: Правни статус Европске конвенције о заштити људских права и њиховог слобода у уставном праву Босне и Херцеговине, "Правни живот", Београд, број 12/06, стр. 197.

¹⁴ Тако: Janis, Mark-Kay, Richard-Bradley, Anthony: European Human Rights Law, Text and Materials, Second Edition, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000, стр. 6.

¹⁵ Видјети Јакшић, Александар: Европска конвенција о људским правима, Коментар, Правни факултет Универзитета у Београду и Удружење правника Србије, Београд, 2006, стр. 17–28.

¹⁶ Лукић, др Милорад: Методологија научноистраживачког рада, Бања Лука, 2000, стр. 52.

и остваривање права и слободе грађана. Након таквих одговарајућих сазнања била би врло корисна практична препорука законодавној и извршној власти да ауторитетом и снагом права и власти утичу на побољшање законодавног рада и ускладе нове или реорганизују (реформишу) постојеће институције и механизме контроле и заштите уставности и законитости.

3. УТВРЂИВАЊЕ ХИПОТЕЗЕ

Након утврђивања предмета, проблема и циља истраживања утврђује се хипотеза као логичан и нужан сlijед мисаоних радњи и поступака у пројекту истраживања. Хипотеза је у основи идеја (претпоставка) за коју вјерујемо да ће довести до рјешења проблема истраживања, односно хипотеза је одређена претпоставка и још непровјерен суд за који претпостављамо да је истинит. Помоћу тог суда можемо тумачити и објашњавати низ одређених чињеница. Хипотеза је мисаона претпоставка у облику појмова и ставова с могућим чињеницама будућег сазнања о још неоткривеним својствима тј. њиховом постојању, односима, условима настанка, промјене или развоја¹⁷.

Хипотеза није сама себи сврха. Она има свој значај и своју функцију у сваком конкретном питању (теми) истраживања. Хипотеза ће бити тим боља што истраживач више зна о предмету истраживања, што значи да је знање основни избор и ослонац добре хипотезе. Ако је хипотеза плод маште или површног увида у проблем, може истраживача одвести на бројне странпутице.

Имајући у виду значај хипотезе, проблеме њеног дефинисања, њену функцију – идеју водиљу, те ниво властитог познавања проблематике одабране теме, дошли смо до формулисања хипотезе: *Остваривање права на слободу и безбједност из члана 5 ЕКЉП представља суштинску претпоставку постојања правног система, правног поретка и остваривања владавине права у Босни и Херцеговини. Уставом Босне и Херцеговине је утемељена и практично организоване уставносудска контрола и заштита уставности и законитости које се остварују путем Уставног суда и на тај начин се остварује слободан и на праву заснован уставни поредак, владавина права и правна држава.* Цјелокупни рад – истраживање треба да покаже и провјери да ли је добро организоване и утемељена контрола и заштита права на слободу и безбједност и да ли је то довољно да се успостави адекватан правни систем и владавина права.

С обзиром на то да је питање контроле и заштите уставности и законитости сложено друштвено питање, и хипотезу смо поставили као сложену релацију јер смо уочили да треба истраживати уставну утемељеност права на слободу и безбједност, његово организационо стављање у функцију преко институције Уставног суда и ЕСЉП, те како се то право остварује у пракси. Све то треба потврдити или оповргнути.

Истраживање ће показати да ли ће се потврдити основна (општа) и примарна (позитивно формулисана) хипотеза или ће она бити оповргнута и афирмисати се као посебна (негативно формулисана). И једно и друго истраживање ће бити успјешно јер ће нас приближити истини.

¹⁷ Штефан, др Богдан: Општа методологија, Београд, 1974, стр. 272.