

UDK: 342.57(497.11)

Biblid 1451-3188, 12 (2013)

Год XII, бр. 43–44, стр. 335–360

Извори научни рад

Лука БРЕНЕСЕЛОВИЋ¹

О ЗАШТИТИ ОСНОВНИХ ПРАВА У СРБИЈИ У СВЕТЛУ ЛОШЕ ОЦЕНЕ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ – РАЗЛОЗИ НИСКОГ СТЕПЕНА СТВАРНЕ ЗАШТИТЕ ОСНОВНИХ ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И НЕОПХОДНЕ МЕРЕ ЗА ЊЕНО ПОБОЉШАЊЕ

ABSTRACT

The issue of fundamental rights in Serbia is particularly sensitive. Speaking with the words of European Commission: “The legal and policy framework for human rights and the protection of minorities in Serbia is, overall, in line with European standards”. However the Commission has also stated that, regarding those rights, the “implementation of the legislation needs to be stepped up”. This problem of an insufficient “implementation” is a fundamental problem of Serbian legal system which overhauls daily politics and political consensus of the ruling parties. It is rather a structural problem which is deeply connected with the transfer culture of the Serbian legal system and society in general. The provisions which provide fundamental rights are neither introduced nor implemented within the broader social framework. In the contrary, the fundamental rights provisions have been transplanted from the foreign legal system without any sense for local, culturally determined tasks and problems, and without a consciousness for the content of introduced guaranties in their original social framework. Therefore there are many fundamental rights (freedom of science, autonomy of universities) which live rather only in books, than in action. Some well-known fundamental principles, as the one of equality, are also not taken seriously. Irresponsibly enough, the equality is introduced only in such aspects, which have been a part of classical discussions and works in the Western societies. On the other side, specific problems of equality in the Serbian society, being

¹ Институт за упоредно право, Београд. Рад је резултат рада на Пројекту Института за упоредно право из Београда: „Српско и европско право – упоређивање и усклађивање“. Електронска адреса аутора: breneselovic@hotmail.com.

not introduced in the Western literature, are overseen or simply ignored. The fundamental guaranties are rather accepted as some uncrackable foreign codes than as vivid concepts which may improve the social welfare and the quality of the personal life.

Key words: Basic Rights, Human Rights, EU, Stabilisation and Association Process (SAP), Legal Transfer, Legal Culture, Law in Action, Law Implementation, Constitutional Theory, Serbia.

1) УВОД

Према ставу који је у два важна акта 2011. године заузела Европска комисија, у нашој земљи постоји адекватан „законски и стратешки“ оквир за „заштиту људских права и права мањина“.² Ова позитивна оцена знатно је, међутим, релативизована назнаком Комисије да је управо у наведеној области „неопходно унапредити спровођење закона“.³ Када су људска и уопште основна права у питању, фигура спровођења и неспровођења закона само је политички еуфемизам, који не значи ништа друго него да се у Србији основна права не поштују и да не постоји њихова учинковита заштита. Узроци таквог стања су разнолики и прегледности ради могу се разврстати у три велике целине: (1) у Србији не постоји или доскора није постојао адекватан институционални оквир за заштиту основних права; (2) приликом преузимања система основних права из страних поредака, наш уставотворац није подстакао и преузимање одговарајућег догматичког (теоријског) оквира који би у погледу примене уставних гаранција створио правну сигурност и спречио самовољу, која осим што се често испољава на штету основних права као њихово закидање, понекад се појављује и као узрок експесивне и као такве *противуставне и противправне* заштите извесног броја у пракси привилегованих основних права. Недостатак догматике је *кључни* узрок слабог поштовања и лоше заштите основних права у нашој Републици; (3) Коначно, у погледу једне, немале групе основних права, ни у друштву ни у правној струци не постоји свест о значају добара која су одређеном гаранцијом заштићена, а без те свести не

² Саопштење Европске комисије Европском парламенту и Савету – Мишљење Комисије о захтеву Србије за чланство у Европској унији од 12.10.2011. – (латиницом): СОМ (2011) 668, на стр. 8 (Б.1) и 12 (Б.3), као и пропратни Аналитички извештај, датиран такође 12.10.2011. – SEC (2011) 1208, стр. 29 ff. (Б.1.2) и 129 ff. (Б.3.23) српске верзије.

³ У Саопштењу/Мишљењу на стр. 8 (Б.1) и 12 (Б.3), као и у Аналитичком извештају, на стр. 48 (Б.1.4) и 129 (Б.3.23). У енглеском тексту стоји *legislation* уместо *закон*, тако да се примедба односи на поштовање и спровођење прописа уопште (Устав, закони итд.).

постоји ни правно убеђење да је реч о „пуноправним“ правима која треба поштовати. Има сигурно држава на свету, где назнака да се неки закон не примењује или не спроводи, указује на некакав сасвим опипљив проблем из управног рада, као што је недостатак просторија или инспектора, или недостатак неопходних мерних инструмената. Таквих земаља има, и лако ћемо се сложити да у погледу неких закона и уредби исте тешкоће постоје и у Србији. Но у погледу основних права узроци мањкавог спровођења су други и у крајњој линији везани су за саму суштину нашег правног поретка и наше правне културе која је изразито трансферна, и у којој се, као таквој, правни институти не уносе са живом представом о њиховом пореклу, значају и домаћају, већ се као помодне ствари пресликавају *филолошки* и затим стављају у законске текстове.

II) ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР И ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА

Први је разлог нарочито ниског степена стварне заштите основних права у Републици Србији лош институционални оквир. Реч је пре свега о три појаве:

(1) Уставни суд Србије надовезао се делом кадровски, а делом и према општем настројењу, на свест о уставном судовању која се развила у социјалистичкој Југославији, где је, поглавито како би се спречио сукоб са СКЈ, улога уставних судова и у теорији и практично била минимализована.⁴ Да ли само из тог, или из неког другог разлога, главна одлика рада нашег уставног суда је једна необична *активна пасивност* и повлађивање егzekутиви, на чије опасности је недавно скренуо пажњу и професор Грубач.⁵ Такво се настројење нашег Уставног суда огледа и у реторици судских одлука и у редоследу решавања случајева и уопште у целокупном начину на који се врши уставно судовање. Док се у другим државама, као што су Немачка или нама суседна Хрватска, види задовољство уставних судова да пониште одредбу рђавог закона, или да се ставе у заштиту грађанина коме је у парничном или неком другом поступку учињена очигледна и у светлу устава битна неправда, дотле је главни извор задовољства нашег Уставног суда у проналаску неке уставне или законске

⁴ Видети за такво гледиште нпр.: Јован Ђорђевић, „Уставно судство и друштвенополитички систем Југославије“, *Анали ПФ Бг*, 3–4/1985, стр. 379–383.

⁵ Момчило Грубач, „Уставно судство у Србији“, *Гласник АКВ*, 11/2011, стр. 553–575, посебно на стр. 563 итд.

