

Dr. sc. Alena Jurić, izvanredna profesorica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Cvija Jurković, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Dr. sc. Jelena Zovko, docentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

PRAVO NA TJELESNU SLOBODU KAO ASPEKT OPĆEG POJMA SLOBODE

Sažetak: Pravo na tjelesnu slobodu je jedan od najznačajnijih aspekata općeg pojma slobode. Ono primarno obuhvaća slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodno odlučivanje o medicinskim i drugim zahvatima u vlastito tijelo, uz uvažavanje ustavnih i zakonskih ograničenja. Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njene potpune ili djelomične povrede, ovisno o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj oduzimanja ili ograničenja tjelesne slobode. Međutim, pored države i njenih tijela tjelesnu slobodu može povrijediti bilo koja fizička ili pravna osoba. Imajući u vidu aktualno ograničenje prava na tjelesnu slobodu, u uvjetima pandemije uzrokovane COVID-om 19, u radu je najveći fokus usmjeren na slobodu kretanja, kao jedan od najvažnijih aspekata prava na tjelesnu slobodu. Za razliku od povrede prava na tjelesni integritet, gdje postoje egzaktni, medicinski kriteriji prema kojima se mogu rangirati težine povrede, kod povrede prava na tjelesnu slobodu takvih egzaktnih kriterija nema. Zbog toga bi se za procjenu težine povrede prava na tjelesnu slobodu, kao kriterij, mogao uzeti društveni sustav vrijednosti kojeg odražavaju pravila kaznenog prava. Kroz rad se iznose određeni stavovi i prijedlozi rješenja problema vezanih uz ova pitanja te se daju odgovori sudskoj praksi, koja prilikom odlučivanja o opravdanosti postavljenog zahtjeva i visini pravične novčane naknade, nailazi na dvojbe koje se tiču sadržaja same definicije povrede prava na tjelesnu slobodu, izbora kriterija kojima se ocjenjuje težina povrede tjelesne slobode i sl.

Ključne riječi: sloboda, ograničenje slobode kretanja, povreda tjelesne slobode, zaštita tjelesne slobode, naknada štete

1. Uvod

Tjelesna sloboda je jedan od najvažnijih aspekata općeg pojma slobode i pretpostavka za ostvarenje mnogih drugih aspekata slobode. Ona implicira slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodno odlučivanje o medicinskim

i drugim zahvatima u vlastito tijelo¹ te sigurnost.² Nabranje aspekata tjelesne slobode nije niti može biti taksativno jer sloboda je sve što netko može i smije.³ Riječ je, dakle, relativnoj slobodi, koja je ostvariva u materijalnom svijetu i u međusobnim odnosima ljudi, unutar granica objektivnog djelovanja prirodnih i društvenih sila. Ona predstavlja mogućnost izbora između više različitih odluka o vlastitom kretanju i djelovanju, odnosno o tjelesnom nekretanju i nedjelovanju.⁴ To konkretno znači da svatko, u granicama ustavnih i zakonskih ograničenja, može (ne) odlaziti kamo (ne) želi, zadržavati se na mjestima na kojima želi i koliko želi, mijenjati svoje prebivalište ili boravište, odlučiti hoće li se na njegovu tijelu poduzeti neki dijagnostički, odnosno terapijski postupak sukladno pacijentovom pravu na obavještenost, podvrgnuti se provođenju nekog zdravstvenog istraživanja na svome tijelu, jamstvo protiv protjerivanja domaćih državljana i stranaca iz zemlje te mogućnost svojevoljnog napuštanja teritorija države kao i povratka u nju.⁵ Slobode koje su neizravno povezane s pravom na tjelesnu slobodu su npr. sloboda udruživanja u bilo kojoj mjeri (osim ako predstavlja nasilnu prijetnju demokratskom društvenom poretku, teritorijalnom integritetu države i sl.), sloboda roditelja u donošenju odluka s obzirom na odgoj njihove djece, a u korelaciji s njihovom dužnošću osigurati djeci pravo na cjelovit i skladan razvoj njihove osobnosti, sloboda savjesti i vjeroispovijesti, sloboda birati i biti biran, sloboda podnošenja podneska i primanja odgovora na njih itd.⁶

Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj povreda prava na tjelesnu slobodu. Najčešće se zadire u slobodu kretanja pojedinca, određujući mu razne zabrane i ograničenja. Međutim, povrede mogu doći od bilo koga poput npr. različitih pravnih osoba koje pružaju zaštitarske usluge, kriminalnih organizacija ili pojedinaca (slučajevi otmica, držanja talaca i sl.), obitelji koje drže neke svoje članove u izolaciji (da bi se prikrila sramota), ili da bi se postigli neki drugi nedopušteni ciljevi.⁷ Imajući u vidu aktualno ograničenje prava na tjelesnu slobodu u uvjetima pandemije uzrokovane COVID-om 19, u radu će najveći fokus biti usmjeren na slobodu kretanja kao jedan od najvažnijih aspekata prava na tjelesnu slobodu.

1 Baretić, M., Povreda prava na slobodu u: Grubić, V. (ur.), *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006, str. 154.

2 Crnić, I.; Matić, J., *Odštetno pravo*, Zbirka sudskih rješenja o naknadi i popravljaju štete s napomenama i propisima, Zgombić & Partneri d.o.o.- nakladništvo i informatika d.o.o., Zagreb, 2008, str. 620., dalje: Crnić-Matić.

3 Gavella, N., *Osobna prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2000, str. 118.

4 *Ibid.*

5 Baretić, M., *op.cit.*, str. 154.

6 Gliha, I., *Personal rights* u: Blanpain, R. (ur.), *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, Family and Succession Law – Suppl.* 27/05, str. 90.

7 *Ibid.*, 167.

2. Povijesni osvrt na pravo na tjelesnu slobodu

U Velikoj povelji sloboda (*Magna Carta Libertatum*) iz 1215. u čl. 39. navodi se: “Nijedan slobodni čovjek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava ili imovine, ili stavljen izvan zakona ili prognan, ili na bilo koji način lišen svog položaja, niti ćemo mi protiv njega upotrijebiti silu, ili uputiti druge da to učine, osim na temelju zakonite presude njemu jednakih i/ili prava zemlje.”⁸ Iako se ova odredba odnosila na barune, formulacija „nijedan slobodan čovjek“ („*Nullus liberi homo*“), omogućila je široko tumačenje ovoga članka kao općeg jamstva slobode ličnosti.⁹

Habeas Corpus Act iz 1679. štiti nepovredivost tjelesne slobode od strane državnih tijela. Utemeljen je na sudskom postupku *Writ of Habeas Corpus* još iz XIII. st. koji je državnom službeniku (šerifu) nalagao da tuženika, ili osumnjičenika fizički dovede pred sud. Podrijetlo ovog instituta se može tražiti još u rimskom pravu.¹⁰ Ideja zaštite tjelesne slobode od strane državnih tijela u vidu *Habeas Corpus*-a ugrađena je, dakle, u pravne sustave anglosaksonskog prava ranije no što je to učinjeno u kontinentalnim pravim sustavima. Međutim, ta ideja nije uvijek primijenjivana na jednak način. Naime, u engleskoj pravnoj tradiciji primijenjivana je kao procesni institut dok je npr. u pravnom sustavu Sjedinjenih Američkih Država¹¹ ustanovljena kao jedno od temeljnih građanskih prava – pravo na tjelesnu slobodu.¹² Tako su tvorci Ustava SAD-a (1787.) u čl. 1. (odjeljak 9.) odredili da „povlastica naloga *habeas corpus* neće se suspendirati, osim ako bi to iziskivala javna sigurnost i u slučajevima pobune, ili invazije.”¹³ U prvih deset amandmana na Ustav SAD-a iz 1791. kojima se reguliraju građanska prava, amandman IV. detaljnije navodi da „pravo ljudi na sigurnost njihovih osoba (...) neće se gaziti niti će se ikakvi nalozi izdavati, osim na vjerojatan povod, potkrijepljen prisegom ili svečanim očitovanjem koji potanko opisuju mjesto za pretraživanje i osobe, ili stvari za zapljenu.”¹⁴

8 Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005, str. 297.

9 Avramović, S.; Stanimirović, V., Usporedna pravna tradicija, Nomos, Beograd, 2006, str. 203., dalje: Avramović-Stanimirović.

10 Prema početnim riječima *Writ* formule „*Habeas Corpus* “– „moraš tijelo, osobu (dovesti pred sud). “ Izvor: Avramović-Stanimirović, *op. cit.*, str. 205. Više o *Habeas Corpus*; v. *The Historical Development of Haberas Corpus*, 30 *Sw L.J.*, <https://scholar.smu.edu/smulr/vol30/iss3/4>, 4.9. 2020; *Historical Aspects of Habeas Corpus*, <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol9/iss1/3>, 4.9.2020.

11 Dalje: SAD.

12 1776. god. pravo slobode od nezakonitog uhićenja, prepoznato je i propisano u Zakonu o pravima Virginije kao i u Deklaraciji neovisnosti. U stavku 8., o nepovredivosti osobne slobode, Zakona o pravima Virginije stoji: “(...) nijednog se čovjeka ne može lišiti njegove slobode, osim putem prava zemlje ili presudom njemu jednakih” Izvor: Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005, str. 53., dalje: Kurtović, Š., II. knjiga.

13 Kurtović, Š., II. knjiga, str. 74.

14 *Ibid.*, str. 80.

Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789., u čl. 7. navodi kako „nijedan čovjek ne može biti optužen, zatvoren ni zadržan, osim u slučajevima koje Zakon određuje i na način kako je isti propisao.“¹⁵ Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. pravo na tjelesnu slobodu regulira u čl. 3. navodeći kako „svatko ima pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost“ te čl. 9. gdje stoji da „nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom uhićenju, zatvaranju ili izgonu.“ Ove dvije sažete odredbe bile su pravna inspiracija reguliranju prava na osobnu slobodu u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.,¹⁶ kao i u Europskoj povelji o ljudskim pravima iz 2000. god. Prvi nacrt EKLJP (koji je pripremio Međunarodni pravni odjel Europskog pokreta) definirao je pravo na tjelesnu slobodu kao „slobodu od arbitrarnog uhićenja, pritvora i izгона.“¹⁷ Nakon toga su uslijedile rasprave o pravu na tjelesnu slobodu pred tijelima Vijeća Europe. Na koncu, odbor stručnjaka je razmatrao revidirani prijedlog Velike Britanije i prijedlog koji se temeljio na čl. 3. i čl. 9. Opće deklaracije o pravima čovjeka.

Konačni tekst čl. 5. EKLJP sačinjava kombinacija ova dva prijedloga. U odlučivanju o definiranju istog, sporna je posebice bila odredba o pravu na odštetu, ako je osoba uhićena ili pritvorena suprotno odredbama čl. 5. EKLJP. Veliki broj članova smatrao je da bi se ova odredba mogla tumačiti kao „obveza isplaćivanja odštete,“ što je po njima bio „nepoželjan zahtjev.“¹⁸ Ipak, odredba o odšteti je uvrštena u čl. 5. EKLJP te je, uz manje izmjene, tekst odredbe prihvaćen. Naslov članka „pravo na slobodu i sigurnost“ je dodan Protokolom br. 11.¹⁹

3. Definiranje povreda prava na tjelesnu slobodu sa aspekta teorije i prakse

Definiranje povreda prava na tjelesnu slobodu od strane ESLJP je izuzetno važno za nacionalne sudove, za razliku od definicija koje proizilaze iz nacionalnog prava i koje ne obvezuju ESLJP.²⁰ Do povrede može doći neposredno npr. bespravnim pritvaranjem, odvođenjem, prisilnim zadržavanjem, ograničavanjem kretanja i sl. te posredno npr. podnošenjem lažne prijave nakon koje je određena osoba lišena tjelesne slobode.²¹ Do povrede prava na tjelesnu slobodu dolazi i u onim slučajevima kada se, nakon što su prestale pretpostavke za njenim oduzimanjem i ograničavanjem sukladno propisima, nastavlja sa istim (npr. ako se osoba koja je opravdano pritvorena zadržala u pritvoru i nakon proteka vremena u kojem

¹⁵ Kurtović, Š., II. knjiga, str. 118.

¹⁶ Dalje: EKLJP.

¹⁷ Schabas, W. A. *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2016., str. 221.

¹⁸ *Ibid.*, 225.

¹⁹ *Ibid.*, 226.

²⁰ Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

²¹ Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006, str. 165.

je pritvor određen). To se odnosi i na slučajeve u kojima je osobama, zakonito lišenima slobode, protupravno onemogućeno uživati u onim njenim aspektima na koje oni imaju pravo (npr. kad se osobi koja je smještena u zatvorskoj ustanovi radi izdržavanja kazne protupravno onemogućava posjet zatvorskoj knjižnici, boravljenje na svježem zraku, kontakt sa ostalim zatvorenicima ili članovima obitelji, kad ju se protupravno smjesti u samicu itd).²² Tjelesna sloboda se može povrijediti i ako oštećenik bude protupravno podvrgnut nekim znanstvenim pokusima, odnosno ako su na njemu protupravno primjenjeni neki dijagnostički, ili terapijski postupci kao posljedica povrede pacijentovog prava na obaviještenost.²³

Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njene povrede koja može biti, u pravilu, potpuna i djelomična, u ovisnosti o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Kriteriji koji se tom prilikom uzimaju u obzir su: vrsta izrečene mjere, trajanje lišenja slobode te posljedice i način provođenja izrečenih mjera.²⁴ Svako zadržavanje određene osobe na određenom mjestu poput zatvaranja određene osobe u neku prostoriju bez mogućnosti da ju napusti (npr. vlastiti dom, zatvorska ćelija, institucija za hospitalizaciju mentalnih bolesnika ili neka druga prostorija) predstavlja potpunu povredu tjelesne slobode.²⁵ Zanimljivo je da prema stajalištu ESLJP povreda podrazumijeva svako ograničenje pojedinca na zatvorene nastambe (izuzev nekih službi npr. vojnih), bez obzira na mogućnost kretanja unutar njih.²⁶ Engleska sudska praksa je još preciznija navodeći da tu povredu ne čini samo zatvaranje u određenoj nastambi, nego i svako onemogućavanje kretanja, odnosno odlazanja s određenog mjesta (kada se pojedinca zadržava primjerice u kavezu na ulici, ili na nekom otvorenom prostoru). Inače, aspekti tjelesne slobode, koji se mogu potpuno ili djelomično povrijediti, ne mogu se taksativno navesti zbog prirode samog pojma relativne slobode²⁷ koji implicira sve što netko može i smije.