одредбе коју може да искористи као оправдање да одбаци, да одбије, уопште речено: да што мање било шта мења и да се што више уздржи од рада из свог делокруга. Ова појава у вези је и са појмом права у нашем правном поретку,⁶ и чини се да је најдаље отишла када је наш Уставни суд, у тренутку када није имао председника, сам паралисао свој рад једним сасвим произвољним тумачењем правила која су уређивала његово поступање.⁷

(2) Унутрашња организација Уставног суда и правила поступка која су 2007. године била прописана Законом о Уставном суду била су *неадекватна*, јер су *grosso modo* захтевала да сваки судија уставног суда доноси сваку одлуку. Таква је расподела посла била својеврсни куриозитет, јер је са једне стране проузроковала преоптерећеност судија – будући да је сваки судија учествовао у доношењу сваке одлуке – док је, са друге стране, број завршених предмета био мален – такође са разлога што је сваки судија учествовао у доношењу сваке одлуке. Тек су изменама Закона о Уставном суду из децембра 2011. године створени услови за отклањање овог структуралног недостатка.⁸ Те су прошлогодишње измене приближиле рад нашег Уставног суда немачком Савезном уставном суду, није ли њима предвиђено да се у Уставном суду, осим у пленуму, суди и у великим и малим већима (видети: сада чл. 42–42в Закона о Уставном суду). То процедурално зближавање није никаква случајност, него је наш законодавац управо и гледао да систем рада признатог немачког Савезног уставног суда прихвати и пренесе код нас. Међутим, само устројство великих и малих већа још није гаранција да је сада стварно обезбеђен исти степен садржинске и процесне учинковитости који одликује рад немачког Савезног уставног суда. Законским изменама постигнуто је само привидно одн. спољње приближавање рада нашег и немачког уставног суда: систем рада судија је поистовећен, али је уређење стручне службе (чл. 27 итд. Закона о Уставном суду), која има стратешки значај за рад уставних судова, код нас и у Немачкој, остало другачије. У немачком Савезном уставном суду сваки судија има 4 сарадника или асистента, који се узимају на период од 2–3 године у правилу *из круга истакнутих судија у редовним судовима*.⁹ Овим се постижу

⁶ Видети: Лука Бренеселовић, „О језичком преламању појма права“, у: *Споменица Валтазара Божишића*, књ. 1, Београд, 2011, стр. 247–260.

⁷ Момчило Грубач, „Уставно судство у Србији“, (фн. 4), стр. 565.

⁸ Закон о изменама и допунама Закона о уставном суду, од 26. дец. 2011, *Сл. гласник*, бр. 99/2011.

⁹ Ernst Benda, Eckart Klein, Oliver Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 3. изд., Хајделберг итд., 2012, Рбр. 184.

четири ствари: (1) систем подстиче одговоран и делотворан рад, јер је сваки судија одговоран за квалитет и учинковитост својих сарадника; (2) судије-сарадници су опробане судије, које нарочито оним судијама Уставног суда које немају судијско искуство олакшавају правно-техничку рутину и обезбеђују непосредан увид у размишљање и рад редовних судова; (3) судије-сарадници остају у Уставном суду неколико година, а затим се враћају на своје редовно радно место, рецимо у неком вишем или управном суду – на тај начин се уставноправна учења и свест о домету гаранција основних права и других уставних поставки уграђују у редован, грађански, кривични и управни поступак; (4) судије-сарадници, када се врате на своје редовно радно место, сензибилирају своје окружење назнакама из праксе Уставног суда и помажу својим колегама да суверено и правилно реше случајеве у којима постоји очигледан додир са уставноправном материјом (основна права). На тај начин они доприносе ефективнијој судској заштити и, дугорочно гледано, растеређују уставни суд. Неопходно је да се поступци пред нашим Уставним судом, као средишњим органом који се стара о заштити основних права, у свакој крајности уреде према резону смислености, док је рђаво да се одређене радње у поступку преузимају само ради задовољења правног формализма. Оспорава ли се пред Уставним судом уставност и законитост неког општег акта, онда према чл. 29 I тач. 3. нашег Закона о уставном суду његов доносилац учествује у поступку, и тако има прилику да објасни и образложи своје намере и због чега је приликом доношења био уверен да не крши Устав. Идеја је сасвим јасна: законодавац треба да се изјасни о недостацима који се пребацују пропису који је усвојио. Међутим у остварењу те идеје пробио се правни формализам који законодавца институционално персонализује и изједначава са Народном скупштином односно доносиоцем општег акта, иако је данас неспорно да у оном погледу који се тиче смисла закона, његове опште структуре, његовог домена и циља који настоји да постигне, закони не припадају парламентарцима, већ предлагачима. – Отуда немачки Савезни уставни суд не прибавља само мишљење парламента, већ и немачке Савезне владе и појединачних републичких влада!¹⁰ У одлукама немачког Савезног уставног суда, лако се види да по правилу управо републичке и Савезна влада најтврђе и са најјачим аргументима поричу противуставност усвојених закона. То је и природно, зато што су службе тих институција те законе припремиле и зато што закони остварују регулаторне циљеве владе која је предлагач закона. Обрнуто је пак чест случај да немачки парламент, управо као и наш, у поступку за оцену уставности нема садржински пажње вредан

¹⁰ В. § 77 и 94 нем. Закона о Савезном уставном суду (Bundesverfassungsgerichtsgesetz).

став. Такође је интересно да је у пракси немачког Савезног уставног суда скрајнуто правило *iura novit curia*, барем у оном смислу у којем то правило код нас господује. У нашем праву то се правило узима тако да вештачења у правним стварима нису дозвољена. Међутим, немачки Савезни уставни суд у погледу спорних прописа обилато прибавља „вештачења (Gutachten)“, одн. експертизе професора права, и тиме обезбеђује широк аргументативни арсенал за своје одлуке.

Стварањем институција као што су Заштитник грађана и Повереник за заштиту равноправности, у нашој земљи остварен је у првом периоду уочљив напредак у погледу заштите одређених основних права. Међутим сада је уочљиво, што се могло и предвидети, да у извесном смислу ове институције смањују степен поштовања и заштите основних права. Три су главна проблема: 1) постоји уочљив диспаритет између институционалног (социолошког) статуса парасудских органа, са једне стране, и класичних органа правосуђа и управе, са друге; под притиском тог диспаритета срушене су препреке које би спречиле нове парасудске органе да прибаве већу надлежност и значај од оног који им по закону припада, тако да се дешава да ови органи у пракси „пресуђују“ случајеве у којима уопште нису надлежни; 2) рад Повереника за заштиту равноправности везан је за недовољно јасан правни основ; 3) поступак пред парасудским органима одговара по својој структури неререформисаном инквизиторном поступку. У пракси Повереника за заштиту равноправности то свакодневно води повреди права на правичан поступак и урушавању правне структуре државе.

1) Има ли један орган са једне стране скромне и сведене надлежности, а са друге стране више средстава и повољнији друштвени положај од других органа, онда у раду таквог органа *постоји тенденција* да излази из свог делокруга и прибавља надлежности које закон даје другим органима, а које ни у ком случају не припадају органу који их прибавља. Нови парасудски органи знатно су учинковитији, бржи, грађанима приступачнији од одавно високобијурократизованих и кризом друштва дубоко погођених класичних правосудних органа и органа управе: однос према лицу које има притужбу одн. представку је професионалан и љубазан, просторни услови за рад нису лоши, поступак не траје дуго, интернет странице су прегледне и дотеране. Све је то, када се изоловано посматрају парасудски органи, позитивно, али је диспаритет статусних погодности између тих органа и класичних правосудних органа у пракси избрисао нормативне границе надлежности међу органима и прикрио ограничену обавезност одлука које парасудски органи доносе (мишљења, ставови, препоруке итд.). Проблем је социолошко-организационе природе, јер