O djelomičnoj povredi tjelesne slobode je riječ kada se nekoj osobi onemogućava odnosno ne dozvoljava poduzeti ili nastaviti kretanje u željenom smjeru (npr. u slučaju regulacije prometa), kada se osobi protupravno onemogući ulazak u određeni prostor, ukrcaj u određeno prometno sredstvo (npr. slijepoj osobi se ne dozvoli ući u prijevozno sredstvo u javnom prijevozu, ili doći na javno mjesto u pratnji psa vodiča), kada se osobi onemogući ući u zemlju ili ju napustiti radnjom nekog službenog tijela ili neke treće osobe (npr. službeno tijelo zabrani prelazak državne granice, odbije izdati putovnicu, vizu ili pak treća osoba npr. iznajmljivač sobe odbije turistima predati putovnice dok ne podmire račun za smještaj). O istom se može raditi i u slučajevima zabrane kretanja na određenim mjestima, ili u određeno vrijeme, bez obzira na to dolazi li zabrana od strane

22 Baretić, M., *op. cit.*, str. 166.

23 *Ibid.*

24 Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

25 Baretić, M., *op.cit.*, str. 164.

26 *Ibid.*

27 V. Gavella, N., *op. cit.*, str. 117.

nekog službenog tijela (npr. suda u kaznenom postupku), ili neke treće osobe (npr. roditelja koji djetetu brani noćne izlaske ili izlaske uopće), u slučajevima izolacije na određenom prostoru, čime se pojedincu u određenoj mjeri ostavlja sloboda kretanja, ali ga se onemogućava u socijalnim kontaktima.²⁸

4. Ograničenja prava na tjelesnu slobodu

Pravo na tjelesnu slobodu je ograničeno, u većoj ili manjoj mjeri, brojnim zakonima od kojih se u Federaciji Bosne i Hercegovine mogu, primjerice, izdvojiti sljedeći: Kazneni zakon,²⁹ Zakon o kaznenom postupku,³⁰ Zakon o prekršajima,³¹ Zakon o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta,³² Zakon o liječništvu,³³ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama,³⁴ Zakon o parničnom postupku,³⁵ Zakon o izvršnom postupku,³⁶ Zakon o unutrašnjim poslovima,³⁷ Zakon o policijskim službenicima,³⁸ Zakon o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti,³⁹ Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća,⁴⁰ Obiteljski zakon,⁴¹ Zakon o zaštiti od nasilja u

28 Baretić, M., *op. cit.*, str. 165.

29 V. čl. 3., čl. 43, čl. 43b, čl. 43c, čl. 48., čl. 68.-69., čl. 71., 84., čl. 166.-397. Kaznenog zakona FBiH, Službene novine FBiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, dalje: KZ FBiH.

30 V. čl. 123., čl. 124. st. 2., čl. 137. st. 1, čl. 140., čl. 140. a, čl. 140. b, čl. 140. c, čl. 140. g, čl. 145., čl. 147., čl. 153. Zakona o kaznenom postupku FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03-ispravak, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, dalje: ZKP FBiH.

31 V. čl. 17. Zakona o prekršajima FBiH, Službene novine FBiH br. 63/14.

32 V. čl. 17., čl. 19.-21. Zakona o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta FBiH, Službene novine FBiH br. 40/10.

33 V. čl. 38. Zakona o liječništvu FBiH, Službene novine FBiH br. 56/13.

34 V. čl. 22., čl. 24. Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH, Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11, 14/13.

35 V. čl. 407. st. 2., st. 4.-5., čl. 410., čl. 412. Zakona o parničnom postupku FBiH, Službene novine FBiH br. 53/03, 73/05., 98/15.

36 V. čl. 17. st. 11. Zakona o izvršnom postupku FBiH, Službene novine FBiH br. 32/03, 52/03 (ispravak), 33/06, 39/06 (ispravak), 39/09, 35/12, 46/16 i Službeni glasnik BiH br. 42/18. Odluka Ustavnog suda.

37 V. čl. 7. Zakona o unutrašnjim poslovima FBiH, Službene novine FBiH br. 81/14.

38 V. čl. 16., čl. 18.-19. Zakona o policijskim službenicima FBiH, Službene novine FBiH br. 27/05, 70/08, 44/11.

39 V. čl. 11., čl. 13., čl. 20.-21, čl. 26., čl. 30.-37., čl. 46.-49., čl. 54.-57. Zakona o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti FBiH, Službene novine FBiH br. 29/05.

40 V. čl. 108. Zakona o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, Službene novine FBiH, br. 39/03, 22/06, 43/10.

41 V. čl. 145. st. 5. Obiteljskog zakona FBiH, Službene novine FBiH br. 31/14.

obitelji.⁴² Krajnja pak ograničenja postavljaju ustavi i EKLJP. Tako, sukladno ustavnopravnim odredbama nikome se ne može oduzeti ili ograničiti sloboda, osim kada je to određeno zakonom, o čemu odlučuje sud.⁴³ ESLJP je utvrdio povrede prava na tjelesnu slobodu u Bosni i Hercegovini u slučajevima koja su se odnosila na lišavanje slobode osoba s mentalnim oboljenjima, u situacijama kada domaća tijela nisu pratila zakonske izmjene pa su tijela uprave (starateljstvo), umjesto suda, odlučivala o lišavanju slobode.⁴⁴

EKLJP u svom čl. 5. st. 1. navodi točke od (a) do (f) koje sadrže iscrpnu listu dopuštenih osnova za lišavanje slobode i nijedno lišavanje slobode nije dopušteno, osim ako nije predviđeno jednom od tih nabrojanih osnova.⁴⁵ Dakako, taj popis se treba usko tumačiti jer je jedino takav pristup kompatibilan s ciljem čl. 5. EKLJP po pitanju sprječavanja proizvoljnog lišenja slobode. Osoba čija je tjelesna sloboda ograničena može biti zaštićena člankom 2. Protokola br. 4., prema kojem svatko tko se zakonito nalazi na teritoriju jedne države ima na tom teritoriju pravo na slobodu kretanja i slobodu izbora boravišta. Slobodan je napustiti bilo koju zemlju, uključujući i onu čiji je državljanin. Nikakva ograničenja ne mogu se postaviti u odnosu na ostvarivanje ovih prava osim onih koja su sukladna zakonu i koja su nužna u demokratskom društvu, odnosno opravdana nekim javnim interesom kao što su: nacionalna sigurnost ili javna sigurnost, očuvanje javnog poretka, sprječavanje kriminala, zaštita morala ili zaštite prava i sloboda drugih. Dakle, Protokol br. 4 pruža zaštitu od ograničenja slobode kretanja, dok čl. 5. EKLJP pruža zaštitu od lišenja slobode. Međusobna razlika se očituje u njihovom nivou i intezitetu. Osim toga, kvalifikacije u Protokolu br. 4 su šire. Njime su propisane i druge zaštitne mjere, tako da je u svakom predmetu značajno utvrditi o kojim povredama se zapravo radi.⁴⁶

Ustavni sud Bosne i Hercegovine⁴⁷ je nakon proglašenja stanja nesreće i donošenja prvih naredbi o zabrani kretanja osobama starijima od 65 godina i mlađima od 18 godina, odlučivao o apelacijama koje su se odnosile na čl. 2. Protokola br. 4. uz EKLJP. U predmetu u kojem je utvrđena povreda prava na

42 V. čl. 9., čl. 11.-12., čl. 14.-16. Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji Federacije BiH, Službene novine FBiH br. 20/13.

43 V. čl. 2. st. 1. Ustava FBiH sa amandmanima, Službene novine FBiH br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08.

44 Tokić i dr. protiv BiH, zahtjev br. 12455/04, 14140/05, 12906/06 i 26028/06, presuda od 17.6.2008.; Halilović protiv BiH, zahtjev br. 23968/05 - presuda od 24.11.2009.; Hadžić i Suljić protiv BiH, zahtjev br. 39446/06 i 33849/08 – presuda od 7.6.2011., Izvor: Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.1.2020.

45 Witold Litwa protiv Poljske, zahtjev br. 26629/95, presuda od 4.4.2000., stav. 49., Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 13229/03, presuda od 29.1.2008., stav. 43.

46 Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.10.2020.