у случају када постоји назначена организационо-институционална (статусна) премоћ једног органа у односу на остале, долази до деформације законске расподеле надлежности. И заиста, примећено је не само да грађани и други државни органи приписују наведеним парасудским органима надлежност и значај који им закон не признаје, већ и да сами ти органи, поведени својим повољним друштвеним статусом, излазе из надлежности која им је законом утврђена. Тако је у погледу Заштитника грађана примећено да се бави и актима приватних лица иако законодавац изричито наређује да овај орган може контролисати само рад „органа управе“.¹¹ Ако Заштитник грађана, таман и из неке човекољубиве намере, излази из своје надлежности, тиме се правна држава не учвршћује, већ напротив, разграђује. Парасудски орган који мимо поступка који је закон предвидео одређује грађанима како треба да се понашају, не штити слободу и друга основна права, већ их, напротив, противправно ограничава.¹² У погледу Повереника за заштиту равноправности – иста ствар. У фебруару 2011. године тај је орган објавио мишљење по којем „у говору митрополита Амфилохија Радовића (...) окупљенима у селу Клинци код Луштице (...) изложене су идеје и ставови који представљају кршење забране говора мржње која је прописана чланом 11. Закона о забрани дискриминације (Сл. гласник Републике Србије, бр. 22/2009)“.¹³ На први поглед у овом случају није ништа спорно. Проблем је међутим у томе што су Клинци и Луштица у Боки которској, и што је Бока которска у Црној Гори, и што српски закони и службени гласници у тој независној држави немају никакву важност и значај. Ако један орган самовољно прошири своју надлежност и важност закона једне државе на другу – то је прворазредни међунородноправни прекршај. Не само да је од таквог поступка штета по углед наше земље велика, него овај случај такође и ствара бригу да се поступци пред Повереником воде без правног реда и свести да је реч о државном органу, који мора поштовати све правне обзире, а не само неколико одредби Закона о забрани дискриминације. И овде имамо дакле, исто као и горе код Заштитника грађана, случај да Повереник за заштиту равноправности није заштитио једно или друго основно право, већ да га је излагањем из сопствене надлежности као државни орган на противправан начин повредио.

¹¹ Видети: Лука Бренеселовић, „О једном несрећном случају злоупотребе положаја у служби Заштитника грађана“, *ИСП*, 10/2012, стр. 20–22.

¹² Исто.

¹³ Мишљење и препорука Повереника за заштиту равноправности од 28. фебр. 2011, 171/2011.

2) Закон о забрани дискриминације не даје довољно јасан основ за рад Повереника за заштиту равноправности. Друштвенополитички *смисао* и самим тим правни садржај делатности Повереника за заштиту равноправности није једнозначно одређен. Та је законска непрецизност оставила простор у којем у поступку пред Повереником може лако доћи, а у пракси и долази, до гравидног кршења (основних) права притужених лица. Реч је о следећем: из одредби чл. 33, 36 I, 38, 39 I, 41 ff. Закона о забрани дискриминације, рекло би се да је Повереник за заштиту равноправности успостављен као медијативни и критички центар, који настоји да уз поштовање финих друштвених структура допринесе побољшању положаја дискриминисаних група и појединаца у нашем друштву. Закон у чл. 38 предвиђа да Повереник треба да подстиче мирење између подносиоца притужбе и притуженог. Закон такође говори о „мишљењу“ и „препоруци“ Повереника, али пажљиво каже да их Повереник „даје“ (уместо „доноси“) и такви акти се технички гледано не пишу као пресуде и решења са диспозитивом и образложењем, већ управо као мишљења вештака – са разрађеном (не само правном!) дискусијом и *завршним* мишљењем и препоруком.¹⁴ – Са друге стране, ако је судити према објављеним мишљењима и препорукама, Повереник у пракси прелази преко субсидијарне наредбе чл. 38 и доноси мишљења и препоруке без претходне провере да ли би се између подносиоца притужбе и притуженог могао изгладити однос у поступку мирења. Препоруке и мишљења Повереник не пише као експертизе, већ као правне акте, у којима је свака препорука и свако мишљење декретирано као изрека одн. диспозитив после кога стоји образложење. Ствар је, и то отворено треба рећи, помео сам законодавац, није ли наредио да притужено лице *мора* поступити по препоруци (чл. 39 III Закона о забрани дискриминације). Али онда, дабоме, то није никаква „препорука“, већ наређење државног органа, које као такво нагиње типу правног акта. Повереник је, према томе, у Закону о забрани дискриминације имао одређено упориште да мишљења и препоруке конципира као правне акте. То је све још можда и како-тако прихватљиво. Неприхватљиво је, међутим, да Повереник гледајући та два типа аката (експертиза, правни акт), између којих се законодавац није јасно одлучио, не узме за своју праксу и своје акте све битне одлике једног или другог типа, већ изабере од сваког типа аката слађи део: обавезност је преузета од правних аката, али правних лекова по ставу Повереника нема, као да је у питању неправни акт; шема по којој акт

¹⁴ Или тако што се дискусија и означава као *мишљење*, а затим на крају надовезује *препорука*.

Повереника садржи диспозитив и образложење преузета је такође од правних аката, али је однос према чињеничном стању и начин излагања разлога одлуке преузет од, у том погледу знатно лагоднијих, неправних аката, и самим тим не испуњава стандарде који су прописани за решења у управном поступку и пресуде, тј. правне акте.

Законску је, дакле, пометњу, што се са становишта социологије управног рада могло и предвидети, Повереник разрешио у *cherry picking* маниру. Са једне је стране прихватио надлежност да мериторно и обавезујуће одлучује о ограничењу (основних) права и обавезама притужених лица, али у исто време настоји да тим лицима ускрати правну заштиту која им по ЗУС и Уставу припада. Повереник са једне стране у пракси уобличава мишљења и препоруке као правне акте, а са друге стране не ставља поуку о правном леку и тиме не признаје притуженим лицима судску заштиту. Устав у чл. 36 I изричито гарантује да „свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“, и још у чл. 21 посебно наређује да „свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено уставом“ (видети и чл. 3 I, II ЗУС). Пошто се „препоруком“ Повереника грађанима намећу обавезе које прикраћују њихову општу слободу или неку од посебних слобода (слобода мишљења и изражавања, слобода научне делатности итд.), то је дабоме и против такве „препоруке“ дозвољено водити управни спор. Ако, пак, Повереник избегава да притужене поучи о том правном леку, онда то сведочи о недостатку свести о неопходности да се поступак и против притуженог води правично.

Тип 1

Тип 2 (правни акт)

Мишљења и препоруке као део експертизе (прво дискусија, затим мишљење и препорука).	Диспозитив, затим образложење.
Препорука у материјалном смислу.	Обавезност.
Правни, социолошки и ангажовани дискурс.	Правни дискурс.
Нема судске заштите јер нема ни правног карактера у строгом смислу.	Судска заштита.

Табеларни приказ мешовитог карактера „мишљења“ и „препорука“ које „даје“ Повереник за заштиту равноправности. (Црни оквир обухвата карактеристике Повереникових аката).

3) У погледу законом предвиђене процедуре, може се рећи да је поступак пред Заштитником грађана и Повереником за заштиту равноправности оптерећен свим оним замеркама које су у 19. веку истицане неререформисаном инквизиторном поступку у Европи: изједначен је „тужилац“ са „судом“; поступак је камералан без јавног претреса; контрадикторна расправа је потиснута и уместо тога одлука се доноси на основу прибављених (писмених) „изјава“; недостатак строго уређеног извођења доказа у пракси води уобличењу претпоставке кривице, итд. У погледу рада Заштитника грађана таква процедура није проблематична јер тај орган контролише рад „органа управе“; али је иста ствар изузетно проблематична када је у питању рад Повереника за заштиту равноправности, који у неререформисаном инквизиторном поступку испитује и понашање физичких и правних лица која не врше државна одн. јавна овлашћења.¹⁵

III) ОПШТА ДОГМАТИКА И ЊЕН ЗНАЧАЈ ЗА ПОШТОВАЊЕ И ЗАШТИТУ ОСНОВНИХ ПРАВА

Други, и по овде заузетом становишту, главни разлог ниског степена стварне заштите основних права у нашој Републици јесте недостатак развијеног догматског (теоријског) оквира у којем би се та заштита спроводила. Овај недостатак је општераспрострањен, тако да се ова тачка односи и на општу свест у нашем друштву и на образовање правника и на одлуке Уставног суда и других органа у нашој Републици:

Законски позитивизам одн. трансферна правна култура као главни узрок хипотрофије догматике основних права

Наш правни поредак спада у такозване трансферне правне културе, у којима се прописи великим делом не доносе заиста као тачно одмерени одговори на уочене друштвене потребе, већ се у блоковима преузимају из ближих или даљих држава, као већ готови правни производи. Ти се правни препарати затим, у најзгоднијем случају, у одређеним ситницама прилагођавају нашим приликама, али је у целини узето њихова умесност

¹⁵ За опасности овакве врсте поступка упоредити: мишљење и препорука Повереника за заштиту равноправности од 18. јан. 2012, 249/2011, где је притужени проглашен за дискриминатора, не само без поуке о правном леку, на основу рудиментарног доказног поступка и без оцене доказа у образложењу (чл. 199 II ЗУП), него и уопште без утврђеног чињеничног стања.