47 Dalje: Ustavni sud BiH, v. Ustav Bosne i Hercegovine, http://www.ustavnisud.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_hrv.pdf, 20.10.2020. Ustav Bosne i Hercegovine stupio je na snagu potpisivanjem Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini. Nije objavljen u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine. Dalje: Ustav BiH

slobodu kretanja iz članka II/3. (m) Ustava Bosne i Hercegovine i članka 2. Protokola broj 4 uz EKLjP navodi iz apelacije su se odnosili na zabranu kretanja osobama mlađim od 18 godina i starijim od 65 godina na području Federacije Bosne i Hercegovine, zbog čega ne mogu otići „u banku, ljekarnu, kod liječnika ili u nabavku“ odnosno da se zabranom „izravno utječe na psiho-fizičko zdravlje djece i starijih osoba“, odnosno da apelant „nije u mogućnosti kao roditelj da svome djetetu osigura život sukladno najboljim interesima djeteta“, te je apelacija razmatrana iako nije postojala odluka nadležnog suda obzirom da je ukazivala na ozbiljne povrede prava. Ustavni je sud smatrao da naredbe o zabrani kretanja predstavljaju miješanje u pravo na slobodu kretanja, ali i da su osporene mjere bile predviđene zakonom. Apelanti su istakli da to što su naredbe donesene na temelju Zakona o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, a koji predviđa ovlast stožera Civilne zaštite da „naređuju provedbu odgovarajućih mjera zaštite i spašavanja“ ne znači da je dozvoljeno donošenje naredbi „kojima se sprečava kretanje pučanstva“. Ustavni sud BiH upućuje na to da zakon mora biti takav da se može primijeniti u okolnostima koje se mijenjaju. Apsolutna sigurnost pri predviđanju posljedica koje određeno ponašanje može izazvati je poželjna, ali može dovesti i do pretjerane rigidnosti. Međutim, Ustavni sud je zaključio da ne postoji pravična ravnoteža između mjera naloženih osporenim naredbom i javnog interesa zaštite javnog zdravlja, zbog čega je prekršeno pravo apelanata na slobodu kretanja. Postojanje pravične ravnoteže se u konkretnom slučaju procjenjuje vremenskim trajanjem primjene mjera i redovitim preispitivanjem njihove nužnosti. Mjere koje značajno zadiru u ljudska prava mogu trajati samo onoliko koliko je nužno, a vremensko ograničenje obvezuje i na redovito preispitivanje naloženih mjera. Propisivanje da one traju „do daljnjeg“ dovodi do neizvjesnosti u pogledu njihovog preispitivanja i razmatranja mogućnosti uvođenja blažih mjera odnosno njihovog ukidanja. Osim toga, stav je Ustavnog suda BiH da se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procjene da osobe starije od 65 godina, odnosno mlađe od 18 godina imaju veći rizik za zarazu ili njezino prenošenje, a nisu razmatrane niti mogućnosti uvođenja blažih mjera. Naložena je obveza usklađivanja Naredbe⁴⁸ sa standardima predviđenima u EKLjP i Ustavu BiH.⁴⁹ Odluka je izvršena na način kako je to Ustavni sud BiH i naložio te je za sljedeće apelacije zaključeno da je njihovo ispitivanje postalo bespredmetno uslijed nastupa izmijenjenih pravnih okolnosti.⁵⁰

Jedan od predmeta u kojem je Ustavni sud BiH razmatrao povredu prava na slobodu kretanja odnosio se na zabranu kretanja građana u Hercegovačko – neratvanskoj županiji/kantonu izvan mjesta prebivališta⁵¹, a koju su apelanti smatrali između ostalog i besmislenom jer se nije odnosila na osobe s prebivalištem

48 Naredba Federalnog stožera Civilne zaštite broj 12-40-6-34-1/20, 27. 3. 2020.

49 V. AP – 1217/20, Odluka od 22.4.2020.

50 V. AP – 1580/20, Odluka od 20.5.2020.

51 Zapovijedi Županijskog stožera civilne zaštite br. 17-06-40-16-46/20 od 9.4.2020. i Izmjena i dopuna Zapovijedi br. 17-06-40-16-46-1/20 od 10.4.2020.

izvan spomenute županije koje su se mogle neometano kretati na njezinom području. Ustavni sud BiH je smatrao da zabrana napuštanja mjesta prebivališta predstavlja miješanje u pravo na slobodu kretanja, i da su apelanti imali temelj za tvrdnju da su žrtva primjene ovih zapovijedi koje su u međuvremenu stavljene izvan snage pa je apelacija odbačena zbog izmijenjenih pravnih okolnosti.⁵² Osim zbog izmijenjenih pravnih okolnosti, Ustavni sud BiH je apelacije koje su se odnosile na slobodu kretanja odbacivao iz razloga neiscrpljivanja pravnih lijekova te jer je *ratione materiae* inkompatibilna sa Ustavom BiH.⁵³

Opseg mjera koje se poduzimaju u odgovoru na prijetnju COVID-a 19 i način na koji se provode, u značajnoj mjeri, se razlikuju od jedne države do druge u različitim vremenskim razdobljima. Premda određene restriktivne mjere koje države članice usvajaju mogu biti opravdane temeljem odredbi EKLJP u svezi sa zaštitom zdravlja, mjere izvanredne prirode mogu zahtijevati odstupanje od obaveza država po EKLJP.⁵⁴ Na svakoj je državi procijeniti je li mjere koje donosi zahtijevaju takva odstupanja od EKLJP. Svako odstupanje će procjenjivati ESLJP u predmetima koji pred njim budu pokrenuti. On državama daje široko polje slobodne procjene u ovoj oblasti. Međutim, Glavni tajnik Vijeća Evrope mora biti informiran o poduzetim mjerama, o razlozima za poduzimanje mjera i trenutku kada te mjere prestaju djelovati.⁵⁵ Ovdje je neophodno da Vijeće Evrope, uz pomoć svojih tijela, osigura da te mjere budu razmjerne prijetnji koju predstavlja širenje virusa te da budu vremenski ograničene. Ne bi se smjelo nikako dopustiti uništavanje vrijednosti demokracije, vladavine zakona i ljudskih prava.⁵⁶ Inače, praksa ESLJP o ovim pitanjima nije još formirana, budući da nije prošlo dovoljno vremena da bi jedan predmet mogao uopće doći do faze odlučivanja o meritumu, s obzirom na uvjet koji je potrebno ispuniti a riječ je o iscrpljivanju svih efektivnih domaćih pravnih lijekova.

52 V. AP – 1485/20, Odluka od 20.5.2020.

53 V. AP – 1383/20, Odluka od 06.5.2020. U konkretnom slučaju apelantica je Rješenjem federalnog ministra zdravstva po povratku iz Londona stavljena u karantenu te je zabranjeno napuštanje objekta određenog za karantenu za vrijeme njezina trajanja. Apelantica nije iskoristila mogućnost podnošenja tužbe kako je bila upućena, pa je apelacija odbačena zbog neiscrpljivanja pravnih lijekova. AP – 1844/20, Odluka od 02.7.2020. Apelant je u konkretnom slučaju smatrao da obveza nošenja maske i održavanja distance od dva metra predstavlja kršenje prava na slobodu kretanja. Međutim, kako se u Odluci Ustavnog suda BiH navodi ova se obveza ne može smatrati ograničenjem slobode kretanja a apelacijske je navode smatrao *ratione materiae* inkompatibilnima sa Ustavom BiH.

54 Labert, A., COVID-19 pandemic and derogation to human rights, *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 7, Issue 1, 2020., str. 3., lsaa015, <https://doi.org/10.1093/jlb/lsaa015> 11.11.2020.

55 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, 24.9.2020.

56 Izvor: *SG Inf(2020)7 Speaking Notes SG 1370 Deputies (Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states)*, <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, 13.10.2020.

4.1. Osvrt na ograničenje slobode kretanja migranata

Postojeće kategorije migranata nisu stalne.⁵⁷ Ograničenje njihove slobode kretanja ne bi smjelo biti arbitrarno. Odluka o ograničenju može biti arbitrarna, primjerice, kada je donesena sukladno domaćim propisima koji su u suprotnosti s EKLJP. Postupak mora biti vođen s dužnom pažnjom i u dobroj vjeri, dok odluka mora biti usko povezana sa svrhom sprječavanja nezakonitog ulaska u zemlju ili protjerivanja i izručenja. Također, mjesto i uvjeti pritvora moraju biti prikladni te trajati razumno vrijeme. Pri donošenju ocjene o zakonitosti ograničenja kretanja, nacionalni sud mora imati u vidu okolnosti svakog pojedinog slučaja.⁵⁸ Tako, ograničenje slobode kretanja u svrhu protjerivanja ili izručenja može biti opravdano čak i onda kada su nadležne vlasti započele postupak protjerivanja ili izručenja bez formalnog zahtjeva ili odluke o izručenju. Prema obrazloženju presude iz predmeta Guzzardi protiv Italije i Amuur protiv Francuske ograničenja slobode kretanja u smislu čl. 5. te ograničavanja kretanja iz čl. 2. Protokola br. 4 razlikuju se po stupnju ili intenzitetu, a ne po prirodi ili suštini provedene mjere.⁵⁹

Razmatrajući postojanje povrede prava iz čl. II/3. d) Ustava BiH i čl. 5. st. 1. toč. f) i st. 4. EKLJP, Ustavni sud BiH je zaključio da izuzetak sadržan u čl. 5. st. 1. toč. f) EKLJP dopušta državi kontrolu slobode stranaca u migracijskom kontekstu.⁶⁰ U Bosni i Hercegovini se, po pitanju migranata, najvećim problemom

57 Treba razlikovati nekoliko tipova migranata: 1. regularni (zakoniti) migranti koji u zemlju ulaze uz dozvolu boravka (privremenoga ili stalnog), koju su prije ulaska pribavili od države odredišta; 2. neregularni migranti koji u zemlju ulaze na neregularan način, bez propisanih isprava (putovnice, vize), ili koji su na zakonit način ušli u zemlju, ali su u njoj ostali iako im je istekla dozvola boravka (kratkotrajnog, privremenog ili stalnog); 3. tražitelji međunarodne zaštite (azila) i izbjeglice koji u zemlju ulaze ili na zakonit način ili neregularno, bježeći od proganjanja u svojoj zemlji porijekla; 4. ostali migranti kojima je potrebna određena vrsta zaštite (ova kategorija obuhvaća osobe čiji status nije u potpunosti određen, ali kojima je potrebna međunarodna pomoć koju im međunarodno i domaće pravo priznaje u većoj ili manjoj mjeri, a riječ je o apatridima, žrtvama trgovanja ljudima, djeci bez pratnje, osobama kojima nije odobrena međunarodna zaštita ili drugim kategorijama neregularnih migranata koje nije moguće vratiti zbog načela zabrane vraćanja ili nonrefoulement). Međutim, navedene kategorije migranata nisu stalne. Naime, ista osoba može pripadati jednoj ili više kategorija migranata, ili tijekom kretanja može prelaziti iz jedne kategorije u drugu. Tako, ekonomski migrant koji neregularno uđe u zemlju može zatražiti međunarodnu zaštitu, odnosno postati izbjeglica sur place zbog promjene situacije u njegovoj zemlji (jer mu prijeti proganjanje ako se u nju vrati). Također, regularni migrant može postati neregularni ako ostane u zemlji, nakon što mu je istekla dozvola boravka. Izbjeglica može postati neregularni migrant ako izgubi izbjeglički status jer mu više ne prijeti proganjanje u zemlji podrijetla, ili pak neregularni migrant može postati regularni ako zemlja u kojoj boravi provede amnestiju, ili mu na drugi način omogući reguliranje statusa. Postojeće kategorije migranata nisu stalne. Izvor: Giljević, Teo; Lalić Novak, Goranka; Vergaš, Mirjana, Pravo na pristup sustavu azila i zaštita temeljnih prava migranata, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2019., str. 2.

58 Lalić Novak, G.; Kraljević, R., Zaštita izbjeglica i ranjivih skupina migranata, Hrvatski Crveni križ, Zagreb, 2014., str. 27.

59 *Ibid.*

60 AP – 4976/13, Odluka od 10.11.2016. U naprijed navedenom predmetu riječ je o apelantu koji je, kao državljani Iran, nelegalno, preko Srbije, ušao na teritorij BiH dajući lažne podatke o svom identitetu. Domaće vlasti su od Ambasade Irana tražile potvrdu u svrhu provjere istih te utvrđivanja

smatra nemogućnost njihovog vraćanja u zemlju podrijetla zbog nepostojanja mehanizama za otkrivanje identiteta tih osoba.⁶¹ Njihov stalni porast doprinosi stvaranju humanitarne krize koja obuhvaća teškoće u rješavanju njihovog pravnog statusa te nepostojanje adekvatnih smještajnih kapaciteta koji bi migrantima osigurali uvjete za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba. U čl. III. st. 1. točka f Ustava BiH stoji da institucije na državnoj razini imaju isključivu nadležnost u kreiranju politike useljavanja, izbjeglica i azila. Na taj način, nije precizirana određena odgovornost za postupanje, a time i rješenje problema o kojem je riječ. Tome ne pogoduje ni nedostatnost suradnje između nadležnih entitetskih i tijela na razini države. Nedostaje sustavan pristup ovom problemu, u smislu pronalaženja načina za utvrđivanje identiteta migranata, bez čega se ne može izvršiti kategorizacija na izbjeglice, azilante i ilegalne migrante. Praksa ESLJP ukazuje na zaštitu izbjeglica i azilanata s jedne strane te postupak protjerivanja ilegalnih migranata s druge strane.⁶² Presudom iz 2020.⁶³ ESLJP dopustio je praksu nasilnog vraćanja migranata. Naime, presudio je da Španjolska nije povrijedila europske propise kada je odmah vratila dva migranta koji su preskočili ogradu na granici s Marokom. Europska Unija je pak, poradi reguliranja migrantske krize, izdvojila značajna financijska sredstva s ciljem utjecaja na izvorne uzroke migracija iz Afrike. Usvajanje političkog rješenja za zemlje sjeverne Afrike i Bliskog istoka, prvenstveno za Siriju, i pružanje ekonomske pomoći, u budućnosti može potencijalnim izbjeglicama i radnicima migrantima omogućiti ostajanje u njihovim domovima, čime bi se mogao kreirati model za buduća djelovanja u sličnim situacijama.⁶⁴

5. Ostvarivanje zaštite nastale povredom prava na tjelesnu slobodu

Zaštita prava na tjelesnu slobodu općenito se ostvaruje putem suda i druge nadležne vlasti te putem samopomoći (nužne obrane), ako su ispunjene

apelantovog identiteta, na što nije uslijedio odgovor. U ovom predmetu apelant je isticao da je u Migracijskom centru proveo više od dvije godine. Pod nadzorom je bio kao stranac. Međutim, jednim dijelom je, kao tražitelj azila, bio pod mjerom ograničenja kretanja koja je realizirana smještajem u isti centar. Tvrdio je kako je njegovo lišavanje slobode bilo nezakonito jer je u kontinuitetu trajalo dulje od zakonom dozvoljenog maksimuma.

61 Ministarstvo sigurnosti BiH napravilo je Strategiju u oblasti migracija i azila te Akcioni plan za period 2016.-2020. god. koji je Vijeće ministara BiH usvojilo 30.3.2016. Premda se ovaj dokument doima sveobuhvatnim i detaljnim, on nije usklađen sa stvarnom situacijom u kojoj ne postoji precizan podatak o broju ilegalnih migranata koji se bez kontrole kreću teritorijom BiH. V. Mijović, Lj., Migranti u BiH – praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na kolektivno protjerivanje stranaca, Pravna riječ, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2018, str. 542.