случајна, и зависи од тога у којој мери у држави из које смо прописе преузели постоје истоветне прилике као код нас. Та је појава врло стара, и још је Богишић говорио да се наша највећа оригиналност састоји у томе што нисмо нимало оригинални,¹⁶ и да као мајмуни опонашамо шта други раде.¹⁷ Наше непревазиђено умеће да право не уређујемо према својим потребама, према резону правог одн. умесног, већ према настојању да се покажемо другима и себи као модерно друштво и држава, дошло је на бизаран начин до израза и у процесу синхронизације нашег права са правом Европске уније. У току 2010. године, када је израђиван Закон о заштити потрошача, указала се повољна прилика да се стане на пут једној тада новој појави, за коју је било јасно да не само нарушава оправдане интересе потрошача већ прети и да изобличи понашање нашег друштва у целини. Тада су се на Кнез Михаиловој улици и на другим прометним местима у Београду појављивали продавци роба и услуга који су пресретали потрошаче ради чињења непосредне понуде (продаја позоришних претплата, добротворних сликовница и разгледница и сл.). Те је 2010. године постојала изврсна прилика да се овај вид очигледно насртљивог пословања (чл. 24 Закона о заштити потрошача) именује у нарочитом *каталогу насртљивих пословања* (сада чл. 25 Закона о заштити потрошача), и тиме недвосмислено пошаље у сферу илегалног. Међутим, надлежна комисија за израду Закона о заштити потрошача је тај предлог одбила са назнаком да у европском праву пресретање потрошача ради чињења непосредне понуде не спада у каталог именованих облика насртљивог поступања на тржишту. У Закону о заштити потрошача наведени тип насртљивог пословања неће бити именован јер ће, тако је гласило званично објашњење, у закону бити „дефинисани облици пословања који се сматрају насртљивим пословањем, а који су преузети из релевантне [европске] Директиве“.¹⁸ – Бизаран је цео овај случај, зато што управо из чињенице да је реч о директиви као нарочитом флексибилном акту, произилази да свака држава која своје право синхронизује са директивом, треба да настоји да што боље схвати смисао директиве и

¹⁶ Видети више Богишићевих прилога у збирци: Валтазар Богишић, *Изабрана дјела*, књ. IV, Подгорица/Београд, 2004.

¹⁷ Валтазар Богишић, *Стручно називље у законима*, *Изабрана дјела*, књ. IV, Подгорица/Београд, 2004, 99–109, на стр. 101–102, где реч *мајмунисање* значи „опонашање“, а не „измотавање“.

¹⁸ Обавештење Весне Новаковић, начелника Одељења за заштиту потрошача у ономодном Министарству за трговину и услуге, од 7. септ. 2010.

затим према том смислу донесе прописе који рефлектују акутне проблеме на њеним улицама и у њеном дворишту. А уместо тога, код нас је текст једне директиве употребљен као аргумент да се дотични закон не прилагођава нашим потребама и проблемима.¹⁹ Ствар међутим долази до свог врхунца тек када се дотична директива прочита. Она наине не садржи никакав каталог насртљивих наступа, из чега следи да је тај каталог који смо ми озаконили као „европски“, заправо написан по наведеној директиви у некој другој држави, према тамошњим потребама и уобичајним облицима насртљивог наступања, а да је код нас преузет тобоже као универзалан и општа европска тековина. Трансферни карактер наше правне културе је проблем који ће у будућности само све више долазити до израза. Томе су два главна узрока. Први је чињеница да се нормативним актима уређује све више делова живота, и да следствено право све чешће додирује разне друштвене сегменте који нису општи, већ напротив потпуно специфични за једну или другу државу, за једно или друго поднебље. Други разлог што проблем правног трансфера постаје све изразитији је тај што је раније било уобичајено да се не преузимају само правни прописи, односно законски текстови, *већ се правни трансфер састојао од паралелног преузимања законског текста и правне догматике која текст објашњава и конкретизује до мере да пракса може поуздано и без недостатака по правцу да га примењује*. Тако је рецимо Србија још шездесетих година 19. века прихватила пруско кривично законодавство, али је брже-боље добила и квалитетан коментар, у којем су законска наређења повезана са појмовним оквиром који их чини разумљивим, и тачно оцртава њихов домен примене. Данас се, међутим, у наш правни поредак уносе разни савремени нормативни оквири, који и искусним правницима-практичарима и тек свршеним студентима права значе колико и прикази хијероглифа у египатским гробницама. Таква је судбина са Законом о забрани дискриминације у судској пракси. Али такав је нажалост и случај са целим каталогом основних права у нашем Уставу.

Неки неопходни, а код нас никако или недовољно развијени елементи опште догматике основних права

Класични топоси опште догматике основних права су: строго разликовање појма повреде од оправдане повреде; учења о титуларима и адресатима права (да ли и у којој мери правна лица уживају заштиту

¹⁹ Реч је о Директиви 2005/29/ЕЗ Европског парламента и Савета о непоштеној пословној пракси итд. од 11. маја 2005.

основних права, да ли странци?; да ли основна права мора да поштује држава или на њих треба да пазе и приватна лица и у којој мери?; итд.); учење о функцијама основних права; клаузула оправданости; клаузула минималног садржаја; учење о ограничењима права чија ограничења нису изричито дозвољена; учење о конкуренцији основних права; учење о границама ограничења („ограничења ограничења“); принцип тзв. комфорног или оптималног тумачења и примене закона; итд.²⁰ Када је овде реч о томе да код нас недостаје општа догматика основних права, онда се не мисли на то да топоси који су наведени код нас уопште нису познати. Уосталом, неки од њих дошли су до израза и у самом Уставу, нарочито у чл. 20. Реч је, међутим, о томе да не постоји одговарајући оквир или ред у коме би смисао ових поставки и инструмената био детаљно разрађен и доведен до облика који омогућава правно ваљано одлучивање у сваком појединачном случају. Клаузула оправданости имплицирана је у чл. 20 I, III Устава, али без одговарајуће догматике она стоји усамљена без значаја који јој у систему основних права и њихове заштите припада. – Овде ће само у облику скице бити изнето неколико топоса, више примера ради:

а) Строго разликовање појма повреде од појма неоправдане повреде

У нашој правној науци и јавности и даље је уобичајен политички дискурс основних (такође људских, дечијих, мањинских итд.) права у којем се истиче да су по среди *права*, и да држава не сме да их повређује, и да у неразвијеним државама често долази до повреде људских или основних права итд. Тај дискурс је погрешан и опасан, и одржив је само ако се основна (људска, дечија итд.) права не схватају озбиљно, као концепт који се примењује, већ се свODE на политичке, правно неупотребљиве декларације.²¹

²⁰ Као и код сваке догматике, реч је о променљивом систему правних појмова и других мисаоних инструмената који обезбеђују квалитетан живот одредби у прописима и уопште правни живот. У Немачкој, која у погледу система основних права служи као узор, општа догматика основних права изложена је у уџбеницима и коментарима. Популаран је уџбеник (систем) Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 27. изд., Хајделберг итд. 2011; добар је уџбеник Michael Sachs, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 2. изд., Берлин итд. 2003; такође Gerrit Manssen, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 9. изд., Минхен 2012. Од коментара, довољан је за први увид једнотоман коментар Закса: Michael Sachs (прir.), *Grundgesetz Kommentar*; 6. изд., Минхен 2011; такође и приручник *Handbuch der Grundrechte* у 9 одн. 10 томова, посебно вол. 2 и 3, који садрже „општа учења“ (Хајделберг итд., 2006, 2009).

²¹ Упоредити о таквом дискурсу: чланак Драгане Богдановић, „Дерогација и ограничавање људских права“, *СПДЖ*, 2/2011, стр. 296–302.

У правном дискурсу неопходно је строго разликовати повреде (ограничења) основних права од неоправданих повреда. Сама чињеница да је једно конкретно право повређено и тиме његова гаранција ограничена је правно и вредносно неутрална. Правно су са становишта заштите основних права релевантне тек неоправдане повреде. Неоправдане повреде су недозвољене, а уз њих постоји милијардско царство свакодневних повреда и ограничења основних права које су оправдане и као такве дозвољене. Тако је на пример експропријацијом, у шта нема никакве сумње, учињена повреда конкретног права својине лица које је том државном мером као власник погођено (чл. 58 Устава). Али та повреда је, ако је експропријација индикована резонем умесног и неопходног (клаузула оправданости) и формално ваљано извршена – оправдана и тиме правно ваљана. Није дакле довољно узвикивати, нити ишта значи да је држава повредила нечије право својине или слободу окупљања. Ствар је правно сумњива тек ако се може повикати и да је повреда била неоправдана. Дабоме да саобраћајни полицајац када даје смернице у саобраћају повређује слободу учесника у саобраћају и тиме ограничава слободу у смислу чл. 39 Устава. Исто важи и када се неко лице притвара на основу одредби Законика о кривичном поступку (чл. 27 Устава). Али те повреде и ограничења су оправдани. Ако се у јавном мњењу и стручној јавности не разликују строго *повреде*, као правно неутрални, и *неоправдане повреде*, као правно релевантни феномени, онда постоји стална и у нашем друштву већ остварена опасност, да људи мисле чим увиде неку повреду одн. ограничење основног права, да већ имају уставни основ да траже заштиту. На тај начин долази до атрофије основних права и њихове заштите. Ево шта стоји иза те појаве: пошто је код нас дискурс заштите основних права сведен на питање да ли постоји повреда основног права или не постоји, правно нужни резон оправданости и неоправданости повреде уводи се на мала врата кроз сужавање признатог обима основне гаранције. Када се, међутим, основна гаранција једном сузи, онда њен опсег остаје сужен и у случајевима где не постоји оправдана повреда. Један наш познавалац уставног права подсмехивао се тако пре извесног времена немачкој правној науци и одлукама тамошњег Савезног уставног суда што признају да је храњење голубова на градским трговима субјективно право које је обухваћено гаранцијом опште слободе поступања (чл. 2 I нем. Основног правилника).²² Али тај наш познавалац уставних прилика није ни

²² Упоредити у литератури познату одлуку немачког Савезног уставног суда из 1980. године, у званичној збирци *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes – BVerfGE* 54, 143.

помислио да тиме немачки Савезни уставни суд није признао право подносиоцу уставне жалбе да по вољи храни голубове на трговима – ограничење слободе је *оправдано* јавним интересом да се очува чистоћа и зоохигијена у урбаним срединама. Тај је наш познавалац мислио, међутим, да је уопште смешно што се немачки Савезни уставни суд бави тим ситницама и да се велика права и слободе из уставних каталога уопште не односе на таква питања. Када је узрок таквог мишљења настојање да се у наведеном и сличним примерима не да право подносиоцу уставне жалбе, онда то – и за неутралног посматрача разумно и оправдано настојање – не мора, као што се у нашој правној јавности често ради, да се артикулише сужавањем обима гаранција основног права, већ дискурс треба да се профилише и раздели на дискурс оправданих и неоправданих повреда. Само на тај начин основне гаранције из Устава задржавају свој пун обим и садржај. И обрнуто: све док се код нас буде повлађивало упрошћеном дискурсу повреде, постојаће и разумљиво настојање судске праксе и правника уопште да у поступку заштите основних права сузе обим уставних гаранција. У том смислу код нас постоји атрофија основних права. Дискурс повреде који строго не разликује оправдане и неоправдане повреде носи у себи тенденцију сужавања основних гаранција, и тиме изобличења основних права.

б) Учење о ограничењу ограничења

Ако Устав у неком члану изричито предвиђа да се једно или друго основно право може ограничити или уопште законом уредити, то још не значи да законодавац има одрешене руке да у једном или другом назначеном домену поступа како хоће. Ако Устав рецимо у чл. 54 III предвиђа да се скупови на отвореном пријављују „у складу са законом“, то још не значи да законодавац поступак пријаве може уредити како хоће и да је свако ограничење окупљања које проистиче из законитих, формалних и стварних препрека поступка пријаве у складу са Уставом. Законодавац је приликом уређења поступка пријаве дужан да сагледа однос гаранције и тог ограничења, не би ли увидео сврху због које Устав такав поступак дозвољава. Та сврха може бити само заштита јавних интереса, а не перфидно ограничење слободе окупљања путем престојних услова пријаве. Иначе би гаранција била изиграна већ од стране уставотворца. Уставом предвиђена могућност ограничења слободе окупљања, која би се састојала из условљавања окупљања пријавом и сама је, дакле, ограничена. Зато се говори о ограничењу ограничења (Schranken-Schranken). Најзначајније „ограничење ограничења“ је клаузула оправданости.

в) Клаузула оправданости

Главни је институт опште догматике основних права клаузула оправданости којом се испитује да ли је повреда једног или другог права одн. ограничење уставне гаранције оправдана и тиме дозвољена, или пак неоправдана и као таква противправна. Реч је о инструменту који је развијен у пракси немачких управних судова и немачког Савезног уставног суда, који Немци зову *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, а који се код нас, а понекад и на енглеском, погрешно преводи као „принцип пропорционалности“. Ако Устав изричито дозвољава ограничење неког права, или је, пак, ограничење нужно због преваге других основних права, онда су допуштене само оне повреде које служе остварењу легитимног циља, које су подобне и неопходне за његово остварење, и чије је остварење прече од заштите основног права у конкретном случају. Постави ли се на пример питање да ли закон који забрањује клање према извесним верским, рецимо јеврејским или муслиманским правилима, повређују верску слободу из чл. 43 III Устава, онда прво треба да се утврди да ли је циљ који се настоји постићи законом легитиман. Заштита животиња од сувишних мука била би легитиман циљ, али сузбијање мањинских верских заједница био би у том погледу недозвољен циљ који не може да оправда ограничење основне гаранције. Даље, треба видети да ли су одредбе које уређују процес клања подобне и неопходне да се оствари легитиман циљ заштите животиња од сувишних мука. Ако се подобност и неопходност позитивно оцене, треба затим видети шта односи превагу. У случају, рецимо, муслиманских и јеврејских кланица које ради остварења верских убеђења врше клање другачије, неопходно је одмерити да ли је прече да се и у таквим кланицама заштите животиње или пак, да се омогући одн. не ограничава право на слободно упражњавање религиозних убеђења.