62 Mijović, Lj., *op. cit.*, str. 554.

63 *N.D. i N.T. protiv Španjolske*, zahtjev br. 8675/15 i 8697/15, presuda od 13.2.2020., ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515

64 Simić, J., Prava migranata – poštivanje univerzalnih ljudskih prava ili pravo na razvoj, Forum za sigurnosne studije, br. 1/17, str. 27.

pretpostavke za njenu dopuštenost. Sudska zaštita se osigurava kako javnopravnim, tako i privatnopravnim (građanskopravnim) sredstvima pravne zaštite koja se međusobno dopunjuju. Ako se tim putem ne ukloni povreda preostaje mogućnost podnošenja Ustavnom sudu apelacije u Bosni i Hercegovini, a potom i tužbe ESLjP. ESLjP naglašava da zaštita ljudskih prava općenito pa i prava na naknadu štete zbog povrede odredbi čl. 5. ne smije egzistirati samo teoretski, nego treba prvenstveno biti ostvariva u praksi.⁶⁵ Protupravnom povredom prava na tjelesnu slobodu za oštećenika nastaju prava prema subjektu koji je njegovo pravo povrijedio. Specifičnost zaštite se ogleda u njenoj često povezanosti s djelovanjem javne vlasti (npr. uhićenje osobe). Tu se zaštita ostvaruje prvo u postupku u kojem je odluka donesena s ciljem promjene iste. Ako taj postupak nije bio sudski nego upravni, tek nakon njegovog bezuspješnog okončanja moći će se zahtjev postaviti u sudskom postupku.⁶⁶

Odgovornost države za naknadu štete je samostalna i objektivna, čime se jamči efikasno ostvarenje prava oštećenog na naknadu. Iznimno krivnja se može tražiti u ponašanju samog oštećenika, čije skrivljeno ponašanje dovodi do isključenja odgovornosti za naknadu štete.⁶⁷ Ako pak povreda ne dolazi od strane javne vlasti nego privatnopravnog subjekta, suditi će se u redovitom parničnom postupku, a za odlučivanje će biti nadležan sud opće nadležnosti. Naime, pored države i fizička osoba može odgovarati za štetu koju počini neosnovano lišavajući drugoga slobode, ili ograničavajući mu tu slobodu, kao što je to u slučaju otmice (privatnog zarobljavanja ili odvođenja), onemogućavanja slobode kretanja, prisile na neželjene seksualne odnose, prostituciju ili ropski rad i sl.⁶⁸ Prije podnošenja tužbe u parničnom postupku oštećeni se sa svojim zahtjevom mora obratiti nadležnom ministarstvu na državnoj ili entitetskoj razini, odnosno Pravosudnoj komisiji u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine poradi postizanja sporazuma o

65 *Shcherbina protiv Rusije*, zahtjev br. 41970/11, presuda od 17.11.2014. Članak 5. st. 5. EKLjP obuhvaća pravo na naknadu štete, ne samo u odnosu na materijalnu štetu već i za bilo kakvo trpljenje, tjeskobu i frustracije koje osoba može pretrpjeti kao posljedicu povrede drugih odredbi tog istog članka. U slučaju Sahakyan protiv Armenije, zahtjev br. 66256/11, presuda od 10.02.2016. je utvrđeno da je pritvor predstavljao povredu čl. 5. EKLjP, ali je zahtjev za naknadu nenovčane štete svejedno odbačen jer prema domaćem pravu u Armeniji nije bilo naknade za neimovinsku štetu. ESLjP je tu utvrdio povredu jamstava iz čl. 5. st. 5. EKLjP.

66 Gavella, N., *op.cit.*, str. 124.

67 V. čl. 435 st. 2. ZKP FBiH, čl. 408. st. 2. Zakona o kaznenom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 53/12, 91/17, 66/18, dalje: ZKP RS; čl. 414. st. 2. Zakona o kaznenom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19, dalje: ZKP BD te čl. 436. st. 3. Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018, dalje: ZKP BiH. Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava osoba neopravdano osuđenih i neosnovano lišenih slobode reguliran je odredbama čl. 435.-444. ZKP FBiH; 408.-416. ZKP RS; 414.-423. ZKP BD čl. 432.-441. ZKP BiH. Ove odredbe sadrže specifične vidove materijalne i nematerijalne štete koji su tipični za ovakvu vrstu povrede prava na tjelesnu slobodu te upućuju na supsidijarnu primjenu ZOO BiH.

68 Crnić-Matić, *op. cit.*, str. 621.

postojanju, vrsti i visini štete.⁶⁹ Samo ako zahtjev za naknadu štete ne bude usvojen, ili na temelju njega nadležno tijelo ne donese odluku u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva, oštećeni može tražiti ostvarivanje svog prava u parničnom postupku pred nadležnim sudom.⁷⁰

Kada se zadire u pravo na tjelesnu slobodu poradi zaštite od zaraznih bolesti može se podnijeti kvazinegatorijski zahtjev kojim se traži ukidanje mjera kojima se protupravno ograničava nečija sloboda poradi zaštite stanovništva od zaraznih bolesti. Ta se zaštita ostvruje u upravnom postupku u kojem je doneseno rješenje o određivanju te mjere. Ako se u tom postupku ne pruži zaštita osobi čija je sloboda oduzeta ili ograničena, ona zaštitu može ostvariti po pravilima o upravnim sporovima. Ako je mjeru koja ograničava slobodu donijela javna vlast, a da ista nije utemeljena na rješenju, može se tražiti sudska zaštita zbog nezakonite radnje. Jednako kao i kod oduzimanja odnosno ograničavanja slobode, oštećenik ima pravo na naknadu štete.⁷¹

U slučajevima za koje oštećeniku nije što posebno propisano, na raspolaganju su mu poznati građanskopravni zahtjevi: kvazinegatorijski zahtjev (kojim se zahtijeva prestanak uznemiravanja bilo kao zahtjev za prestanak povrede koja još traje, bilo kao zahtjev za propuštanje u budućnosti radnje koja bi povrijedila tjelesnu slobodu), zahtjev za utvrđenje ili deklaratorni zahtjev (da se putem suda utvrdi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa, ali samo ako se ima pravni interes za takvo utvrđenje npr. zahtjev za utvrđenje da je po zakonu nastupilo priznavanje radnog staža, odnosno staža osiguranja zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja),⁷² zahtjev zbog stjecanja bez osnove (ako je povredom tjelesne slobode netko stekao materijalnu korist bez pravnog temelja) te zahtjev za popravljivanje materijalne i nematerijalne štete.⁷³

Na temelju načela potpune naknade,⁷⁴ naknada materijalne štete mora biti vrijednosno jednaka pretrpljenoj šteti i to, u načelu, bez obzira na vrstu i stupanj krivnje. Tu je važna objektivna visina štete pa se dosuđuje uvijek naknada u punom iznosu, izuzev onih iznimnih situacija kada je dopušteno sniženje naknade. Dosuđivanje pak nematerijalne štete je daleko kompleksnije. Pravična novčana naknada, kao jedan od oblika nematerijalne štete, treba doprinijeti da se na mjestu neugodnih osjećaja oštećeniku pruži odgovarajući broj ugodnih osjećaja, s ciljem ublažavanja ili popravljanja poremećenog duševnog ili fizičkog

69 V. čl. 436. st. 2. ZKP FBiH, čl. 409. st. 2 ZKP RS, čl. 415 st. 2. ZKP BD, čl. 433. st. 2. ZKP BiH.

70 V. čl. 437 st. 1. ZKP FBiH, čl. 410. st. 1. ZKP RS, čl. 416. st. 1. ZKP BD, 434. st. 1. ZKP BiH.

71 Gavella, N., *op. cit.*, 171.-172.

72 V. čl. 444. ZKP FBiH.

73 Gavella, N., *op. cit.*, str. 124.

74 V. čl. 190. Zakona o obveznim odnosima Bosne i Hercegovine, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93 i 13/94 Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04., dalje: ZOO BiH.