г) Принцип комфорног односно оптималног тумачења закона

Овај принцип значи да се обични закони, као што је Закон о облигационим односима, или Закон о окупљању грађана, не смеју тумачити засебно, као самородни правни прописи, већ да се морају посматрати као акти којима законодавац, тамо где постоје додирне тачке, спроводи уставни програм. Тако на пример ставка да „надлежни орган *може* да забрани одржавање јавног скупа“ када постоје одређени таксативно набројани разлози (чл. 11 Закона о окупљању грађана), формално оставља слободну оцену органу управе, међутим та слободна оцена је слободна од даљих правила законодавца, али мора се учинити тако

да оптимализује и поштује начелну слободу окупљања из чл. 54 Устава. У супротном је решење органа управе о забрани окупљања противправно. Није дакле довољно, као што се стално чује из прес-служби наших државних органа и у изјавама функционера, да је управни акт формално, у погледу неког разумног тумачења, у складу са законом, већ је неопходно да је управни акт донет као живи акт правог чињења у конкретном случају. Фраза да је „све урађено по закону“, правно не значи ништа. Ако постоји „формална“ законитост, али решење није право, и још у том погледу не уважава гаранције које Устав предвиђа, онда је и акт противправан, мада је можда у формалистичком смислу „законит“.

IV) ОСНОВНА ПРАВА И СТРУЧНА СВЕСТ О ЊИХОВОМ ЗНАЧАЈУ

Трећи је разлог ниског степена стварне заштите основних права специфичан и не односи се на сва основна права већ само на поједина. Реч је о томе да у погледу неких основних права, и ако су загарантована у Уставу, не постоји одговарајућа друштвена свест или убеђење које би та права пренело са папира у живот и одлуке државних институција.

(1) Такав је, на пример, случај са загарантованом слободом научног стваралаштва и универзитетском аутономијом из чл. 72 и 73 Устава. Ако се ове две гаранције озбиљно схвате, онда је недопустиво да се држава меша у наставне активности универзитетских професора и одређује који се ставови у настави могу износити, а који не.²³ Осим, дабоме, изузетно, када се заступају очито бесмислени ставови који још могу и штетити животу или телу људи.²⁴ Ове године десио се, међутим, један врло незгодан случај, због кога је Српско социолошко друштво јавно и врло оштро протестовало. Реч је о случају у ком је Повереник за заштиту равноправности изрекао јавну опомену професору Милану Брдару због става који је тај професор о хомосексуалности изнео пред студентима.²⁵ У мишљењу и препоруци Повереника наводи се да је проф. Брдар својим излагањима извршио дискриминацију и да се „научна расправа која се односи на поједине осетљиве, актуелне и акутне проблеме друштвене стварности, поводом

²³ Видети нпр. коментар: *Bethge*, у: Michael Sachs (прir.), *Grundgesetz Kommentar*, 6. изд., Минхен, 2011, Рбр. 200 итд.

²⁴ Исто. Рбр. 221 итд.

²⁵ Протест Српског социолошког друштва председнику Народне скупштине од 26. маја 2012.

којих у научној и широј заједници постоји несагласност, води (се) у научним часописима, на научним и стручним скуповима, а не са студентима на предавањима“.²⁶ Осим што се не види зашто се на предавањима из српског језика не би расправљало о проблему српскохрватског јединства, па таман и да такви разговори „вређају“ слушаоце једне или друге националне оријентације, и зашто се студентима медицина не би говорило о новим, можда етички сумњивим, покушајима да се излече неке, на пример, абдоминалне болести, овакав став Повереника за заштиту равноправности задира у научну слободу и универзитетску аутономију из чл. 73 и 72 Устава. Те гаранције управо и постоје да се универзитети не би изједначавали са школом, а овде имамо случај да је један државни орган то непосредно учинио. Могло би се у овом случају где је притужени био Брдар можда и мислити да је ово задирање одн. ограничавање научне слободе и аутономије оправдано. Проблем, међутим, у том случају, није у томе да ли је или није ограничење које је утврдио/одредио Повереник *оправдано*, већ у томе што Повереник никако није приметио да његова „препорука“ додирује ову важну уставну гаранцију. Повереник се изричито у образложењу мишљења и препоруке осврнуо на слободу мишљења и изражавања, и нашао да има право да ради спречавања дискриминације ограничи слободу изражавања проф. Брдара. Није се, међутим, ни на који начин дотакао одредби чл. 72 и 73 Устава, које су *lex specialis* у односу на слободу мишљења и изражавања из чл. 46. У свести овог државног органа уопште, дакле, не постоји представа да Устав гарантује слободу универзитетске наставе и да ограничење те слободе мора бити тематизовано и засебно образложено.

(2) И поред настојања нашег Уставног суда, као и управносудске праксе, код нас начело правичног поступка – које је уједно и важна основна гаранција – никако да се устоличи. Проблем претераног трајања поступака је у нашој стручној и општој јавности довољно познат и не мора овде да буде изношен. Али да се органи управе не могу понашати према грађанима као Страшни суд, већ да морају да се воде резоном правог у свом поступању, да непристрасно утврђују чињенично стање и коначно да признају право погођеном грађанину на судску заштиту и да га о тој заштити поуче – то су ствари које наша класична администрација како-тако и зна и поштује. Међутим, нове институције нису тог правног контекста свог рада свесне. Познат је случај „БК телевизије“ из 2006. године када се

²⁶ Мишљење и препорука Повереника за заштиту равноправности од 18. јан. 2012, 249/2011.

Републичка радиодифузна агенција ишчуђавала како њена складна и кратка решења, донета у преком поступку, уопште може да контролише управни односно тада Врховни суд. Видели смо да Повереник за заштиту равноправности и поред две јасне уставне наредбе (чл. 36 I, 21, као и чл. 3 I, II ЗУС), мисли да његове акте не може да контролише суд. Тако се, као у наведеном случају Брдаревих предавања, долази са становишта правне државе у срамотну ситуацију да један државни орган са једне стране ограничи слободу мишљења и изражавања (и научну слободу) грађанина, и утврди да је притужени грађанин дискриминатор, али да у свој акт не стави никакву поуку о правном леку.

(3) И нека класична права, као што је право на општу једнакост, у нашем друштву уопште се не схватају озбиљно. У погледу опште једнакости и равноправности, важи правило да се они облици неравноправности који су извикани у страниј литератури и код нас сузбијају, па таман и кад не постоје; док се, обрнуто, специфични облици дискриминације у нашем друштву, о којима ништа не пише по страним књигама, јер у иностранству не представљају друштвени проблем, код нас превиђају и нашироко толеришу. Тако је, на пример, огроман списак школских одн. државних установа у којима постоји посебан улаз „за одрасле“ (наставнике, чистачице, родитеље, новинаре итд.), и одвојен улаз „за децу“ (ђаке, пријатеље ђака, кандидате на пријемном испиту итд.), иако то није никаквом просторном или организаторном логиком оправдано. Чак има и примера, какав је случај са Шестом београдском гимназијом, где се шестокрилна главна врата користе као улаз за сразмерно мали број наставника и друге одрасле, док хиљаду ђака и сви посетиоци ове установе који немају видно преко 20 година морају да се гурају на уском помоћном улазу. Оваква се, међутим, ситуација, која траје годинама, па и деценијама, нити у очима школа и Министарства просвете, нити у нашем друштву, никад не препознаје као недозвољено (неоправдано) неједнако поступање, иако то очигледно јесте. Код нас суштински не постоји свест о равноправности и њеном значају, већ се ту и тамо слепо спроводе тематске борбе против дискриминације инспирисане страним приликама и проблемима.

(4) Случај права на слободно окупљање (чл. 54 Устава) је пример који показује да је установа Повереника за заштиту равноправности, и поред свих недостатака који су изнети, према тренутним приликама у нашем друштву – неопходна. Да код нас не постоји права свест о значају слободе окупљања, и да у државним структурама и даље постоји потајно убеђење да је забрањено свако окупљање које није дозвољено, најбоље показује

пример Закона о окупљању грађана, чије су битне одредбе противуставне јер органима управе допуштају да у пракси потпуно дерогирају слободу окупљања. Овај закон дозвољава у чл. 11 органу управе одн. полицији да скуп на отвореном из таксативно набројаних разлога забрани. Истим чланом је предвиђено да орган управе мора обавестити организатора о забрани скупа најкасније 12 сати пре заказаног почетка скупа, и да жалба на решење о забрани не задржава извршење решења одн. не суспендује забрану. Лако се види да такав поступак не предвиђа *ефикасну правну заштиту* и да органи управе могу слободу окупљања у пракси потпуно да дерогирају. Када је организаторима окупљања забрана саопштена 12 сати пре заказаног окупљања, они формално могу да изјаве жалбу, али у том случају орган другог степена и после управни суд могу само да констатују противправност забране; то ће се практично десити увек *после* дана у коме је требало да буде одржан скуп. Закажу ли затим људи истоветан скуп за неки наредни дан, орган управе одн. полиција опет може забранити и тај скуп 12 сати пре одржавања. Због свега тога морало би се узети, да је против решења о забрани која се доноси и саопштавају непосредно, неколико сати или дан-два пре одржавања скупа, дозвољена директна уставна жалба. Иначе је гаранција слободног окупљања обесмишљена.

(5) Такође би се могла поменути и слобода вероисповести из чл. 43 Устава, која обухвата и такозвану негативну слободу – гаранцију појединцу да му ниједно религиозно убеђење неће од стране државе бити наметано. Ово је врло осетљива слобода, могуће свакодневно код нас повређена у државним органима и установама у којима се славе и обележавају верски празници. То се ради тобоже ради „враћања“ на предратну традицију, али се превиђа да је уставноправно стање пре Рата било другачије него сада. Наш важећи Устав садржи у чл. 44 I секуларну клаузулу („цркве и верске заједнице су равноправне и одвојене од државе“), док у Видовданском уставу и Уставу Краљевине из 1931. године таква одредба није постојала. Нарочито с обзиром на то да Вајмарски устав (*a contrario*), који је био узор Видовданском, у чл. 137 I садржи секуларну клаузулу, и с обзиром на то да Видовдански устав изричито помиње верске праксе код државних аката и свечаности (чл. 12 IV, исто, и чл. 11 IV Септембарског устава), може се закључити да у Краљевини Југославији верски обреди у државним органима и установама нису нити изричито, нити по смислу били противни вољи уставотворца. Можда је ово питање које још треба разматрати, али је извесно да се увођење верских обреда у државне органе и установе не може правдати једноставном назнаком да је исто било и пре Рата, зато што је пре Рата правно стање било другачије.

V) ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ О ПРИМЕДБИ ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ И СМЕТЊАМА ЗА ПРОЦЕС СТАБИЛИЗАЦИЈЕ И ПРИДРУЖИВАЊА

Систем основних права у Србији и њихове заштите оптерећен је околностима које отежавају осавремењивање нашег правног поретка и у другим сегментима. Нови институти и готове одредбе усвајају се без свести о њиховом стварном садржају и без пропратне догматике, само како би се пред страним форумом или у очима домаћих бирача створио утисак да је законодавац (уставотворац) савремен и да прати стране токове и општепризнате демократске тековине. Институционални оквир изграђен је на солидном нормативном упоришту, али у свим нашим институцијама које су стожери заштите основних права, постоје суштински недостаци који отежавају „спровођење закона“. У погледу Уставног суда, главна препрека је његова активна пасивност; Заштитник грађана се у многим доменима истакао као наш најпрофесионалнији орган који надгледа и обезбеђује заштиту (основних) права, али је рђаво када иступа из своје надлежности и тиме се појављује као орган који повређује права ради чије заштите је установљен. Повереник за заштиту равноправности не функционише као орган који се стара о поштовању права (у објективном смислу), већ као орган који у неререформисаном инквизиторном поступку мимо стандарда правне државе ограничава права притужених лица. Да би законске и уставне одредбе могле да буду „спровођене“ неопходно је да постоји развијена свест о њиховом историјском упоришту, о њиховом дometу и садржају, о титуларима права и адресатима сходних обавеза, о могућности правноваљаних ограничења основних гаранција. Без тих елементарних догматичких претпоставки и учења, заштита основних права одвија се онако како се и чамци и бродови управљају без неопходних наутичких знања која надилазе конкретан случај у којем морепловац треба да се снађе и појединачну карту која треба да се прочита.

Мере које би тренутно допринеле побољшању стања

а) Прихватање и разрада општих догматичких учења у пракси

Суд о повреди и оправданости повреде неког основног права, не сме се доносити афективно, већ је нужно, како не би преовладале емоције и нестручност, да се поштује правна шема провере. Таквих шема може бити и више, али је битно да нека шема приликом оцене појединачног случаја

постоји и да се јасно у поступку провере артикулише. Главни би кораци приликом разматрања појединачног случаја били следећи:

1. Први корак – утврђивање конкретног права и гаранције којом је заштићено

Ако пођемо од тога да се неко лице жали да му је неоправдано повређено односно ограничено неко основно право, први је корак да се види и формулише *које појединачно субјективно право је повређено*. Ако је у питању забрана јавног скупа, онда је појединачно повређено субјективно право, нпр. право припадника тог и тог синдиката да се слободно у утврђеном времену, рецимо у понедељак, 25. септембра 2012. године, мирно окупе на тргу испред Дома синдиката. Затим је неопходно да се утврди којом гаранцијом је претпостављено конкретно субјективно право обухваћено. У примеру који је узет, овде нема тешкоћа, јер се одмах види да је по среди слобода окупљања (чл. 54 Устава). Али у обзир долази и слобода мишљења и изражавања (чл. 46). Даље треба видети и да ли Устав каже нешто посебно о синдикалној слободи и утврдити да ли су титулари те слободе синдикати или појединци, итд. (чл. 55 I?). Овај корак не треба потцењивати, зато што у разним ситуацијама може бити врло упитно да ли је одређено субјективно право, на пример право да се слободно чини нешто, обухваћено неком гаранцијом. Битно је и одредити *тачно којом* гаранцијом је субјективно право обухваћено, јер постоје гаранције које у начелу не трпе оправдане повреде (слобода науке, уметности), и гаранције које се у оправданим случајевима према изричитој одредби у Уставу могу ограничавати, чиме повреда субјективног права постаје оправдана.

2. Други корак – утврђивање повреде (ограничења) и провера оправданости

У другом кораку неопходно је фокусирати се на повреду (ограничење) и утврдити да ли је оправдана. Овде се користи клаузула оправданости о којој је било речи. Уз помоћ ње се утврђује да ли је повреда материјално оправдана, односно да ли је заиста са становишта система основних права и потребе њихових ограничења утврђена повреда умесна и прихватљива. Међутим, и материјално оправдана повреда може бити противправна ако формално није ваљана:

Провера уставности правног основа

1. Формална правилност

→ Закон је донет и отправљен у одговарајућој процедури

2. Материјална оправданост ограничења (клаузула оправданости)

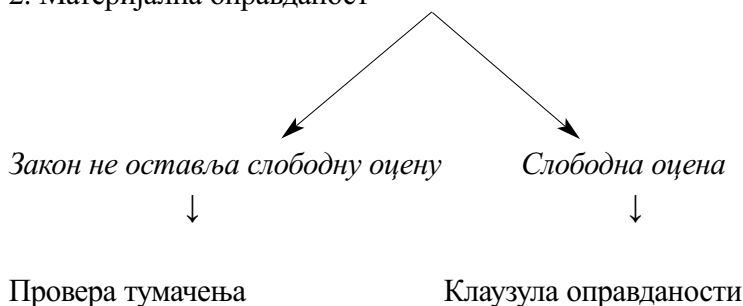
- а) провера смислености;
- б) провера подобности;
- ц) провера неопходности;
- д) провера преваге (утврђивање пречег интереса).