integriteta, ili subjektivnog stanja ličnosti.⁷⁵ Pritom se trebaju uzeti u obzir sve okolnosti slučaja (npr. trajanje lišenja slobode, specifični uvjeti izdržavanja kazne – npr. boravak u samici ili u ćeliji s posebno velikim brojem osuđenika, izdvajanje iz obitelji, reakcije životne sredine na lišenje slobode, zabrinutost zbog moguće osude, teškoće prilikom ponovnog uključivanja oštećenika u život na slobodi, da je boravak u pritvoru doveo do pogoršanja njegovog zdravlja i sl.) a osobito jačina i trajanje duševnih boli koje je zbog toga pretprio oštećenik.⁷⁶ Tu nije potrebno provoditi sudsko medicinsko vještačenje. Sud je, naime, ovlašten svoj stav formirati na temelju vlastitih znanja i iskustava, uzimajući u obzir okolnosti koje po životnoj logici upućuju da je oštećenik trpio duševne boli, pri čemu se za štetu određuje jedan iznos naknade.⁷⁷ Međutim, neutemeljeno lišenje slobode može izazvati strah pa bi sud i o tome trebao voditi računa (čl. 200. st. 2. ZOO BiH),⁷⁸ za što će trebati nalaz i mišljenje sudskog medicinskog vještaka.⁷⁹

Prema ZOO BiH nematerijalna šteta se definira kao nanošenje drugome fizičke ili psihičke boli i straha pa kada njih nema ne može biti niti riječi o odgovornosti za nematerijalnu štetu. Ovakva definicija nematerijalne štete je suviše uska i nekonzistentna što je ne čini posve prihvatljivom, budući da su pretrpljeni fizički i psihički bol te strah, zapravo, samo manifestacije, posljedice ove štete.⁸⁰ Bolje rješenje ima Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske⁸¹ koji nematerijalnu, odnosno neimovinsku štetu definira kao povredu prava osobnosti, a fizičke ili duševne boli i strah koji su izazvani tom povredom uzima kao kriterije za određivanje visine pravične novčane naknade. Naime, postoje situacije u kojima pojedinci neće trpjeti fizičke ili duševne boli i strah, a težina povrede prava na tjelesnu slobodu će opravdati dosuđivanje pravične novčane naknade (npr. lišenje tjelesne slobode duševno zaostale osobe).⁸² Za razliku od povrede prava na tjelesni integritet, gdje postoji egzaktni, medicinski kriteriji prema kojim se mogu rangirati težine povrede, kod povrede prava na tjelesnu slobodu takvih egzaktnih kriterija nema. U teoriji se nailazi na prijedlog da se za procjenu težine povrede prava na tjelesnu slobodu uzme, kao kriterij, društveni sustav vrijednosti kojeg odražavaju pravila kaznenog prava.⁸³

75 Medić, D., O pojmu i naknadi nematerijalne štete u Bosni i Hercegovini, Petnaesto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017., str. 188.

76 Crnić-Matić, *op. cit.*, str. 622.

77 Crnić, I., Pravo fizičke osobe na popravljivanje neimovinske štete u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 41.

78 6 V. čl. 200. st. 2. ZOO BiH.

79 Crnić, I., *op.cit.*, str. 41.

80 Medić, D., *op.cit.*, str. 180.

81 V. čl. 1100. Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 78/15, 29/18., dalje: ZOO RH.

82 Baretić, M., *op.cit.*, str. 174.

83 *Ibid.*, 171.-173.

6. Zaključak

Tjelesna sloboda je jedan od najvažnijih aspekata općeg pojma slobode i pretpostavka za ostvarenje mnogih drugih aspekata slobode. Nabranje aspekata tjelesne slobode nije niti može biti taksativno. Ona implicira slobodno kretanje, boravljenje i nastanjivanje, slobodan izbor rada i drugog tjelesnog djelovanja, slobodno okupljanje i udruživanje s drugim osobama, slobodno odlučivanje o medicinskim i drugim zahvatima u vlastito tijelo te sigurnost.

Protupravno zadiranje u bilo koji aspekt prava na tjelesnu slobodu dovodi do njegove povrede koja može biti potpuna i djelomična, ovisno o tome je li riječ o potpunom oduzimanju tjelesne slobode ili njenom ograničenju. Budući da država ima monopol nad primjenom fizičke sile, od nje odnosno njenih tijela potječe najveći broj oduzimanja ili ograničenja tjelesne slobode. Međutim, pored države i njenih tijela tjelesnu slobodu može povrijediti i bilo koja fizička i pravna osoba.

Mjere pak izvanredne prirode koje poduzimaju države, kao što je primjerice odgovor na prijetnju COVID-a 19, mogu zahtijevati odstupanje od obveza država prema EKLJP. Svaka država treba procijeniti kolika odstupanja od EKLJP zahtijevaju mjere koje donosi, kako bi iste bile razmjerne prijetnji širenja virusa, pri čemu trebaju biti vremenski ograničene. Naime, svako ograničenje prava na tjelesnu slobodu, osim što treba biti zakonito i imati legitiman cilj, treba ostvariti i ravnotežu između mjera koje se poduzimaju i cilja koji se želi postići. Svako odstupanje od toga će procjenjivati i ESLJP u predmetima koji se eventualno pred njim pojave. Praksa ESLJP o ovim pitanjima nije još formirana, budući da nije prošlo dovoljno vremena da bi jedan predmet mogao uopće doći do faze odlučivanja o meritumu, s obzirom na uvjet koji je potrebno ispuniti, a to je iscrpljivanje svih efektivnih domaćih pravnih lijekova.

Porast broja migranata u Bosni i Hercegovini aktualizira pitanje sigurnosti, teškoća u rješavanju migrantskog pravnog statusa te nepostojanje adekvatnih smještajnih kapaciteta koji bi migrantima osigurali uvjete za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba. Praksa ESLJP ukazuje na potrebu zaštite izbjeglica i azilanata s jedne strane te postupak protjerivanja ilegalnih migranata s druge strane.

S ciljem potpunije zaštite osoba kojima je povrijeđeno pravo na tjelesnu slobodu, u Bosni i Hercegovini bi trebalo primijeniti objektivni koncept nematerijalne štete, kako bi im se omogućilo dosuđivanje pravične novčane naknade i u slučajevima u kojima povreda tjelesne slobode nije prouzročila nikakve fizičke i duševne boli te strah. Kroz ovaj rad se nastojalo dati odgovore sudskoj praksi, koja prilikom odlučivanja o opravdanosti postavljenog zahtjeva i visini pravične novčane naknade, nailazi na razne dvojbe poput sadržaja same definicije povrede prava na tjelesnu slobodu, izbora kriterija kojima se ocjenjuje težina povrede tjelesne slobode i sl.

Literatura:

- Avramović, S.; Stanimirović, V., Usporedna pravna tradicija, Nomos, Beograd, 2006.
- Baretić, M., Povreda prava na slobodu u: Grubić, V. (ur.), Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006.
- Cardoso da Costa, *Constitutional Supremacy of Human Rights Treaties* u: *The Status of International Treaties on Human Rights, Venice Commission Collection: Science and technique of democracy, No. 42.*, Strasbourg, 2006.
- Crnić, I., Pravo fizičke osobe na popravljivanje neimovinske štete u: Grubić, V. (ur.), Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima. Narodne novine, Zagreb, 2005.
- Gavella, N., Osobna prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb, 2000.
- Giljević, Teo; Lalić Novak, Goranka; Vergaš, Mirjana, Pravo na pristup sustavu azila i zaštita temeljnih prava migranata, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2019.
- Gliha, I., *Personal rights* u: Blanpain, R. (ur.), *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, Family and Succession Law – Suppl.* 27/05
- Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek, Vlastita naklada autora. Zagreb, 2005.
- Kurtović, Š., Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek, Vlastita naklada autora, Zagreb, 2005.
- Lalić Novak, G.; Kraljević, R., Zaštita izbjeglica i ranjivih skupina migranata, Hrvatski Crveni križ, Zagreb, 2014.
- Medić, D., O pojmu i naknadi nematerijalne štete u Bosni i Hercegovini. Petnaesto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2017.
- Crnić I.; Matić, J., Odštetno pravo, Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljivanju štete s napomenama i propisima, Zgombić & Partneri d.o.o. - nakladništvo i informatika d.o.o., Zagreb, 2008. Mijović, Lj., Migranti u BiH – praksa Europskog suda za ljudska prava u odnosu na kolektivno protjerivanje stranaca, Pravna riječ, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2018.
- Mole, N.; Reynolds, J.; Tadić, M. (predgovor) u Mole, N.; Braithwaite, B. (ur.) Pravo na slobodu ličnosti - član 5. Evropske konvencije o ljudskim pravima, The AIRE Centre, Advice on Individual Rights in Europe, 2015.

- Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: Strasbourgški Acquis, Novi informator, Zagreb, 2014.
- Rašović, Z. P., Građansko pravo, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2006.
- Simić, J., Prava migranata – poštivanje univerzalnih ljudskih prava ili pravo na razvoj, Forum za sigurnosne studije, br. 1/17, str. 27.
- Schabas, W. A., *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2016.

IZVORI S INTERNETA

- Glass, A. S. (1934), Historical Aspects of Habeas Corpus, St. John's Law Review: Vol. 9: No. 1, Article 3., <https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol9/iss1/3>, 4. rujna 2020.
- Labert, A., COVID-19 pandemic and derogation to human rights, Journal of Law and the Biosciences, Vol. 7, Issue 1, 2020., lsaa015, <https://doi.org/10.1093/jlb/lsaa015>, 11.11.2020.
- McFeeley, N. D. (1976), The Historical Development of Habeas Corpus, 30 Sw L.J., <https://scholar.smu.edu/smulr/vol30/iss3/4>, 4. rujna 2020.
- Javna ustanova Centar za edukaciju sudaca i tužitelja FBIH, Pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, fbih.cest.gov.ba/index.php/aire-centar, 15.10.2020.
- Vijeće Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), Notifications under Article 15 of the Convention in the context of the COVID-19 pandemic, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, 24.9.2020.
- Vijeće Europe, SG Inf(2020)7 Speaking Notes SG 1370 Deputies (Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states), <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>, 13.10.2020.

PRAVNI IZVORI

Prijevod iz izvori

- Deklaracija (Izjava) neovisnosti, 1776.
- Deklaracija o pravima i slobodama čovjeka i građanina, (Iz francuskog ustava 1791.)
- Habeas Corpus Amendment Act, 1679.
- Ustav Sjedinjenih Američkih Država, 1787.
- Velika povelja sloboda, 1215.
- Zakon o pravima Virginije, 1776.

(Prijevodi preuzeti iz Kurtović, Š. (2005). Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb, i Kurtović, Š. (2005). Hrestomatija opće povijesti prava i države, II. knjiga, Novi vijek. Vlastita naklada autora. Zagreb.)

- Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/1
- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, 1950., s dodatnim protokolima, Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori, br. 5/2003
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. 1966., s dodatnim protokolima Službeni list R BiH, br. 25/93
- Obiteljski zakon Federacija Bosne i Hercegovine Službene novine FBiH 31/14.
- Opća deklaracija o pravima čovjeka, Ispravka 318, Službeni list R BiH, br. 15/92
- Ustav Bosne i Hercegovine
- Ustav FBiH sa amandmanima, Službene novine FBiH br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 63/03, 9/04, 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/0
- Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine Službene novine FBiH br. 32/03
- Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018
- Zakon o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009- dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018
- Zakon o kaznenom postupku Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br. 34/13-pročišćen tekst, 27/14, 3/19
- Zakon o kaznenom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14
- Zakon o kaznenom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 53/12, 91/17, 66/18
- Zakon o liječništvu Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br.56/13
- Zakon o obveznim odnosima Bosne i Hercegovine, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89, Službeni list R BiH, br. 2/92, 13/93, Službene novine Federacije BiH br. 29/03, 42/11, Službeni glasnik Republike Srpske br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine br. 35/05, 41/08, 78/15, 29/18

- Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 53/03, 73/05, 98/15
- Zakon o policijskim službenicima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 27/05, 70/08, 44/11
- Zakon o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenta FBiH., Službene novine FBiH br.40/10
- Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 63/14
- Zakon o unutarnjim poslovima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 81/14
- Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH br. 20/13
- Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama FBiH, Službene novine FBiH, br. 37/01, 40/02, 52/11, 14/13
- Zakon o zaštiti i spašavanju ljudi i materijalnih dobara od prirodnih i drugih nesreća, Službene novine FBiH, br. 39/03, 22/06, 43/10
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, Službene novine FBiH br. 29/05
- Naredba Federalnog stožera Civilne zaštite broj 12-40-6-34-1/20, 27. 3. 2020.
- Zapovijedi Stožera civilne zaštite HNŽ, br. 17-06-40-16-46/20 od 9.4.2020. i Izmjena i dopuna Zapovijedi br. 17-06-40-16-46-1/20 od 10.4.2020.

Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava

- N.D. AND N.T. protiv Španjolske, zahtjev br. 8675/15 i 8697/15, presuda od 13.2.2020. ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515
- Saadi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev br. 13229/03, presuda od 29.1.2008., ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903
- Shcherbina protiv Rusije, zahtjev br. 41970/11, presuda od 26.6.2014., ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD004197011
- Witold Litwa protiv Poljske, zahtjev br. 26629/95, presuda od 4.4.2000., ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995
- Sahakyan protiv Armenije, zahtjev br. 66256/11, presuda od 10.02.2016.

Sudska praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

- Predmet br. AP – 4976/13, Odluka od 10.11.2016.
- Predmet br. AP-1217/20, Odluka od 22.4.2020.
- Predmet br. AP-1485/20, Odluka od 20.5.2020.
- Predmet br. AP-1580/20, Odluka od 20.5.2020.
- Predmet br. AP-1844/20, Odluka od 2.7.2020.
- Predmet br. AP-1383/20, Odluka od 6.5.2020.

Alena Jurić, PhD, associate professor

Faculty of Law, University of Mostar

Cvija Jurković, PhD, assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

Jelena Zovko, PhD, assistant professor

Faculty of Law, University of Mostar

THE RIGHT TO LIBERTY OF THE PERSON AN ASPECT OF THE GENERAL CONCEPT OF FREEDOM

Summary: The right to liberty of the person is one of the most important aspects of the general concept of freedom. It primarily includes freedom of movement, residence and settlement, free decision-making on medical and other procedures in one's own body, while respecting constitutional and legal restrictions. Unlawful interference with any aspect of the right to physical liberty leads to its complete or partial violation, depending on whether it is an absolute deprivation of physical liberty or its restriction. Since the state has a monopoly over the use of physical force, most of the deprivation or restriction of physical freedom originates from it or its agencies. However, in addition to the state and its agencies, physical freedom can be violated by any natural or legal person. Having in mind the current restriction of the right to physical freedom, in the conditions of the pandemic caused by COVID 19, the paper focuses on freedom of movement, as one of the most important aspects of the right to physical freedom. Unlike the violation of the right to physical integrity, where there are exact, medical criteria according to which the severity of the violation can be ranked, there are no such exact criteria for the violation of the right to physical freedom. Therefore, a social value system reflected by the rules of criminal law could be taken as criteria for assessing the gravity of the violation of the right to physical freedom. The paper presents certain views and proposals for solving problems related to these issues and provides answers to case law, which when deciding on the justification of the request and the amount of fair monetary compensation, encounters doubts regarding the content of the definition of violation of physical freedom, choice criteria for assessing the severity of the violation of the right of the liberty of the person, etc.

Keywords: freedom, restriction of freedom of movement, violation of physical freedom, protection of physical freedom, damage compensation