Провера уставности појединачног акта (пресуде, решења)

1. Формална правилност

→ Решење о забрани окупљања донето је у складу са ЗУП и Законом о окупљању грађана.

2. Материјална оправданост



(Испитује се искључиво да ли је тумач законске одредбе очито превидео уставне гаранције и њихов значај – „Хекова формула“.)

Тек када су сви ови услови провере испуњени, може бити речи о томе да је посреди оправдана повреда, одн. оправдано ограничење неке гаранције. Ако решење о забрани окупљања, на пример, није донето у складу са ЗУП, зато што не садржи образложење које испуњава услове из чл. 199 ЗУП, у том случају треба утврдити да је ограничење слободе окупљања било противуставно. Исто важи и за случај када је решење донето у складу са ЗУП, али на основу прописа Закона о окупљању грађана, који су противуставни јер не омогућавају ефективну заштиту ове слободе. Сасвим је, дакле, могуће, и то је врло чест случај у пракси немачког Савезног уставног суда, да орган управе поступа у складу са законом, али да свеједно постоји неоправдана повреда основних права, зато што је закон који је примењен противуставан.

б) Темељно преиспитивање и поправљање нормативног (уставног и законског) оквира на основима разрађене догматике

Законодавцу (уставотворцу) који делује у изразито трансферној правној култури, стоји на располагању неколико могућности. Најбоље је, наравно, ако законодавац, што се догодило у деветнаестовековној Црној Гори, успе да се одупре правном трансферу и изабере наизглед тежи, али исплативији пут непосредног регулисања према утврђеним друштвеним потребама. Изабере ли, међутим, законодавац пут правног трансфера, онда он опет пред собом има више од једне могућности: (1) Прво, законодавац може да се одлучи да не обраћа само филолошки пажњу на страни пропис који му служи као модел. Уместо тога, законодавац може да настоји да стекне увид у правни живот једног или другог нормативног решења у иностранству; да увиди живу догматику која је развијена ради појашњења и „достављања“ одредби, и да затим пропише у својој земљи одредбе онако како би их и страни законодавац прописао када би само желео да у нормама рефлектује догматику и правни живот своје земље; (2) Законодавац има и могућност да преведе и преузме туђа нормативна решења са пропратном догматиком. То је била главна одлика правног трансфера у Краљевини Србији и Краљевини Југославији; (3) И коначно, законодавац може да одлучи да само преведе туђ нормативни текст, и да га, уз нужне измене, инкорпорира у домаће одредбе. Један од првих задатака усавршавања нашег правног поретка мора бити критичко, у догматичким поставкама утемељено, преиспитивање одредби о основним правима у нашем Уставу. Какав је значај догматике за стварање аутохтоног нормативног оквира најбоље се види ако се погледа чл. 23 Устава, где стоји да „свако има право на слободан развој личности“. Само се поставља питање који је прави значај те одредбе и како је треба разумети? Наш уставотворац унео је такву одредбу зато што тако гласи чувени чл. 2 I немачког Основног правилника, и сигурно је мислио да је тиме показао своју напредност. Али та одредба већ деценијама у пракси немачког Уставног суда има потпуно другачији значај од онога који би „свако без тумача“ код нас разумео. Наиме, немачки Савезни уставни суд стоји још од 1957. године на чврстом, али у дотичној одредби невидљивом становишту да је том одредбом загарантована такозвана општа слобода у поступању, без обзира колико то заиста и опипљиво доприноси развоју личности у категоријалном смислу.²⁷ Члан 2 I нем. Основног правилника не чита се, дакле, данас као право на слободан

²⁷ Пресуда нем. Савезног уставног суда од 16. јан. 1957, званична збирка BVerfGE 6, 32.

развој личности већ као опште право слободног поступања (*allgemeine Handlungsfreiheit*), као право на општу слободу. Без одговарајуће догматике одн. теоријске разраде, тај значајни помак и проширење уставне заштите су, дакле, невидљиви. Наш је уставотворац према томе код нас пренео само што је у тексту видео, а то што је видео много је мање од онога што се у немачком уставном поретку, који је послужио као узор, гарантује. Са становишта смислене догматике требало би преиспитати неке сумњиве одредбе, као што је она коју садржи чл. 19 Устава („пуна слобода“?) и клаузула вечности из чл. 20 II, која не може имати никакво значење у нормативном тексту европско-континенталног типа.

в) Санација поступка пред парасудским органима

Повереник за заштиту равноправности уобличио је у оквиру недовољно јасног законског оквира своје акте (мишљења и препоруке) као обавезујућа упутства притуженим грађанима како се имају понашати. Таква компетенција допуштена је само ако се у поступку пред Повереником превазиђу недостаци које има сваки неререформисани инквизиторни поступак, и ако се јасно одреди да притужени грађанин може у случају по њега неповољне „препоруке“ позвати заштиту Управног и Уставног суда.

Напуштање трансферне правне културе и разрада аутохтоних правних тековина као неопходна дугорочна мера

Осим догматике, која се може разрадити и у релативно кратком периоду, неопходно је да се ради што целовитијег поштовања и побољшања ефективне заштите учине темељне промене нашег правног поретка. Трансферна правна култура се, не само код нас, показала као рђав облик правног бивствовања који у почетном периоду омогућава брзо и формално (спољње) усклађивање правног поретка са модерним иностраним тековинама, али на дужој стази води неподношљивом правном дуализму, који се у крајњој линији испољава као мржња и неповерење грађана према држави, њеном правном систему и органима. Одредбе о основним правима унете су у наш Устав из 2006, онако како се у лепој књижевности по варошицама уносе скупочене увозне завесе у кућу: нити завесе, по мери и дезену, одговарају кући у коју су унете, нити у кући има гарнишни да се закаче, нити укућани воле да им висе. Стоје дакле уредно савијене у орману, служе за показивање посетиоцима, и чекају да се једног

дана направи нова кућа. Лош ниво стварне заштите основних права у нашој Републици, о којем се неповољно изјаснила и Европска комисија, не почива на пуком недостатку политичке или какве друге воље, већ на темељним недостацима нашег правног поретка, који се могу отклонити само озбиљним мерама реформе и поправљања.

VI) ИЗВОРИ

1. Богдановић, Драгана, „Дерогација и ограничавање људских права“, *Страни правни живот*, 2/2011.
2. Богишић, Валтазар, *Стручно називље у законима* (1876), *Изабрана дјела*, књ. IV, Подгорица, Београд, 2004.
3. Benda, Ernst, Klein, Eckart, Klein, Oliver, *Verfassungsprozessrecht*, 3. изд., C.F. Müller, Хајделберг итд., 2012.
4. Бренеселовић, Лука, „О једном несрећном случају злоупотребе положаја у служби Заштитника грађана“, *Избор судске праксе*, 10/2012.
5. Бренеселовић, Лука, „О језичком преламању појма права“, у: *Споменица Валтазара Богишића*, књ. 1, Службени гласник итд., Београд, 2011.
6. Ђорђевић, Јован, „Уставно судство и друштвенополитички систем Југославије“, *Анали ПФ Бг*, 3–4/1985.
7. Грубач, Момчило, „Уставно судство у Србији“, *Гласник АКВ*, 11/2011.
8. Manssen, Gerrit, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 9. изд., Beck, Минхен, 2012.
9. Pieroth, Bodo, Schlink, Bernhard, *Staatsrecht II: Grundrechte*, 27. изд., C.F. Müller, Хајделберг итд., 2011.
10. Sachs, Michael (прir.), *Grundgesetz Kommentar*, 6. изд., Beck, Минхен, 2011.
11. Sachs, Michael, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 2. изд., Springer, Берлин итд., 2003.